

ANNUAIRE
DE LA
COMMISSION
DU DROIT
INTERNATIONAL

1989

Volume II
Première partie

Documents de la quarante et unième session

NATIONS UNIES



ANNUAIRE
DE LA
COMMISSION
DU DROIT
INTERNATIONAL

1989

Volume II
Première partie

Documents de la quarante et unième session

NATIONS UNIES

New York, 1993



NOTE

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

Le titre *Annuaire de la Commission du droit international* s'abrège en *Annuaire...*, suivi de la mention de l'année (par exemple *Annuaire... 1980*).

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

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

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

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

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

*

* *

Les rapports des rapporteurs spéciaux et autres documents examinés par la Commission au cours de sa quarante et unième session, parus initialement sous forme reprographiée, sont reproduits dans le présent volume compte tenu des rectificatifs publiés par le Secrétariat et avec les modifications de forme qu'exige la présentation définitive des textes.

A/CN.4/SER.A/1989/Add.1 (Part 1)

PUBLICATION DES NATIONS UNIES

Numéro de vente : F.91.V.5 (Vol. II/Part 1)

ISBN 92-1-233221-8

(édition complète de deux volumes)

ISBN 92-1-233218-8 (Vol. II/Part 1)

ISSN 0497-9877

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Abréviations et sigles	iv
Note concernant les citations	iv
Responsabilité des Etats (point 2 de l'ordre du jour)	
<i>Document A/CN.4/425 et Add.1.</i> — Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats, par M. Gaetano Arangio-Ruiz, rapporteur spécial	1
Immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (point 3 de l'ordre du jour)	
<i>Document A/CN.4/422 et Add.1.</i> — Deuxième rapport sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, par M. Motoo Ogiso, rapporteur spécial	65
Statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique non accompagnée par un courrier diplomatique (point 4 de l'ordre du jour)	
<i>Document A/CN.4/420.</i> — Commentaires et observations des gouvernements	81
Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (point 5 de l'ordre du jour)	
<i>Document A/CN.4/419 et Add.1.</i> — Septième rapport sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, par M. Doudou Thiam, rapporteur spécial	87
Droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (point 6 de l'ordre du jour)	
<i>Document A/CN.4/421 et Add.1 et 2.</i> — Cinquième rapport sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, par M. Stephen C. McCaffrey, rapporteur spécial	99
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)	
<i>Document A/CN.4/423.</i> — Cinquième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, par M. Julio Barboza, rapporteur spécial	145
Relations entre les Etats et les organisations internationales (deuxième partie du sujet) [point 8 de l'ordre du jour]	
<i>Document A/CN.4/424.</i> — Quatrième rapport sur les relations entre les Etats et les organisations internationales (deuxième partie du sujet), par M. Leonardo Díaz González, rapporteur spécial	169
Répertoire des documents de la quarante et unième session	187

ABRÉVIATIONS ET SIGLES

AIEA	Agence internationale pour l'énergie atomique
Banque mondiale BIRD	} Banque internationale pour la reconstruction et le développement
CDI	
CEA	Commission économique pour l'Afrique
CEAEO	Commission économique pour l'Asie et l'Extrême-Orient
CEE	Commission économique pour l'Europe
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CIJ	Cour internationale de Justice
Communauté	Communauté économique européenne
CPJI	Cour permanente de justice internationale
FAO	Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture
FMI	Fonds monétaire international
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
IDA	Association internationale de développement
ILA	Association de droit international
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OEA	Organisation des Etats américains
OIT	Organisation internationale du Travail
OMI	Organisation maritime internationale
OMM	Organisation météorologique mondiale
OMS	Organisation mondiale de la santé
OPEP	Organisation des pays exportateurs de pétrole
OUA	Organisation de l'unité africaine
PNUE	Programme des Nations Unies pour l'environnement
SDN	Société des Nations
SFI	Société financière internationale
SIPRI	Institut international de recherches pour la paix, Stockholm
UIT	Union internationale des télécommunications
UNDRO	Bureau du Coordonnateur des Nations Unies pour les secours en cas de catastrophe
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture
UPU	Union postale universelle

*
* * *

<i>C.I.J. Recueil</i>	<i>CIJ, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances</i>
<i>C.P.J.I. série A</i>	<i>CPJI, Recueil des arrêts (n^{os} 1-24, jusqu'en 1930 incl.)</i>

NOTE CONCERNANT LES CITATIONS

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

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

RESPONSABILITÉ DES ÉTATS

[Point 2 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/425 et Add.1

Deuxième rapport sur la responsabilité des États, par M. Gaetano Arangio-Ruiz, rapporteur spécial

[Original : anglais, français]
[9 et 22 juin 1989]

TABLE DES MATIÈRES

		<i>Pages</i>
Abréviations		2
	<i>Paragraphes</i>	
INTRODUCTION	1-6	3
<i>Chapitres</i>		
I. LE DOMMAGE MORAL CAUSÉ À L'ÉTAT ET LA DISTINCTION ENTRE SATISFACTION ET INDEMNISATION	7-19	4
A. Introduction	7-8	4
B. Le « dommage moral » causé aux personnes, ressortissants ou agents de l'Etat	9-12	4
C. Le « dommage moral » causé à l'Etat en tant que type distinct de dommage en droit international	13-17	5
D. La fonction particulière de la satisfaction	18-19	7
II. LA RÉPARATION PAR ÉQUIVALENT	20-105	8
A. La notion générale ; les problèmes soulevés et la méthode	20-33	8
1. La notion et les principes directeurs	20-22	8
2. Fonction et nature de la réparation par équivalent	23-25	8
3. Règles existantes : leur détermination et leur développement progressif	26-33	9
B. Dommages « directs » et « indirects » ; lien de causalité et multiplicité de causes	34-51	12
1. Dommages « directs » et « indirects »	34-36	12
2. Lien de causalité continu (ininterrompu)	37-43	13
3. Le lien de causalité et les causes concomitantes	44-46	15
4. Le comportement de l'Etat lésé en tant que cause concomitante	47-51	16
C. Champ d'application de la réparation par équivalent	52-62	17
1. Considérations générales	52-53	17
2. Dommage personnel	54-59	18
3. Dommage patrimonial	60-62	19
D. Questions relatives au <i>lucrum cessans</i>	63-76	19
1. Principaux problèmes	63	19
2. Rôle du lien de causalité dans la détermination du <i>lucrum cessans</i>	64-66	19
3. Evaluation « abstraite » et « concrète » du <i>lucrum cessans</i>	67-70	21
4. Evaluation du <i>lucrum cessans</i> dans le cas particulier de l'expropriation illicite d'une entreprise en activité	71-76	22
E. Les intérêts	77-105	24
1. L'allocation d'intérêts dans la doctrine et dans la pratique	77-81	24
a) La doctrine	77-79	24
b) La pratique	80-81	25
2. <i>Dies a quo</i>	82-92	26
3. <i>Dies ad quem</i>	93-94	31
4. Taux d'intérêt	95-97	31
5. Intérêts composés	98-105	31

<i>Chapitres</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Pages</i>
III. LA SATISFACTION (ET LES DOMMAGES-INTÉRÊTS PUNITIFS)	106-147	33
A. La satisfaction dans la doctrine	106-110	33
B. La satisfaction dans la jurisprudence internationale	111-118	36
C. La satisfaction dans la pratique diplomatique	119-135	39
1. La pratique diplomatique antérieure à la seconde guerre mondiale	120-126	39
2. La pratique diplomatique à partir de 1945	127-135	42
D. La satisfaction (et les dommages-intérêts punitifs) ; conséquence d'un fait internationalement illicite et ses rapports avec les autres modes de réparation	136-147	44
IV. GARANTIES DE NON-RÉPÉTITION DU FAIT ILLICITE	148-163	46
V. LES MODES ET LES DEGRÉS DE LA RÉPARATION ET L'INCIDENCE DE LA FAUTE : REMARQUES PRÉLIMINAIRES	164-190	51
A. Introduction	164-166	51
B. Le problème de l'attribution d'une faute à un Etat	167-182	52
C. L'incidence de la faute sur les modes et les degrés de la réparation	183-190	58
1. Faute et indemnisation	183-186	58
2. Faute et satisfaction (et garanties de non-répétition)	187-190	59
VI. PROJETS D'ARTICLES SUR LA RÉPARATION PAR ÉQUIVALENT, LA SATISFACTION ET LES GARANTIES DE NON-RÉPÉTITION	191	60
Article 8. — Réparation par équivalent		60
Article 9. — Intérêts		60
Article 10. — Satisfaction et garanties de non-répétition		60
Ouvrages cités		61

ABRÉVIATIONS

AJIL	<i>American Journal of International Law</i>
<i>Annual Digest</i>	<i>Annual Digest of Public International Law Cases</i>
BFSP	<i>British and Foreign State Papers</i>
Chronique, voir RGDIP	
Descamps-Renault, <i>Recueil</i>	A. Descamps et L. Renault, <i>Recueil international des traités du XX^e siècle</i>
ILM	<i>International Legal Materials</i>
ILR	<i>International Law Reports</i>
Kiss, <i>Répertoire</i>	A.-Ch. Kiss, <i>Répertoire de la pratique française en matière de droit international public</i>
La Fontaine	H. La Fontaine, <i>Pasicrisie internationale. Histoire documentaire des arbitrages internationaux</i>
Lapradelle-Politis	A. de Lapradelle et N. Politis, <i>Recueil des arbitrages internationaux</i>
Martens, <i>Nouveau Recueil</i> , 2 ^e série	G. F. de Martens, <i>Nouveau Recueil général de Traités</i> , 2 ^e série
Moore	J. B. Moore, <i>History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party</i>
Moore, <i>Digest</i>	J. B. Moore, <i>A Digest of International Law</i>
Nations Unies, <i>Recueil</i>	Nations Unies, <i>Recueil des sentences arbitrales</i>
Österr. Z. öff. Recht	<i>Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht</i>
<i>Prassi italiana</i>	S.I.O.I., <i>La prassi italiana di diritto internazionale</i>
Ralston	J. H. Ralston, <i>Venezuelan Arbitrations of 1903</i>
<i>Recueil des cours...</i>	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye</i>
RGIDP	<i>Revue générale de droit international public</i>
« Chronique »	« Chronique des faits internationaux », rédigée depuis 1958 par Ch. Rousseau
Whiteman, <i>Damages</i>	M. M. Whiteman, <i>Damages in International Law</i>
Whiteman, <i>Digest</i>	M. M. Whiteman, <i>Digest of International Law</i>
Witenberg	J. C. Witenberg, <i>Commission mixte de réclamations germano-américaine</i>

Introduction

1. Conformément au plan de travail annoncé dans le rapport préliminaire¹, le présent rapport traite des conséquences de fond des faits internationalement illicites, autres que la cessation et la restitution en nature².

2. La première conséquence à examiner est la réparation par équivalent. Pour les raisons expliquées dans le rapport préliminaire, la réparation par équivalent ou indemnisation est la forme de réparation la plus souvent recherchée à la suite d'un fait internationalement illicite³. Toutefois l'étude de la doctrine et de la pratique du droit de la responsabilité des Etats montre que deux autres séries de conséquences, fonctionnellement distinctes de la *restitutio* et de l'indemnisation, et toutes deux typiques des relations internationales, doivent être prises en considération. Ces conséquences sont les formes de réparation que l'on regroupe généralement sous le nom de « satisfaction et garantie de non-répétition », ou bien simplement de « satisfaction ». Bien entendu, le mot « satisfaction » est utilisé ici dans le sens technique qu'il a en droit international, et non dans le sens non technique très général, où il est manifestement utilisé comme synonyme d'indemnisation intégrale ou de réparation intégrale (v. *infra* par. 18 et 19, et 106 à 145).

3. Bien qu'assez largement admise, la distinction entre satisfaction et indemnisation n'est pas exempte de difficultés. L'une d'entre elles, mineure, tient évidemment à la confusion causée par l'emploi occasionnel du mot « satisfaction » dans le sens général, non technique, susmentionné. Une autre difficulté, non négligeable celle-là, provient de l'ambiguïté des deux adjectifs par lesquels on qualifie généralement la nature du dommage ou du préjudice, qui donne lieu respectivement à l'indemnisation et à la satisfaction — à savoir « matériel » et « moral »⁴.

4. On dit généralement — et, dans un sens, avec raison (v. *infra* par. 52 et suiv.) — que l'indemnisation répare tout le préjudice « matériel », subi « directement » ou « indirectement » par l'Etat lésé. On lui

oppose en général la satisfaction, qui effacerait le dommage « moral » subi par l'Etat lésé dans son honneur, sa dignité, son prestige et peut-être (selon certains auteurs) dans sa sphère juridique (v. *infra* par. 13 à 16). Cependant ces deux adjectifs ne rendent pas exactement compte de la nature du dommage réparé respectivement par l'indemnisation et la satisfaction. D'une part, l'indemnisation, qui est réputée effacer le dommage matériel, a aussi pour objet de réparer le dommage moral subi par les personnes, ressortissants ou agents de l'Etat lésé. D'autre part, la satisfaction est habituellement considérée comme réparant non pas le préjudice moral subi par des ressortissants ou des agents, mais uniquement le dommage moral causé à l'Etat. On donnera donc quelques explications, à l'aide d'exemples tirés de la pratique et de la doctrine, avant d'examiner séparément la réparation par équivalent et la satisfaction (avec garantie de non-répétition).

5. L'autre problème dont il faut traiter ici est celui de l'incidence de la faute (au sens large) sur les modalités et les degrés de la réparation, en particulier sur la réparation par équivalent, la satisfaction et les garanties de non-répétition. Indépendamment des mérites de la théorie de la faute suivie jusqu'ici par la Commission en ce qui concerne les critères minimaux du fait internationalement illicite (*infra* par. 162 et 163), il paraît en tout cas raisonnable de supposer que, quel que soit le degré de gravité que l'on retiendra finalement pour considérer un fait comme internationalement illicite, il aura vraisemblablement des incidences sur les modalités et les degrés de la réparation due par l'Etat fautif. Sans compter que les délits eux-mêmes peuvent être constitués par des fautes présentant des degrés de gravité différents, il ne faut pas oublier que le projet d'articles ne porte pas seulement sur les délits, mais aussi sur les crimes, et que ceux-ci supposent normalement le degré de gravité le plus élevé.

6. Le présent rapport est donc divisé en cinq chapitres. Le chapitre I^{er}, pour les raisons indiquées (*supra* par. 3 et 4), traite des types de dommages effacés respectivement par l'indemnisation et la satisfaction. Le chapitre II traite de la réparation par équivalent ou indemnisation dans ses différents éléments, et le chapitre III de la satisfaction. Le chapitre IV concerne les garanties de non-répétition et le chapitre V contient quelques considérations préliminaires sur l'incidence du degré de gravité de la faute sur les modes de réparation examinés dans les chapitres précédents, en particulier sur la satisfaction et les garanties de non-répétition. Le chapitre VI contient les nouveaux projets d'articles proposés concernant les modes de réparation examinés dans les chapitres I à V. Ces nouveaux projets d'articles doivent s'inscrire, dans la deuxième partie du projet, à la suite des articles 6 (Cessation) et 7 (Restitution en nature) proposés dans le rapport préliminaire⁵.

¹ *Annuaire... 1988*, vol. II (1^{re} partie), p. 7, doc. A/CN.4/416 et Add.1, par. 6 à 20.

² Ces deux questions ont déjà été examinées dans le rapport préliminaire, *ibid.*, par. 21 à 63 et par. 64 à 131, respectivement.

³ *Ibid.*, notamment par. 117 et 118.

⁴ Le nombre et la diversité des adjectifs utilisés par les auteurs et dans la pratique pour qualifier le dommage (v. *infra* par. 7 et suiv., et par. 52 et suiv.) sont tels qu'il paraît souhaitable de ne pas s'engager dans de longs développements sur le substantif. Bien qu'utilisé le plus fréquemment dans un sens très général, pour désigner n'importe quelle sorte de conséquence négative découlant d'un fait internationalement illicite, le terme *damage* (« dommage ») emprunte souvent aussi, en particulier dans des ouvrages moins récents, le sens plus restreint de dommage physique ou matériel. Les mots *injury* et *loss* et le mot français « préjudice » sont peut-être plus souvent employés dans le sens très large qu'implique l'article 5 de la deuxième partie du projet, adopté en première lecture par la Commission (*Annuaire... 1986*, vol. II [2^e partie], p. 41). Il semble néanmoins que tous ces termes soient souvent, sinon presque toujours, utilisés comme synonymes. Sauf indication contraire, le Rapporteur spécial les utilisera aussi dans leur sens le plus large.

⁵ Doc. A/CN.4/416 et Add.1 (v. *supra* n. 1), par. 132.

CHAPITRE PREMIER

Le dommage moral causé à l'Etat et la distinction entre satisfaction et indemnisation

A. — Introduction

7. On dit souvent que la réparation par équivalent — l'un des modes de la réparation au sens large — a essentiellement, sinon exclusivement, pour fonction d'indemniser du dommage matériel. Bien qu'exacte en un sens une telle affirmation — dont on peut trouver un exemple dans le rapport préliminaire⁶ — est ambiguë et demande à être fortement nuancée. Il est vrai que la réparation par équivalent ne couvre pas d'ordinaire le dommage moral (ou immatériel) causé à l'Etat lésé. Mais il n'est pas vrai qu'elle ne couvre pas le dommage moral causé aux personnes, ressortissants ou agents de l'Etat lésé.

8. L'ambiguïté vient de ce que le dommage moral causé à l'Etat lésé et le dommage moral subi par les ressortissants ou les agents de cet Etat font l'objet d'un traitement différent en droit international. Quelques précisions à cet égard paraissent indispensables.

B. — Le « dommage moral » causé aux personnes, ressortissants ou agents de l'Etat

9. Les faits internationalement illicites les plus fréquents sont ceux qui causent un dommage à des personnes physiques ou morales ayant un lien avec l'Etat, qu'il s'agisse simplement de ressortissants de cet Etat ou d'agents. Ce dommage, qui atteint internationalement l'Etat de manière directe même si le préjudice est subi par ses ressortissants ou ses agents agissant à titre privé, n'est pas toujours exclusivement matériel. Au contraire, il arrive souvent qu'il soit aussi, voire exclusivement, moral — et c'est un dommage moral dont l'indemnisation peut être légitimement demandée, au même titre que celle du dommage matériel. Malgré les divergences considérables qui existent dans le droit des différents pays au sujet du dommage moral, la pratique et la doctrine en droit international montrent que le préjudice moral (ou extrapatrimonial) résultant pour les particuliers d'un fait internationalement illicite doit être indemnisé en tant que partie intégrante du préjudice principal subi par l'Etat lésé.

10. L'un des principaux exemples jurisprudentiels est l'affaire du « *Lusitania* », jugée en 1923 par la Commission mixte de réclamations germano-américaine, qui portait sur les conséquences du naufrage de ce paquebot britannique coulé par un sous-marin allemand⁷.

S'agissant du calcul de l'indemnité à accorder dans chaque cas pour les pertes américaines subies à cette occasion, le surarbitre Edwin B. Parker avait déclaré que le droit civil et la « *common law* » reconnaissent tous deux que toute « atteinte à un droit privé » impliquait un dommage et en prévoyait la réparation. Le surarbitre était d'avis que tout préjudice devait être évalué d'après des critères pécuniaires, citant Grotius selon lequel « l'argent est la commune mesure des choses qui ont une valeur »⁸. Concernant le décès des personnes, il soutint en particulier que la préoccupation du tribunal devait être de calculer le montant de l'indemnisation des préjudices suivants : perte des sommes

a) que le décédé, s'il n'avait pas été tué, aurait probablement versées au réclamant ; y ajouter b) la valeur pécuniaire qu'auraient représentée pour ce réclamant les services personnels du décédé dans le soin, l'éducation ou la direction du réclamant ; y ajouter aussi c) *une indemnisation raisonnable pour la souffrance morale ou la commotion, s'il y a lieu, causée par la rupture violente d'affections de famille**, souffrances que *cette mort** a pu effectivement causer* au réclamant. Le montant de ces estimations, réduit à sa valeur monétaire actuelle, représentera généralement la perte subie par le réclamant⁹.

Laissant de côté les considérations du surarbitre concernant les dommages visés aux points a et b, qui se rapportent à la notion plus large de « dommage personnel », on retiendra ici ce qu'il disait à propos des préjudices décrits au point c. Selon lui, le droit international donne le droit d'obtenir réparation pour une souffrance morale, une blessure d'ordre affectif, ou une humiliation, une honte, le déshonneur, la perte d'une position sociale, une atteinte au crédit ou à la réputation. De tels préjudices, déclara le surarbitre, sont des dommages très réels et

le seul fait qu'ils sont difficiles à mesurer ou à estimer en valeurs monétaires ne les rend pas moins réels et n'est pas une raison qui puisse empêcher une victime d'être indemnisée sous la forme de dommages et intérêts¹⁰.

Cette indemnisation, ajouta l'arbitre, n'est pas une « amende ».

11. L'affaire du « *Lusitania* » ne doit pas être considérée comme une exception. Bien que le cas ne soit pas très fréquent, les tribunaux internationaux n'ont jamais manqué d'accorder une réparation pécuniaire lorsqu'ils l'estimaient nécessaire pour compenser le dommage moral subi par les particuliers. On peut citer comme exemples l'affaire *Chevreau*¹¹, l'affaire *Gage*¹² et l'affaire

⁸ Witenberg, t. I, p. 24 et 25.

⁹ *Ibid.*, p. 25.

¹⁰ *Ibid.*, p. 33.

¹¹ Sentence du 9 juin 1931 (France c. Royaume-Uni) [Nations Unies, *Recueil*, vol. II, p. 1113 et suiv.].

¹² Sentence rendue en 1903 par la Commission mixte des réclamations américano-vénézuélienne (Nations Unies, *Recueil*, vol. IX, p. 226 et suiv.).

⁶ *Ibid.*, par. 21.

⁷ Sentence du 1^{er} novembre 1923 (Nations Unies, *Recueil*, vol. VII, p. 32 et suiv. ; tr. française dans J. C. Witenberg, *Commission mixte de réclamations germano-américaine*, Paris, 1926, t. I, p. 22 et suiv.).

faire *Di Caro*¹³. Dans cette dernière affaire, qui concernait le meurtre d'un commerçant italien au Venezuela, la Commission mixte des réclamations italo-vénézuélienne tint compte non seulement de la perte financière subie par la veuve, mais aussi du choc qu'elle avait ressenti et de la perte de l'affection, du dévouement et de la compagnie de son mari¹⁴.

12. L'affaire des *Héritiers de Jean Maninat* offre un autre exemple évident d'indemnisation du dommage moral subi par un particulier¹⁵. Rejetant la demande d'indemnisation du préjudice matériel (économique), dont il jugeait l'existence insuffisamment établie, le surarbitre accorda à la sœur de Jean Maninat, victime d'une agression, une somme d'argent à titre de réparation pécuniaire pour le décès de ce dernier¹⁶. Il faut également citer l'affaire *Grimm* jugée par le Tribunal des réclamations irano-américain ou, du moins, la partie de la sentence de ce tribunal qui semble se rapporter aux dommages moraux et considérer en principe que ceux-ci peuvent faire l'objet d'une indemnisation¹⁷.

¹³ Sentence rendue en 1903 par la Commission mixte des réclamations italo-vénézuélienne (Nations Unies, *Recueil*, vol. X, p. 597 et 598).

¹⁴ Le passage pertinent de la sentence est le suivant :

« Mais si, pour déterminer le montant du préjudice résultant pour une épouse de la mort de son mari, il est juste et équitable de chercher à déterminer la capacité de gain et l'espérance de vie de celui-ci et, comme il a été suggéré, de tenir compte aussi de sa position sociale pour évaluer les avantages et les agréments matériels dont l'épouse a été privée, ce serait une grave erreur, de l'avis du surarbitre, de ne pas tenir compte de la perte d'une présence et de relations familières qui résulte de la mort soudaine d'un époux ou d'une épouse. Nous ne pouvons pas non plus négliger la tension et le choc qui accompagnent une telle rupture violente de tous les liens. Pour tout cela, il n'existe pas de norme d'évaluation humaine car le prix de l'affection, du dévouement et de la compagnie d'une personne ne peut être exprimé par un nombre déterminé ou déterminable de bolívares ou de livres sterling. Compte tenu cependant des éléments que les honorables commissaires acceptent qu'ils soient pris en considération, ainsi que des éléments additionnels évoqués, considérant les expériences douloureuses qui ont immédiatement précédé cette tragédie, et sans oublier les précédents constitués par les décisions d'autres tribunaux et les règlements d'arbitrage concernant des cas de décès violent, il semble au surarbitre qu'une indemnité d'un montant de 50 000 bolívares serait juste. » (*Ibid.*, p. 598.)

¹⁵ Sentence rendue le 31 juillet 1905 par la Commission mixte des réclamations franco-vénézuélienne (Nations Unies, *Recueil*, vol. X, p. 55 et suiv.).

¹⁶ Le surarbitre avait dit notamment :

« Ici, contrairement à ce qu'il en était dans le cas de Jules Brun, entrent en ligne de compte d'autres considérations que celle de la perte subie par Justina de Cossé du fait du décès de son frère Juan. Rien ne prouve qu'elle ait jamais été tributaire de ses soins ou de ses subsides, ni qu'il lui ait jamais dispensé les uns ou les autres, ni qu'elle ait eu besoin des uns ou des autres, ni enfin qu'il ait eu les moyens ou l'envie de fournir les uns ou les autres. Il est donc difficile de mesurer exactement le préjudice économique qu'elle a subi. Restent seulement les présomptions que l'on peut normalement tirer des circonstances : le veuvage de la sœur et le fait que le frère disposait de moyens normaux et lui portait des sentiments d'affection normaux. On peut en déduire qu'elle a souffert un préjudice économique dont elle peut obtenir réparation [...]. » (*Ibid.*, p. 81.)

¹⁷ Sentence du 18 février 1983 (ILR), vol. 71, p. 650 et suiv., notamment p. 653). On laissera de côté, comme étrangère au présent examen, la question de savoir si le tribunal avait compétence en vertu de la Déclaration irano-américaine de 1981 relative au règlement des réclamations. En d'autres termes, on ne prendra pas parti sur la question sur laquelle la majorité du tribunal, d'une part, et le juge Holtzmann (dans son opinion dissidente), de l'autre, s'étaient opposés dans cette affaire.

C. — Le « dommage moral » causé à l'Etat en tant que type distinct de dommage en droit international

13. Les dommages moraux causés aux personnes, qui ont été examinés plus haut, doivent être distingués, malgré le caractère assez confus de la terminologie généralement employée, de cette autre catégorie de dommages non matériels que l'Etat lésé subit plus directement en conséquence d'un fait internationalement illicite. Il s'agit du type de dommage que plusieurs auteurs définissent comme étant le préjudice moral subi par l'Etat lésé dans son honneur, sa dignité et son prestige¹⁸, et qui est parfois considéré comme la conséquence de n'importe quel fait illicite, dont l'existence ne dépend pas de celle du dommage matériel et qui est autonome par rapport à celui-ci. Selon certains auteurs, l'un des principaux éléments de ce type de dommage serait en fait la violation du droit de l'Etat, en quoi consiste tout fait illicite, qu'il entraîne ou non un dommage concret. Ainsi, selon Anzilotti,

[...] L'élément essentiel des rapports entre les Etats n'est pas l'élément économique, bien que celui-ci en constitue en dernière analyse le substratum ; c'est plutôt un *élément idéal** : l'honneur, la dignité, la valeur éthique des sujets. Il en résulte que *le seul fait** qu'un Etat voit un *de ses droits** méconnu par un autre Etat *implique un dommage** que celui-ci ne peut pas être tenu de supporter, *quand même n'en devrait pas dériver des conséquences matérielles** : dans aucune partie de la vie humaine on ne ressent comme dans celle-ci la vérité des mots bien connus, *Wer sich Wurm macht, er muss getreten werden*. [...] ¹⁹

Moins souvent, mais de manière peut-être significative, ce type de préjudice est également qualifié de « dommage politique », l'expression étant utilisée, de préférence en conjonction avec celle de « dommage moral », dans le sens évoqué plus haut, c'est-à-dire atteinte à la dignité, à l'honneur, au prestige et/ou à la sphère juridique de l'Etat victime d'un acte internationalement illicite. L'expression consacrée est « dommage moral et politique », dans laquelle il paraît difficile d'isoler l'aspect « politique » de l'aspect « moral »²⁰. L'adjectif « politique » a probablement pour but de souligner le caractère « public » qu'acquiert le dommage moral lorsqu'il touche plus directement l'Etat dans son caractère souverain (et son égalité souveraine) et dans sa personnalité internationale. Dans ce sens, il peut servir à mieux distinguer entre le dommage « moral » subi par l'Etat (excluant les relations interétatiques) et le dommage « moral » au sens où on emploie le plus fréquemment le terme (en droit interne et en droit international) pour désigner le dommage immatériel ou moral causé aux par-

¹⁸ C'est dans ce sens que l'expression « dommage moral » est utilisée, notamment par J. C. Bluntschli, *Das Moderne Völkerrecht der civilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, 3^e éd., Nördlingen, 1878 ; trad. française de C. Lardy, *Le droit international codifié*, 5^e éd. rev. et augm., Paris, 1895, p. 264 ; D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, 4^e éd., Padoue, CEDAM, 1955, t. I ; trad. française de G. Gidel d'après la 3^e éd. italienne, *Cours de droit international*, Paris, 1929, p. 524 ; Ch. de Visscher, « La responsabilité des Etats », *Bibliotheca Visseriana*, Leyde, 1924, t. II, p. 119 ; Ch. Rousseau, *Droit international public*, t. V, *Les rapports conflictuels*, Paris, Sirey, 1983, p. 13 ; G. Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, 7^e éd. Padoue, CEDAM, 1967, p. 358.

¹⁹ Anzilotti, *Cours*, p. 493 et 494.

²⁰ Voir le sixième rapport de F. V. García Amador sur la responsabilité des Etats, *Annuaire... 1961*, vol. II, p. 8 et 9 et 24 et 25, doc. A/CN.4/134 et Add.1, par. 31 et 92 ; et F. Przetacznik, « La responsabilité internationale de l'Etat à raison des préjudices de caractère moral et politique causés à un autre Etat », *RGDIP*, t. 78, 1974, p. 936.

ticuliers ou aux agents de l'Etat et qui touche en quelque sorte l'Etat — sans admettre pour autant la distinction entre dommage « direct » et dommage « indirect »²¹ — de façon moins immédiate au niveau de ses relations extérieures.

14. Le Rapporteur spécial estime, compte tenu de la jurisprudence et surtout de la pratique diplomatique exposées au chapitre III, que le dommage dit « moral » causé à l'Etat est en fait distinct non seulement du dommage matériel causé à l'Etat mais aussi du dommage moral « privé » causé aux ressortissants ou aux agents de l'Etat. Ce « dommage moral causé à l'Etat » consiste notamment, d'une part, dans la violation *per se* du droit de l'Etat et, d'autre part, dans l'atteinte à la dignité, à l'honneur ou au prestige de l'Etat.

a) Le premier type de dommage peut être qualifié de « juridique », car il est la conséquence de toute violation d'une obligation internationale (et du droit correspondant). Comme l'a dit M. Ago, « Toute violation d'un engagement envers un autre Etat, toute lésion d'un droit subjectif de cet Etat est, en elle-même, un préjudice, matériel ou moral, pour cet Etat²². » C'est un type de dommage qui diffère de tous les autres effets du fait internationalement illicite, et qui existe dans tous les cas, qu'il y ait ou non, par ailleurs, des dommages matériels et/ou moraux. Comme le note le regretté Paul Reuter : « dans toute violation d'une obligation internationale il y a, inclus dans celle-ci, un dommage moral » ; c'est dans ce sens que l'on peut dire, comme cet auteur, que « le dommage n'est donc pas une condition *distincte* de la responsabilité internationale »²³.

b) En ce qui concerne les autres éléments constitutifs du dommage moral causé à l'Etat, Personnaz a dit avec raison que « l'honneur et la dignité des Etats font partie intégrante de leur personnalité »²⁴. On peut ajouter avec Anzilotti que, puisque ces éléments souvent « l'emportent de beaucoup sur les intérêts matériels [de l'Etat] »²⁵, leur violation *per se* est très souvent invoquée par les Etats lésés par un fait internationalement illicite²⁶. Bien que conceptuellement distincts, les éléments *a* et *b* du dommage moral de l'Etat tendent évidemment à se confondre en un seul et même effet « préjudiciable ». Le dommage juridique, autrement dit la simple violation du droit de l'Etat lésé, est ressenti en fait par cet Etat comme une offense à sa dignité, à son honneur ou à son prestige. Pour paraphraser à nouveau Anzilotti, dans bien des cas le dommage se confond avec la violation même du droit de l'Etat lésé, et celle-ci finit par constituer l'essentiel du dommage. En effet, un Etat

ne peut pas tolérer une violation de son droit sans se trouver diminué dans la considération dont il jouit, et qui est l'un de ses atouts majeurs et politiquement les plus appréciés²⁷.

15. Il semble évident que le dommage examiné ici constitue un type distinct de dommage :

Premièrement, parce qu'il n'est pas un dommage moral au sens où le terme est employé dans les relations juridiques interindividuelles : c'est un dommage moral au sens spécifique d'atteinte à la dignité et à la sphère juridique de l'Etat ;

Deuxièmement, parce qu'il est une des conséquences découlant de tout fait internationalement illicite, que ce fait ait ou non causé un préjudice matériel, un préjudice moral ou un autre préjudice immatériel aux ressortissants ou aux agents de l'Etat lésé ;

Troisièmement, parce que, eu égard à sa nature particulière, unique, ses effets sont effacés, comme on le montrera abondamment au chapitre III, non par une réparation pécuniaire *per se*, mais par un ou plusieurs des modes spécifiques de réparation que l'on trouve généralement sous le nom « satisfaction » au sens technique étroit du terme.

16. Les idées exposées dans les deux paragraphes précédents, et qui seront développées plus loin (par. 106 et suiv.), peuvent sembler contredites par le fait que la réparation du dommage moral (dans le sens qui vient d'être indiqué) de l'Etat lésé paraît parfois se confondre, dans la pratique, avec la somme accordée à titre de réparation pécuniaire. La compensation accordée pour le dommage moral apparaît donc difficilement perceptible à première vue. Toutefois on trouve, dans la jurisprudence internationale (v. *infra* par. 111 et suiv.), et aussi et surtout dans la pratique diplomatique (par. 119 et suiv.), davantage de cas dans lesquels le préjudice moral de l'Etat lésé est manifestement réparé par les modes spécifiques de réparation, que l'on désigne sous le nom de « satisfaction ». Ces modes de réparation, qui comportent eux-mêmes différentes modalités, constituent une forme de réparation clairement distincte de la réparation pécuniaire. Ils seront donc examinés dans le chapitre III sous le titre de satisfaction.

17. Il faut néanmoins indiquer, pour être complet, que, en ce qui concerne le dommage moral causé aux personnes physiques, il n'est pas rare de trouver dans la jurisprudence internationale des cas où des arbitres ont expressément qualifié de « satisfaction » et non de « réparation pécuniaire » l'octroi d'une somme en réparation d'un dommage de ce type. Ainsi, dans la célèbre affaire *Janes*²⁸ la Commission générale des réclamations américano-mexicaine a estimé que, « compte dûment tenu de tous les éléments pertinents, [...] un montant de [...] sans intérêt n'[était] pas excessif comme *satisfaction** du dommage personnel causé aux réclamants par le fait que le meurtrier de Janes n'ait été ni appréhendé ni

²¹ Voir doc. A/CN.4/416 et Add.1 (*supra* n. 1), par. 107 et 108.

²² Voir le deuxième rapport de M. Ago sur la responsabilité des Etats, *Annuaire...* 1970, vol. II, p. 208, doc. A/CN.4/233, par. 54.

²³ P. Reuter, « Le dommage comme condition de la responsabilité internationale », *Estudios de Derecho Internacional, Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, Madrid, Tecnos, 1979, t. II, p. 844.

²⁴ J. Personnaz, *La réparation du préjudice en droit international public*, Paris, 1939, p. 277.

²⁵ Anzilotti, *Cours*, p. 523.

²⁶ Voir entre autres les affaires du « Carthage » et du « Manouba », sentences du 6 mai 1913 (France c. Italie), Nations Unies, *Recueil*, vol. XI, p. 449 et suiv. et p. 463 et suiv., respectivement ; l'affaire du *Détroit de Corfou*, fond, arrêt du 9 avril 1949, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 4 ; l'affaire du « Rainbow Warrior », voir *infra* note 344 ; voir aussi *infra* chap. III.

²⁷ Anzilotti, *Cours*, p. 523.

²⁸ Sentence du 16 novembre 1925 (Nations Unies, *Recueil*, vol. IV, p. 82 et suiv.).

puni »²⁹. Dans l'affaire *Francisco Mallén*, la même Commission, tout en accordant une indemnisation pour le « préjudice physique* subi par Mallén », avait décidé qu'il fallait y adjoindre une somme « à titre de satisfaction pour l'atteinte à la dignité, le défaut de protection et le déni de justice*³⁰ ». Cette commission reprit la même argumentation dans l'affaire des *Frères Stephens*³¹. La tendance à appliquer le concept de « satisfaction » à des situations de ce genre existe aussi manifestement dans la doctrine. Selon Personnaz :

[...] Il est exact, ici comme d'ailleurs dans la plupart des cas, qu'il est impossible de remettre les choses dans l'état antérieur ; mais il faut s'entendre sur le sens du mot réparer, il ne faut pas l'interpréter dans le sens le plus étroit : refaire ce qui a été détruit, effacer le passé, mais il s'agit seulement de donner à la victime la possibilité de

²⁹ Par. 26 de la sentence (*ibid.*, p. 90). La Commission avait critiqué la tendance à confondre la réparation due pour inexécution d'une obligation de diligence dans la poursuite des coupables avec la réparation d'un préjudice économiquement appréciable. Cette critique était ainsi motivée :

« [...] Si la victime du meurtre était pauvre ou si, matériellement, sa mort était de peu de conséquence pour sa famille, la satisfaction octroyée à celle-ci devrait se limiter à une petite somme, quand bien même sa douleur et l'atteinte à sa dignité seraient grandes. En revanche, si l'on s'en tient à l'ancienne théorie, dans un cas comme celui de l'espèce, un avantage pécuniaire découlerait pour la veuve et ses enfants du fait qu'un gouvernement n'aurait pas accompli son obligation internationale de faire justice, parce que, dans un tel cas, l'Etat réparerait le dommage pécuniaire subi par elle à raison du meurtre, alors que, s'il avait réussi à appréhender et à punir le coupable, elle n'aurait pour ainsi dire jamais obtenu une telle réparation. » (*Ibid.*, p. 87, par. 20 *in fine.*)

³⁰ Sentence du 27 avril 1927 (Nations Unies, *Recueil*, vol. IV, p. 173 et suiv., notamment p. 179 et 180).

³¹ Sentence du 15 juillet 1927 (Nations Unies, *Recueil*, vol. IV, p. 265 et suiv.). Dans cette affaire qui concernait le meurtre commis sur la personne d'un ressortissant américain par une patrouille de *defensa social* mexicaine (considérée par la Commission comme faisant partie des forces armées mexicaines) — fait qui avait causé un préjudice matériel assez minime et qui n'en était qu'une conséquence lointaine — la Commission déclara :

« [...] Lorsque des tribunaux internationaux ont jusqu'ici accordé une satisfaction pour compenser l'atteinte à la dignité, la douleur ou autres dommages similaires, c'était généralement en sus de la réparation (indemnisation) d'un préjudice matériel. Plusieurs fois des dommages-intérêts ont été accordés à titre de réparation de l'atteinte à la dignité et de la douleur en l'absence d'un préjudice matériel direct, mais c'était dans ces cas où l'atteinte à la dignité ou la douleur avait été causée au réclamant lui-même, par exemple dans les affaires *Davy* et *Maal* (J. H. Ralston, *Venezuelan Arbitrations of 1903*, p. 412 et 916). La décision de la Commission mixte des réclamations germano-américaine dans l'affaire *Vance* (*Consolidated edition*, 1925, p. 528) ne paraît pas tenir compte des dommages de ce type subis par un frère dont le préjudice matériel était « une conséquence trop lointaine du fait générateur pour donner lieu à réparation » [...]. Cependant, dans l'affaire *Vergne*, cette commission a accordé une indemnité à la mère d'un fils célibataire [...], alors que « la réalité du préjudice pécuniaire souffert par la réclamante et réparable selon la loi [n'était] pas établie de façon entièrement satisfaisante » (*Consolidated edition*, 1926, p. 653). Il semblerait donc que si l'on établit en l'espèce l'existence d'une injustice imputable au Mexique, les réclamants pourraient prétendre à une indemnité ayant un caractère satisfactoire*, même si le préjudice économique direct subi par eux n'est pas prouvé ou qu'il est une conséquence trop lointaine du fait générateur du dommage pour donner lieu à une indemnisation de caractère compensatoire*. » (*Ibid.*, p. 266).

se procurer des satisfactions* équivalentes à ce qu'elle a perdu : le véritable rôle des dommages-intérêts est satisfactoire plutôt que compensatoire³².

Plus récemment, Christine D. Gray a indiqué, à propos des mêmes situations, que :

[...] Apparemment le montant [des dommages-intérêts] dépend de la gravité du préjudice, ce qui semble indiquer qu'il s'agit plutôt d'une satisfaction pécuniaire* pour le préjudice subi que d'une indemnisation* du préjudice économique qui en découle. [...]³³.

D. — La fonction particulière de la satisfaction

18. Les exemples tirés de la pratique et de la doctrine, cités dans le paragraphe précédent, ne semblent pas réellement aller à l'encontre de la distinction établie, d'une part, entre le dommage moral causé aux personnes et pouvant donner lieu à réparation pécuniaire, et, d'autre part, le dommage moral causé à l'Etat comme conséquence inhérente de tout fait internationalement illicite et pouvant donner lieu à la forme particulière de réparation que constitue la satisfaction, au sens technique du terme. Tel qu'il est utilisé dans certaines des décisions et dans certains des ouvrages cités plus haut, le mot « satisfaction » doit être entendu, selon le Rapporteur spécial :

a) soit dans son sens très général, *non technique*, où il est synonyme de réparation au sens le plus large (la fonction de la réparation étant de « donner satisfaction » à la partie offensée, individu ou Etat) ;

b) soit dans un sens plus proche de son sens *technique*, s'appliquant aux cas dans lesquels le dommage moral causé à un individu se confond avec le dommage moral causé à l'Etat en tant que personne internationale dont l'individu relève.

19. Quelle que soit l'interprétation que l'on donne aux extraits cités, ces derniers ne représentent en tout état de cause qu'une minorité dans la pratique et la doctrine. Ils n'enlèvent rien, selon le Rapporteur spécial, à la valeur de la distinction entre le préjudice moral causé aux individus, ressortissants ou agents de l'Etat, d'une part, et le préjudice moral causé à l'Etat par tout fait illicite, de l'autre. Tous deux sont évidemment un préjudice causé à l'Etat en tant que personne internationale. Mais le premier peut être réparé, dans la mesure où la restitution en nature n'est pas suffisante, *par la réparation pécuniaire seule*. En revanche le dommage moral causé à l'Etat, qui est plus typique des relations internationales, est réparé par la satisfaction au sens technique, qui sera examinée à part au chapitre III, où l'on verra que cette distinction est amplement confirmée par la doctrine (*infra* par. 106 et suiv.), par la jurisprudence (par. 111 et suiv.) et, de façon plus significative encore, par la pratique diplomatique relative à la satisfaction (par. 119 et suiv.).

³² Personnaz, *op. cit.*, p. 197 et 198.

³³ C. D. Gray, *Judicial Remedies in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 33 et 34.

CHAPITRE II

La réparation par équivalent

A. — La notion générale ; les problèmes soulevés et la méthode

1. LA NOTION ET LES PRINCIPES DIRECTEURS

20. De façon générale, la réparation par équivalent consiste dans le paiement d'une somme d'argent compensant le préjudice causé à l'Etat lésé, qui n'est pas réparé par restitution en nature et qui n'est pas couvert par d'autres formes de réparation au sens large. Bien que l'équité et le principe général du droit de la responsabilité veuillent que la restitution en nature ait la « primauté », la réparation par équivalent est la forme de réparation la plus fréquente et quantitativement la plus importante, parce que, très souvent, la restitution en nature ne peut pas assurer une réparation complète³⁴.

21. La réparation par équivalent est naturellement régie, comme toute autre forme de réparation, par le principe bien connu selon lequel la réparation devrait avoir pour effet, pour reprendre les termes utilisés dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* (fond), d'« effacer toutes les conséquences de l'acte illicite », de la manière et dans la mesure nécessaires pour établir ou rétablir, en faveur de la partie lésée, « l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis »³⁵. Compte tenu du rôle très important que joue l'indemnisation, c'est plus spécialement en ce qui concerne cette forme de réparation que le principe dit de « Chorzów » doit jouer son rôle dans la réglementation des conséquences d'un fait internationalement illicite. Compte tenu en particulier du fait que la restitution en nature est souvent incomplète, il est évident que c'est au moyen de la réparation pécuniaire que l'on appliquera finalement le principe de Chorzów. En fait, c'est en vertu de ce principe que la réparation pécuniaire comble, pour ainsi dire, les lacunes plus ou moins importantes que la *restitutio in integrum*, souvent insuffisante, laisse subsister dans la réparation.

22. Il est également évident que même un principe aussi général que celui de la réparation complète et intégrale ne permet pas à lui seul de régler toutes les questions que soulève la réparation par équivalent³⁶. Ces questions sont notamment les suivantes :

1) La fonction compensatoire de la réparation par équivalent et la question des dommages-intérêts « à caractère punitif » ;

2) La question de savoir si le dommage « moral » doit donner lieu à indemnisation comme le dommage « matériel » ;

3) Le problème de l'indemnisation du dommage « indirect » comme du dommage « direct » ;

4) Le « lien de cause à effet », la « causalité » et la multiplicité des causes ;

5) La question de savoir si la conduite de l'Etat lésé doit être prise en considération ;

6) La question du *lucrum cessans* par opposition au *damnum emergens* ;

7) La question de savoir s'il faut considérer le degré de gravité du fait illicite et le degré de gravité de la faute de l'Etat auteur de l'acte dommageable ;

8) L'obligation de payer des intérêts et le taux de ces intérêts ;

9) La détermination du *dies a quo* et du *dies ad quem* dans le calcul des intérêts ;

10) Le choix entre intérêts composés et intérêts simples.

2. FONCTION ET NATURE DE LA RÉPARATION PAR ÉQUIVALENT

23. Du fait qu'elle consiste dans le paiement d'une somme d'argent qui remplace ou complète la restitution en nature, la réparation par équivalent présente trois caractéristiques qui la distinguent des autres formes de réparation. La première de ces caractéristiques est qu'elle peut servir à réparer des dommages qui sont susceptibles d'être évalués en termes économiques. La réparation par équivalent doit ainsi remplacer, pour l'Etat lésé, le bien, l'usage, la jouissance, les fruits et les profits de tout objet, matériel ou immatériel, dont la partie lésée a été privée en tout ou en partie par suite du fait internationalement illicite. La réparation pécuniaire entre ainsi en jeu même lorsque l'objet de l'obli-

³⁴ Voir le rapport préliminaire, doc. A/CN.4/416 et Add.1 (*supra* n. 1), par. 114 à 118.

³⁵ C.P.J.I. série A n° 17, arrêt du 13 septembre 1928, p. 47.

³⁶ Comme l'a noté p. ex. L. Reitzer, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international*, Paris, 1938 :

« L'affirmation selon laquelle le dommage *entier* doit être réparé n'est certainement pas de nature à fournir une méthode satisfaisante d'évaluation. Si elle signifie que les tribunaux internationaux

se sont ordinairement efforcés d'assigner des réparations *correspondant au dommage matériel effectif causé*, elle est exacte. Mais pareille proposition, tout en marquant une tendance générale, est par trop vague pour contenir des indications précises. Il reste, dès lors, à rechercher s'il est des méthodes à l'aide desquelles l'arbitre ou le juge international procède à l'estimation des préjudices auxquels il veut que le montant de la réparation corresponde le plus possible. » (P. 175.)

gation qui a été enfreinte n'était pas antérieurement un engagement de payer une somme d'argent, et a une fonction « supplétive » ou « de remplacement ». La deuxième caractéristique est que, bien qu'un élément de rétribution soit présent dans toute forme de réparation, la réparation par équivalent joue par nature un rôle essentiellement compensatoire. La fonction afflictive-punitrice est typique d'autres formes de réparation, plus particulièrement de la satisfaction et des garanties de non-répétition. La troisième caractéristique est que la réparation par équivalent doit indemniser de tous les dommages qui peuvent être évalués en termes économiques causés par le fait internationalement illicite, mais uniquement de ces dommages.

24. La fonction essentiellement compensatoire de la réparation par équivalent est généralement reconnue et fréquemment soulignée par les auteurs. On peut citer à ce sujet Eagleton³⁷, Jiménez de Aréchaga³⁸, Brownlie³⁹, et Graefrath⁴⁰. Les décisions des tribunaux donnent, moins fréquemment mais néanmoins clairement, des indications expresses dans le même sens. Dans l'affaire du « *Lusitania* », par exemple, le surarbitre Parker s'était exprimé clairement (bien qu'ayant employé le

terme « satisfaction » dans un sens très large, non technique) lorsqu'il déclara :

[...] les mots « à titre d'exemple, de vengeance ou de punition » appliqués aux dommages-intérêts sont des appellations impropres. La conception fondamentale des dommages-intérêts est la satisfaction, la réparation d'une perte subie, une compensation octroyée par voie judiciaire pour un préjudice. La réparation doit être proportionnelle au préjudice, de façon à ce que la partie lésée retrouve la totalité de ce qu'elle a perdu. Le fait d'imposer une amende du nom de dommages-intérêts en ajoutant comme qualificatif les mots : « à titre d'exemple, de vengeance ou de punition » est une confusion de termes regrettable, qui conduit inévitablement à une confusion de pensée. [...] ⁴¹.

25. Dans l'affaire de la *Responsabilité de l'Allemagne à raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Portugal ne participât à la guerre*, le tribunal arbitral avait fait une distinction très nette entre le paiement d'argent à titre de compensation et le paiement d'argent à titre de sanction — ce dernier ayant été résolument exclu de la notion de réparation par équivalent. Ayant différencié sans ambiguïté les conséquences du point de vue de la réparation des conséquences pénales de la conduite de l'Allemagne, le tribunal s'était déclaré incompétent pour examiner les secondes ⁴².

3. RÈGLES EXISTANTES : LEUR DÉTERMINATION ET LEUR DÉVELOPPEMENT PROGRESSIF

26. Malgré l'abondance relative des décisions des tribunaux et des exemples de la pratique des Etats portant sur la plupart des questions énumérées ci-dessus (par. 22), les auteurs ne sont généralement pas disposés à reconnaître l'existence de règles de droit international

³⁷ C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, New York, 1928 :

« Le mode habituel de réparation, lorsque le rétablissement de l'état initial est impossible ou insuffisant, est le versement d'indemnités [...]. On a coutume de dire que les dommages-intérêts fixés doivent servir uniquement à indemniser du préjudice subi*, et qu'ils ont donc un caractère compensatoire plutôt que punitif* [...] » (P. 189.)

³⁸ E. Jiménez de Aréchaga, « International responsibility » in M. Sørensen, éd., *Manual of Public International Law*, Londres, Macmillan, 1968 :

« [...] les dommages à caractère punitif ou exemplaire*, inspirés par la désapprobation de l'acte illicite et conçus comme un moyen de dissuasion ou d'amendement du délinquant, sont incompatibles avec l'idée qui est à la base du devoir de réparation*. [...] » (P. 571.)

³⁹ I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, Part I, Oxford, Clarendon Press, 1983 :

« Dans le cas de paiements symboliques pour atteinte à la souveraineté par des intrusions ou autres dommages immatériels, le rôle du paiement est plus ou moins de fournir une « satisfaction pécuniaire ». Toutefois, il n'est d'aucune utilité de qualifier ces dommages-intérêts de « dommages-intérêts à caractère pénal ». Le but de l'octroi d'indemnités est de fournir ce que la coutume reconnaît comme un dédommagement*. [...] » (P. 223.)

⁴⁰ B. Graefrath, « Responsibility and damages caused: relationship between responsibility and damages », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1984-II*, La Haye, Nijhoff, 1985, t. 185 :

« [...] Imposer des pénalités à des Etats ou des nations souverains n'est pas seulement de nos jours une question politique, mais aussi une question juridique. Imposer des pénalités à un autre Etat est manifestement incompatible avec le principe de l'égalité souveraine des Etats, tel qu'il est exposé dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats [...] ».

« Nous ne pouvons donc souscrire à l'idée qu'en droit international, aujourd'hui, le but des dommages-intérêts soit de « punir ou au moins de blâmer un Etat pour sa conduite, expressément ou implicitement, et d'essayer par là d'éviter la répétition de tels actes à l'avenir ». Une telle conception ne peut que motiver des demandes excessives d'indemnités à titre d'amende ou de pénalité. Cela conduirait à utiliser abusivement la responsabilité internationale pour humilier les Etats les plus faibles, comme l'a montré le passé impérialiste. » (P. 101.)

⁴¹ Witenberg, t. I, p. 31. Voir *infra* par. 114.

⁴² Sentence du 30 juin 1930 (Portugal c. Allemagne) [Nations Unies, *Recueil*, vol. II, p. 1035 et suiv.]. Le tribunal avait déclaré :

« En sus de la réparation des dommages proprement dits, causés par les actes commis par l'Allemagne pendant la période de neutralité, le Portugal réclame une indemnité de deux milliards de marks-or en raison « de toutes les offenses à sa souveraineté et pour les attentats contre le droit international ». Il motive cette réclamation en exposant que l'indemnité qui sera accordée de ce chef « donnera la mesure de la gravité des actes pratiqués vis-à-vis du droit international et des droits des peuples », et « qu'elle aidera... à faire savoir que ces actes ne pourront impunément continuer à être pratiqués. Outre la sanction de la désapprobation par les consciences et par l'opinion publique internationale, ils auraient la sanction matérielle correspondante... ».

« Il résulte très clairement de cela qu'il ne s'agit pas, en réalité, d'une indemnité, de la réparation d'un préjudice matériel ni même moral, mais bien d'une sanction, d'une peine infligée à l'Etat coupable et inspirée, comme les peines en général, par les idées de rétribution, d'avertissement et d'intimidation. Or il est évident qu'en confiant à un arbitre le soin de fixer le montant des réclamations introduites pour ces actes commis pendant la période de neutralité les Hautes Parties contractantes n'ont pas entendu l'investir d'un pouvoir répressif. Non seulement le paragraphe 4 qui institue sa compétence est contenu dans la partie X du Traité, intitulée « Clauses économiques » tandis que c'est la partie VII qui traite des « sanctions », mais en outre il serait contraire aux intentions nettement exprimées des Puissances alliées d'admettre qu'elles ont envisagé la possibilité de frapper l'Allemagne de peines pécuniaires en raison des actes qu'elle a commis, l'article 232, al. 1, portant expressément qu'elles reconnaissent que même la simple réparation des pertes proprement dites causées par elle dépasserait sa capacité financière. La sanction réclamée par le Portugal est donc en dehors à la fois des sphères des compétences des arbitres et du cadre du Traité. » (*Ibid.*, p. 1076 et 1077.)

général plus précises que la formulation de Chorzów. Ils sont pour la plupart sceptiques même quant à la possibilité de tirer de la pratique des normes uniformes d'indemnisation valables. Ainsi, Eagleton a déclaré : « Le droit international ne prévoit pas de méthodes précises de mesure pour l'octroi d'indemnités⁴³. » Reitzer a été plus loin⁴⁴ et Verzijl exprime des idées analogues⁴⁵. Graefrath, pour sa part, fait observer « que la diversité infinie des cas et des circonstances particulières ne per-

⁴³ Eagleton, *op. cit.*, p. 191, par. 55.

⁴⁴ Selon Reitzer,

[...] « Manifestement, l'arbitre est acculé à la solution qui consiste à établir la réparation en s'inspirant de sa propre sagesse et de son sens de la justice personnel. Il y a un *parallélisme* entre le droit international général et le droit international arbitral et judiciaire. Là-bas, appréciation du lésé ; ici, appréciation du juge. *En déférant un litige à l'arbitrage, les parties substituent à la volonté unilatérale de l'Etat lésé — lui-même partie intéressée — la volonté, la discrétion d'une tierce personne désintéressée.*

« Ce phénomène de la liberté du juge dans la détermination de la mesure de la réparation ne pouvait pas rester inaperçu par la science du droit international. Beaucoup d'auteurs soulignent le rôle éminent que jouent les vues personnelles du juge ou de l'arbitre, sans se rendre toujours compte de toute la portée de cette proposition.

« Cette liberté se trouve aussi consignée dans d'innombrables traités et compromis d'arbitrage, soit que l'on ait autorisé l'arbitre à se prononcer sur la réparation *ex aequo et bono* ou « selon la justice et l'équité », soit qu'on lui ait conféré les pouvoirs les plus étendus, parfois à l'exclusion expresse du droit strict.

« Mais ce qui est plus significatif encore, c'est que lors même qu'une telle clause ne se trouvait pas insérée dans l'instrument lui conférant sa compétence, l'arbitre a cru pouvoir décider conformément à l'équité. Ce furent notamment les commissions mixtes des réclamations qui se considéraient comme de véritables cours d'équité. Mais des déclarations dans ce sens ne font pas défaut, non plus, dans les sentences arbitrales proprement dites.

[...]

[...] Le nombre impressionnant des compromis attribuant au juge une entière liberté d'appréciation suffirait pour démontrer que les Etats n'éprouvent aucune crainte à l'égard de cette liberté. Mais on peut, en outre, citer à l'appui de la manière de voir opposée la Conférence de codification de La Haye. Les réponses que de nombreux Etats ont données au point XIV du Comité préparatoire prouvent qu'ils se sont bien rendu compte de l'incertitude, voire de l'inexistence, de normes coutumières relatives à la mesure de la réparation et pouvant utilement guider l'arbitre. Il en ressort également que ces Etats ont entendu réserver à l'arbitre appelé à trancher ces questions la plus large mesure de discrétion. » (*Op. cit.*, p. 160 à 162.)

⁴⁵ J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Leyde, Sijthoff, 1973, vol. VI :

« Les normes d'indemnisation diffèrent tellement selon les cas et les types de dommages qu'il est difficile de formuler des règles générales sur ce sujet. On ne pourrait qu'établir une longue liste des sentences octroyant des réparations, qui s'ajouterait aux quelques décisions judiciaires examinées plus haut, pour indiquer sur quels principes les commissions des réclamations ou les tribunaux d'arbitrage se sont appuyés pour rendre leur verdict concernant l'estimation des dommages subis. Il existe une diversité infinie de dommages possibles : homicides, mutilations, blessures ; incarcérations, tortures, détentions, châtiments injustes ; expulsions ; destructions, saisies, vols ; dénis de justice ; absence de protection gouvernementale, ou non-arrestation ou non-châtiment des coupables, etc. Il va sans dire que les méthodes employées pour déterminer le degré de réparation adéquat diffèrent nécessairement beaucoup. La victime peut être décédée et ses ayants cause peuvent faire valoir ses droits à des dommages-intérêts. La réparation peut intervenir longtemps après l'acte dommageable. Le dommage peut avoir été un dommage à la personne, la perte d'un bien, la privation d'une concession, la confiscation d'un bien, la perte de la situation professionnelle d'un soutien de famille, le ternissement d'une réputation, des souffrances morales, etc. » (P. 746 et 747.)

mette pas, semble-t-il, d'aller au-delà de l'énoncé de principes directeurs en ce qui concerne ces questions », et il constate que cela est particulièrement vrai « quand il s'agit d'un dommage matériel, et l'est davantage encore quand il s'agit de fixer des indemnités pour un *dommage non matériel**, tel que détention illégale, lésion corporelle ou décès, violation de droits sans qu'un préjudice matériel soit causé »⁴⁶. Gray exprime des doutes analogues⁴⁷.

27. De l'avis du Rapporteur spécial, l'absence de règles internationales plus précises que le principe de Chorzów n'est probablement pas aussi totale qu'une partie considérable de la doctrine semble le croire. Ce qui le conforte dans cette idée, c'est le fait que même dans des écrits moins récents on trouve des éléments qui donnent à penser qu'il existe néanmoins certaines règles dans ce domaine. Verzijl reconnaît, par exemple, que l'on peut identifier les « principes » sur lesquels « les commissions des réclamations ou les tribunaux d'arbitrage se sont appuyés pour rendre leur verdict concernant l'estimation des dommages subis »⁴⁸. Cela contredit, en un sens, l'affirmation d'Eagleton selon laquelle le droit international « ne prévoit pas de méthodes précises de mesure pour l'octroi d'indemnités » (v. *supra* par. 26). Anzilotti exprime également une opinion un peu plus positive. Après avoir noté la similitude évidente qui existe entre les *dicta* internationaux et les règles de responsabilité civile des systèmes juridiques nationaux et la tendance naturelle des tribunaux et des commissions à s'inspirer des règles de droit privé, en particulier du droit romain, il précise que, ce faisant, les tribunaux internationaux n'appliquent pas les règles de droit interne en tant que telles. Ils appliquent plus vraisemblablement des principes juridiques internationaux calqués sur les principes ou les règles de droit interne. Anzilotti dit notamment que ces règles sont essentiellement identiques aux règles de droit interne bien qu'elles en soient formellement différentes, manifestement dans le sens qu'elles sont devenues des règles de droit international en vertu d'un processus normatif international⁴⁹. L'influence, quoique relative, des règles de droit privé, et notamment du droit de tradition romaine, est

⁴⁶ Graefrath, *loc. cit.*, p. 94.

⁴⁷ D'après Gray,

[...] Le principe fondamental de la réparation complète qui peut être tiré des différents systèmes juridiques nationaux — exprimé dans les pays de tradition romaine et dans les pays communistes en termes de *damnum emergens* et de *lucrum cessans*, dans les pays de « common law » par la règle selon laquelle le réclamant doit être remis dans la situation dans laquelle il aurait été si aucun préjudice ne lui avait été causé — représente très peu de progrès par rapport à la constatation qu'une obligation de réparer est née. Il est évident que ce principe fondamental ne peut être un guide pratique pour l'évaluation des dommages-intérêts, comme le montre le fait que bien que les systèmes juridiques aient en commun cet objectif, leurs méthodes d'évaluation et les résultats auxquels elles aboutissent diffèrent considérablement. En outre, le principe fondamental est assorti d'importantes réserves et exceptions dans tous les systèmes juridiques. » (*Op. cit.*, p. 8.)

⁴⁸ Voir *supra* note 45.

⁴⁹ D'autre part, Anzilotti sait aussi que toutes les règles de droit interne n'ont pas acquis la force de règles ou de principes internationaux. Par exemple, d'après lui, la règle de droit interne selon laquelle, dans certains systèmes juridiques nationaux, il y a une limite au-delà de laquelle les dommages ne sont pas indemnisables n'aurait pas été transposée en droit international (*Cours*, p. 528 à 530).

aussi reconnue par d'autres auteurs, tels que Nagy⁵⁰ et Čepelka⁵¹. Reitzer lui-même, qui semblait nier en bloc l'existence de règles ou principes internationaux dans ce domaine⁵², reconnaît l'existence d'opinions différentes, selon lesquelles :

[...] Les Etats qui déferent leur litige à une instance impartiale le font certainement dans la conviction que des règles bien établies existent au sujet du quantum de la réparation, règles auxquelles le juge est obligé de se conformer. Pour peu que cette conviction fût absente, les Etats hésiteraient à confier leurs controverses à un arbitre dont la décision serait susceptible de leur apporter des surprises peu désirables.

Et il ajoute :

On est même allé jusqu'à prétendre que, à défaut de règles de droit international applicables en l'espèce, et à moins que le compromis ne l'autorise à juger *ex aequo et bono*, l'arbitre doit refuser de statuer⁵³.

Mais Reitzer rejette ces opinions qu'il estime non fondées et reconnaît que les arbitres ont largement recours aux principes généraux du droit interne⁵⁴. Après avoir cité l'affaire du *Chemín de fer de la baie de Delagoa*⁵⁵, Reitzer conclut que

Sans faire donc partie du droit international général, les principes généraux du droit privé ont exercé une influence considérable sur les arbitres et juges internationaux décidant d'une façon discrétionnaire. [...] ⁵⁶.

Dans ce passage, la position de Reitzer ne diffère de celle d'Anzilotti qu'en ce qui concerne le statut des principes généraux dont il est question.

28. Ces déclarations intéressantes (et contradictions) de certains auteurs donnent à penser qu'il y aurait sans doute place pour une opinion moins pessimiste et plus nuancée en ce qui concerne et l'existence de règles ou principes régissant la réparation dans les relations internationales et l'utilité d'un effort de développement progressif de la part de la Commission. D'une part, le

⁵⁰ K. Nagy, « The problem of reparation in international law », in H. Bokor-Szegö, éd., *Questions of International Law. Hungarian Perspectives*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1986, vol. 3, p. 178 et 179.

⁵¹ Č. Čepelka, *Les conséquences juridiques du délit en droit international contemporain*, Prague, Universita Karlova, 1965 :

« [...] la pratique internationale a élaboré pendant les derniers 180 ans environ — au moins certains critères auxiliaires servant à établir l'étendue du tort causé par le délit et à déterminer le montant de l'indemnité à payer. Les critères en question s'appuient essentiellement sur les principes généraux du droit. Naturellement, il ne s'agit ici aucunement d'une réception de ces principes du droit interne dans le droit international, car les principes généraux du droit ne font pas partie du droit international général ; cela n'exclut pas que des simples critères auxiliaires ne deviennent par la voie de la coutume internationale, au cours de l'évolution ultérieure de la pratique internationale, des règles stables du droit international commun. » (P. 29.)

⁵² Voir *supra* note 44.

⁵³ Reitzer, *op. cit.*, p. 161 et 162.

⁵⁴ Selon Reitzer, « Un examen des sentences arbitrales révèle le fait incontestable que les arbitres se sont assez fréquemment référés auxdits principes généraux [reconnus en droit interne]. Ces derniers se rencontrent également dans les compromis. Il ne nous est point loisible de passer ce phénomène sous silence. » Et bien qu'il affirme que ces principes généraux ne constituent pas « des normes obligatoires du droit des gens en général », il admet qu'il est naturel, étant donné l'existence d'un « système de normes juridiques millénaire et hautement développé » (à savoir le droit romain et les droits de tradition romaine), que le juge international « n'ait pas manqué de puiser dans cette source, d'autant plus que les deux situations de fait accusent des analogies incontestables » (*Ibid.*, p. 163.)

⁵⁵ Voir *infra* note 96.

⁵⁶ Reitzer, *op. cit.*, p. 165.

nombre et la diversité des cas concrets sont tels qu'il est naturel que l'étude de la doctrine et de la pratique diplomatique conduise à exclure la possibilité même de trouver ou même de concevoir des règles très détaillées qui s'appliqueraient mécaniquement et uniformément à tous les cas ou groupes de cas. Cela exclut non seulement l'existence effective (*de lege lata*) de règles très détaillées, mais aussi la nécessité d'élaborer de telles règles dans le cadre du développement progressif. Cela n'exclut néanmoins ni l'existence de règles plus précises que le principe de Chorzów, ni la possibilité d'élaborer raisonnablement de telles règles et de les faire adopter.

29. En ce qui concerne le droit existant, il y a eu un si grand nombre de sentences arbitrales ou de décisions judiciaires ou de règlements amiables concernant la plupart des questions spécifiques qui se posent dans ce domaine qu'il semble raisonnable d'admettre l'existence d'une règle ou d'une norme correspondante relativement précise, quand on ne peut pas trouver des solutions relativement uniformes concernant une question donnée. Comme l'ont noté Anzilotti et Reitzer, les règles et les normes appliquées par les organes judiciaires internationaux sont souvent très semblables, sinon identiques, aux règles et aux normes correspondantes du droit interne (droit romain, droit inspiré du droit romain ou « common law »). De l'avis du Rapporteur spécial, cela ne signifie pas que l'on applique des règles juridiques internes par simple renvoi, mais plutôt que, par suite des travaux des organes judiciaires internationaux et des règlements amiables auxquels ils sont parvenus directement entre eux, les Etats ont progressivement élaboré et accepté des règles et des normes relatives à la réparation. Même si, à l'origine, ces règles et normes ont été inspirées du droit interne, on peut considérer qu'elles font maintenant partie intégrante du droit international général. Il semble donc qu'il y ait suffisamment d'éléments pour justifier que la Commission tente et de déterminer et de codifier ces règles et ces principes.

30. On ne doit évidemment pas s'attendre à découvrir des règles absolues susceptibles d'être appliquées automatiquement et mécaniquement dans tous les cas et dans toutes les circonstances. Chacun sait qu'il n'y a aucun domaine du droit, interne ou international, où des règles ou des principes puissent être appliqués mécaniquement : cela est particulièrement vrai quand il s'agit de quantifier les dommages — souvent immatériels — qui doivent être réparés dans chaque cas particulier. Toute règle qui n'est pas conçue en fonction d'un cas unique doit être adaptée dans une certaine mesure — par les juges, les arbitres, ou les parties intéressées elle-mêmes — aux particularités et aux circonstances de chacun des innombrables cas concrets auxquelles elle s'applique. Peut-être est-ce seulement la grande diversité des faits illicites et des circonstances qui les accompagnent, notamment la diversité des dommages causés, qui suscite tant de doutes quant à l'existence de règles juridiques internationales relatives à la réparation pécuniaire.

31. En particulier, le fait que les règles doivent nécessairement être générales et souples n'implique pas qu'elles soient de simples « principes directeurs » ou « orientations » non susceptibles de codification au sens

étroit. Ces règles énoncent les droits de l'Etat lésé et les obligations correspondantes de l'Etat responsable de l'acte dommageable.

32. On devrait considérer en outre que, dans le domaine de la responsabilité internationale plus que dans tout autre, la Commission est chargée d'une tâche qui va au-delà de la simple codification. Selon la lettre de la disposition pertinente de la Charte des Nations Unies, la première tâche de la Commission est le développement progressif. Il s'ensuit, estime le Rapporteur spécial, que chaque fois que l'étude de la doctrine et de la pratique en matière de réparation pécuniaire fait apparaître un manque de clarté, une incertitude ou, pour ainsi dire, une « lacune » du droit existant, il ne devrait pas s'ensuivre nécessairement que la Commission doit déclarer qu'il n'y a pas lieu de se prononcer. Un effort devrait et pourrait être fait pour examiner la question *de lege ferenda* afin de voir si, dans quel sens et dans quelle mesure on pourrait éliminer ou réduire l'incertitude ou combler la « lacune », en faisant œuvre de développement. On devrait pour cela, bien entendu, se fonder sur une évaluation réaliste des besoins de la communauté internationale et des sources et analogies du droit privé disponibles, et procéder avec réalisme et bon sens.

33. Dans le cadre des limites raisonnables qui ont été définies, le sujet de la responsabilité des Etats en général et de la réparation pécuniaire en particulier semble se prêter particulièrement bien, de par sa nature, à l'incorporation d'éléments de développement progressif. Comme des membres de la Commission ainsi que des auteurs l'ont souvent souligné, le projet d'articles de la Commission sur la responsabilité des Etats, à la différence des autres projets, porte essentiellement sur des situations juridiques dites « secondaires ». La Commission traite, précisément, des situations ou conflits qui peuvent découler d'actes illicites futurs dans n'importe quel secteur du droit international. Des situations et des conflits dans lesquels n'importe quel Etat risque de se trouver autant dans la position d'Etat auteur ou « responsable » du dommage que dans celle d'Etat « lésé ». Normalement, on ne se trouve pas confronté — comme c'est le cas quand on s'occupe principalement ou exclusivement du développement et de la codification des règles dites « primaires » — à des intérêts et des positions antagonistes déterminés, actuels ou prévisibles, tels que ceux que l'on rencontre inévitablement quand on traite (*de lege lata* ou *ferenda*) du régime des cours d'eau internationaux, du régime de la mer, du régime des relations économiques internationales ou du droit de l'environnement⁵⁷. Évidemment, même dans la réglementation d'une matière telle que la responsabilité des Etats, il y a des questions à propos desquelles les mêmes conflits d'intérêts potentiels peuvent se manifester : par exemple entre Etats pauvres et Etats riches,

⁵⁷ Dans les secteurs tels que ceux-ci, quel que soit le poids que l'on accorde aux intérêts communs afin de faciliter l'accord sur la *lex lata* ou sur la *lex ferenda*, on se heurte toujours, pour chaque question, à l'obstacle (difficulté) que représentent les oppositions telles que celles qui divisent les Etats d'amont et les Etats d'aval, les Etats côtiers et les Etats sans littoral (ou les Etats riverains d'océans et ceux de mers fermées) ou les Etats en développement et les Etats développés.

entre grands Etats et petits Etats, entre Etats forts et Etats faibles, sur des questions telles que celles qui concernent les mesures admissibles pour assurer la réparation et les préconditions et conditions de leur licéité. Jusqu'ici toutefois, en ce qui concerne les conséquences purement matérielles d'un fait illicite, et en particulier en ce qui concerne les règles en vigueur ou qui devraient l'être dans le domaine de la réparation pécuniaire, il semblerait que tous les Etats aient les mêmes intérêts « éventuels » ou « hypothétiques ». Tous les Etats devraient donc être intéressés à ce que l'on fasse preuve d'indulgence à l'égard de l'Etat responsable du dommage ou de générosité vis-à-vis de l'Etat lésé⁵⁸. Cette considération pourrait peut-être aider à mieux évaluer la possibilité d'incorporer des éléments de développement progressif dans le projet d'articles, en ce qui concerne la réparation en général et la réparation par équivalent en particulier. Le Rapporteur spécial considère que cela vaut également pour la satisfaction.

B. — Dommages « directs » et « indirects » ; lien de causalité et multiplicité de causes

1. DOMMAGES « DIRECTS » ET « INDIRECTS »

34. Etant entendu que tous les dommages et uniquement les dommages causés par le fait illicite doivent donner lieu à indemnisation⁵⁹, les auteurs et les praticiens se sont toujours efforcés de distinguer les conséquences dont on peut considérer qu'elles découlent d'un fait illicite et qui sont de ce fait indemnisables des conséquences qui ne doivent pas être considérées comme découlant d'un fait illicite et qui ne donnent donc pas lieu à indemnisation⁶⁰.

35. Jadis, on avait examiné cette question, pendant un certain temps, sous l'angle de la distinction entre le préjudice « direct » et le préjudice « indirect ». Mais cette approche avait soulevé des doutes en raison de l'ambiguïté et du peu d'utilité de cette distinction⁶¹. Quoique l'on entende par préjudice « indirect » dans certains systèmes juridiques nationaux⁶², cette expression a été

⁵⁸ Ce qu'un Etat pourrait craindre de « perdre », dans le cadre de la situation juridique envisagée dans un projet d'article pour un Etat qui serait responsable d'un dommage, serait contrebalancé par ce que cette situation ferait gagner à ce même Etat lorsqu'il se trouverait dans la position de partie lésée.

⁵⁹ C'est ce que Personnaz définit comme étant « le principe de l'équivalence de la réparation au préjudice », *op. cit.*, p. 98 à 101.

⁶⁰ Une analyse exacte du problème est faite dans l'important ouvrage de B. Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973, en particulier p. 185 à 223.

⁶¹ Cf. Personnaz, *op. cit.*, p. 135 ; Eagleton, *op. cit.*, p. 199 à 202 ; Morelli, *op. cit.*, p. 360 ; Bollecker-Stern, *op. cit.*, p. 204 à 211 ; Gray, *op. cit.*, p. 22.

⁶² Selon Nagy,

« [...] Le droit international a repris tant la notion que le problème des dommages indirects du droit interne des Etats bourgeois ; cette

employée dans la doctrine internationale pour justifier des décisions de ne pas accorder de dommages-intérêts. Toutefois on n'a pas précisé quelle sorte de lien entre l'événement et le dommage justifierait qu'on qualifie ce dernier d'« indirect »⁶³. Comme l'a noté Hauriou, l'application la plus remarquable de la règle excluant les dommages « indirects » a été

l'affaire de l'« *Alabama* », où le tribunal de Genève, par une déclaration spontanée et préalable au jugement, avertit les parties que les demandes pour pertes indirectes ne sauraient en aucun cas être prises en considération par les juges. Mais le principe est scrupuleusement observé dans tous les litiges internationaux, et il n'y a pas, à notre connaissance, à part le cas de la Commission mixte germano-américaine, une seule affaire où l'arbitre, après avoir qualifié un dommage d'indirect, lui accorde une compensation. [...]»⁶⁴.

Reitzer fait observer toutefois que :

Encore qu'ils l'aient rejeté, les commissions mixtes et les tribunaux sont loin d'avoir fourni une notion bien déterminée du dommage indirect. On peut même dire qu'ils se sont servis du terme sans se rendre compte de l'acception des mots employés. Rien d'étonnant, par conséquent, si les mêmes préjudices sont écartés dans un cas comme étant indirects, tandis qu'ils sont admis dans un autre cas, soit « qu'on omette de soulever la question de leur nature, soit que l'arbitre les qualifie franchement de directs »⁶⁵.

36. Quoi qu'il en soit de la doctrine, la pratique a pris ses distances par rapport à la notion de dommages « indirects » pour délimiter le préjudice donnant lieu à réparation. Il convient de mentionner à cet égard l'extrait ci-après de la décision administrative n° II de la Commission mixte de réclamations germano-américaine, en date du 1^{er} novembre 1923, énonçant notamment les règles fondamentales dans les décisions à rendre :

distinction était inconnue en droit romain. Cette notion a été introduite d'abord dans le système juridique français, qui a profondément influencé le développement des systèmes juridiques européens, à travers les ouvrages des juristes français Dumoulin et Domat en 1681 et 1777 respectivement. Par dommages indirects, ces auteurs entendaient une perte pouvant être évaluée pécuniairement qui n'avait qu'une relation lointaine avec l'acte illégal et qui découlait également d'autres causes ; alors que les dommages directs résultaient exclusivement d'un acte imputable à l'auteur d'une infraction. L'opinion qui prévalait était que les dommages indirects ne donnaient pas lieu à réparation, ce qui a été exprimé également dans l'article 1151 du Code Napoléon. Les lois nationales de certains Etats ne font pas de distinction nette entre les dommages directs et les dommages indirects, beaucoup de systèmes juridiques ne font même pas cette distinction, et la science du droit international ne répond pas non plus sans ambiguïté à cette question. [...]» (Loc. cit., p. 179.)

⁶³ Voir à cet égard Anzilotti, qui note que les tribunaux internationaux :

« Plutôt que de qualifier un dommage comme indirect et de déduire de là l'impossibilité d'allouer des dommages-intérêts à raison de ce dommage, ils ont qualifié comme indirect un dommage alors qu'ils admettaient qu'ils ne devaient pas en donner réparation. » (Cours, p. 532.) et surtout A. Hauriou, dont l'article « Les dommages indirects dans les arbitrages internationaux », RGDIP, t. 31, 1924, p. 203, a incontestablement représenté une phase importante de l'étude du sujet. Selon cet auteur « toutes les fois qu'il est fait appel à la théorie des dommages indirects, c'est pour écarter impitoyablement cette catégorie de dommages » ; et plus loin : « Malheureusement, si l'on examine dans les recueils de sentences arbitrales les applications de cette règle, il est impossible de ne pas relever de décisions contradictoires. » (P. 209.)

⁶⁴ Hauriou, loc. cit., p. 209.

⁶⁵ Reitzer, op. cit., p. 180.

[...] Peu importe que le dommage ait été subi directement ou non, pourvu que la perte dont on se plaint soit clairement reliée, et sans solution de continuité, à l'acte de l'Allemagne. [...]»⁶⁶.

Dans l'affaire *South Porto Rico Sugar Company*, la même Commission avait déclaré, en outre, que l'emploi du qualificatif « indirect » appliqué au dommage était « inexact et ambigu » et que « la distinction qu'on cherche à établir entre des dommages directs et indirects est fréquemment illusoire et imaginaire et devrait être exclue du droit international »⁶⁷.

2. LIEN DE CAUSALITÉ CONTINU (ININTERROMPU)

37. Plus que le caractère « direct » du dommage, le critère est donc la présence d'un lien de causalité clair et continu entre le fait illicite et le préjudice pour lequel des dommages-intérêts sont réclamés. Les auteurs semblent généralement d'accord sur ce point. Pour que le préjudice soit indemnisable, il est nécessaire qu'il soit lié à un fait illicite par une relation de cause à effet⁶⁸, et un préjudice est ainsi lié à un fait illicite quand le déroulement normal et naturel des événements indique que le préjudice est une conséquence logique du fait ou quand l'auteur de l'acte illicite aurait pu prévoir le dommage que son acte causerait. Comme l'explique Bollecker-Stern, on présume que le lien de causalité existe quand l'exigence objective de « normalité » ou l'exigence subjective de « prévisibilité » est satisfaite⁶⁹. En fait, ces deux conditions — la normalité et la prévisibilité — coexistent presque toujours (en ce sens qu'on aurait pu également prévoir que le dommage serait causé s'il était dans la norme)⁷⁰. Et bien que cela ait été nié au moins par un auteur, qui soutient que seul le cri-

⁶⁶ Witenberg, t. I, p. 18.

⁶⁷ Il s'agit ici d'une des affaires relatives aux *Réclamations présentées pour remboursement de primes d'assurance contre les risques de guerre*, décision rendue par la Commission mixte de réclamations le 1^{er} novembre 1923 (Witenberg, t. I, p. 66).

⁶⁸ Voir en particulier Personnaz :

« [...] doivent être considérés comme conséquences de l'acte dommageable et doivent par conséquent être pris en considération pour l'appréciation de l'étendue de l'obligation de réparer tous les faits qui sont reliés à l'acte originaire par un lien de cause à effet, en d'autres termes, tous les faits auxquels on peut remonter jusqu'à l'acte primitif par une chaîne ne présentant aucune solution de continuité. » (Op. cit. p. 136.)

Et Eagleton :

« [...] tous les dommages que l'on peut faire remonter par une chaîne de causalité ininterrompue, mais pas nécessairement directe, à un acte dommageable qui en est la cause génératrice exclusive devraient être intégralement réparés [...] » (Op. cit., p. 202 et 203.)

⁶⁹ Bollecker-Stern, op. cit., p. 191 à 194.

⁷⁰ Voir p. ex. G. Salvioi, « La responsabilité des Etats et la fixation des dommages et intérêts par les tribunaux internationaux », *Recueil des cours...*, 1929-III, Paris, 1930, t. 28 :

« Le critérium de la « normalité » dans l'ordre des conséquences est le critérium auquel la jurisprudence internationale se réfère souvent pour déterminer le fondement de la réparation des dommages indirects. Et ce critérium, envisagé sous son aspect subjectif, coïncide dans une certaine mesure avec celui de la « possibilité de prévision » qui est utilisé lui aussi dans la jurisprudence internationale. Il s'agit de la même chose examinée de deux points de vue différents. » (P. 251.)

Et Reitzer :

« [...] on exprime cette pensée [c.-à-d. la « causalité adéquate »] également par la proposition que tout préjudice résultant de l'acte dommageable dans le *cours ordinaire*, prévisible, de la vie quotidienne doit être réparé. » (Op. cit., p. 183.)

tère objectif de normalité devrait être retenu pour évaluer les dommages-intérêts dus⁷¹, la pratique ne semble indiquer aucune préférence pour le critère de la « normalité ». Par exemple, parmi les réponses des gouvernements au point XIV — Réparation des dommages — du questionnaire que leur avait soumis le Comité préparatoire de la Conférence pour la codification du droit international⁷², l'Allemagne⁷³ et le Danemark⁷⁴ se sont prononcés en faveur de la prévisibilité. Les Pays-Bas⁷⁵ et les États-Unis étaient en faveur de la normalité⁷⁶.

38. La prévisibilité prévaut dans la pratique judiciaire. Un exemple clair est la sentence rendue dans l'affaire des *Colonies portugaises* (Incident de Naulilaa)⁷⁷. Les dommages causés au Portugal par la révolte de la population autochtone dans ses colonies avaient été imputés à l'Allemagne parce qu'on avait allégué que la révolte avait été déclenchée par l'invasion allemande. Le tribunal a donc considéré que l'Etat responsable était tenu de réparer les dommages qu'il aurait pu prévoir, même si le lien entre le fait illicite et les dommages effectifs n'était pas réellement « direct ». Au contraire, il n'a pas alloué de dommages-intérêts pour les dommages qui n'auraient pas pu être prévus :

[...] en effet, il ne serait pas équitable de laisser à la charge de la victime les dommages que l'auteur de l'acte illicite initial a prévus et peut-être même voulus, sous le seul prétexte que, dans la chaîne qui les relie à son acte, il y a des anneaux intermédiaires. Mais par contre tout le monde est d'accord que, si même on abandonne le principe rigoureux que seuls les dommages directs donnent droit à réparation, on n'en doit pas moins nécessairement exclure, sous peine d'aboutir à une extension inadmissible de la responsabilité, les dommages qui ne se rattachent à l'acte initial que par un enchaînement imprévu de circonstances exceptionnelles et qui n'ont pu se produire que grâce au concours de causes étrangères à l'auteur et échappant à toute prévision de sa part. [...] ⁷⁸

39. Il ne semble donc pas juste d'exclure la prévisibilité des conditions nécessaires pour déterminer la causalité aux fins de la réparation. Tout au plus peut-on dire

⁷¹ Dans ce sens A. P. Sereni, *Diritto internazionale*, t. III, *Relazioni internazionali*, Milan, Giuffrè, 1962, déclare que « le dommage découlant d'un acte illicite est indemnisable même s'il n'est pas prévisible » (p. 1551.), et cite à cet égard l'affaire des *Colonies portugaises* (Incident de Naulilaa) [Nations Unies, *Recueil*, vol. II, p. 1031 à 1033, 1037, 1074 à 1076].

⁷² SDN, doc. C.75.M.69.1929.V.

⁷³ « Il faudra partir de la nécessité d'examiner très scrupuleusement le rapport de la cause à l'effet. Précisément, dans le domaine du droit international, on arriverait à des conséquences incontrôlables si l'Etat devait être rendu responsable des dommages qui seraient causés par un enchaînement de circonstances extraordinaires, et que le cours normal des choses ne laissait pas prévoir. C'est là un point sur lequel la théorie moderne du droit international et la pratique des tribunaux d'arbitrage s'accordent en substance. [...] » (*Ibid.* p. 146.)

⁷⁴ « La réparation doit comprendre, d'après la décision de la Cour, non seulement la perte éprouvée, mais aussi le manque à gagner et le dommage indirect, autant que celui-ci pouvait être prévu au moment de l'acte dommageable et ne pouvait être évité par un sacrifice économique de la partie lésée. » (*Ibid.*, p. 147.)

⁷⁵ « [...] Il faut indemniser le dommage qui peut être considéré comme étant raisonnablement la conséquence du fait imputé à l'Etat. [...] » (*Ibid.*, p. 149.)

⁷⁶ « [...] Le manque à gagner, lorsqu'il est établi avec une certitude raisonnable, et lorsqu'un rapport de cause à effet a pu être démontré, a été admis. [...] » (Doc. C.75a.M.69a.1929.V, p. 25.)

⁷⁷ Sentence du 31 juillet 1928 (Portugal c. Allemagne) [Nations Unies, *Recueil*, vol. II, p. 1011 et suiv.].

⁷⁸ *Ibid.*, p. 1031.

que la possibilité, pour un homme raisonnable dans la situation de l'auteur du fait illicite de prévoir les dommages est un élément important dont il faut tenir compte pour juger du caractère « normal » ou « naturel », qui est indiscutablement une condition nécessaire pour déterminer le lien de causalité. La décision administrative n° II de la Commission mixte des réclamations germano-américaine mentionnée plus haut (par. 36) fournit une fois de plus un exemple utile de la manière dont le critère de la normalité est appliqué pour déterminer le lien de causalité :

[...] Peu importe le nombre des anneaux qui lient l'une à l'autre dans la chaîne des relations de cause à effet, pourvu qu'il n'y ait aucune brisure dans cette chaîne et que le dommage puisse être relié clairement, indiscutablement et définitivement à l'acte de l'Allemagne [...] ⁷⁹.

40. Le critère appliqué en matière de présomption de la causalité quand les conditions de normalité et de prévisibilité sont remplies exige de plus amples explications. On note tant dans la doctrine que dans la pratique judiciaire une tendance à identifier le critère en question avec le principe de *proxima causa* utilisé en droit privé⁸⁰. Brownlie, se référant à l'affaire *Dix*⁸¹, dit que

[...] Il y a des éléments qui indiquent que les tribunaux internationaux font une distinction analogue et tiennent ainsi les gouvernements pour responsables « seulement des conséquences immédiates et naturelles de leurs actes » et refusent « la réparation pour les conséquences lointaines, en l'absence de preuves d'une intention délibérée de causer un préjudice » [...] ⁸².

A la suite de la désintégration, en 1978, du satellite nucléaire soviétique Cosmos-954 sur son territoire, le Canada a déclaré dans sa réclamation :

Pour calculer le montant de la réparation réclamée, le Canada a appliqué les critères pertinents établis par les principes généraux du droit international selon lesquels des indemnités équitables doivent être versées, en demandant seulement à être indemnisé des coûts raisonnables dont la cause immédiate est l'intrusion du satellite et le dépôt de débris et qui peuvent être calculés avec un degré de certitude raisonnable⁸³.

41. Il semble donc qu'un emploi non judicieux de l'adjectif « immédiate » (qualifiant la « cause ») pour indiquer le type de relation qui doit exister entre un

⁷⁹ La Commission avait ajouté :

« [...] Lorsque le dommage est éloigné, dans la suite des causes, de l'acte dont on se plaint, ce tribunal n'est pas qualifié pour chercher à démêler un réseau enchevêtré de causes et d'effets ou pour suivre, à travers un infernal labyrinthe de pensées confuses, diverses chaînes connexes et collatérales, dans le but de rattacher l'Allemagne à un dommage particulier. Toutes les pertes indirectes sont couvertes, à la condition toutefois qu'au point de vue juridique l'acte de l'Allemagne fût la cause directe et efficiente d'où elles ont découlé. Le critérium simple à appliquer dans tous les cas est le suivant : Un national américain a-t-il prouvé avoir subi une perte susceptible d'être mesurée avec une exactitude raisonnable au moyen d'étalons pécuniaires, et l'acte de l'Allemagne peut-il en être tenu pour la cause directe ? » (Witenberg, t. I, p. 18.)

⁸⁰ Selon Graefrath,

« [...] c'est un principe du droit privé qui est appliqué, le principe de la *proxima causa*. Un préjudice est considéré comme la conséquence normale d'un acte s'il est imputable à l'acte en tant que cause immédiate. » (*Loc. cit.*, p. 95.)

⁸¹ Sentence rendue en 1903 par la Commission mixte des réclamations américano-vénézuélienne (Descamps-Renault, *Recueil 1903*, p. 386 et suiv.).

⁸² Brownlie, *op. cit.*, p. 224.

⁸³ ILM, vol. 18, 1979, p. 907, par. 23 de la réclamation.

acte illicite et un préjudice indemnifiable n'est pas dépourvu d'ambiguïté. Cet adjectif semblerait exclure totalement la possibilité d'être indemnisé de dommages qui, bien qu'ils soient liés à un acte illicite, n'en sont pas proches dans le temps ou dans la chaîne de causalité.

42. Pour résumer, le critère du lien de causalité devrait jouer comme suit :

- i) Il devrait y avoir dédommagement *intégral* pour les préjudices dont la cause immédiate et *exclusive* est le fait illicite⁸⁴ ;
- ii) Il devrait y avoir dédommagement *intégral* pour les préjudices dont le fait illicite est la cause *exclusive*, même si ces préjudices sont liés à l'acte non de façon immédiate, mais par *une série d'événements dont chacun est lié à l'autre de manière exclusive par une relation de cause à effet*.

43. Comme Bollecker-Stern l'exprime en termes algébriques :

[...] Aussi longtemps que l'on peut prouver avec certitude que A_i [l'acte illicite] est la cause directe et unique de P₁ [le préjudice « immédiat »], que P₁ est la cause unique et directe de P₂, etc., jusqu'à P_n, sans qu'aucun maillon ne manque dans la chaîne naturelle et logique reliant l'acte illicite et le préjudice final, ce dernier sera donc indemnifiable. [...] ⁸⁵.

Le lien de causalité doit donc être présumé non seulement lorsqu'on est en présence d'une relation « de causalité immédiate », mais aussi chaque fois que le dommage est lié à l'acte illicite par une chaîne d'événements qui, pour longue qu'elle soit, est ininterrompue. Comme l'a noté Salvioli :

[...] On fait valoir dans la jurisprudence internationale qu'une réparation ne doit être due que lorsqu'aucun fait étranger n'a interrompu le lien de causalité entre la cause — l'acte — et la conséquence — le dommage. Ce principe est en lui-même exact : mais il faut l'appliquer avec pondération. Ainsi [...] si l'acte illicite a favorisé la naissance d'un fait, même étranger, ou bien a exposé le lésé à son influence, on ne peut pas soutenir que le rapport de causalité ait été interrompu. Les préjudices de cette catégorie doivent être indemnisés⁸⁶.

3. LE LIEN DE CAUSALITÉ ET LES CAUSES CONCOMITANTES

44. On doit envisager les cas où les préjudices ne sont pas causés exclusivement par un acte illicite, mais résultent également de causes concomitantes, parmi lesquelles l'acte illicite joue un rôle décisif mais non exclusif. En pareils cas, il ne serait ni équitable ni conforme à une bonne application du critère du lien de causalité de considérer que l'Etat auteur est tenu de l'obligation

⁸⁴ J. Combacau, « La responsabilité internationale », dans H. Thierry *et al.*, *Droit international public*, 4^e éd., Paris, Montchrestien, 1984, parle en pareil cas d'une « causalité au premier degré, celle qui unit sans aucun intermédiaire le fait générateur au dommage » (p. 711).

⁸⁵ Bollecker-Stern, *op. cit.*, p. 211. C'est ce que Hauriou avait déjà qualifié de « dommages éloignés » ou « du second degré », afin d'indiquer que « les faits dommageables qui se présentent comme une répercussion du dommage principal, mais dont l'origine se trouve néanmoins dans le préjudice initial causé par l'Etat et entraînant sa responsabilité. » (*Loc. cit.*, p. 219.) Cf. dans ce sens Personnaz :

« [...] La relation de causalité est une question de fait et doit être établie avec certitude : dès qu'elle existe, la réparation est due, quelque éloigné dans le temps ou dans l'espace que soit le préjudice dérivé ; inversement l'obligation disparaît si elle vient à se rompre ». (*Op. cit.*, p. 129.)

⁸⁶ Salvioli, *loc. cit.*, p. 247.

de réparer l'intégralité des dommages. La solution devrait consister à verser des dommages-intérêts partiels, proportionnés à l'importance du préjudice qui doit être vraisemblablement imputé à l'acte illicite et à ses effets, le montant à octroyer devant être déterminé sur la base des critères de normalité et de prévisibilité. Salvioli⁸⁷, Eagleton⁸⁸ et d'autres auteurs⁸⁹ expliquent bien ce point.

45. Les facteurs économiques, politiques, naturels et les actions de tiers ne sont que quelques-uns des éléments innombrables qui peuvent être des causes concomitantes d'un dommage. L'affaire *Yuille, Shortridge and Co.*⁹⁰ en est un exemple. Dans cette affaire, une société anglaise d'exportation de vin immatriculée au Portugal avait été condamnée à tort par les tribunaux portugais après une procédure irrégulière. Le principal préjudice pour lequel la société cherchait à obtenir réparation était les frais exposés par elle au cours de la procédure. Le « préjudice accessoire » consistait dans la chute des ventes, du fait que les activités de la société avaient été partiellement paralysées. Résumant l'affaire, Hauriou dit que :

la question était justement de savoir si la baisse du chiffre d'affaires avait pour cause unique le procès, ou si d'autres causes n'étaient pas entrées en concurrence. Dans l'espèce, il était manifeste que des circonstances étrangères avaient contribué à la diminution des bénéfices enregistrée par la Société. Les arbitres purent relever, par exemple, une crise dans la production vinicole ; pendant les années 1839 à 1842, ainsi que des pertes provenant des mauvaises conditions dans lesquelles avaient été effectuées certaines consignations de vins.

⁸⁷ Selon Salvioli,

« [...] Il peut arriver qu'un dommage *x* soit l'effet de plusieurs causes indépendantes les unes des autres, mais qui, toutes ensemble, ont concouru à la production du dommage ou à la production d'un dommage d'une entité donnée. Cette situation est la situation typique d'un *concours de causes* ; elle reste comme telle, à proprement parler, en dehors du cadre des dommages indirects. Or, lorsqu'un acte illicite d'un sujet déterminé se trouve parmi ces causes (faits naturels ou actes d'un tiers), il est évident qu'une partie du dommage doit être attribuée à l'acte illicite ; et il sera toujours possible de transformer la partie idéale du dommage en une *quote-part réelle de l'indemnité* à la charge du coupable. La difficulté dans la discrimination de la partie du dommage à attribuer à l'acte illicite ne pourrait autoriser le juge à repousser purement et simplement la réclamation du lésé. [...] » (*Loc. cit.* p. 245 et 246.)

⁸⁸ Eagleton considère que

« [...] si d'autres éléments contribuent à produire le dommage allégué, l'indemnité devrait être proportionnée au dommage effectivement causé par l'acte du défendeur [...] » (*Op. cit.* p. 203.)

⁸⁹ Personnaz dit que

« [...] quand le juge se trouve en présence de deux ou plusieurs rapports de causalité entre un dommage et plusieurs faits, il examinera lequel d'entre eux paraît le plus normal et quel est celui des faits originaires qui aura eu le plus de chance de provoquer cet acte. Et si chacun d'entre eux a pu normalement y prendre part, il y aura lieu d'attribuer à chacun une part de responsabilité dans l'origine. » (*Op. cit.*, p. 143.)

D'après Gray :

« Si un Etat n'est tenu de réparer que les conséquences directes de son propre acte illicite, il ne devrait pas avoir à payer des indemnités réparant intégralement les préjudices causés en partie par des facteurs extérieurs. [...] » (*Op. cit.* p. 23.)

En ce qui concerne la concomitance de facteurs autres que l'acte illicite lui-même dans la production du dommage et ses conséquences sur le *quantum* de l'indemnité, voir l'analyse détaillée de Bollecker-Stern, *op. cit.*, titres III et IV.

⁹⁰ Sentence du 21 octobre 1861 (Grande-Bretagne c. Portugal) [Lapradelle-Politis, t. II, p. 78 et suiv.].

Dans cette hypothèse, par conséquent, les dommages qualifiés d'« indirects », en l'espèce la diminution des bénéfices de la Société, se présentent comme étant le résultat de causes différentes. Les unes se rattachent au déni de justice dont la Société a été victime, mais les autres lui sont totalement étrangères⁹¹.

46. Il serait vain d'essayer de trouver des critères rigoureux s'appliquant à tous les cas et d'indiquer les pourcentages à appliquer pour les dommages accordés à l'encontre d'un Etat auteur d'un acte dommageable, quand son action a été une des causes, décisive mais non exclusive, d'un préjudice subi par un autre Etat. Il serait absurde d'essayer d'énoncer dans une formule universellement applicable les différentes hypothèses de la relation de causalité et d'essayer de tracer une ligne de démarcation entre les dommages pour lesquels une réparation est due et les dommages pour lesquels une réparation n'est pas due⁹². L'application des principes et critères examinés ne peut se faire qu'à la lumière des circonstances et des faits de la cause, et le pouvoir discrétionnaire des arbitres ou les talents diplomatiques des négociateurs devront jouer un rôle décisif dans la détermination de la mesure dans laquelle le préjudice est indemnisable. Cela est particulièrement vrai quand la chaîne de causalité entre l'acte illicite et le préjudice est particulièrement longue et que d'autres facteurs de causalité y interviennent. Reitzer expose avec justesse la théorie pertinente :

[...] La causalité, c'est l'enchaînement d'un nombre infini de causes et d'effets : le préjudice subi est dû à la concurrence d'une multiplicité de faits et de phénomènes. Le juge international doit dire lesquels entre ces faits et phénomènes ont produit le dommage, d'après le *cours ordinaire des choses*, et lesquels lui sont, au contraire, étrangers. Il doit notamment décider si, selon le même critère de *normalité*, le dommage est ou n'est pas attribuable à l'acte incriminé. Cela nécessite un choix, une sélection, une appréciation, parmi les faits qui, pris en eux-mêmes, ont tous une valeur égale. Dans ce travail de sélection, l'arbitre est acculé à suivre ses propres lumières. C'est lui qui rompt la chaîne de causalité, afin d'y englober telle catégorie d'actes et d'événements et d'en exclure telle autre, guidé par sa seule sagesse et sa propre perspicacité. Toutes les fois, on le remarque, que l'arbitre ne trouve point d'indications utiles dans les précédents, sa liberté de jugement rebondit⁹³.

4. LE COMPORTEMENT DE L'ETAT LÉSÉ EN TANT QUE CAUSE CONCOMITANTE

47. Une cause concomitante dont la présence peut affecter le montant de l'indemnité est l'absence de diligence due ou la manifestation d'une certaine négligence de la part de l'Etat lésé. Il est largement admis que lorsque l'Etat lésé a contribué à causer le dommage, ou à l'aggraver, le montant de l'indemnité sera réduit en

⁹¹ Hauriou, *loc. cit.*, p. 216.

⁹² Anzilotti, *Cours*, p. 533.

⁹³ Reitzer, *op. cit.*, p. 184 et 185. A ce sujet, voir notamment les remarques très pertinentes de Hauriou, *loc. cit.*, p. 220 ; et celles de Personnaz, selon lequel

« L'existence des rapports [de causalité] est une question de fait et doit être établie par le juge ; il ne saurait être question de l'enfermer dans des formules, car c'est uniquement affaire d'espèces. » (*Op. cit.*, p. 129.)

et que

« C'est là une question qui ne peut pas être résolue par des principes, mais seulement à la lumière des faits de la cause et d'après des considérations d'espèce, pour l'examen desquels le juge disposera, sauf restrictions du compromis, d'un entier pouvoir d'appréciation. » (P. 135.)

conséquence⁹⁴. La pertinence de la négligence de l'Etat lésé a été reconnue et on a admis, dans un certain nombre d'affaires, qu'il y avait lieu de prendre en considération la négligence de l'Etat lésé et d'en tirer les conséquences.

48. Dans l'affaire du « *Costa Rica Packet* », tranchée en 1897 par l'arbitre F. de Martens⁹⁵, la Grande-Bretagne avait obtenu des dommages-intérêts pour la détention illégale du capitaine du navire et la perte de la saison de pêche. Le montant de l'indemnité avait toutefois été réduit par l'arbitre, compte tenu d'un certain nombre de circonstances, telles que la libération rapide du capitaine du navire arrêté et du fait que, pendant son absence, le second du navire était disponible, ce qui aurait permis de reprendre la pêche et de réduire ainsi la perte causée par l'arrestation du capitaine par les autorités néerlandaises⁹⁶. De même, dans l'affaire du *Chemin de fer de la baie de Delagoa*⁹⁷, les arbitres avaient à régler une réclamation dans le différend entre le Portugal, d'une part, et le Royaume-Uni et les Etats-Unis d'Amérique, d'autre part, au sujet de l'annulation de la concession de la ligne de chemin de fer de Lourenço Marques, trente-cinq ans avant sa date d'expiration :

Toutes ces circonstances qui peuvent être alléguées à la charge de la compagnie concessionnaire et à la décharge du Gouvernement portugais atténuent la responsabilité de ce dernier, et justifient [...] une réduction de la réparation à allouer. [...] ⁹⁸.

49. Une autre affaire intéressante est l'affaire *John Cowper*⁹⁹, au sujet de laquelle Salvioli déclare :

Il est probable que des considérations de même nature (*responsabilité du lésé*) ont dû influencer l'arbitre dans l'affaire *Cowper* lorsqu'il a repoussé la demande en réparation des profits manqués (perte consécutive des récoltes pendant dix années, de 1815 à 1824),

⁹⁴ Salvioli, *loc. cit.*, p. 265 et 266 ; Čepelka, *op. cit.*, p. 31 ; Graefrath, *loc. cit.*, p. 95 ; Gray, *op. cit.*, p. 23 et 24 ; et surtout Bollecker-Stern, *op. cit.*, p. 265 et suiv., titre III.

⁹⁵ Sentence du 25 février 1897 (Grande-Bretagne c. Pays-Bas) [La Fontaine, p. 509 et suiv.].

⁹⁶ L'arbitre avait déclaré :

« Attendu que la détention non justifiée du capitaine Carpenter lui a fait perdre la meilleure partie de la saison pour la chasse aux baleines ;

« Attendu que, d'autre part, le sieur Carpenter, une fois relâché, aurait pu retourner à bord du navire *Costa Rica Packet* au plus tard en janvier 1892, et qu'aucune preuve concluante n'a été produite de sa part pour établir la nécessité dans laquelle il se serait trouvé de laisser son navire jusqu'en avril 1892 dans le port de Ternate sans maître, ni encore moins de le vendre à vil prix ;

« Que les propriétaires ou le capitaine d'un navire étant obligés pour le cas d'un accident quelconque survenant au capitaine de pourvoir à son remplacement, le premier officier du *Costa Rica Packet* devait être capable de prendre le commandement et d'exercer l'industrie de la chasse aux baleines ;

« Et qu'ainsi les dommages soufferts ensuite de la détention du sieur Carpenter par les propriétaires du bâtiment *Costa Rica Packet*, les officiers et l'équipage ne sont pas *uniquement* des conséquences nécessaires de cette détention préventive ;

« [...] ». (La Fontaine, p. 511 et 512.)

Et, comme le souligne Gray, l'arbitre avait décidé « qu'il convenait d'accorder en conséquence une indemnité d'un montant réduit » (*op. cit.*, p. 23).

⁹⁷ Sentence du 29 mars 1900 (Martens, *Nouveau Recueil*, 2^e série, t. XXX, p. 329 et suiv.)

⁹⁸ *Ibid.*, p. 407.

⁹⁹ Etats-Unis d'Amérique c. Grande-Bretagne, convention du 13 novembre 1826 (Lapradelle-Politis, t. I, p. 348 et suiv.).

réclamés comme conséquence du dommage initial, l'enlèvement des esclaves. En effet, s'il est vrai qu'après l'enlèvement des esclaves le propriétaire ne pouvait pas cultiver ses terres, il n'est pas moins exact que, si ce propriétaire avait fait preuve de la diligence moyenne du père de famille, il aurait pu remplacer les esclaves par d'autres travailleurs¹⁰⁰.

50. Une décision différente, qui confirme la règle, semble avoir été prise à juste titre par la CPJI dans l'affaire du « Wimbledon »¹⁰¹. Cette affaire concernait la réparation, due par l'Allemagne, pour le préjudice causé aux affrêteurs français du vapeur *Wimbledon* du fait du refus des autorités allemandes de laisser passer le navire par le canal de Kiel (en violation de l'article 380 du Traité de Versailles). Ce refus ayant été jugé constituer une source de responsabilité, il restait à déterminer le montant de l'indemnité. Il n'y avait aucun doute quant à l'obligation de l'Etat auteur du fait dommageable de payer des dommages-intérêts pour le détour que le navire avait été forcé de faire en conséquence de ce refus. Toutefois, un doute s'est élevé quant au préjudice que représentait le fait que le navire avait été immobilisé pendant onze jours au port de Kiel, avant d'emprunter une autre route (par Ska-gen). Implicitement, la Cour avait admis qu'il fallait prendre en considération la conduite du capitaine du navire à cet égard comme une circonstance susceptible d'affecter le montant de l'indemnité. Donc, tout en confirmant la règle par le poids de son autorité, la Cour n'avait cependant pas cru que la conduite du capitaine laissât en rien à désirer. La Cour avait déclaré :

[...] pour ce qui concerne le nombre de jours, il paraît certain que le navire qui désirait faire reconnaître son droit était fondé à attendre, pendant un délai raisonnable, avant de poursuivre son voyage, le résultat des négociations diplomatiques entamées à ce sujet¹⁰².

Elle ne décida donc pas de réduire le montant de l'indemnité.

51. Tout en admettant de façon générale la justesse fondamentale de cette pratique, les auteurs qui ont étudié le problème s'interrogent à juste titre sur le fondement de la règle relative à la « négligence ayant contribué au préjudice ». On parle de « concours de fautes », de « responsabilité du lésé », de « mains nettes », etc. Une explication plus convaincante de la pratique en question est qu'elle n'est qu'une application de la règle de la causalité et du principe et des critères auxquels il faut avoir recours dans tous les cas de multiplicité de causes. C'est dans ce sens que, selon Bollecker-Stern¹⁰³, Reitzer¹⁰⁴,

¹⁰⁰ Salvioli, *loc. cit.*, p. 267.

¹⁰¹ Arrêt du 17 août 1923, C.P.J.I. série A n° 1.

¹⁰² *Ibid.*, p. 31.

¹⁰³ Selon Bollecker-Stern, qui examine les diverses théories (*op. cit.*, notamment, p. 310 à 313),

« [...] C'est également cette solution qu'a préconisée le Gouvernement espagnol, par l'intermédiaire de M. Weil, dans l'affaire de la *Barcelona Traction* : discutant du rôle joué par la *Barcelona Traction* dans la réalisation de la situation dont elle réclamait réparation à l'Espagne, M. Weil déclare en effet que « la réparation doit être proportionnelle à l'influence causale de l'acte illicite relevé à la charge de l'Etat défendeur dans la production du dommage. La réparation sera donc écartée complètement ou réduite, selon le cas, pour tenir compte de l'interférence de causes étrangères et, notamment, de la conduite de la victime elle-même ». (P. 311 et 312.)

¹⁰⁴ Reitzer, *op. cit.*, p. 198.

Salvioli¹⁰⁵, Roth¹⁰⁶, Salmon¹⁰⁷ et d'autres se prononcent. Le Rapporteur spécial incline à partager cette opinion.

C. — Champ d'application de la réparation par équivalent

1. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

52. Comme il est indiqué dans l'introduction (*supra* par. 4), on considère généralement que l'indemnisation pécuniaire tend à réparer le préjudice « matériel » subi par l'Etat lésé qui n'a pas encore été et ne peut être réparé par la restitution en nature. Cette définition qui est exacte dans un certain sens, comme on l'a dit au chapitre précédent, doit s'entendre au sens de l'expression « préjudice matériel »¹⁰⁸, dans la sphère du droit international et des relations internationales, et surtout par opposition à l'expression « préjudice moral » dans son sens « international », indiqué plus haut (par. 13 à 16).

53. Le dommage matériel causé à l'Etat comprendrait donc à la fois :

- i) Le dommage causé au territoire de l'Etat en général, à son organisation au sens large du terme, à ses biens, dans le pays et à l'étranger, à ses installations militaires, locaux diplomatiques, navires, aéronefs, engins spatiaux, etc. (soit le dommage « direct » causé à l'Etat)¹⁰⁹; et
- ii) Le dommage causé à l'Etat à travers la personne physique ou morale de ses ressortissants ou de ses agents (soit le dommage « indirect » causé à l'Etat)¹¹⁰.

¹⁰⁵ Salvioli, *loc. cit.*, p. 266.

¹⁰⁶ A. Roth, *Schadenersatz für Verletzungen Privater bei völkerrechtlichen Delikten*, Berlin, 1934, p. 83.

¹⁰⁷ J. J. A. Salmon, « Des « mains propres » comme condition de recevabilité des réclamations internationales », *Annuaire français de droit international*, 1964, Paris, vol. 10, p. 265.

¹⁰⁸ Bien que l'expression « préjudice matériel » soit la plus fréquemment utilisée pour désigner le champ d'application de l'indemnisation pécuniaire, il est difficile de trouver dans la doctrine des définitions autres que tautologiques telles que « préjudice causé à un intérêt matériel » (Morelli, *op. cit.*, p. 359).

¹⁰⁹ On trouve des exemples de dommage « direct » causé à l'Etat, notamment dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, *fond*, C.I.J. *Recueil* 1949, p. 4, et l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, C.I.J. *Recueil* 1980, p. 3. Parmi les auteurs, voir en particulier Brownlie, *op. cit.*, p. 236 à 240.

¹¹⁰ Le fait que le dommage subi par l'Etat à travers ses ressortissants — et on ajoutera à travers ses agents agissant en tant que personnes privées — est un dommage « direct » causé à l'Etat lui-même, bien qu'il soit fréquemment qualifié de dommage « indirect », est expliqué magistralement par Reuter :

« [...] L'Etat moderne *socialise* tous les patrimoines privés par l'impôt, comme il *socialise* une partie des dépenses privées par la prise en charge des dépenses de santé ou d'une partie des risques attachés à l'existence humaine. D'une manière plus générale, il y a désormais une véritable reprise par l'Etat de tous les éléments de la vie économique. Tous les biens et toutes les recettes, toutes les dettes et toutes les dépenses même d'un caractère privé sont repris en écriture dans une *comptabilité nationale* dont les enseignements sont un des instruments de la politique économique de tous les gouvernements et subissent ainsi son emprise.

« Aujourd'hui par conséquent on ne saurait plus dire que c'est par un *mécanisme purement formel** que les dommages subis par des particuliers sont attribués à l'Etat* ; économiquement, il en est bien ainsi : c'est la Nation représentée par l'Etat qui subit, au moins pour une part, la charge de toute perte subie en premier lieu par un particulier*. » (*Loc. cit.*, p. 841 et 842.)

2. DOMMAGE PERSONNEL

54. La seconde catégorie de dommages matériels susmentionnée (par. 53, *b*), à savoir le dommage dit « indirect » causé à l'Etat, englobe — pour les raisons déjà indiquées (*supra* par. 9 à 11) — à la fois la perte d'ordre « patrimonial » subie par des personnes privées, physiques ou morales, et le dommage « moral » subi par ces parties¹¹¹. Pour les mêmes raisons, cette catégorie de dommages comprend, *a fortiori*, les dommages « personnels » — autres que les dommages d'ordre « moral » — causés aux dites parties privées par l'acte illicite. Il s'agit, en particulier, de préjudices, tels que la détention injustifiée ou toute autre restriction à la liberté, la torture ou autre préjudice physique causé à la personne, la mort, etc.

55. Les préjudices relevant de la seconde catégorie, dans la mesure où ils sont susceptibles d'être évalués en termes économiques, sont traités par la jurisprudence internationale et la pratique des Etats selon les règles et les principes applicables à l'indemnisation du dommage matériel causé à l'Etat. On constate, en fait, une tendance très nette à étendre à cette catégorie de préjudices « personnels » le traitement accordé aux dommages strictement « patrimoniaux »¹¹².

56. La mort d'un particulier ressortissant de l'Etat concerné en est un exemple typique. La jurisprudence semble indiquer que, dans un tel cas, l'indemnité accordée est destinée à compenser la perte économique subie, du fait du décès, par la personne qui était en quelque sorte en droit de considérer l'existence du défunt comme une « source » de biens ou de services susceptibles d'une évaluation économique¹¹³. Il convient de rappeler à ce propos les deux premiers arguments invoqués par le surarbitre dans l'affaire du « *Lusitania* » (v. *supra* par. 10), à savoir que le montant de l'indemnisation des préjudices subis en cas de décès devait être calculé sur la base des sommes : « *a*) que le décédé, s'il n'avait pas été tué, aurait probablement versées au réclamant » et « *b*) de la valeur pécuniaire qu'auraient représentée pour ce réclamant les services personnels du

décédé dans le soin, l'éducation ou la direction du réclamant »¹¹⁴.

57. C'est, de toute évidence, cette conception de la réparation que la CIJ avait adoptée dans l'affaire du *Détroit de Corfou* entre le Royaume-Uni et l'Albanie¹¹⁵. La Cour avait accepté la demande d'indemnités présentée par le Royaume-Uni pour les décès survenus parmi le personnel naval et pour les blessures infligées à ce personnel, et lui avait accordé une somme représentant « les dépenses résultant des pensions et indemnités allouées par lui aux victimes ou à leurs ayants droit, ainsi que des frais d'administration, de traitements médicaux, etc. »¹¹⁶.

58. L'affaire du *Détroit de Corfou* montre que l'indemnisation est accordée, non seulement en cas de mort, mais aussi en cas de préjudice physique ou psychologique. Après avoir examiné la pratique judiciaire pertinente, M. M. Whiteman déclare : « Tout ce qu'on peut dire, c'est que l'on s'efforce généralement de fonder l'octroi de dommages-intérêts avant tout sur la perte effectivement subie¹¹⁷. » Parmi les nombreuses affaires analogues, l'affaire *William McNeil*¹¹⁸ est généralement considérée comme un exemple classique de cette conception des dommages « personnels ». Dans cette affaire, le préjudice personnel consistait en une longue et grave dépression nerveuse dont un ressortissant britannique avait souffert à la suite du traitement cruel et psychologiquement traumatisant que lui avaient infligé les autorités mexicaines pendant qu'il était en prison. La Commission des réclamations anglo-mexicaine déclara :

[...] Il est facile de comprendre que ce traitement ait causé les graves troubles nerveux, dont tous les témoins ont fait état. Il est également évident que l'intéressé a dû mettre beaucoup de temps à surmonter suffisamment sa dépression nerveuse pour pouvoir reprendre son travail et qu'il a dû faire pour cela de très grosses dépenses¹¹⁹.

Ayant noté qu'après son rétablissement McNeil avait exercé une profession assez lucrative, la Commission estima que « l'indemnité à accorder au réclamant [devait] tenir compte de sa situation et correspondre à l'étendue et à la gravité du préjudice personnel qu'il [avait] subi »¹²⁰.

59. Ce type de raisonnement a été parfois utilisé par les tribunaux dans des affaires où le préjudice personnel était causé par une détention illicite. Dans les cas de détention prolongée, en particulier, les tribunaux ont pu calculer le montant de l'indemnité sur la base de l'évaluation économique du dommage effectivement causé à la victime. C'est ce qui s'est passé, par exemple, dans l'affaire du « *Topaze* », réglée en 1903 par la Commission mixte des réclamations anglo-vénézuélienne. Compte tenu de la personnalité et de la profession des victimes privées, la Commission mixte décida

¹¹¹ Les parties privées comprennent, outre les ressortissants de l'Etat, les agents de l'Etat dans la mesure où ils sont affectés dans leurs intérêts privés par le fait internationalement illicite.

¹¹² Concernant cette interprétation de la jurisprudence internationale, voir notamment García Amador, doc. A/CN.4/134 et Add.I, par. 125 à 128 ; Verzijl, *op. cit.* p. 750 à 752 ; et en particulier Personnaz, *op. cit.*, p. 196 et suiv., selon lequel le préjudice « corporel » est généralement considéré par les tribunaux internationaux sous trois aspects distincts : le *pretium doloris* ou indemnité pour souffrance physique (ce qu'on appelle « dommage moral » au sens étroit du terme) ; l'indemnité pour soins médicaux et assistance médicale ; et l'indemnisation pour la perte (préjudice) économique résultant du dommage physico-psychique. Le point de vue de Gray est différent :

« [...] Apparemment, les montants alloués dépendent [souvent] de la gravité du préjudice, ce qui semble indiquer que l'indemnité accordée est considérée comme une *satisfaction pécuniaire** pour le préjudice subi plutôt que comme une compensation pour la perte pécuniaire qui en résulte. [...] » (*Op. cit.*, p. 33 et 34.)

¹¹³ Voir Personnaz, *op. cit.*, p. 253 et suiv. Selon Bollecker-Stern, l'hypothèse de la mort de la victime initiale (du fait illicite) représente la seule exception importante au principe général selon lequel le « tiers » ne serait pas personnellement habilité à réclamer des dommages-intérêts à la partie auteur du fait illicite (*op. cit.*, p. 258 et 259).

¹¹⁴ Voir *supra* notes 8 et 9.

¹¹⁵ Arrêt du 15 décembre 1949 (fixation du montant des réparations), *C.I.J. Recueil* 1949, p. 244.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 249.

¹¹⁷ Whiteman, *Damages*, vol. I, p. 627.

¹¹⁸ Sentence rendue le 19 mai 1931 par la Commission des réclamations anglo-mexicaine (Nations Unies, *Recueil*, vol. V, p. 164 et suiv.).

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 168.

¹²⁰ *Ibid.*

d'accorder à chaque partie lésée une somme de 100 dollars par jour pour toute la période pendant laquelle elle avait été détenue¹²¹. La même méthode a été suivie dans l'affaire *Faulkner* par la Commission générale des réclamations américano-mexicaine, avec cette différence que, cette fois-là, le taux journalier de l'indemnité fut estimé à 150 dollars pour tenir compte de l'inflation¹²².

3. DOMMAGE PATRIMONIAL

60. Parmi les dommages que recouvre la notion de « dommages matériels causés à l'Etat » et auxquels il faut remédier par l'indemnisation, les principaux et les plus fréquents sont ceux qui sont qualifiés généralement de « dommages patrimoniaux »¹²³. Cette expression est utilisée pour désigner des dommages affectant les avoirs d'une personne physique ou morale, y compris éventuellement l'Etat, mais n'affectant pas la personne elle-même¹²⁴.

61. On peut dire, en fait, que le dommage patrimonial a toujours représenté le domaine dans lequel l'indemnisation trouve son champ d'application le plus naturel. C'est pour régler ce type de dommages que les principes et normes régissant l'application de l'indemnisation ont été développés par la jurisprudence et la pratique diplomatique.

62. C'est surtout en ce qui concerne ce type de préjudice que la jurisprudence et la doctrine ont jugé commode de recourir à des distinctions et à des catégories qui sont typiques du droit privé (droit civil ou « common law ») et de les adapter au caractère particulier de la responsabilité internationale. Les auteurs sont généralement d'accord pour estimer, en particulier, que l'indemnisation du dommage patrimonial doit réparer non seulement le *damnum emergens*, mais aussi le *lucrum cessans*. Il n'est guère besoin de rappeler que la première locution désigne la perte de biens causée par le fait illicite (*quantum mihi abest*), et la seconde la perte des profits qui auraient pu être tirés de ces biens (*quan-*

tum lucrari potui). Toutefois, bien que la réparation du *damnum emergens* n'ait guère suscité de difficultés¹²⁵, la compensation du *lucrum cessans* a parfois posé des problèmes, tant dans la jurisprudence que dans la doctrine. Il paraît donc indispensable de traiter plus particulièrement du *lucrum cessans* dans la section suivante.

D. — Questions relatives au *lucrum cessans*

1. PRINCIPAUX PROBLÈMES

63. Les principaux problèmes posés par le *lucrum cessans* sont les problèmes liés à la distinction susmentionnée entre dommage « direct » et dommage « indirect » (*supra* par. 34 à 36) et à l'évaluation du montant exact du manque à gagner à compenser, notamment dans le cas de faits illicites affectant des droits de propriété relatifs à des entreprises industrielles ou commerciales en activité.

2. RÔLE DU LIEN DE CAUSALITÉ DANS LA DÉTERMINATION DU *LUCRUM CESSANS*

64. Dans quelques affaires déjà anciennes, certains obstacles ont surgi dans le traitement du *lucrum cessans* du fait de la confusion entre la notion de profit et celle de dommage « indirect ». C'est ce qui est arrivé dans l'affaire du « Canada » et dans l'affaire *Lacaze*. S'agissant de la première affaire¹²⁶, un baleinier américain, le *Canada*, s'était échoué sur les rochers d'une côte brésilienne et, alors que les membres de l'équipage faisaient ce qu'ils pouvaient pour renflouer le navire, les autorités brésiliennes avaient employé la force pour les en empêcher. Le baleinier fut perdu, et le Brésil fut jugé responsable. Toutefois, bien que le Brésil fût requis de payer une indemnité pour la perte du navire, le tribunal n'accorda aucun dommage-intérêt pour compenser la perte des profits que le navire aurait réalisés s'il avait poursuivi ses activités jusqu'à la fin de la saison de pêche, au motif que ces profits étaient incertains et, par conséquent, non indemnisables : « le navire et le capital de l'entreprise eussent pu être promptement perdus dans le voyage, ou bien l'expédition aurait pu être entièrement infructueuse et sans profit¹²⁷ ». Dans l'affaire *Lacaze*, un négociant français établi en Argentine avait été victime de tracasseries de la part des tribunaux et de détention arbitraire. Il n'avait pu, de ce fait, réaliser aucun profit pendant la période où il avait été dans l'incapacité de poursuivre son négoce. Le tribunal refusa néanmoins de lui accorder une indemnité pour

¹²¹ Nations Unies, *Recueil*, vol. IX, p. 387 et suiv., notamment p. 389.

¹²² Sentence du 2 novembre 1926 (Nations Unies, *Recueil*, vol. IV, p. 67 et suiv., notamment p. 71).

¹²³ C'est surtout mais pas uniquement à propos des dommages subis par des personnes privées que l'on utilise fréquemment des expressions telles que « dommages patrimoniaux » (Personnaz, *op. cit.*, p. 156 et suiv.), « dommages aux biens » (García Amador, doc. A/CN.4/134 et Add.1, par. 31) ; « dommage économique » (Rousseau, *op. cit.*, p. 12), *property damage* (Gray, *op. cit.*, p. 38), *damages to property rights in their widest meaning* (G. Schwarzenberger, *International Law*, Londres, Stevens, 1957, vol. I, p. 664).

¹²⁴ Il peut assurément arriver qu'un dommage de cette nature affecte l'Etat de façon (dite) « directe » ou « plus directe », mais il est évident que ce genre de dommage a plus fréquemment son origine dans un préjudice causé à une personne privée, c'est-à-dire à un ressortissant de l'Etat lésé. C'est là l'hypothèse que la CPJI avait envisagée dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* (fond), lorsqu'elle nota, bien que cette affaire concernât un dommage subi par l'Etat requérant, que le dommage subi par le particulier fournissait « une mesure convenable de la réparation due à l'Etat » (*C.P.J.I. série A n° 17*, p. 28).

¹²⁵ A cet égard, voir notamment Čepelka, *op. cit.*, p. 30 ; et Bolleker-Stern, *op. cit.*, p. 211 à 214.

¹²⁶ Sentence du 11 juillet 1870 (Etats-Unis d'Amérique c. Brésil) [Lapradelle-Politis, t. II, p. 622 et suiv.].

¹²⁷ *Ibid.*, p. 634.

manque à gagner en raison du caractère « indirect » des dommages subis¹²⁸.

65. Contestant, en tout état de cause, la propriété de la notion de « dommage indirect », les auteurs ont décidé, depuis un certain temps, de rejeter toute équivalence entre « dommage indirect » et *lucrum cessans*¹²⁹. Ils estiment, en conséquence, que le *lucrum cessans* peut faire l'objet d'une indemnisation lorsqu'on peut présumer l'existence d'un lien de causalité entre le *lucrum cessans* et l'acte illicite. Rejetant notamment la thèse émise par le tribunal arbitral dans l'affaire de l'« Alabama »¹³⁰, selon laquelle « les profits éventuels ne sauraient faire l'objet d'aucune compensation, puisqu'il s'agit de choses futures et incertaines¹³¹ », la doctrine qui prévaut actuellement soutient que, pour accorder une indemnisation, les juges n'ont pas besoin d'avoir la certitude que le dommage dépend d'un fait illicite donné. Il suffit — aussi, et en particulier, pour le *lucrum cessans* — de pouvoir présumer que, dans le cours ordinaire et normal des choses, la perte identifiée ne se serait pas produite si le fait illicite n'avait pas eu lieu. Salvioli déclare judicieusement :

[...] La certitude pour un profit éventuel, c'est-à-dire pour une chose qui ne s'est pas encore réalisée, mais qui peut se réaliser dans l'avenir, est une *contradictio in terminis*. Si le juge repousse la demande parce que la certitude de la production des profits — dans l'avenir — n'est pas démontrée, le juge ne donne en réalité aucun motif de sa décision. Cela équivaut à dire : en aucun cas je ne veux allouer d'indemnité pour le profit éventuel. En effet, le *lucrum cessans* est toujours une éventualité ; mais ce qui importe, c'est de déterminer — d'après les circonstances de fait, passées et présentes — le degré de probabilité de cette éventualité...

[...] Cela revient plus clairement à l'affirmation du devoir de verser une indemnité pour la perte des profits qui se seraient réalisés dans une situation normale — si l'acte illicite n'avait pas été commis¹³².

Bollecker-Stern observe, en particulier, que le *lucrum cessans* se caractérise simplement par le fait qu'il s'agit

¹²⁸ Sentence du 19 mars 1864 (France c. Argentine) [Lapradelle-Politis, t. II, p. 290 et suiv., notamment p. 298]. On peut citer aussi l'affaire de l'« Alabama » (v. *infra* n. 130) à propos de laquelle Bollecker-Stern écrit :

« Ainsi dans l'affaire de l'« Alabama », les manques à gagner subis par les baleiniers et les navires de pêche américains confisqués par les croiseurs confédérés, qui, il faut le noter, avaient été classés par le demandeur parmi les dommages directs, n'ont pas été pris en considération pour l'allocation d'une indemnité, le Tribunal ayant déclaré que ces profits éventuels « ne sauraient faire l'objet d'aucune compensation puisqu'il s'agit de choses futures et incertaines ». Néanmoins cette affirmation catégorique ne peut prendre sa véritable portée que si l'on n'oublie pas qu'à côté de la réclamation pour profits éventuels les Etats-Unis avaient réclamé à titre subsidiaire, au cas où cette réclamation principale serait rejetée, une indemnité égale à 25 % de la valeur des navires détruits pour compenser la perte des profits éventuels, et que cette dernière réclamation a été retenue par le Tribunal. Il paraît donc difficile de retenir cette espèce pour affirmer que le profit éventuel ne doit pas être réparé en raison de la contradiction flagrante qu'il y a entre le refus d'indemnisation de principe et la compensation forfaitaire accordée en pratique. » (*Op. cit.*, p. 216.)

¹²⁹ Voir p. ex. Hauriou, *loc. cit.*, p. 213 et suiv.

¹³⁰ Sentence du 14 septembre 1872 (Etats-Unis d'Amérique c. Grande-Bretagne) [Lapradelle-Politis, t. II, p. 713 et suiv.].

¹³¹ *Ibid.*, p. 978.

¹³² Salvioli, *loc. cit.*, p. 256 et 257.

de se prononcer sur un « fait éventuel »¹³³. Mais l'« éventualité » n'exclut pas en soi la possibilité de considérer le dommage — c'est-à-dire le fait d'empêcher quelque chose ayant une valeur de devenir partie du patrimoine de quelqu'un — comme une conséquence plus ou moins immédiate du fait illicite. La seule différence qui existe entre le *lucrum cessans* et le *damnum emergens* est que, en dehors de la présomption de causalité — qui doit exister dans tous les cas entre le fait illicite et le préjudice pour que le dommage soit indemnisable —, une autre présomption est nécessaire dans le cas du *lucrum cessans* : la présomption d'existence — qui consiste à admettre que, dans un ordre normal et prévisible des choses, le profit pour lequel des indemnités sont réclamées aurait été obtenu selon toute probabilité si le fait illicite n'avait pas été commis¹³⁴. Mais s'il est évident qu'en l'absence d'une de ces deux présomptions il serait impossible d'accorder une indemnisation pour le *lucrum cessans*, il est parfaitement admissible que le *lucrum cessans* fasse l'objet d'une indemnisation, lorsque toutes les conditions nécessaires sont réunies pour établir les deux présomptions. Comme le dit Bollecker-Stern,

[...] Il ressort de cette analyse que tout *lucrum cessans* résultant normalement, raisonnablement du cours ordinaire des choses telles qu'elles sont données en l'espèce, est un dommage susceptible d'indemnisation¹³⁵.

66. Cette conclusion semble être généralement acceptée dans la doctrine¹³⁶, et la majorité des décisions des tribunaux semblent favorables à la position selon laquelle le *lucrum cessans* est en principe susceptible d'indemnisation. La sentence rendue dans l'affaire du « Cape Horn Pigeon »¹³⁷ en est un exemple classique. Cette affaire concernait la saisie d'un baleinier américain par un croiseur russe. La Russie ayant admis sa responsabilité, il ne restait plus à l'arbitre qu'à établir le montant de l'indemnisation. Il décida que l'indemnisation devait être suffisante pour couvrir non seulement le dommage réel déjà occasionné mais aussi les profits dont la partie lésée avait été privée à cause de la saisie¹³⁸. Dans l'affaire du *Chemin de fer de la baie de*

¹³³ Bollecker-Stern, *op. cit.*, p. 199 ; voir aussi Personnaz :

« [...] il ne s'agit pas ici de se prononcer sur une situation qui s'est réalisée en fait, mais sur un cas qui est demeuré au stade d'éventualité. On en est réduit à raisonner sur des simples hypothèses. » (*Op. cit.*, p. 183.)

¹³⁴ Bollecker-Stern, *op. cit.*, p. 200.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 218 et 219.

¹³⁶ Voir p. ex. Reitzer, *op. cit.*, p. 188 et 189 ; Eagleton, *op. cit.*, p. 197 à 203 ; Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, p. 569 et 570 ; Brownlie, *op. cit.*, p. 225 ; Gray, *op. cit.*, p. 25.

¹³⁷ Sentence du 29 novembre 1902 (Etats-Unis d'Amérique c. Russie), [Nations Unies, *Recueil*, vol. IX, p. 63 et suiv.].

¹³⁸ L'arbitre avait déclaré :

« Considérant que le principe général du droit civil, d'après lequel les dommages-intérêts doivent contenir une indemnité non seulement pour le dommage qu'on a souffert, mais aussi pour le gain dont on a été privé, est également applicable aux litiges internationaux et que, pour pouvoir l'appliquer, il n'est pas nécessaire que le montant du gain dont on se voit privé puisse être fixé avec certitude, mais qu'il suffit de démontrer que dans l'ordre naturel des choses on aurait pu faire un gain dont on se voit privé par le fait qui donne lieu à la réclamation ;

*Delagoa*¹³⁹, les arbitres avaient estimé que le principe général applicable à l'indemnisation

[...] ne peut être que celui des dommages-intérêts, du *id quod interest*, comprenant, d'après les règles de droit universellement admises, le *damnum emergens* et le *lucrum cessans* : le préjudice éprouvé et le gain manqué¹⁴⁰.

C'est aussi la conclusion à laquelle étaient parvenus les juges dans l'affaire du « *William Lee* » et dans l'affaire *Yuille, Shortridge and Co.*, conclusion qui était diamétralement opposée à la position adoptée par les tribunaux dans deux affaires très semblables mentionnées plus haut — l'affaire du « *Canada* » et l'affaire *Lacaze* (par. 64). Dans l'affaire du « *William Lee* », les Etats-Unis avaient obtenu une indemnité au titre du *lucrum cessans* pour les profits que le baleinier saisi illicitement aurait pu normalement réaliser pendant le reste de la saison de pêche¹⁴¹. Dans l'affaire *Yuille*, le Royaume-Uni avait obtenu des indemnités pour les profits que la société aurait réalisés si ses activités n'avaient pas été interrompues par une procédure longue et irrégulière engagée par les autorités portugaises¹⁴². La sentence rendue dans l'affaire *Shufeldt*¹⁴³, un citoyen américain dont les biens avaient été expropriés par décret au Guatemala, mettait l'accent sur l'exigence de prévisibilité en ce qui concerne le *lucrum cessans*. L'arbitre a déclaré :

Le *damnum emergens* est toujours susceptible d'indemnisation, mais le *lucrum cessans* doit être le fruit direct du contrat et ne doit être ni trop lointain ni trop hypothétique*.

[...] dans la présente affaire, les profits en question sont le fruit direct du contrat et on peut raisonnablement supposer que leur perte a été envisagée par les deux parties comme le résultat probable de la rupture de contrat¹⁴⁴.

Le *lucrum cessans* avait également joué un rôle dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* (fond). La CPJI décida que la partie lésée devait recevoir une indemnité correspondant à la valeur qu'avaient les biens perdus non pas au moment de l'expropriation mais au moment de l'in-

demnisation¹⁴⁵. Comme le dit Gray : « La Cour a apparemment présumé que la valeur de l'usine aurait augmenté entre la date de la dépossession et celle du jugement ; sinon, son choix de la date n'aurait pas été favorable au requérant¹⁴⁶. »

3. EVALUATION « ABSTRAITE » ET « CONCRÈTE » DU *LUCRUM CESSANS*

67. Une fois établi que le *lucrum cessans* est, dans certaines circonstances, susceptible d'indemnisation, les auteurs ont entrepris d'analyser la pratique juridique afin de déterminer les meilleures méthodes à suivre pour calculer les dommages-intérêts afin que l'indemnisation corresponde dans toute la mesure possible au dommage effectivement causé. On a vu ainsi se dégager deux méthodes distinctes qui sont fréquemment utilisées pour déterminer le *lucrum cessans* : les systèmes dits *in abstracto* et *in concreto*. Comme l'explique Personnaz :

La détermination *in abstracto* s'effectue au moyen de procédés mécaniques ou forfaitaires pris dans des situations présentant des analogies avec l'espèce, que le juge prend pour étalon pour appliquer à cette dernière un mode automatique. Au contraire, dans le mode de détermination *in concreto*, on part de la réalité, et l'on se base sur des faits concrets, et l'on tient compte des éléments techniques de la réalité.

[...] Le premier procédé est le plus simple et le plus rapide, puisqu'il ne demande qu'une détermination automatique, mais il risque de conduire à des erreurs d'appréciation. Il doit être employé quand la recherche du dommage réel présenterait trop de difficultés et d'incertitude, et il joue un rôle transactionnel. Au contraire, le second procédé permet de serrer de plus près la réalité et évite les susdits inconvénients, mais son application est difficile et réclame une connaissance précise des faits.

Aussi, parfois, le juge trouve-t-il avantage à combiner plusieurs systèmes de manière à obtenir une approximation plus grande. [...] ¹⁴⁷.

68. La détermination *in abstracto*, qui est la méthode la plus communément utilisée, consiste à appliquer des intérêts au montant dû au titre de l'indemnisation pour le dommage principal. Cette méthode pose, en fait, des problèmes particuliers, qu'il est préférable d'analyser séparément (v. *infra* par. 71 et suiv.). Il suffit de dire, pour le moment, que le système *in abstracto* paraît être souvent utilisé à la suite d'un règlement négocié entre les parties, étant entendu que le juge peut toujours remplacer l'allocation d'une indemnité représentant le principal et les intérêts par une somme forfaitaire plus élevée tenant compte du fait que les profits réels que le bien aurait permis d'obtenir auraient été certainement plus élevés que les bénéfices calculés en termes d'inté-

« Considérant qu'il n'est pas question en ce cas d'un dommage indirect, mais d'un dommage direct, dont le montant doit faire l'objet d'une évaluation ;

[...]

« Par ces motifs

« L'arbitre décide et prononce ce qui suit :

« La Partie défenderesse paiera à la Partie demanderessse pour le compte des réclamations présentées par les ayants droit dans l'affaire du « *Cape Horn Pigeon* », la somme de 38 750 dollars des Etats-Unis d'Amérique, avec les intérêts de cette somme à 6 % par an depuis le 9 septembre 1892 jusqu'au jour du paiement intégral. » (*Ibid.*, p. 65.)

¹³⁹ Martens, *Nouveau Recueil*, 2^e série, t. XXX, p. 329 et suiv.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 407.

¹⁴¹ Sentence rendue le 27 novembre 1867 par la Commission mixte de Lima (Etats-Unis d'Amérique c. Pérou) [Lapradelle-Politis, t. II, p. 282 et suiv.].

¹⁴² Voir *supra* note 90. On trouvera d'autres exemples de prise de position sans équivoque en faveur de la possibilité de compenser le *lucrum cessans* dans Bollecker-Stern, *op. cit.*, p. 219.

¹⁴³ Sentence du 24 juillet 1930 (Etats-Unis d'Amérique c. Guatemala) [Nations Unies, *Recueil*, vol. II, p. 1079 et suiv.].

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 1099.

¹⁴⁵ *C.P.J.I. série A n° 17*, p. 47 et 48. La Cour avait assorti sa décision des considérations suivantes :

« [...] Il y a donc lieu de faire abstraction, jusqu'à un certain point, des profits éventuels, car ils se trouveront être compris dans la valeur hypothétique ou réelle de l'entreprise au moment actuel. Si, cependant, de la réponse que les experts donneront à la question I B, il devait résulter qu'après compensation des déficits des années pendant lesquelles l'usine a fonctionné à perte et après application aux dépenses d'entretien et d'amélioration normale pendant les années suivantes il reste une marge de profits, le montant de cette marge devrait être additionné à l'indemnité à allouer*. » (P. 53.)

¹⁴⁶ Gray, *op. cit.* p. 80.

¹⁴⁷ Personnaz, *op. cit.*, p. 185.

rêts, y compris les intérêts composés. On en trouve un exemple typique dans l'affaire *Fabiani*. L'arbitre avait accordé pour le *lucrum cessans* une somme forfaitaire représentant à peu près le double du montant qui aurait été accordé en fait d'intérêts composés¹⁴⁸.

69. Il existe d'autres méthodes d'évaluation du *lucrum cessans* qui, bien qu'elles soient généralement qualifiées aussi de *in abstracto*¹⁴⁹, sont moins abstraites, car elles sont basées sur des paradigmes qui paraissent plus concrets que les intérêts. Ces autres méthodes — utilisées dans le cas d'activités commerciales — sont fondées soit sur les profits réalisés par la même personne physique ou morale au cours de la période précédant le fait illicite, soit sur les profits réalisés pendant la même période par des entreprises commerciales similaires¹⁵⁰.

70. La méthode d'évaluation *in concreto* « se fonde sur les faits de la cause, sur les profits que l'entreprise ou le bien affecté aurait permis de réaliser pendant la période en question¹⁵¹ ». On peut citer comme exemple l'affaire *Cheek*¹⁵², dans laquelle l'arbitre avait expressément accordé des indemnités afin de rétablir autant que possible le patrimoine de la partie lésée dans l'état où il se serait trouvé si le fait illicite n'avait pas été commis, ce qui l'avait obligé à se livrer à des calculs et à des évaluations compliqués pour arriver « à un chiffre probable pour le gain manqué »¹⁵³.

4. EVALUATION DU *LUCRUM CESSANS* DANS LE CAS PARTICULIER DE L'EXPROPRIATION ILLICITE D'UNE ENTREPRISE EN ACTIVITÉ

71. La détermination du *lucrum cessans* comporte naturellement des choix extrêmement problématiques dans les cas où la réparation est due pour l'expropriation illicite d'un bien étranger représentant la totalité ou une partie d'une entreprise industrielle ou commerciale en activité. Lorsqu'on analyse la pratique pertinente, il faut tenir compte aussi, dans une certaine mesure, de la partie de la jurisprudence internationale qui a trait aux expropriations licites d'entreprises en activité. La nécessité de se prononcer sur l'illicéité allé-

guée par le propriétaire dépossédé a amené, en fait, les organes d'adjudication à développer des considérations intéressantes sur les principes régissant l'indemnisation — et notamment l'indemnisation pour gain manqué — en cas d'expropriation licite.

72. Une fois de plus, le précédent le plus fréquemment évoqué est le jugement de la CPJI dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* (fond), dans laquelle la nécessité de déterminer les conséquences de l'expropriation illicite par la Pologne de biens appartenant à des sociétés allemandes procédait précisément d'une distinction nette et sans ambiguïté entre l'expropriation licite et l'expropriation illicite¹⁵⁴. C'est après avoir formulé cette distinction (et en partant de l'hypothèse que l'affaire dont elle était saisie était une affaire d'expropriation illicite) que la CPJI avait énoncé le fameux principe de la réparation intégrale selon lequel la partie lésée avait droit au rétablissement de la situation qui, selon toute probabilité, aurait existé si l'acte illicite n'avait pas été commis. En bref, la Cour avait appliqué le principe de la réparation intégrale, au sens littéral et large de *restitutio in integrum*, par opposition au sens technique et étroit de *naturalis restitutio* dans lequel cette expression est parfois utilisée. Selon la Cour, la réparation intégrale peut se faire de différentes manières. Chaque fois que la chose est possible, il faut appliquer la *naturalis restitutio* (restitution en nature) ou *restitutio in integrum stricto sensu*, telle qu'elle est décrite dans le rapport préliminaire. Lorsque ce remède n'assure pas la réparation intégrale (à savoir la *restitutio in integrum* au sens littéral et large du terme), il faut recourir à l'indemnisation dans la mesure nécessaire pour compenser toute perte qui n'a pas été couverte jusqu'à concurrence du montant voulu pour obtenir la réparation intégrale¹⁵⁵ (v. *supra* par. 66).

73. C'est sur le même principe que la Cour permanente d'arbitrage a fondé sa décision dans l'affaire relative à la *Concession des phares de l'Empire ottoman*¹⁵⁶. Compte tenu de l'activité qui faisait l'objet du contrat et de l'impossibilité d'évaluer la concession (à la date de l'expropriation) « sur la base des amortissements rési-

¹⁴⁸ Sentence du 30 décembre 1896 (France c. Venezuela) [Martens, *Nouveau Recueil*, 2^e série, t. XXVII, p. 663 et suiv.]. L'arbitre avait motivé sa sentence comme suit :

« [...] les intérêts composés de la somme de frs [...] ne représentent toutefois pas [...] le gain intégral dont Fabiani a été frustré par le non-recouvrement des sommes comprises dans la sentence arbitrale. Si Fabiani avait pu tirer parti de ces sommes et les employer dans son négoce, il est vraisemblable qu'il aurait fait des bénéfices supérieurs aux intérêts composés de ce capital pendant le laps de temps durant lequel il serait autorisé à les porter en compte. [...] » (*Ibid.*, p. 705.)

¹⁴⁹ Salvioli, *loc. cit.*, p. 263 ; Gray, *op. cit.*, p. 26.

¹⁵⁰ Concernant le premier mode d'évaluation, voir p. ex. les affaires suivantes : *Yuille, Shortridge and Co.* (*supra* n. 90) ; « *Masonic* » (Moore, vol. I, p. 1055 et suiv.) ; « *William Lee* » (*supra* n. 141) ; « *Cape Horn Pigeon* » (*supra* n. 137). Concernant le second mode d'évaluation, voir p. ex. les affaires suivantes : « *James Hamilton Lewis* » (Nations Unies, *Recueil*, vol. IX, p. 66 et suiv.) ; « *C. H. White* » (*ibid.*, p. 71 et suiv.) ; *Irene Roberts* (Ralston, p. 142).

¹⁵¹ Gray, *op. cit.*, p. 26. Voir aussi Salvioli, *loc. cit.*, p. 263, et Reitzer, *op. cit.*, p. 189.

¹⁵² Sentence arbitrale du 21 mars 1898 (Etats-Unis d'Amérique c. Siam) [Moore, vol. V, p. 5068].

¹⁵³ Gray, *op. cit.*, p. 26.

¹⁵⁴ La Cour avait déclaré que, dans le cas d'une expropriation licite, une indemnisation équitable aurait été suffisante, la condition d'équité étant remplie chaque fois que l'indemnisation est équivalente à la valeur de l'entreprise au moment de son expropriation, plus les intérêts courus jusqu'à la date du paiement effectif. C'était là, selon la Cour, la norme d'indemnisation imposée par le droit international en cas de nationalisation de biens étrangers. Dans le second cas (quand l'expropriation est illicite), on ne pouvait pas présumer qu'un acte illicite pouvait devenir licite ou *vice versa* grâce au paiement ou au refus d'une indemnité. Appliquer ici la même norme que celle appliquée à l'expropriation licite équivaldrait, selon la Cour, « à identifier la liquidation licite et la dépossession illicite en ce qui concerne leurs effets financiers » (*C.P.J.I. série A n° 17*, p. 46 et 47).

¹⁵⁵ Le raisonnement de la Cour était le suivant : le fait *illicite* implique une obligation de *réparation intégrale* (ou *restitutio in integrum* au sens large), cette réparation intégrale étant effectuée et par a) la *naturalis restitutio* (ou somme équivalente) plus b) l'indemnisation de tout autre dommage.

¹⁵⁶ Sentence du 24/27 juillet 1956 (France c. Grèce) [Nations Unies, *Recueil*, vol. XII, p. 155 et suiv.]. L'affaire concernait le retrait par les autorités grecques d'une concession relative à l'administration de phares vingt ans avant la date de l'expiration du contrat. L'action de la Grèce avait été jugée contraire aux dispositions du contrat et, de ce fait, *illicite* dans la mesure où elle ne s'était pas accompagnée du versement d'une indemnité ou de la garantie qu'une indemnité serait versée à l'avenir.

duels des constructions », le tribunal avait jugé que la partie lésée avait droit à une indemnité équivalant au profit que la concession aurait permis à la société de réaliser pendant le reste de la durée du contrat¹⁵⁷. Il semble toutefois que cette interprétation du principe de la réparation intégrale ait dépendu des circonstances particulières de l'affaire. Elle aurait notamment dépendu du fait que l'article du contrat envisageant la possibilité d'une « reprise » de la concession indiquait que, dans ce cas, l'Etat concédant devait payer au concessionnaire « toutes les indemnités qui auront été préalablement fixées par les parties elles-mêmes, ou, en cas de désaccord, par des arbitres »¹⁵⁸. Dans le cadre d'un contrat de ce genre, tout différend concernant l'indemnisation devait nécessairement être réglé sur la base d'une décision prise par le tribunal arbitral dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire plutôt que sur la base d'un principe juridique objectif. Tout ce qu'on peut déduire de cette affaire, par conséquent, c'est que le tribunal a accordé une indemnité calculée sur la base de la capitalisation des futurs profits, cette somme représentant la « valeur de la concession en 1928 » (à savoir la valeur que le Gouvernement grec était tenu de payer, aux termes du contrat, au cas où il exercerait son droit de reprise).

74. C'est sur le même principe de la réparation intégrale que se fonde la décision rendue en 1963 dans l'affaire *Sapphire International Petroleum Ltd. c. National Iranian Oil Company* (NIOC), dans laquelle la partie lésée a obtenu une indemnisation à la fois pour la perte

correspondant aux dépenses liées à l'exécution du contrat et pour la perte nette de bénéfices¹⁵⁹. En ce qui concerne l'évaluation de ces profits perdus, l'arbitre a noté toutefois que c'était là « une question de fait qui doit être évaluée par l'arbitre », et après avoir considéré toutes les circonstances, y compris « tous les risques inhérents à une opération dans une région désolée » et « les facteurs comme la guerre, les troubles, les crises économiques, la chute des prix, qui pouvaient affecter les opérations au cours des quelques dizaines d'années pendant lesquelles l'accord devait rester en vigueur »¹⁶⁰, l'arbitre a accordé une indemnité pour perte de bénéfices d'un montant correspondant aux deux cinquièmes du montant réclamé par la société. Cette affaire montre que, si l'arbitre a incontestablement tenu compte du *lucrum cessans* dans l'indemnisation, il n'a indiqué aucune préférence de principe pour l'une ou l'autre des méthodes possibles d'évaluation.

75. Dans l'affaire *LIAMCO c. Gouvernement libyen*¹⁶¹, bien que s'agissant d'une expropriation licite à propos de laquelle il avait rejeté la demande de *naturalis restitutio*, l'arbitre a formulé certaines considérations sur les « cas d'appropriation illicite de biens ». A ce sujet, l'arbitre a admis sans difficulté avec le réclamant qu'en cas de violation internationalement illicite d'un contrat de concession, le réclamant a droit « au lieu et place de l'exécution à des dommages-intérêts incluant le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*¹⁶² ». Mais, là encore, aucune précision n'a été donnée au sujet de la méthode à suivre pour évaluer le *lucrum cessans* dans des cas de ce genre. Il semble que l'affaire *AMINOIL c. Koweït*¹⁶³ soit un peu plus éclairante. L'expropriation a été considérée, là aussi, comme étant licite. Toutefois, lorsqu'il a abordé la question de la compensation à raison de la perte de bénéfices, le tribunal a déclaré que la méthode de l'actualisation des bénéfices nets, qui ne convenait pas pour le calcul de l'indemnisation des bénéfices perdus dans une affaire de reprise licite, pouvait être appliquée dans une affaire

¹⁵⁷ Comme le tribunal l'avait expliqué,

« La Société concessionnaire a donc de ce fait droit à une indemnité de rachat de la concession qui doit, autant que possible, être égale aux avantages dont elle s'est vue privée à cause de la reprise forcée de la concession *vingt ans avant son expiration**. Pour leur évaluation, on doit se reporter à la date à laquelle s'est produite la voie de fait du Gouvernement hellénique qui a donné naissance à ce droit d'indemnisation, et le préjudice infligé à la Société ne peut être évalué que d'après les données existantes au moment de la reprise de la concession. Les faits ultérieurs, en tant qu'imprévisibles à ce moment aussi bien pour le Gouvernement hellénique qui s'empara de la concession que pour la Société qui en fut dépossédée, ne peuvent être pris en considération en cas d'octroi d'une indemnité qui devait être non seulement fixée, mais aussi mise à la disposition de la concessionnaire avant son éloignement. La thèse hellénique qui veut faire état des événements postérieurs, thèse qui lui serait avantageuse, doit donc être rejetée. Le Tribunal adopte donc l'opinion exprimée déjà antérieurement par la Commission de conciliation franco-italienne relative à certaines réclamations de la même Société concessionnaire, en date du 21 novembre 1953 (décision n° 164), d'après laquelle, dans une situation tout à fait comparable, il n'était pas seulement équitable, mais aussi conforme aux termes de la concession, de rétablir la Société dans la situation qu'elle aurait eue si le rachat avait été opéré *de facto* et formellement au moment de la prise de possession des phares. [...] » (*Ibid.*, p. 246 et 247.)

¹⁵⁸ Le Tribunal avait cité une clause du contrat de concession, selon laquelle :

« [...] Il reste convenu que le Gouvernement impérial conserve toujours le droit de reprendre l'administration des phares, quel que soit le nombre d'années que la concession aura à couvrir, à condition de payer toutes les indemnités qui seront fixées par les parties ou par des arbitres en cas de non-entente. Dans tous les cas, le Gouvernement impérial devra payer ces indemnités avant que l'Administration des phares passe entre ses mains, ou bien en garantissant le paiement. » (*Ibid.*, p. 246.)

¹⁵⁹ Sentence du 15 mars 1963 (ILR, vol. 35, p. 136 et suiv.). Selon l'arbitre (qui se réfère à l'étude d'Hauriou, *loc. cit.* p. 211 et suiv., et aux précédents qui y sont cités) :

[...] l'objet des dommages-intérêts est de placer la partie à laquelle ils sont accordés dans la même situation pécuniaire que celle où elle se serait trouvée si le contrat avait été exécuté de la manière prévue par les parties au moment de sa conclusion. [...] Cette règle est simplement déduite directement du principe *pacta sunt servanda*, car son seul effet est de substituer une obligation pécuniaire à l'obligation qui était prévue mais n'a pas été exécutée. Il est donc naturel que le créancier soit indemnisé intégralement. Cette indemnisation correspond à la perte subie (*damnum emergens*) — par exemple, aux dépenses encourues dans l'exécution du contrat — et au profit perdu (*lucrum cessans*) — par exemple, au profit net que le contrat aurait permis de réaliser. Les tribunaux arbitraux internationaux ont fréquemment accordé une indemnité pour le profit perdu ou pour la perte d'un bénéfice éventuel [...]. » (*Ibid.*, p. 185 et 186.)

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 187 et 189.

¹⁶¹ Sentence du 12 avril 1977 (ILR, vol. 62, p. 141 et suiv.; trad. française [extraits] dans *Revue de l'arbitrage*, Paris, 1980, p. 132 et suiv.).

¹⁶² ILR, vol. 62, p. 202 et 203; *Revue de l'arbitrage*, p. 172 et 173.

¹⁶³ Sentence du 24 mars 1982 (ILM, vol. 21, 1982, p. 976 et suiv.).

d'expropriation illicite¹⁶⁴ — parce que, dans le cas d'une reprise illicite affectant de manière décisive les biens en cause, l'application d'une telle méthode assurerait une indemnisation globale susceptible de rétablir la situation qui aurait existé si l'acte illicite n'avait pas été commis. Cette position a été confirmée par l'affaire *AMCO Asia Corporation c. Indonésie*¹⁶⁵ qui est une affaire de reprise illicite. Après avoir rappelé le principe selon lequel la réparation intégrale couvre à la fois le *damnum emergens* et le *lucrum cessans* — ce dernier ne devant pas excéder le « préjudice direct et prévisible » —, le tribunal arbitral a évalué la perte de bénéfices sur la base de l'actualisation des bénéfices nets, énonçant ainsi de manière encore plus explicite ce qui n'avait été mentionné qu'incidemment dans l'affaire *AMINOIL*, à savoir que l'actualisation des bénéfices nets devait être considérée comme l'une des méthodes les plus appropriées pour évaluer une entreprise en activité reprise illicitement¹⁶⁶.

76. Cette dernière conclusion ne trouve toutefois pas de confirmation dans l'affaire *International Finance Corporation c. Iran*, en partie réglée par sentence rendue le 14 juillet 1987 par le Tribunal des réclamations irano-américain¹⁶⁷, dont une partie est précisément consacrée aux effets de la licéité ou de l'illicéité de l'expropriation sur la norme choisie pour l'indemnisation¹⁶⁸. En évaluant les arguments des parties, le tribunal a confirmé la distinction à faire entre reprise licite et reprise illicite, « étant donné que les règles applicables à l'indemnité à payer par l'Etat auteur de l'expropriation diffèrent en fonction du caractère juridique de la reprise »¹⁶⁹. L'étude de cette affaire semble indi-

quer que le tribunal a vu une certaine contradiction entre, d'une part, l'évaluation du *lucrum cessans* dans le cas d'une reprise illicite (évaluation qui doit être limitée, dans tous les cas, aux profits perdus jusqu'au moment du règlement) et, d'autre part, le calcul des profits perdus sur la base d'une actualisation des bénéfices nets à la date initialement fixée pour la fin de la concession. Le tribunal n'est toutefois pas allé plus loin dans l'analyse de cette contradiction et s'est borné à rejeter l'actualisation des bénéfices nets en tant que méthode applicable à l'affaire en question¹⁷⁰.

E. — Les intérêts

1. L'ALLOCATION D'INTÉRÊTS DANS LA DOCTRINE ET DANS LA PRATIQUE

a) La doctrine

77. Malgré quelques différences d'ordre théorique, les auteurs s'accordent, semble-t-il, pour estimer que le paiement d'intérêts sur le montant de l'indemnité due pour le dommage principal n'est pas moins obligatoire en droit international qu'en droit interne. Le point de vue d'Anzilotti et d'autres auteurs¹⁷¹, qui n'iaient l'existence d'une règle internationale à cet effet¹⁷², avait été déjà critiqué à l'époque par Lapradelle. Pour Lapradelle, il y avait une présomption générale selon laquelle le créancier aurait pu réinvestir les montants qui lui étaient dus¹⁷³. Salvioli a soutenu le même point de vue¹⁷⁴.

78. Ce point de vue positif, qui semble généralement partagé par les auteurs contemporains, s'appuie essentiellement, de l'avis du Rapporteur spécial, sur la

¹⁶⁴ Selon le tribunal, la méthode des bénéfices nets actualisés est « Une méthode fondée sur la somme totale des bénéfices escomptés, calculés à la date à laquelle la concession prend naturellement fin mais actualisés selon un taux annuel d'intérêt de manière à représenter la valeur du manque à gagner à la date à laquelle l'indemnité est due, et compte non tenu de la valeur des avoirs qui auraient été cédés au concessionnaire sans droits de cession à l'expiration de la concession ».

« [...] Ce calcul est basé sur une projection des quantités de pétrole obtenues, des prix, des coûts de production et des opérations à mener jusqu'à la fin de la concession [...] » (*Ibid.*, p. 1034 et 1035, par. 152 et 153 de la sentence.)

¹⁶⁵ Sentence du 21 novembre 1984 (ILM, vol. 24, 1985, p. 1022 et suiv.).

¹⁶⁶ Selon le tribunal :

« [...] le seul préjudice à prendre en considération pour accorder des dommages-intérêts est la perte du droit à la Kartika Plaza, c'est-à-dire la perte d'une entreprise en activité.

« Or, s'il y a plusieurs méthodes* d'évaluation des entreprises en activité, la méthode la plus appropriée en l'espèce* consiste à établir la valeur nette actuelle de l'entreprise en se fondant sur une projection raisonnable des bénéfices nets* prévisibles pendant la période considérée et en actualisant* ces bénéfices nets pour tenir compte de l'évaluation des dommages à la date du préjudice, alors que, dans le cours normal des choses, les bénéfices auraient été répartis sur toute la période de fonctionnement de l'entreprise. » (*Ibid.*, p. 1037, par. 271 de la sentence.)

¹⁶⁷ ILM, vol. 27, 1988, p. 1314 et suiv.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 81 et suiv., par. 189 à 206.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 82, par. 192. Le tribunal a indiqué en outre que :

« [...] Les bases juridiques des deux notions [la réparation du dommage causé par une expropriation illicite et le paiement d'une indemnité en cas d'expropriation licite] sont totalement différentes et, logiquement, les méthodes à utiliser dans la pratique pour calculer la somme due doivent aussi différer. [...] » (*Ibid.*, p. 82 et 83, par. 194.)

¹⁷⁰ « [...] Le tribunal n'est pas tenu d'exprimer une opinion sur l'admissibilité d'une telle projection [des gains futurs] quand la réparation doit effacer toutes les conséquences d'une reprise illicite, mais il ne peut certainement pas accepter cette projection pour le calcul de l'indemnité due en cas d'expropriation licite. » (*Ibid.*, p. 105, par. 240.)

¹⁷¹ Vues rapportées, entre autres, par Personnaz, *op. cit.*, p. 217 et suiv., et J.-L. Subilia, *L'allocation d'intérêts dans la jurisprudence internationale*, (thèse, Université de Lausanne), Lausanne, Imprimerie Vaudoise, 1972, p. 126 et suiv.

¹⁷² Anzilotti avait critiqué la transposition automatique (mécanique) en droit international de règles de droit interne qui présupposent des conditions qui sont absentes ou différentes dans les relations entre les Etats, dans son article « Sugli effetti dell'inadempienza di obbligazioni internazionali aventi per oggetto una somma di danaro », *Rivista di diritto internazionale*, Rome, t. 7, 1913, p. 61 ; et dans son *Cours de droit international*, p. 528 à 530. Selon lui :

« [...] étant donné l'exclusion d'un intérêt légal qui opérerait de droit entre les Etats comme il fait entre particuliers, le retard dans le paiement d'une somme d'argent peut donner droit seulement à l'indemnisation du dommage que l'on prouve en être effectivement résulté, sans aucune présomption en faveur de l'Etat créancier, même si ce dommage pourra se trouver ensuite compensé par l'assignation d'un intérêt sur la somme retardée, dans la mesure requise par les circonstances de l'espèce. » (*Cours*, p. 530.)

La position d'Anzilotti (qui n'est cependant pas très claire) avait été aussi, à l'époque celle de K. Strupp. « Das völkerrechtliche Delikt », dans F. Stier-Somlo, éd., *Handbuch des Völkerrechts*, Stuttgart, 1920, vol. III, 1^{re} partie, a, p. 212. Voir aussi P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, Genève, Georg, 1954, t. II, p. 73 ; et Morelli, *op. cit.* p. 360 et 361.

¹⁷³ Lapradelle, note doctrinale concernant l'affaire *Dundonald* (Lapradelle-Politis, t. III, p. 456 et suiv.). Voir, dans le même sens, W. Wengler, *Völkerrecht*, Berlin, Springer, 1964, t. I, p. 513.

¹⁷⁴ Salvioli, *loc. cit.*, p. 278 et 279.

notion de « réparation intégrale ». Une fois admis que la réparation doit « effacer » toutes les conséquences préjudiciables d'un fait illicite et que l'indemnisation pécuniaire couvre non seulement le *damnum emergens* mais aussi le *lucrum cessans*, il paraît juste de considérer que le paiement d'intérêts, qui relève de toute évidence du *lucrum cessans*, fait l'objet d'une obligation internationale¹⁷⁵. Il semblerait que ce soit la position de Schoen¹⁷⁶, de Personnaz¹⁷⁷, de Salvioli¹⁷⁸ et, plus récemment, de Graefrath¹⁷⁹ et de Nagy¹⁸⁰. L'allocation d'intérêts semble être le méthode la plus fréquemment utilisée pour indemniser le type de *lucrum cessans* résultant de l'indisponibilité temporaire de capital. Selon Subilia,

[...] les intérêts, expression de la valeur de l'usage de l'argent, ne sont pas autre chose qu'un moyen offert au juge de déterminer forfaitairement le préjudice qu'entraîne pour un créancier l'indisponibilité d'un capital pendant un laps de temps donné. [...]¹⁸¹.

79. On verra plus loin que c'est sur la base du même principe général que la doctrine contemporaine considère que le *dies a quo* doit être la date à laquelle le dommage s'est effectivement produit et le *dies ad quem*, la date à laquelle l'indemnité est effectivement payée. Mais sur ces questions, ainsi que sur le taux d'intérêt, il vaut mieux se reporter d'abord à la jurisprudence pertinente¹⁸². En fait, l'étude de la pratique fait apparaître des différences sensibles (bien qu'elle confirme uniformément le principe selon lequel l'allocation d'intérêts est une obligation) en ce qui concerne le *dies a quo*, le *dies ad quem* et le taux d'intérêt.

b) La pratique

80. La pratique internationale semble favorable à l'allocation d'intérêts s'ajoutant au principal de l'indemnité. Comparée aux douzaines de décisions qui, avec ou sans référence expresse au droit international ou à l'équité, ont alloué des intérêts¹⁸³, la seule affaire dans laquelle le tribunal ait refusé d'allouer des intérêts par

principe (et non en raison des circonstances de la réclamation) avait été celle du « *Montijo* »¹⁸⁴.

81. On peut également citer, à titre d'exemples, quelques décisions positives. Dans l'affaire *Illinois Central Railroad Co. c. Mexique*, réglée en 1926 par la Commission générale des réclamations américano-mexicaine, les raisons de la décision étaient explicites. Le Mexique avait été reconnu coupable de rupture de contrat pour n'avoir pas payé une locomotive qu'il s'était engagé à acheter à une société américaine. La Commission avait estimé que l'indemnité à payer devait, pour être équitable, comprendre non seulement le montant principal dû en vertu du contrat, mais aussi une indemnisation, sous forme d'intérêts, pour la perte de l'usage de cette somme pendant la période au cours de laquelle le paiement continuait d'être suspendu¹⁸⁵. Les motifs de la décision prise par la Commission américaine pour le règlement des réclamations internationales, dans l'affaire *Lucas*, au sujet des indemnités à payer pour la destruction de deux bâtiments par l'armée italienne en

¹⁸⁴ Sentence du 26 juillet 1875 (Etats-Unis d'Amérique c. Colombie) [Lapradelle-Politis, t. III, p. 651 et suiv.]. Comme l'indique Subilia (*op. cit.*, p. 63), il s'agissait d'une réclamation formée contre la Colombie à raison de la saisie, par des insurgés panaméens, du vapeur américain *Montijo*, alors qu'il naviguait le long des côtes du Panama (qui faisait alors partie de la Fédération de Colombie). Le navire, qui était resté quelque temps aux mains des insurgés, avait été utilisé, après l'échec de la révolution, par le Gouvernement légal colombien, puis finalement restitué à ses propriétaires. Expriment une opinion différente de celle de l'arbitre américain, le surarbitre Robert Bunch avait motivé sa décision de ne pas allouer d'intérêts dans les termes suivants :

« Quant à l'opinion de l'arbitre des Etats-Unis qu'un intérêt au taux de 5 % par an devrait être alloué à partir du 1^{er} janvier 1872 jusqu'au paiement de la somme, le soussigné n'est pas en mesure d'affirmer qu'une telle décision ne soit pas strictement justifiable. Toutefois il décide de la repousser pour les raisons suivantes :

« 1^o Parce qu'il n'existe aucune règle établie concernant le paiement d'intérêts sur des sommes revendiquées à des pays ou des gouvernements ;

« 2^o Parce que la question reste ouverte de savoir si les intérêts doivent courir durant les négociations diplomatiques, qui ont souvent tendance à traîner en longueur ;

« 3^o Parce que ce motif s'applique avec une force accrue aux négociations qui ont pour résultat un arbitrage ou un arrangement à l'amiable ;

« 4^o Parce qu'en agissant d'une manière qu'il considère être de stricte justice à l'égard des plaignants en leur allouant la pleine valeur pour l'usage du bateau durant sa détention, il désire éviter jusqu'à l'apparence d'infliger une punition au peuple colombien dans son ensemble pour un acte auquel très peu d'entre eux ont pris part et qui n'affecta pas des intérêts colombiens à part ceux de quelques spéculateurs en révolution au Panama. » (Lapradelle-Politis, t. III, p. 679.)

Voir aussi Personnaz, *op. cit.*, p. 229 ; et Gray, *op. cit.*, p. 30.

¹⁸⁵ Sentence du 6 décembre 1926 (Nations Unies, *Recueil*, vol. VI, p. 134 et suiv.). Selon la Commission,

« [...] Aucune des opinions formulées par les tribunaux [...] dans diverses affaires ne paraît s'être écartée du principe auquel nous jugeons bon de donner effet, à savoir que les intérêts doivent être considérés comme un élément d'indemnisation approprié. La Convention du 8 septembre 1923 a pour but d'accorder aux ressortissants respectifs des Hautes Parties contractantes, selon ses termes mêmes, « une indemnisation juste et adéquate pour les pertes ou dommages subis ». Selon nous, des dommages-intérêts compensatoires comprendraient, en l'occurrence, non seulement la somme due, comme il est dit dans le mémoire, au titre du contrat susmentionné, mais une indemnité pour la perte de l'usage de cette somme pendant la période au cours de laquelle son paiement continue d'être suspendu. [...] » (*Ibid.*, p. 136.)

¹⁷⁵ Selon Rousseau :

« [...] Il est plus simple et plus exact de fonder l'allocation d'intérêts moratoires sur le principe général suivant lequel tout dommage susceptible d'être réparé doit comporter le versement d'une indemnité adéquate ; et il n'est pas douteux à cet égard que le retard dans le paiement d'une dette liquide et exigible cause au créancier un dommage de cette nature. [...] » (*Op. cit.*, p. 244.)

¹⁷⁶ P. Schoen, « Die völkerrechtliche Haftung der Staaten aus unerlaubten Handlungen », *Zeitschrift für Völkerrecht*, Breslau, vol. 10, supplément 2, 1917, p. 128 et 129.

¹⁷⁷ Personnaz, *op. cit.*, p. 186.

¹⁷⁸ Salvioli, *loc. cit.*, p. 261.

¹⁷⁹ Graefrath, *loc. cit.*, p. 98.

¹⁸⁰ Nagy, *loc. cit.*, p. 182 et 183.

¹⁸¹ Subilia, *op. cit.*, p. 142.

¹⁸² Les différentes positions doctrinales sur les trois questions susmentionnées sont bien décrites (résumées) par Subilia, *op. cit.*, p. 120 à 125.

¹⁸³ Les décisions judiciaires qui vont dans ce sens sont énumérées dans les paragraphes qui traitent du *dies a quo*, du *dies ad quem* et du taux d'intérêt (*infra*, par. 82 à 105).

Yougoslavie¹⁸⁶, sont également clairs. On peut citer aussi, entre autres décisions importantes, la décision administrative n° III de la Commission mixte de réclamations germano-américaine, en date du 11 décembre 1923, qui avait estimé que les intérêts faisaient naturellement partie des indemnités dues pour la perte de biens¹⁸⁷.

2. *DIES A QUO*

82. En ce qui concerne le jour à compter duquel les intérêts doivent être calculés, trois positions se sont dégagées de la pratique judiciaire. L'une, assez fréquente, consiste à calculer les intérêts à partir du jour où le dommage s'est produit. Cette solution est toujours appliquée lorsque c'est la perte ou le non-recouvrement d'une somme d'argent liquide et recouvrable qui constitue le dommage principal — situation qui se produit généralement en cas de rupture de contrat. On

¹⁸⁶ Sentence du 11 juillet 1957 (ILR, vol. 30, p. 220 et suiv.). Selon la Commission,

« Il n'y a pas de règles définies s'appliquant au paiement d'intérêts dans le cas des réclamations internationales concernant des dommages de guerre, bien que la grande majorité des auteurs estiment — et leur opinion est confirmée par les décisions rendues dans de nombreuses affaires et par les accords internationaux — que ce paiement est justifié et qu'une indemnisation juste et adéquate doit comprendre le paiement d'intérêts. [...] » (*Ibid.*, p. 222.)

Après avoir cité plusieurs exemples tirés de la pratique judiciaire internationale dans lesquels des intérêts avaient été alloués, la Commission a ajouté :

« [...] il n'y a, du point de vue juridique ou pratique, aucune raison pour que le paiement d'intérêts ne soit pas reconnu en principe dans cette affaire. Du point de vue juridique, d'après la théorie de la culpabilité généralement reconnue en droit international, le Gouvernement italien, en tant qu'auteur du dommage, est tenu de payer des indemnités portant intérêts à partir de la date du dommage jusqu'à la date du paiement. [...]

« Du point de vue pratique, le refus d'accorder des intérêts pourrait aboutir, dans le cas où le montant total des indemnités serait inférieur à la somme déposée, au remboursement injustifié de la différence à la partie fautive. » (*Ibid.*, p. 223.)

¹⁸⁷ Il y était stipulé que

« [...] la Commission décide que dans toutes les réclamations visant l'enlèvement de biens non restitués au particulier propriétaire, l'évaluation des dommages subis sera généralement fixée de la manière suivante. On déterminera la valeur marchande raisonnable des biens à l'époque et au lieu de l'enlèvement, et dans l'état où ils étaient alors, s'ils avaient une valeur marchande. S'ils n'en avaient pas, on déterminera leur valeur intrinsèque à cette date et à ce lieu.

« Mais comme aucune indemnité n'a été versée au moment de l'enlèvement, le paiement *actuel* ou ultérieur d'une somme équivalente à la valeur du bien à l'époque et au lieu de la saisie n'indemniserait pas complètement le requérant. Il avait droit à la *date de l'enlèvement* à cette somme. Il a droit *actuellement* à une somme représentant la valeur à cette époque de son bien, augmentée de la valeur de la jouissance de *cette somme* pendant toute la période où il en a été privé. Pour assurer complète réparation, le paiement doit être effectué *comme s'il avait été fait* à l'époque de l'enlèvement. Ce but sera atteint en déterminant la valeur du bien à l'époque et au lieu de l'enlèvement et en y ajoutant une somme équivalente aux intérêts à 5 pour 100 l'an à partir de la date de l'enlèvement jusqu'à la date du paiement. La Commission appliquera cette règle dans toutes les affaires où il s'agit de l'enlèvement de biens pendant la période de neutralité. »

« [...] »

« [...] [L']interprétation [de la Commission] aboutit à une règle qui s'accorde avec les très importantes décisions des tribunaux arbitraux internationaux dans des affaires analogues, où les conditions de paix imposées n'ont pas défendu expressément ou implicitement l'allocation d'intérêts. » (Witenberg, t. I, p. 70 et 72.)

peut citer comme exemple la sentence rendue par le surarbitre de la Commission mixte des réclamations mexicano-vénézuélienne dans l'affaire *Del Rio*, selon laquelle les intérêts avaient été calculés à compter de la date fixée par les parties pour le remboursement de l'emprunt, et non pas à partir seulement du jour où la demande de paiement avait été faite, comme le demandait l'une des parties¹⁸⁸. Toutefois l'allocation d'intérêts à partir de la date de l'événement préjudiciable est également fréquente dans les cas où le montant exact de l'indemnité principale n'est évalué qu'au moment de la décision, ce qui s'est souvent produit dans les cas d'expropriation. On peut citer comme exemple l'affaire des *Forêts du Rhodope central*¹⁸⁹, où le surarbitre Undén avait déclaré que l'allocation d'intérêts était conforme à un principe général du droit, ajoutant que

Conformément aux principes généraux du droit international, les dommages-intérêts doivent être fixés sur la base de la valeur des forêts, respectivement des contrats d'exploitation, à la date de la dépossession définitive, c'est-à-dire au 20 septembre 1918, en y ajoutant un taux équitable d'intérêt calculé sur cette valeur depuis la date de la dépossession. [...] ¹⁹⁰.

Dans une autre affaire, celle du « *Cape Horn Pigeon* » mentionnée plus haut (par. 66), les intérêts avaient été calculés à partir de la date de la saisie du navire et appliqués à la somme allouée à titre d'indemnité pour la détention temporaire du navire, c'est-à-dire pour la perte des profits qui pouvaient être escomptés¹⁹¹.

83. Les décisions dans lesquelles le *dies a quo* est considéré comme étant le jour où le montant de l'indemnité a été fixé sont beaucoup moins fréquentes. On en trouve un exemple dans l'arrêt de la CPJI relatif à l'affaire du « *Wimbledon* ». Dans cette affaire, dont les circonstances ont été évoquées plus haut (par. 50), la Cour avait décidé que les intérêts devaient « courir non pas à compter du jour de l'arrivée du *Wimbledon* à l'entrée du canal de Kiel, suivant la réclamation des demandeurs, mais bien de la date du présent arrêt, c'est-à-dire du moment où le montant de la somme due

¹⁸⁸ Sentence du 2 octobre 1903 (Descamps-Renault, *Recueil 1903*, p. 848 et suiv.). Le surarbitre avait déclaré :

« Considérant :

« Qu'enfin, à l'époque où la Colombie a contracté l'obligation, c'était, comme c'est encore aujourd'hui, un principe de justice, d'après la législation des Nations les plus civilisées, que le débiteur est constitué en demeure par le seul fait de l'inexécution de l'obligation, et sans qu'il soit besoin d'une sommation dès que le terme de l'obligation est échu ;

« Qu'il résulte en conséquence de cet exposé justifié par les documents de la procédure qu'il y a lieu de décider que le Venezuela est dans l'obligation de payer au Mexique, à titre de dommages et préjudices résultant du retard apporté à l'exécution de son obligation, l'intérêt annuel de 6 pour 100 sur le capital principal de la dette à compter du 7 octobre 1827. » (*Ibid.*, p. 860.)

Voir aussi les affaires citées dans Subilia, *op. cit.*, p. 76, note 3.

¹⁸⁹ Sentence du 29 mars 1933 (Nations Unies, *Recueil*, vol. III, p. 1405 et suiv.).

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 1435. On trouve également une référence au calcul des intérêts à compter de la date de la dépossession dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* (fond) [C.P.J.I. série A n° 17, p. 47].

¹⁹¹ D'autres affaires dans lesquelles le *dies a quo* a été fixé à la date de la perte sont mentionnées dans Salvioli, *loc. cit.*, p. 280.

a été fixé et l'obligation de payer établie »¹⁹². La Commission des réclamations franco-mexicaine de 1924 avait également choisi la date de la décision comme *dies a quo*, en ce qui concernait un certain nombre d'expropriations et autres actes (non contractuels) internationalement illicites. Dans l'affaire *Pinson*, le surarbitre Verzijl avait estimé que c'était seulement au moment où le jugement avait été rendu que la réclamation internationale « se transform[ait] en droit d'exiger une somme déterminée, et [que] ce montant liquide d[evait] commencer à porter des intérêts »¹⁹³. La Commission mixte de réclamations germano-américaine avait également fait la distinction entre les « pertes liquidées » et les « pertes non liquidées » dans la décision administrative n° III susmentionnée (par. 81). Selon cette commission, si la perte n'est pas liquidée, des intérêts ne doivent être accordés que lorsque le montant exact de la perte a été fixé¹⁹⁴.

84. La troisième méthode, à laquelle on a souvent recours dans la pratique judiciaire, consiste à calculer les intérêts à partir de la date à laquelle la réclamation a été présentée au niveau national ou international. Dans l'affaire *Christern and Company*¹⁹⁵, la Commission mixte des réclamations germano-vénézuélienne de 1903 formula les critères relatifs aux intérêts, qu'elle suivit dans ses décisions ultérieures. Le surarbitre se trouvait en présence de deux positions opposées. D'une part, le commissaire allemand avait considéré que les intérêts devaient courir à compter du jour où l'acte dommageable s'était produit, étant donné qu'il fallait, selon lui, présumer que les autorités vénézuéliennes avaient en connaissance des faits en cause. Le commissaire vénézuélien avait estimé, au contraire, qu'il ne fal-

lait allouer des intérêts que dans le cas de « réclamations fondées sur des contrats prévoyant expressément des intérêts » et qu'en tout cas « aucun intérêt ne devait être alloué tant qu'une demande de paiement en bonne et due forme n'avait pas été adressée à la République vénézuélienne ». Tout en estimant en principe que l'argument de la « présomption de connaissance » avancé par le commissaire allemand devait être pris en considération, le surarbitre a jugé que cet argument ne devait pas être appliqué de façon trop rigide, étant donné notamment la nature complexe des Etats en tant que sujets de droit international. D'autre part, le surarbitre a jugé excessives les conditions indiquées par le Venezuela quant à la forme sous laquelle la demande doit être présentée pour donner droit à des intérêts. Il suffisait, à son avis, d'avoir la preuve qu'une demande avait été présentée aux autorités vénézuéliennes. La question de savoir si l'action de la partie lésée suffisait à fournir cette preuve devait, à son avis, être examinée cas par cas¹⁹⁶.

85. Comme on l'a indiqué (*supra* par. 83), la question des intérêts a été examinée en détail sous plusieurs aspects dans l'affaire *Pinson*. En particulier, le surarbitre avait estimé qu'il ne fallait accorder des intérêts que dans le cas de « dettes contractuelles liquides, portant sur un montant fixé », ajoutant qu'en ce qui concernait le *dies a quo* :

[...] Il pourrait être douteux à compter de quelle date ces intérêts doivent être censés dus, soit de la date à laquelle la dette révolutionnaire fut contractée ou le prêt exigé, soit de celle de la mise en demeure de l'Etat débiteur. Étant donné que l'agent français a choisi comme date

¹⁹² C. P. J. I. série A n° I, p. 32.

¹⁹³ Sentence du 19 octobre 1928 (Nations Unies, *Recueil*, vol. V, p. 327 et suiv. ; *cit.* p. 452).

¹⁹⁴ Le surarbitre Parker avait exprimé l'opinion de la Commission comme suit :

« En vertu du traité de Berlin, tel qu'il a été interprété par la Commission dans cette décision complétée par l'application de l'article 297 du Traité de Versailles (incorporé dans le traité de Berlin), l'Allemagne est obligée financièrement de payer aux Etats-Unis le montant de toutes les pertes des classes visées par la présente opinion. Le montant de ces obligations doit être évalué et fixé par la Commission.

« Il n'y a rien qui justifie l'allocation de dommages à raison de pertes d'intérêts lorsque la perte n'a pas été liquidée, ni lorsqu'on ne peut mathématiquement déterminer le montant de celle-ci. Dans les réclamations relevant de cette catégorie, on n'accordera pas d'indemnités pour les pertes d'intérêts. Mais lorsque le montant de la perte aura été fixé par la Commission, l'allocation portera intérêt à partir de la date où la décision aura été rendue. A cette classe appartiennent les réclamations visant des pertes résultant de blessures, de la mort, des mauvais traitements infligés aux prisonniers de guerre, ou d'actes portant atteinte à la santé, à la capacité de travail ou à l'honneur.

« Mais lorsque la perte a été liquidée, ou que le montant de celle-ci, à l'époque où elle s'est produite, peut être fixé assez exactement en appliquant simplement les règles usuelles du calcul mathématique, cette dernière somme, ainsi déterminée, plus les intérêts à partir de la date de la perte, sera d'ordinaire une indemnité suffisante. A cette classe qui, pour la commodité, sera désignée sous le nom de « pertes de biens », appartiennent les réclamations visant l'enlèvement, l'endommagement ou la destruction de biens. » (Witenberg, t. I, p. 68 et 69.)

¹⁹⁵ Nations Unies, *Recueil*, vol. X, p. 363 et suiv.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 366 et 367. Le surarbitre avait déclaré :

« Le commissaire allemand avance un argument de poids lorsqu'il fait valoir qu'en droit le gouvernement est présumé, en tant que commettant, avoir connaissance de tous les actes de ses agents, et, si les parties dans l'affaire étaient des particuliers, il serait difficile d'éviter les conclusions qu'il en tire. Le surarbitre estime toutefois qu'en ce qui concerne les réclamations dirigées contre des gouvernements il serait injuste d'appliquer une règle aussi stricte concernant la représentation de l'Etat par ses agents. Un gouvernement national doit nécessairement agir par l'intermédiaire de nombreux fonctionnaires, dont certains ont des rangs très subalternes et sont très éloignés du siège du gouvernement. Dans la pratique ordinaire des affaires, le titulaire d'une créance en vertu d'un contrat ou une partie lésée par un acte dommageable adresse sa réclamation au pouvoir central et demande satisfaction à un fonctionnaire qui a pour fonction spéciale de représenter le gouvernement dans l'affaire en cause. On ne peut donc pas dire que les gouvernements sont disposés à faire des réclamations justes qui leur sont adressées. C'est là un corollaire d'une autre présomption juridique qui a une application universelle — *omnia rite acta praesumuntur*. S'il en est ainsi pour les particuliers, il doit certainement en être de même pour les gouvernements. Le surarbitre n'est pas disposé à suivre jusqu'au bout le commissaire vénézuélien dans son argument concernant la forme sous laquelle la demande doit être présentée pour constituer une réclamation suffisante dans tous les cas, mais il estime que, pour déterminer la date à partir de laquelle les intérêts doivent commencer à courir, il faut avoir la preuve qu'une demande de paiement en réparation a été adressée au gouvernement, et cela dans tous les cas où le Gouvernement vénézuélien ne s'est pas engagé expressément à verser des intérêts ou n'a pas contracté d'obligation impliquant logiquement qu'il acceptait de payer des intérêts. La question de savoir si la demande est suffisante doit être tranchée d'après les faits propres à chaque cas. » (*Ibid.*, p. 367.)

initiale la dernière date visée dans le dilemme ci-dessus, la Commission ne saurait allouer d'intérêts à partir d'une date antérieure.¹⁹⁷

Dans l'affaire *Campbell*, des intérêts avaient été accordés à compter de la date à laquelle le particulier lésé avait déposé sa requête auprès des autorités portugaises. Le montant de l'indemnité principale avait été établi, *ex aequo et bono*, sur la base d'une somme forfaitaire, compte tenu du temps qui s'était écoulé entre la date du dommage et celle du dépôt de la demande¹⁹⁸. Si la date de la réclamation a été choisie dans cette décision de préférence à la date du dommage, ce n'est pas, semble-t-il, parce que ce choix était conforme à une règle du droit international. C'est plutôt parce qu'il faisait partie intégrante d'une décision qui envisageait déjà le paiement d'une indemnité forfaitaire pour la perte subie jusqu'au moment où la demande avait été présentée.

86. La date de la réclamation avait été également choisie par la Commission mixte des réclamations anglo-vénézuélienne dans les affaires *Kelly*¹⁹⁹ et *Stevenson*²⁰⁰. Dans l'affaire *Stevenson* comme dans l'affaire *Christern and Company* (v. *supra* par. 84), la possibilité que le gouvernement défendeur ait eu connaissance de la réclamation de la partie lésée avait été prise en considération aux fins de l'allocation d'intérêts. C'est ce qu'on peut déduire du passage plutôt laconique de la sentence selon lequel « les intérêts dus au titre du dommage ne commencent à courir qu'après le défaut ». Dans l'affaire du « *Macedonian* » le roi des Belges, Léopold 1^{er}, devait rendre une sentence, sur la base de l'équité, au sujet d'une réclamation des Etats-Unis concernant une somme d'argent appartenant à des citoyens américains qui avait été saisie illégalement par

¹⁹⁷ Nations Unies, *Recueil*, vol. V, p. 451. Le surarbitre avait décidé en conséquence que

« c) sur les indemnités pour cause de dettes contractuelles éventuelles pour un montant certain et de prêts forcés, des intérêts seront dus au taux de 6 % par an, à compter de la date à laquelle la réclamation a été portée à la connaissance du Gouvernement mexicain, ou a fait l'objet d'une action devant la Commission nationale des réclamations. » (*Ibid.*, p. 453.)

S'agissant du *dies a quo*, les remarques du surarbitre ne paraissent donc pas particulièrement décisives. Son intention n'était pas de résoudre le problème du choix entre la date du fait illicite et la date de la « mise en demeure » (qui correspond à la date de la réclamation) en déclarant que l'une des deux était préférable en vertu du droit international. Sa principale préoccupation semble avoir été de ne pas aller au-delà de ce que demandait la partie lésée.

¹⁹⁸ Sentence du 10 juin 1931 (Royaume-Uni c. Portugal) [Nations Unies, *Recueil*, vol. II, p. 1145 et suiv., notamment p. 1158].

¹⁹⁹ Nations Unies, *Recueil*, vol. IX, p. 398 et suiv.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 494 et suiv. Le surarbitre avait donné l'explication suivante :

« [...] Rien ne prouve que le gouvernement défendeur ait été informé antérieurement des réclamations de 1859 et de 1865. Celles de 1869 ont pris naissance après que la Convention eut créé la Commission des réclamations. Il est évident que le gouvernement défendeur ne pouvait verser aucune indemnité tant qu'une réclamation n'avait pas été présentée en bonne et due forme et que, par conséquent, il ne pouvait pas être jusque-là en défaut. Les intérêts dus au titre du dommage ne commencent à courir qu'après le défaut. » (*Ibid.*, p. 510.)

les autorités chiliennes²⁰¹. Il trancha de la manière suivante :

Considérant toutefois que jusqu'au 19 mars 1841 le Gouvernement des E.-U. n'a rien fait pour hâter une solution ;

[...]

Nous sommes d'avis que, outre le capital de 42 240 piastres ou dollars, le Gouvernement du C. doit payer à celui des E.-U. les intérêts de cette somme au taux de 6 % par an, depuis le 19 mars 1841 jusqu'au 15 décembre 1848²⁰².

Il semble donc que l'intention de l'arbitre n'était pas de dire qu'il existait une norme de droit international selon laquelle les intérêts devaient courir à partir de la date de la réclamation. Il voulait plutôt tenir compte du fait que la partie lésée n'avait pas agi avec diligence en présentant sa réclamation. Il aurait été injuste, selon lui, d'imposer au Gouvernement chilien une charge supplémentaire pour le retard de vingt ans avec lequel la partie lésée avait présenté la réclamation internationale²⁰³. Plus récemment, la Commission américaine pour le règlement des réclamations étrangères avait également opté pour la date de la réclamation dans l'affaire *Proach*²⁰⁴ et dans l'affaire de l'*American Cast Iron Pipe Company*²⁰⁵.

87. Dans l'affaire *Cervetti* portée devant la Commission mixte des réclamations italo-vénézuélienne de 1903²⁰⁶, la partie italienne soutenait que la saisie de biens appartenant à un négociant italien ne pouvait pas être réparée équitablement par une simple restitution de l'équivalent monétaire des biens saisis : des intérêts appropriés devaient être également alloués à partir du moment de la saisie. Le Venezuela soutenait que, dès lors que la réclamation italienne n'avait été notifiée officiellement au Gouvernement vénézuélien qu'à l'audience devant la Commission, il serait injuste d'accorder des intérêts à courir sur des montants dont le Gouvernement vénézuélien n'avait pas eu connaissance jusqu'à ce moment précis. Le surarbitre Ralston accorda des intérêts qui n'étaient toutefois pas calculés

²⁰¹ Sentence du 15 mai 1863 (Lapradelle-Politis, t. II, p. 183 et suiv.). L'arbitre devait, en particulier, répondre à la question suivante :

« 3. Le gouvernement du C., outre le capital, doit-il l'intérêt, et, dans l'affirmative, depuis quelle date et à quel taux l'intérêt doit-il être payé ? » (*Ibid.*, p. 204.)

²⁰² *Ibid.*, p. 205.

²⁰³ Le critère fondé sur la date de la réclamation avait été également adopté par la Commission mixte des réclamations américano-vénézuélienne dans l'affaire de l'*Alliance* », mais sans motiver ce choix (Nations Unies, *Recueil*, vol. IX, p. 140 et suiv., notamment p. 144).

²⁰⁴ Sentence du 10 décembre 1962 (ILR, vol. 42, p. 189 et suiv.).

²⁰⁵ Sentence du 19 octobre 1966 (ILR, vol. 40, p. 169 et suiv.). Dans les deux affaires, la position de la Commission était la suivante :

« [...] il n'y a pas de règle établie qui soit universellement en vigueur en ce qui concerne la période pendant laquelle les intérêts doivent courir. Diverses dates ont été appliquées par différentes commissions, y compris la date du dommage initial, la date de la notification ou la date du paiement [...]. La Commission note en outre qu'en l'espèce la date à laquelle le droit à réparation a pris naissance est la date de la perte. » (*Ibid.* p. 173 et 174.)

Les mots « date à laquelle le droit à réparation a pris naissance » n'impliquent pas un choix en faveur de la « date de la réclamation » par opposition à la « date du dommage ». Ils semblent désigner non pas la date précise à laquelle la réclamation a été faite — date distincte de celle du dommage — mais plutôt le moment où la partie lésée a eu droit à une indemnisation.

²⁰⁶ Nations Unies, *Recueil*, vol. X, p. 492 et suiv.

sur la base demandée par l'Italie²⁰⁷. En fait, Ralston semble avoir subordonné l'allocation d'intérêts à un mécanisme spécifique, *ad hoc*, dont le but essentiel était d'éviter d'imposer à l'Etat responsable une charge financière supplémentaire, s'ajoutant au montant de l'indemnité principale, pendant une période où on ne pouvait présumer que cette personne internationale avait connaissance de son obligation de s'acquitter d'une réparation. Selon le surarbitre, seule « cette façon de procéder » assurerait, dans les relations internationales, le même degré de justice que la mise en demeure dans les relations entre individus en droit interne. La Cour permanente d'arbitrage avait appliqué le même raisonnement dans l'affaire de l'*Indemnité russe*²⁰⁸ qui concernait une indemnité due à la Russie en vertu de l'article V du Traité de paix de Constantinople de 1879, et payée par la Turquie vingt ans après la date convenue²⁰⁹. L'argumentation de la Cour permanente dans cette affaire paraît être analogue à celle qui avait été suivie dans l'affaire *Cervetti*. On y trouve, en outre, plusieurs références à l'équité — par opposition aux règles de droit international existantes — en tant que critère d'évaluation.

²⁰⁷ Ralston déclara ce qui suit :

« Selon les règles générales du droit civil, les intérêts ne commencent à courir, sauf en vertu d'une convention expresse, qu'au moment où, par une action convenable (notification) portée à la connaissance du défendeur, ce dernier a été mis en demeure. Une pratique analogue est suivie dans certaines juridictions régies par la loi anglaise et par la loi des Etats-Unis. Si telle est la règle appliquée dans le cas des particuliers, une règle analogue doit, à plus forte raison, prévaloir en ce qui concerne les réclamations dirigées contre des gouvernements. En effet, en l'absence de relations conventionnelles suffisamment prouvées, les gouvernements ne peuvent pas être présumés connaître, tant qu'une demande ne leur a pas été adressée en bonne et due forme, l'existence de réclamations pour des dommages qui peuvent avoir été causés sans l'autorisation du pouvoir central, et même contre ses instructions expresses. Ce principe est poussé si loin qu'aux Etats-Unis aucun intérêt n'est alloué pour une quelconque réclamation dirigée contre le gouvernement, excepté en exécution d'un contrat exprès.

« Compte tenu toutefois de la position adoptée dans le passé par les commissions mixtes, le surarbitre estime qu'il ne faut pas adopter un point de vue aussi extrême. Il lui a paru plus juste d'accorder des intérêts commençant à courir à la date à laquelle la légation royale italienne a présenté la réclamation au Gouvernement vénézuélien ou à la Commission, en retenant celle des deux dates qui est antérieure à l'autre, sans exclure toutefois l'idée qu'il peut exister, dans certains cas particuliers, des circonstances justifiant l'allocation d'intérêts à partir de la date à laquelle la réclamation a été présentée au Gouvernement vénézuélien. Selon le surarbitre, cette façon de procéder assurera dans les affaires internationales le degré de justice assuré par la mise en demeure dans les différends entre particuliers. » (*Ibid.*, p. 497.)

²⁰⁸ Sentence du 11 novembre 1912 (Russie c. Turquie), Nations Unies, *Recueil*, vol. XI, p. 421 et suiv.

²⁰⁹ Faisant observer que la plupart des législations européennes exigeaient une mise en demeure, le tribunal a conclu, à propos des intérêts :

« Il n'y a donc pas lieu, et il serait contraire à l'équité, de présumer une responsabilité de l'Etat débiteur plus rigoureuse que celle imposée au débiteur privé dans un grand nombre de législations européennes. L'équité exige, comme l'indique la doctrine, et comme le Gouvernement impérial russe l'admet lui-même, qu'il y ait eu avertissement, mise en demeure adressée au débiteur d'une somme ne portant pas d'intérêts. Les mêmes motifs réclament que la mise en demeure mentionne expressément les intérêts, et concourent à faire écarter une responsabilité dépassant les simples intérêts forfaitaires. » (*Ibid.*, p. 443.)

88. Ce bref examen de la jurisprudence appelle les observations suivantes. Les décisions tendent, dans la plupart des cas, à justifier le choix de la date de la réclamation comme *dies a quo* par la nécessité de ne pas imposer à l'Etat « responsable » le paiement d'intérêts pour une période pendant laquelle il ignorait l'existence de son obligation. Seule la présentation d'une réclamation par la partie lésée peut être considérée comme la preuve que l'autre partie avait connaissance de son obligation. Il y a, bien entendu, une différence selon qu'on se réfère à la date de la présentation de la réclamation par le particulier lésé au niveau national ou à celle de la présentation de la réclamation par l'Etat lésé au niveau international. Si l'on considère toutefois que le dommage subi par des particuliers est aussi un dommage subi par leur Etat, les deux dates sont également pertinentes aux fins de la présomption de connaissance de la part de l'Etat auteur du préjudice. L'une ou l'autre solution assurerait l'équivalent en droit international de la mise en demeure en droit interne. Dans plusieurs affaires, le tribunal a justifié la nécessité d'imposer une telle condition en soulignant qu'en droit interne le principe de la mise en demeure répondait à une exigence analogue. L'équité exige, selon les opinions exprimées à ce sujet dans les décisions pertinentes, que l'on prenne dûment en considération au niveau international — en particulier si l'on tient compte de la nature complexe des sujets de droit international — les raisons qui sont à la base de ces mêmes principes de droit interne.

89. Il importe toutefois de noter que, dans presque toutes les affaires examinées, la préférence accordée à la « date de la réclamation » s'explique par d'autres considérations qui sont propres à chaque affaire. Ces considérations sont les suivantes :

a) Le fait que la partie lésée ne réclame des intérêts qu'à compter de la date de la réclamation et que l'arbitre ne veut pas aller *ultra petita* (affaire *Pinson*) ;

b) Le fait que la partie lésée a présenté sa réclamation longtemps après la date du dommage et n'a donc pas agi avec la diligence dont elle aurait dû faire preuve pour réduire autant que possible les conséquences dommageables de l'acte illicite. Dans un cas de ce genre, la négligence de la partie lésée entraîne manifestement et à juste titre (comme dans l'affaire du « *Macedonian* ») une réduction proportionnelle de l'indemnité due par l'Etat auteur du fait illicite ;

c) Le fait que le principal de l'indemnité due ait déjà été fixé sous forme de somme forfaitaire portant sur toute la période comprise entre la date du dommage et la date de la réclamation (affaire *Campbell*).

90. La doctrine critique généralement, dans la jurisprudence internationale, les décisions qui situent le *dies a quo* à la date de la décision (ou du règlement). Bien entendu, les auteurs qui adoptent cette attitude n'ignorent pas que les arbitres procèdent souvent, au moment de la décision, à une évaluation globale du montant dû, de manière à tenir compte de l'ensemble du dommage causé, depuis la date où le fait illicite a eu lieu jusqu'à la date de la sentence. Ce mode d'évaluation tient

compte manifestement de toute la période antérieure à la décision pour laquelle il y a lieu d'accorder des intérêts²¹⁰. Mais les auteurs rejettent, sinon, la possibilité de choisir pour le *dies a quo* la date de la décision. Salvioli, par exemple, estime que l'on acceptera comme *dies a quo* la date de la décision ou du règlement dans la mesure où l'on considère que le droit de l'Etat lésé à obtenir des dommages-intérêts découle de la décision, cette dernière étant considérée comme un jugement « constitutif ». Si l'on considère, au contraire, que la majorité des décisions internationales pertinentes sont simplement « déclaratives » du droit de l'Etat lésé, le choix de la date de la décision comme *dies a quo* sera injustifié²¹¹. Brownlie, pour sa part, rejette la tendance à exclure ou à réduire les intérêts, dans certains cas, sur la base d'une distinction discutable entre dommages « liquidés » et dommages « non liquidés »²¹².

91. La doctrine ne semble pas admettre unanimement l'idée que le *dies a quo* doit être la date de la réclamation internationale. Salvioli juge cette solution inaccep-

²¹⁰ C'est ce qu'indiquent clairement les arguments ci-après de la Cour permanente d'arbitrage à l'appui de sa sentence dans l'affaire relative à la *Concession des phares de l'Empire ottoman* (v. *supra* par. 73) :

« Reste à examiner la question, amplement discutée au cours de la procédure, de savoir si des intérêts sont dus sur les sommes allouées aux parties.

« Le Tribunal commence par constater que dans ce domaine non plus que dans plusieurs autres il n'existe de règles de droit rigides d'ordre général qui prescrivent ou interdisent l'allocation d'intérêts. Le Tribunal ne saurait donc admettre les thèses des deux Agences qui s'y réfèrent, d'ailleurs en des sens opposés. Ici encore la solution dépend largement des caractéristiques de chaque cas particulier.

« Si le Tribunal avait adopté la méthode de fixer les montants des dettes, à l'époque de leur naissance, dans les monnaies d'origine et de faire retomber ensuite l'effet des dévaluations de ces monnaies sur les parties, il y aurait eu lieu de les faire bénéficier également de l'intérêt. [...]

« [...]

« [...] En exprimant la valeur réelle d'autrefois aussi exactement que possible dans la monnaie d'aujourd'hui, le Tribunal fait délibérément abstraction de toutes les vicissitudes des monnaies d'origine. Il a, pour ainsi dire, jeté un pont à travers toute la période mouvementée des années écoulées et s'est placé consciemment dans le présent. Dans ces conditions, la justice aussi bien que la logique commandent de ne pas allouer en plus d'intérêts couvrant le passé. » (Nations Unies, *Recueil*, vol. XII, p. 252 et 253.)

²¹¹ Salvioli, *loc. cit.*, p. 281 ; voir, dans le même sens, Personnaz, *op. cit.*, p. 235.

²¹² Selon Brownlie :

« [...] On dit quelquefois qu'en cas de dommages corporels, de mort ou de mauvais traitements de toutes sortes il ne faut pas accorder d'intérêts en plus de l'indemnisation pécuniaire plus ou moins arbitraire accordée en pareil cas. Cette position est difficile à suivre. Si une indemnisation réelle comprend, en principe, des intérêts sur l'indemnité due à la date du dommage corporel ou de la mort, le fait que la somme accordée soit, en un certain sens, « non liquidée » ou arbitraire n'est pas incompatible avec le paiement d'intérêts sur l'indemnité. Le fait que la « somme forfaitaire » accordée comprenne des intérêts, pour ainsi dire fictifs, n'est pas contraire au principe selon lequel l'indemnisation doit comprendre des intérêts sur l'indemnité due à la date du dommage. » (*Op. cit.*, p. 228.)

table²¹³. Subilia adopte une position analogue²¹⁴. D'autres expriment des doutes. Personnaz, par exemple, déclare :

Il faut maintenant préciser le terme de réclamation : quel acte pourra constituer une réclamation suffisante pour donner au réclamant droit à intérêt ? La question ne saurait faire l'objet d'une solution précise, et la plupart du temps, la plus grande latitude a été laissée sur ce point au juge international²¹⁵.

Gray, pour sa part, est critique à l'égard de ceux qui rejettent sans hésiter la date de la réclamation et sont en faveur de la date à laquelle le dommage s'est produit car, à son avis, cette solution « n'aboutit pas toujours à un résultat exact, lorsque le retard intervenu dans le règlement de la réclamation a été causé par l'Etat réclamant »²¹⁶. Elle semble donc préférer pour le *dies a quo* la date de la réclamation.

92. Le Rapporteur spécial estime que le *dies a quo* doit être la date du dommage et pense comme Brownlie que,

²¹³ Salvioli écrit :

« Il est vrai que le différend international naît au moment où l'Etat prend en main l'affaire de son ressortissant, mais de cette proposition théoriquement exacte il ne faut pas conclure que la phase précédente de la controverse entre l'Etat et le particulier soit dépourvue de toute valeur juridique. Il est encore exact que l'Etat ne se substitue pas à son ressortissant, mais qu'au contraire il fait valoir son propre droit, de nature différente de celle du droit du particulier, mais cependant le lien indéniable qui existe en fait entre la réclamation de l'individu et celle de son Etat ne nous permet pas de considérer la phase précédente comme étant inexistante pour le rapport international. [...] » (*Loc. cit.*, p. 283 et 284).

²¹⁴ Subilia estime que situer le *dies a quo* à la date de la revendication

« [...] revient en effet à imputer au lésé le préjudice résultant nécessairement de l'observation de la règle de l'épuisement des recours internes à laquelle est subordonnée la protection diplomatique. Quand on sait la longueur des délais qu'implique parfois une telle procédure, l'on s'aperçoit que ce système peut conduire à priver le lésé d'une partie considérable de la réparation. » (*Op. cit.*, p. 147.)

²¹⁵ Personnaz, *op. cit.*, p. 241. Il poursuit :

« Doit-on exiger qu'il s'agisse d'une réclamation internationale faite à un autre Etat, ou bien une simple réclamation interne présentée aux autorités de l'Etat lésant suffit-elle ? La pratique se montre assez divergente. » (*Ibid.*)

Et il conclut ainsi :

« Peut-on admettre qu'une réclamation interne puisse être considérée comme suffisante pour porter la demande à la connaissance du gouvernement ? Si l'on se place du point de vue de la victime et du point de vue théorique, il semble que oui, car elle a fait preuve d'activité en présentant sa demande ; d'autre part, une fois qu'elle a confié sa réclamation à son Etat, ce dernier est seul qualifié pour intenter une réclamation internationale et en a l'entière disposition ; il peut, si cela lui semble bon, la différer *sine die*.

« Mais d'autre part, cette solution pourrait être injuste pour l'Etat responsable, car si, comme nous l'avons vu, il ne peut être présumé avoir connaissance des actes de tous ses fonctionnaires, comment serait-il informé de toutes les réclamations portées devant un de ses agents ou un de ses ministres ? A quel moment la réclamation sera-t-elle censée présenter un degré de notoriété suffisant pour lui donner le caractère de connaissance acquise ? Même en rejetant l'objection qu'on peut tirer de la confusion entre l'ordre international et l'ordre interne et en prenant en considération, comme l'a fait la Cour permanente de Justice internationale dans son arrêt n° 2, la procédure interne constituant un fait juridique que l'on ne peut passer sous silence en raison des difficultés que l'on peut éprouver à en déterminer la date exacte des premières réclamations, il paraît plus pratique de prendre comme point de départ la réclamation internationale. » (*Ibid.*, p. 242 et 243.)

²¹⁶ Gray, *op. cit.*, p. 31.

[...] en l'absence d'une disposition spéciale dans le compromis, le principe général semble consister à choisir pour le *dies a quo* la date à laquelle le fait illicite a été commis, dans la mesure où ce choix découle logiquement des notions d'indemnisation et de *restitutio in integrum*. [...]²¹⁷.

3. DIES AD QUEM

93. La pratique judiciaire concernant le *dies ad quem* est un peu plus uniforme. Gray la résume bien, en se référant manifestement à l'ouvrage de Subilia :

Dans leur choix du point d'aboutissement des intérêts, les tribunaux arrivent, là encore, à des conclusions d'intérêt. La date la plus communément choisie est celle de la date de la sentence définitive* [...]. Ce choix est parfois fondé sur l'impression erronée que le tribunal n'a pas compétence pour ordonner le paiement d'intérêts au-delà de la date à laquelle ses fonctions prennent fin. Tel était le raisonnement qui avait été apparemment accepté par les diverses Commissions vénézuéliennes de 1903 et par les Commissions américano-mexicaines de 1868 et de 1923. Les arbitres individuels accordent plus souvent que les commissions de réclamations des intérêts courant jusqu'à la date du paiement de l'indemnité. C'est la date qui a été acceptée dans l'affaire de *Portendick*, celle du *Chemin de fer de la baie de Delagoa*, celle des *Forêts du Rhodope central* et celle du « *Cape Horn Pigeon* »²¹⁸.

94. Les auteurs s'accordent généralement à reconnaître que le *dies ad quem* doit être la date à laquelle l'indemnité est effectivement payée. Toutefois, Brownlie s'est récemment écarté de cette position en disant que

[...] L'on peut toutefois présumer, en se fondant sur la logique juridique ordinaire, que le *terminus ad quem* est la date de la sentence ou, en cas de sentence provisoire et de procédure d'évaluation, la date du règlement définitif de la réclamation²¹⁹.

4. TAUX D'INTÉRÊT

95. On a noté, en ce qui concerne la pratique, que le taux d'intérêt fait rarement l'objet de commentaires, « et il n'est pas possible de déceler les raisons qui ont pu pousser les arbitres à en adopter tel un plutôt que tel autre²²⁰ ». Dans de nombreuses affaires, en particulier dans celles réglées par des commissions de réclamations, l'intérêt accordé est calculé en fonction du taux statutaire adopté dans l'Etat défendeur. Par exemple, la Commission américaine des réclamations internationales a déclaré, dans l'affaire *Senser* — qui concernait la confiscation arbitraire, en Yougoslavie, de biens appartenant à des ressortissants américains —, que

En vertu de principes du droit international bien établis que la Commission était tenue d'appliquer aux termes de l'*International Claims Settlement Act of 1949* [loi de 1949 sur le règlement des créances internationales] (art. 4, a), des intérêts peuvent manifestement être alloués dans les cas des demandes d'indemnisation pour la confiscation de biens lorsque, de l'avis de l'autorité arbitrale, des considérations d'équité et de justice justifient cette allocation.

La Commission a ajouté :

[...] En ce qui concerne le taux de l'intérêt à verser, nous renvoyons aux principes établis du droit international qui suggèrent d'appliquer le taux en vigueur dans le pays concerné²²¹.

La Commission a donc appliqué ledit principe et a décidé que toutes les indemnités réclamées à la Yougo-

slavie devaient être calculées avec un intérêt de 6 %, conformément au taux pratiqué en Yougoslavie²²².

96. Dans certains cas isolés, les décisions ont tendance à varier. Pour certaines, le taux utilisé est le taux appliqué par l'Etat défendeur ; pour d'autres, c'est le taux en vigueur dans l'Etat réclamant ou le taux commercial ou encore le taux en vigueur dans le pays du créancier²²³. Il est intéressant à cet égard de considérer, d'une part, la décision rendue dans l'affaire du « *Lord Nelson* », où il était dit que « c'est un principe de droit international généralement reconnu, que le taux applicable à l'intérêt est celui qui a cours là où le principal devait être payé »²²⁴ et, d'autre part, la décision contraire rendue dans l'affaire de la *Royal Holland Lloyd*, où il était dit à propos des taux d'intérêt qu'« il n'existe pas en la matière de règle d'application générale »²²⁵. Il convient aussi de mentionner l'arrêt rendu par la CPJI dans la célèbre affaire du « *Wimbledon* », dans laquelle il est dit que

Quant au taux des intérêts, la Cour trouve acceptable dans la situation financière actuelle du monde, en tenant compte des conditions admises pour les emprunts publics, les 6 % demandés ; [...] ²²⁶.

97. Les auteurs semblent généralement estimer que c'est là une question à résoudre cas par cas en vue d'assurer une « indemnisation intégrale ». Ils approuvent toutefois dans une certaine mesure le critère utilisé dans l'affaire du « *Wimbledon* » selon lequel le taux d'intérêt doit être celui normalement applicable aux emprunts d'Etat au moment où le dommage est subi²²⁷. Subilia estime qu'il pourrait être utile de se référer au taux prêteur fixé chaque année par la BIRD, en particulier dans les cas de dommage causé directement à un Etat sans l'intervention de particuliers. A son avis, lors de la codification du droit de la responsabilité des Etats dans le cadre de l'ONU, il faudra adopter un taux conventionnel (d'environ 6 %) et prévoir en même temps la possibilité pour chaque Etat de prouver que le dommage est plus important et d'obtenir ainsi un taux plus élevé²²⁸. Il est souhaitable que la Commission se prononce sur la solution à choisir.

5. INTÉRÊTS COMPOSÉS

98. La jurisprudence n'a qu'assez rarement envisagé l'octroi d'intérêts composés. Dans l'affaire des *Réclamations des armateurs norvégiens*²²⁹, le tribunal arbitral

²²² Sentence définitive rendue le 15 juin 1954, voir Whiteman, *Digest*, vol. 8, p. 1189 et 1190.

²²³ Gray, *op. cit.*, p. 32.

²²⁴ Sentence rendue le 1^{er} mai 1914 par le Tribunal anglo-américain de 1910 (Nations Unies, *Recueil*, vol. VI, p. 32 et suiv. ; *cit.*, p. 34).

²²⁵ Jugement rendu le 7 décembre 1931 par la Cour des réclamations des Etats-Unis (*Annual Digest... 1931-1932*, vol. 6, p. 442 ; *cit.* p. 446).

²²⁶ *C.P.J.I. série A n° 1*, p. 32. Quant au moment à partir duquel le taux d'intérêt doit être calculé, on a souvent estimé que ce devait être le moment où devrait intervenir le paiement du montant sur lequel l'intérêt est dû. Mais, là encore, la jurisprudence n'est pas uniforme, voir Subilia, *op. cit.*, p. 97 et 98.

²²⁷ Nagy, *loc. cit.*, p. 183 et 184. Voir dans le même sens A. Verdross, *Völkerrecht*, 5^e éd., Vienne, Springer, 1964, p. 404 ; et Brownlie, *op. cit.*, p. 229.

²²⁸ Subilia, *op. cit.*, p. 160 à 163.

²²⁹ Sentence du 13 octobre 1922 (Norvège c. Etats-Unis d'Amérique), Nations Unies, *Recueil*, vol. I, p. 307 et suiv.

²¹⁷ Brownlie, *op. cit.*, p. 229. Dans le même sens, voir Subilia, *op. cit.*, p. 144 à 156.

²¹⁸ Gray, *op. cit.*, p. 31 ; Subilia, *op. cit.*, p. 88 à 92.

²¹⁹ Brownlie, *op. cit.*, p. 229.

²²⁰ Subilia, *op. cit.*, p. 94.

²²¹ ILR, vol. 20, p. 240 et 241.

avait envisagé la possibilité d'octroyer des intérêts composés. Après avoir relevé que jamais encore de tels intérêts n'avaient été octroyés, il avait conclu que les réclamants n'avaient pas avancé des arguments suffisants pour en justifier l'octroi en l'espèce²³⁰.

99. Des décisions différentes ont été rendues dans trois affaires ultérieures. Dans l'affaire *Compagnie d'électricité de Varsovie* (fond), la Ville de Varsovie a été jugée responsable du préjudice subi par la compagnie à raison de l'inexécution d'une sentence arbitrale relative à une concession dont la compagnie était bénéficiaire. L'arbitre C. D. Asser a décidé que la Ville devait payer, en sus du montant de l'indemnité principale, « une somme en francs suisses équivalant au jour du paiement à la valeur de roubles-or 3 532 311 avec les intérêts composés à 5 % l'an à partir du 1^{er} janvier 1935 jusqu'au jour du paiement »²³¹. Les intérêts composés n'avaient été ainsi accordés qu'à partir de la date à laquelle la victime avait calculé le montant du préjudice qu'elle avait subi (montant qui avait été considérablement réduit par l'arbitre). Cette décision n'a été ni motivée par l'arbitre, ni contestée par les parties. Dans l'affaire des *Chemins de fer Zeltweg-Wolfsberg et Unterdrauburg-Woellan*, qui opposait cette compagnie ferroviaire à l'Autriche et à la Yougoslavie, les arbitres s'étaient prononcés en faveur de l'indemnisation de la compagnie qui avait subi un préjudice par suite de la modification d'un accord de concession. Dans ce cas aussi, les intérêts composés avaient été accordés sans indication des principes motivant la décision, et l'octroi d'intérêts composés semble avoir été considéré comme allant de soi²³². Dans l'affaire *Fabiani*, les intérêts composés, bien que n'ayant pas été accordés, paraissent avoir été considérés comme le moyen de garantir la réparation intégrale. Selon les termes de l'arbitre :

[...] Si *Fabiani* avait pu tirer parti de ces sommes et les employer dans son négoce, il est vraisemblable qu'il aurait fait des bénéfices supérieurs aux intérêts composés de ce capital pendant le laps de temps durant lequel il serait autorisé à les porter en compte²³³.

100. Des trois affaires citées, les deux dans lesquelles des intérêts composés ont été alloués sont les plus récentes. Dans l'affaire *Fabiani*, qui est antérieure aux deux autres, les intérêts composés n'ont pas été rejetés

en principe, bien qu'ils n'aient pas été accordés en fait. Dans l'affaire des *Réclamations des armateurs norvégiens*, la décision de ne pas allouer d'intérêts composés n'apparaît pas non plus fondée sur un principe, parce que le tribunal a simplement jugé que la partie lésée n'avait pas invoqué d'arguments suffisants pour justifier une décision qui aurait été contraire à la jurisprudence.

101. On trouve une explication sur la question des intérêts composés dans la décision de l'arbitre Max Huber statuant sur l'affaire du *Biens britanniques au Maroc espagnol*²³⁴. Comparée avec la sentence rendue dans l'affaire des *Réclamations des armateurs norvégiens*, celle de Huber paraît fixer des conditions plus strictes à l'octroi d'intérêts composés. Il avait en effet considéré l'existence d'« arguments particulièrement forts et de nature toute spéciale » nécessaire pour justifier une décision contraire à la jurisprudence²³⁵.

102. Dans l'affaire des *Colonies portugaises* (Incident de Naulilaa), le Portugal avait réclamé des intérêts composés au taux de 30 % « à titre de manque à gagner » par suite de la perte de bétail. Ayant relevé le caractère exorbitant des montants réclamés par l'Etat lésé et l'attitude négative constante de la jurisprudence en ce qui concerne l'octroi d'intérêts composés, le tribunal alloua des intérêts simples. Selon les termes des arbitres :

[...] Il n'a en effet pas été prouvé et il est contraire à toute vraisemblance que des bénéfices nets de l'ordre indiqué eussent pu normalement être réalisés si les intéressés étaient demeurés en possession des instruments de travail dont la perte est imputable à l'Allemagne. Et, d'ailleurs, les choses dont il s'agit n'étant pas irremplaçables, les propriétaires auraient pu, en rachetant de semblables, se procurer les mêmes gains. S'ils reçoivent la valeur complète, plus les intérêts normaux dès la date de la perte, ils sont, par conséquent, complètement indemnisés²³⁶.

103. Cette décision paraît donc rejeter les intérêts composés au motif que ce mode de calcul aurait abouti à un montant excédant considérablement celui du *lucrum cessans* effectif.

104. C'est essentiellement aussi sur les précédents que la Commission mixte des réclamations germano-vénézuélienne s'était apparemment fondée pour rejeter une

²³⁰ Le tribunal avait déclaré :

« En concluant que des intérêts devaient être accordés, le tribunal a pris en considération le fait que les Etats-Unis ont eu la jouissance et les fruits du bien des réclamants durant les cinq ans écoulés depuis leur réquisition, et spécialement le fait que les sommes accordées à titre de dédommagement aux réclamants par la Commission des réclamations concernant les réquisitions américaines n'ont pas été payées, et enfin le fait que les Etats-Unis ont eu le bénéfice des sommes déjà versées par les Norvégiens en rapport avec ces navires. Le tribunal est d'avis que les réclamants ont droit à une indemnisation spéciale en ce qui concerne les intérêts, et que certains d'entre eux, eu égard aux circonstances de leur cause, ont droit à des intérêts à un taux plus élevé que les autres. Les réclamants ont demandé des intérêts composés avec ajustement semestriel, mais jamais jusqu'ici des intérêts composés n'ont été accordés dans les arbitrages, et le tribunal est d'avis que les réclamants n'ont pas avancé des arguments suffisants pour justifier, en l'espèce, l'octroi d'intérêts composés. » (*Ibid.*, p. 341.)

²³¹ Sentence du 23 mars 1936 (France c. Pologne) [Nations Unies, *Recueil*, vol. III, p. 1689 et suiv. ; *cit.* p. 1699].

²³² Sentence du 12 mai 1934 (fond) [Nations Unies, *Recueil*, vol. III, p. 1795 et suiv., notamment p. 1808].

²³³ Voir *supra* note 148.

²³⁴ Sentence du 1^{er} mai 1925 (Royaume-Uni c. Espagne) [Nations Unies, *Recueil*, vol. II, p. 615 et suiv.].

²³⁵ Huber avait déclaré :

« En ce qui concerne le choix entre les intérêts simples et les intérêts composés, le Rapporteur doit tout d'abord constater que la jurisprudence arbitrale en matière de compensations à accorder par un Etat à un autre pour dommages subis par les ressortissants de celui-ci sur le territoire de celui-là — [...] — est unanime, pour autant que le Rapporteur le sache, pour écarter les intérêts composés. Dans ces circonstances, il faudrait des arguments particulièrement forts et de nature toute spéciale pour admettre en l'espèce ce type d'intérêt. Pareils arguments ne sembleraient cependant pas exister, étant donné que les circonstances des réclamations dont le Rapporteur se trouve saisi ne diffèrent pas en principe de celles des cas qui ont donné lieu à la jurisprudence dont il s'agit.

« Cela est vrai entre autres de certaines éventualités où les intérêts composés sembleraient par ailleurs mieux correspondre à la nature des choses que les intérêts simples, savoir les cas où les biens que les indemnités accordées ont pour but de remplacer s'augmentent par progression géométrique plutôt qu'arithmétique, ce qui arrive par exemple pour les troupeaux de bétail. » (*Ibid.*, p. 650.)

²³⁶ Nations Unies, *Recueil*, vol. II, p. 1074.

demande d'intérêts composés dans l'affaire *Christern and Company*²³⁷. Selon Subilia²³⁸, un rejet implicite (eu égard à l'absence de motivation) des demandes d'intérêts composés semble aussi caractériser les sentences rendues dans l'affaire de la *Deutsche Bank*²³⁹ et l'affaire *Dundonald*²⁴⁰.

105. Bien qu'on puisse avoir l'impression que les décisions concernant l'octroi d'intérêts composés sont en majorité négatives, le Rapporteur spécial ne pense pas que la jurisprudence internationale tranche nettement dans le sens négatif.

²³⁷ Le surarbitre de la Commission avait déclaré :

« La décision rendue dans cette affaire conclut aussi à la responsabilité du Venezuela pour le prêt à l'Etat de Zulia. Cependant, le Commissaire pour l'Allemagne accorde aux réclamants le montant intégral de ce chef de leur réclamation, 10 459,41 bolivars, avec l'intérêt habituel. Ce montant comprend un intérêt de 1 % par mois, composé [...], ce qui accroît le montant original de ce chef de la réclamation de 4 589,37 bolivars. Le surarbitre ne peut approuver cette conclusion. Il ne voit rien dans les faits de l'espèce qui prouve la nécessité d'allouer des intérêts composés. [...] » (Nations Unies, *Recueil*, vol. X, p. 424.)

²³⁸ Subilia, *op. cit.*, p. 101.

²³⁹ Sentence des 22-23 octobre 1940 (Allemagne *c.* Roumanie), Nations Unies, *Recueil*, vol. III, p. 1893 et suiv., notamment p. 1901.

²⁴⁰ Sentence du 6 octobre 1873 (Grande-Bretagne *c.* Brésil), Lapradelle-Politis, vol. III, p. 441 et suiv., notamment p. 447.

a) Parmi les décisions négatives, il faut distinguer :

- i) Celle qui se conforme simplement à une orientation négative mal définie de la jurisprudence antérieure (*Christern and Company*) ;
- ii) Celles qui, tout en rappelant la jurisprudence antérieure, indiquent que, dans des circonstances particulières, il pourrait être utile de recourir au mécanisme des intérêts composés pour assurer une réparation intégrale (*Biens britanniques au Maroc espagnol* et *Réclamations des armateurs norvégiens*) ;
- iii) Celle qui considère que, en l'espèce, le mécanisme des intérêts composés aboutirait à un montant excédant considérablement celui du *lucrum cessans* effectif (*Colonies portugaises*) ;
- iv) Celle qui, au contraire, considère que les intérêts composés, bien qu'acceptables dans le principe, aboutiraient en l'espèce à une indemnisation insuffisante (*Fabiani*).

b) Quant aux cas dans lesquels des intérêts composés ont été alloués, l'absence de motivation semblerait indiquer que l'intérêt composé y était considéré comme un élément essentiel, incontesté, de la réparation par équivalent.

Le Rapporteur spécial serait donc enclin à conclure que des intérêts composés doivent être octroyés dès lors qu'ils s'avèrent indispensables à la réparation intégrale du préjudice subi par l'Etat lésé.

CHAPITRE III

La satisfaction (et les dommages-intérêts punitifs)

A. — La satisfaction dans la doctrine

106. Comme on l'a vu au chapitre I^{er}, la satisfaction est très souvent mentionnée par les auteurs comme une des formes de réparation du fait internationalement illicite. On a vu aussi qu'il se dégage de la doctrine deux tendances, non incompatibles, concernant la fonction spécifique de ce mode de réparation. Un très grand nombre d'auteurs, dont quelques-uns seulement ont été cités (*supra* par. 13 et 14), considèrent la satisfaction comme le procédé spécifique de réparation de l'atteinte à la dignité, à l'honneur ou au prestige de l'Etat. Telle est en particulier la position de Bluntschli²⁴¹, Anzilotti²⁴²,

Visscher²⁴³, Morelli²⁴⁴, Jiménez de Aréchaga²⁴⁵ et d'un certain nombre d'autres²⁴⁶. On a également vu que plusieurs des auteurs cités estiment que la fonction spécifique

²⁴³ Selon Visscher :

« Un acte contraire au droit international peut, indépendamment du préjudice matériel qu'il cause, entraîner pour un autre Etat un préjudice d'ordre *moral* consistant dans une atteinte à son honneur ou à son prestige. [...] » (*Loc. cit.*, p. 119.)

²⁴⁴ Selon Morelli :

« [...] Dans le cas d'un fait illicite qui consiste en une atteinte ou qui en tout cas implique une atteinte à un intérêt moral, tel que l'honneur ou la dignité (et la violation de tout droit d'un Etat peut, dans des circonstances données, impliquer une atteinte de cette nature), la forme de réparation due (éventuellement en plus de la réparation due en ce qui concerne l'atteinte simultanée aux intérêts matériels) est la *satisfaction*. » (*Op. cit.*, p. 358.)

²⁴⁵ Jiménez de Aréchaga écrit à propos de la satisfaction :

« Cette troisième forme de réparation est particulièrement adaptée à la réparation du préjudice immatériel ou de l'atteinte morale à la personnalité de l'Etat. » (*Loc. cit.*, p. 572.)

²⁴⁶ P. A. Bissonnette, *La satisfaction comme mode de réparation en droit international* (thèse, Université de Genève), Annemasse, Imprimerie Grandchaamp, 1952, p. 161 ; Personnaz, *op. cit.*, p. 277 ; Garcia Amador, doc. A/CN.4/134 et Add.1, par. 92 ; Sereni, *op. cit.*, p. 1552 ; Przetacznik, *loc. cit.*, p. 944 ; Rousseau, *op. cit.*, p. 218 ; Graefrath, *loc. cit.*, p. 84.

²⁴¹ Pour Bluntschli :

« Lorsqu'il est porté atteinte à l'honneur ou à la dignité d'un Etat, l'Etat offensé a le droit d'exiger satisfaction. » (*Op. cit.*, p. 264, art. 463.)

²⁴² Selon Anzilotti :

« [...] A la base de l'idée de satisfaction est celle du dommage immatériel ou, comme disent les Anglais, d'un *moral wrong*, qui, comme on l'a dit, peut même consister seulement dans la méconnaissance du droit d'un Etat. La satisfaction tend par-dessus tout à porter remède à l'atteinte infligée à la dignité et à l'honneur [...]. » (*Cours*, p. 524.)

de la satisfaction s'exerce aussi en ce qui concerne le préjudice juridique subi par l'Etat offensé, autrement dit la violation de la sphère juridique de l'Etat offensé qui, selon eux, résulte de tout fait internationalement illicite, indépendamment de l'existence d'un préjudice matériel²⁴⁷. Il est dit en conclusion dans ce même chapitre que, dans le sens spécifique où il est si largement utilisé par les auteurs, le mot « satisfaction » s'est éloigné de son étymologie, encore que le terme apparaisse parfois dans la pratique et dans la doctrine précisément « dans le sens étymologique premier du verbe satisfaire, qui est celui de remplir, acquitter ce qui est dû²⁴⁸ ».

107. La satisfaction ne se définit pas seulement par le type de dommages pour lequel elle constitue un mode de réparation spécifique, mais également par les formes caractéristiques qu'elle prend et qui la distinguent de la *restitutio in integrum* ou de l'indemnisation²⁴⁹. Bissonnette²⁵⁰ et Przetacznik²⁵¹ mentionnent les excuses, la punition des coupables et les garanties contre la répétition de certains actes²⁵². Bissonnette ajoute le salut au

²⁴⁷ Ce rôle de la satisfaction est souligné plus particulièrement par Anzilotti et Bluntschli. Selon Anzilotti :

« [...] Le dommage se trouve compris implicitement dans le caractère antijuridique de l'acte. La violation de la règle est effectivement toujours un dérangement de l'intérêt qu'elle protège et, par voie de conséquence, aussi du droit subjectif de la personne à laquelle l'intérêt appartient ; il en est d'autant plus ainsi que, dans les rapports internationaux, le dommage est en principe plutôt un dommage moral (méconnaissance de la valeur et de la dignité de l'Etat en tant que personne du droit des gens) qu'un dommage matériel (dommage économique ou patrimonial au vrai sens du mot). » (« La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers », RGDIP, t. 13, 1906, p. 13 et 14.)

Selon Bluntschli :

« Si la violation consiste dans une atteinte effective à des droits établis ou dans le trouble d'un état de fait acquis à une puissance étrangère, cette puissance est autorisée non seulement à réclamer la cessation de l'injustice et le rétablissement de l'état de droit ou de fait antérieur, et au besoin des dommages-intérêts, mais en outre à exiger satisfaction par la punition des coupables, et, suivant les circonstances, par la remise de garanties ultérieures contre le renouvellement de la violation. » (*Op. cit.*, p. 265, art. 464.)

²⁴⁸ Bissonnette, *op. cit.*, p. 40. Il est cependant fermement opposé à cette interprétation du mot « satisfaction ».

²⁴⁹ Selon Bissonnette :

« L'examen de la pratique, et en particulier l'examen de la correspondance diplomatique, révèle cependant l'existence de demandes de réparation qui ne peuvent être assimilées ni à la *restitutio in integrum* ni aux dommages-intérêts. Tel est le cas des demandes d'excuses ou de regrets, de saluts au drapeau, demandes de punition des coupables, demandes de démission ou de suspension des fonctionnaires coupables ; ou encore demandes d'assurance contre la répétition de certains actes [...] » (*Op. cit.*, p. 24.)

Cet aspect est également souligné par Anzilotti, *Cours*, p. 524 ; Vischer, *op. cit.*, p. 119 ; Eagleton, *op. cit.*, p. 189 ; Sereni, *op. cit.*, p. 1552 ; Morelli, *op. cit.*, p. 358 ; Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, p. 572 ; Brownlie, *op. cit.*, p. 208 ; Rousseau, *op. cit.*, p. 218 et suiv. ; Gray, *op. cit.*, p. 42 ; M. Giuliano, *Diritto internazionale*, vol. 1, *La società internazionale e il diritto*, 2^e éd. avec la collaboration de T. Scovazzi et T. Treves, Milan, Giuffrè, 1983, p. 593.

²⁵⁰ Bissonnette, *op. cit.*, p. 85 et suiv.

²⁵¹ Przetacznik, *loc. cit.*, p. 945 et suiv.

²⁵² Ces trois catégories figuraient déjà dans l'article 13 du projet de convention sur la responsabilité internationale des Etats à raison des

drapeau et les missions expiatoires dans le contexte de la présentation d'excuses. Mais les formes que revêt la satisfaction ne se limitent pas aux trois susmentionnées²⁵³. On mentionne aussi très souvent le versement de sommes symboliques à titre de dommages-intérêts²⁵⁴ ou la décision d'un tribunal international déclarant illicite le comportement de l'Etat offensé²⁵⁵. La satisfaction pécuniaire est, elle aussi, fréquemment évoquée, mais non sans susciter des objections²⁵⁶.

108. La question fondamentale est celle de savoir si la satisfaction est, par nature, punitive ou afflictive, ou compensatoire. Elle est considérée comme purement réparatoire (c'est-à-dire n'entraînant aucune conséquence qui aille au-delà de ce qui, en droit interne, est généralement prévu comme conséquence d'un délit civil), par Ripert²⁵⁷, Bisson-

dommages causés sur leur territoire à la personne et aux biens des étrangers, présenté par L. Strisower à l'Institut de droit international, lors des travaux préparatoires de la session de Lausanne (septembre 1927) [*Annuaire de l'Institut de droit international, 1927*, vol. 33, t. I, p. 560 et 561].

²⁵³ Contra Ch. Dominicé, « La satisfaction en droit des gens », *Mélanges Georges Perrin*, Lausanne, Payot, 1984, qui nie que le droit international contemporain prévoit une obligation de présenter des excuses, de punir des responsables ou de donner des garanties contre la répétition des actes (p. 105 et suiv.).

²⁵⁴ Anzilotti écrit :

« [...] Mais rien n'empêche, et il y a de cela des exemples très variés, que la satisfaction consiste dans le paiement d'une somme d'argent qui ne tend pas à réparer un dommage matériel effectivement souffert, mais qui représente un sacrifice symbolisant l'expiation de l'acte illicite commis. » (*Cours*, p. 524.)

La satisfaction pécuniaire est également mentionnée par Eagleton, *op. cit.*, p. 189 ; Sereni, *op. cit.*, p. 1552 ; Morelli, *op. cit.*, p. 358 ; Przetacznik, *loc. cit.*, p. 968 et suiv. ; Giuliano, *op. cit.*, p. 593 ; Rousseau, *op. cit.*, p. 220 ; Gray, *op. cit.*, p. 42. Bissonnette (*op. cit.*, p. 127 et suiv.), qui croit fermement à la fonction réparatoire (au sens du droit civil) de la satisfaction, est, au contraire, hostile à la reconnaissance de cette forme de satisfaction parce que, dans la plupart des cas, elle aurait un caractère pénal. A propos de la construction théorique de Bissonnette, Gray écrit :

« Selon Bissonnette [...], la fonction de la satisfaction est de réparer le dommage moral causé à l'Etat mais, sur la question de savoir quand existe un tel dommage, Bissonnette clôt malheureusement son raisonnement circulaire en disant qu'il y a un dommage moral lorsque le mode de réparation approprié est la satisfaction. [...] » (*Op. cit.* p. 41 et 42.)

Schwarzenberger et Dominicé sont également opposés à cette idée. Pour Schwarzenberger :

« [...] Dans la mesure où la pratique judiciaire internationale admet la réparation monétaire pour les dommages autres que matériels, il paraît inutilement compliqué d'en distinguer la satisfaction pécuniaire. Qu'ils soient symboliques ou excessifs, les dommages-intérêts accordés sont toujours une forme de réparation pécuniaire. [...] » (*Op. cit.* p. 658.)

Dominicé déclare, de son côté :

« Si l'on observe en outre qu'aujourd'hui les Etats, ni dans leurs conclusions devant les tribunaux, ni, semble-t-il, dans leur pratique diplomatique, ne réclament de satisfaction pécuniaire, il faut bien admettre que désormais elle n'entre plus en considération. » (*Loc. cit.* p. 111.)

²⁵⁵ Morelli, *op. cit.*, p. 358. ; Gray, *op. cit.*, p. 42.

²⁵⁶ Visscher, *op. cit.*, p. 119 ; Personnaz, *op. cit.*, p. 298 et 572 ; Brownlie, *op. cit.*, p. 209 ; Rousseau, *op. cit.*, p. 220 ; Graefrath, *loc. cit.*, p. 86 ; Gray, *op. cit.*, p. 42.

²⁵⁷ Selon G. Ripert, « Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux », *Recueil des cours...*, 1933-II, Paris, t. 44 :

« En droit privé, l'action en responsabilité est une action en réparation : elle n'a aucun caractère pénal, le droit civil ne s'occupe

nette²⁵⁸, Cheng²⁵⁹ et Jiménez de Aréchaga²⁶⁰. Bluntschli²⁶¹, Anzilotti²⁶², Eagleton²⁶³, Lauterpacht²⁶⁴, Per-

pas de la punition du coupable. Cette idée doit être maintenue, même dans la réparation du dommage moral, bien que, dans ce cas, on constate, après la réparation, une augmentation du patrimoine de la victime. La réparation du dommage moral a sans doute un caractère un peu trouble, la victime recevant une satisfaction de remplacement : il y a pourtant réparation et non punition. » (P. 622.)

²⁵⁸ Pour Bissonnette :

« Nous sommes donc en présence d'un mode de réparation distinct de la *restitutio in integrum* et des dommages-intérêts. Ce ne peut être qu'un mode par compensation puisque la restitution est le seul mode direct de réparation. Comme la restitution, il a le plus souvent une forme non pécuniaire mais s'en distingue par son défaut de caractère restitutif. D'autre part, au contraire des dommages-intérêts, il ne semble jamais prendre la forme pécuniaire. La doctrine et la pratique ont toujours dénommé ce mode de réparation la satisfaction. » (*Op. cit.*, p. 25.)

²⁵⁹ B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens, 1953, p. 236, 237 et note 14.

²⁶⁰ Selon Jiménez de Aréchaga :

« Dans certains cas, sous couvert de réparation, une forme bénigne de sanction a été imposée pour inciter le gouvernement délinquant à améliorer l'administration de la justice dans son pays » [réclamation Janes (1926), Nations Unies, *Recueil*, vol. IV, p. 89 ; réclamation Putnam (1927), *ibid.*, p. 151 ; réclamation Massey (1927), *ibid.*, p. 155 ; affaire Kennedy (1927), *ibid.*, p. 194]. Cela ne déborde toutefois pas le cadre de la notion normale de responsabilité civile, et n'implique aucune idée de responsabilité pénale.

« En revanche, les dommages-intérêts de caractère pénal (*punitive* ou *exemplary*), inspirés par la réprobation du fait illicite et constituant une mesure d'intimidation ou d'amendement de l'offenseur, sont incompatibles avec l'idée fondamentale qui sous-tend l'obligation de réparer. [...] » (*Loc. cit.*, p. 571.)

²⁶¹ Selon Bluntschli :

« La violation du droit d'un Etat étranger est plus grave que la non-exécution des engagements qu'on a contractés envers lui ; elle peut être comparée aux délits en droit pénal. Mais, comme il n'existe pas de juridiction criminelle en droit international, on est forcé de laisser à chaque Etat le soin de fixer les conditions auxquelles il se déclarera satisfait. Le droit international en est aujourd'hui au point où en était le droit pénal sous les rois francs ; le citoyen lésé déterminait lui-même l'expiation à laquelle le coupable devait se soumettre s'il voulait échapper à la vengeance de la famille de la victime. » (*Op. cit.*, p. 265, commentaire de l'article 464.)

²⁶² Voir l'opinion d'Anzilotti, citée *supra* note 254.

²⁶³ Selon Eagleton :

« [...] Il ne semble pas y avoir d'obstacle théorique, sous réserve qu'existent des règles de droit reconnues et la possibilité d'obtenir l'exécution en justice, à l'imposition par le droit international de sanctions pénales. M. Hyde parle de la « valeur dissuasive de la réparation punitive pour prévenir certains comportements »* ; et, si peu satisfaisante que soit aujourd'hui cette procédure, le droit international a grandement besoin de telles sanctions. On ne peut plus prétendre que l'Etat souverain soit au-dessus du droit, et il ne semble pas y avoir de raison de ne pas punir un Etat en cas de comportement fautif, conformément à des règles et à des restrictions appropriées. » (*Op. cit.*, p. 190 et 191.)

* C. C. Hyde, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied in the United States*, Boston, 1922, vol. I, p. 515 et 516.

²⁶⁴ H. Lauterpacht, « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours...*, 1937-IV, Paris, 1938, t. 62 :

« [...] la violation du droit international peut être telle qu'elle nécessite, dans l'intérêt de la justice, une expression de désapprobation

sonnaz²⁶⁵, García Amador²⁶⁶ et Morelli²⁶⁷, au contraire, semblent reconnaître un caractère afflictif à la satisfaction (associée à des dommages-intérêts punitifs). Ce caractère afflictif — ainsi que l'autonomie de ce mode de réparation — a été nié récemment par Dominicé, pour qui la satisfaction est une forme de réparation qui ne peut être distinguée ni de la *restitutio in integrum*, ni de la réparation pécuniaire. Selon lui, tel que le comprend le Rapporteur spécial, le préjudice juridique en tant qu'objet de la satisfaction serait inséparable des autres conséquences du fait internationalement illicite²⁶⁸.

109. De ce caractère afflictif ou pénal de la satisfaction, on peut rapprocher l'idée qu'elle doit être proportionnée à la gravité de l'offense ou au degré de culpabilité de l'Etat responsable. C'est ce que soutiennent

dépasant la réparation matérielle. Limiter la responsabilité à l'intérieur de l'Etat à la *restitutio in integrum* serait abolir le droit criminel et une partie importante de la loi en matière de « tort ». Abolir ces aspects de la responsabilité entre les Etats serait adopter, du fait de leur souveraineté, un principe qui répugne à la justice et qui porte en lui-même un encouragement à l'illégalité. [...] » (P. 350.)

²⁶⁵ Selon Personnaz :

« Rappelons, tout d'abord, que puisqu'il s'agit d'une responsabilité complémentaire d'une responsabilité civile, la sanction pénale sera conçue en la même forme que la réparation : ce qui la différenciera, c'est un élément matériel, ou même intentionnel. L'indemnité comportera non seulement un élément réparateur, qui sera mesuré sur le dommage subi par l'Etat — ou le particulier lésé — mais aussi un facteur pénal qui se surajoutera au premier. En sorte qu'au cas d'indemnité pécuniaire une part de l'indemnité correspondra à la réparation du préjudice matériel ou moral effectivement subi par l'Etat, et une autre part à la sanction pour la violation particulièrement grave du droit international qui l'aura nécessitée.

« Il est donc nécessaire d'examiner quelle a été, dans un cas donné, l'étendue du préjudice, ce qui permettra de déterminer la part de la réparation qui lui correspond ; l'excédent de l'indemnité représentera la part afférente à la sanction pénale ; la mesure de celle-ci consistera dans la différence entre l'indemnité totale et la réparation du préjudice effectif. » (*Op. cit.* p. 317 et 318.)

²⁶⁶ Selon García Amador :

« [...] Lorsqu'il n'en est pas ainsi, on donne une large publicité aux mesures de satisfaction de manière qu'elles atteignent leur double objectif : « satisfaire » l'Etat offensé dans son honneur et sa dignité et « condamner » l'acte imputé au défendeur. De ce deuxième objectif découle la dernière caractéristique que nous voudrions souligner : il s'agit d'une institution essentiellement pénale. » (Doc. A/CN.4/134 et Add.I, par. 76.)

²⁶⁷ Morelli, *op. cit.*, p. 358.

²⁶⁸ Selon Dominicé

« [...] La première conclusion qui se dégage de cette étude est qu'il n'existe pas, en droit international, un mode de réparation, au sens strict du terme, qui serait la satisfaction et prendrait place, avec la *restitutio in integrum* et le versement de dommages-intérêts, parmi les diverses formes que revêt l'obligation de réparer. Celle-ci, entendue comme obligation bilatérale — et c'est cela la réparation *stricto sensu* — ne comprend que des modalités de caractère matériel.

« [...] Nous pensons, quant à nous, que la vraie raison en est que le dommage moral de l'Etat n'est pas identifiable, il se confond avec le fait illicite et est insaisissable, contrairement au préjudice moral subi par l'individu, qui apparaît nettement dans certaines circonstances et peut faire l'objet, tant bien que mal, d'une compensation en argent. » (*Loc. cit.*, p. 118.)

Bluntschli²⁶⁹, Anzilotti²⁷⁰, Personnaz²⁷¹, Sereni²⁷² et Przetacznik²⁷³. Reitzer, au contraire, estime que :

[...] Abstraction faite de la question de savoir s'il est très heureux de transposer la notion de la culpabilité psychologique dans le domaine du droit international, le problème de la gravité de la faute est excessivement fuyant et laisse une marge abondante à toutes les interprétations²⁷⁴.

110. Les auteurs soulèvent également la question de savoir si l'Etat lésé a le choix de la forme que prendra la satisfaction²⁷⁵. Cette question en soulève une autre, à savoir les limites qui doivent être imposées à une telle liberté de choix pour prévenir les abus²⁷⁶. Comme le

²⁶⁹ Selon Bluntschli :

« La nature et l'étendue des dédommagements, de la satisfaction ou de la punition se règlent d'après la nature et la gravité de l'infraction. Plus le crime sera grand, plus ses conséquences seront considérables. Il existe une certaine proportion entre la peine et la culpabilité. Des prétentions exagérées constituent une violation du droit. » (*Op. cit.*, p. 268, art. 469.)

²⁷⁰ Selon Anzilotti :

« Le choix d'une ou de plusieurs formes de satisfaction dépend de la volonté des parties, naturellement, qui tiendront compte de la nature et de la gravité du fait ; il n'y a pas de règles fixes à ce propos. Il suffit seulement de noter que, dans la détermination de la modalité de la satisfaction, les parties ne peuvent pas ne pas tenir compte d'éléments moraux tels que, par exemple, la sympathie ou l'antipathie témoignée par la population aux auteurs du délit, l'attitude de la presse, les précédents, la propagande faite dans le pays, etc. Il n'est pas question de dol ou de faute comme éléments de l'acte illicite ; il s'agit de circonstances extrinsèques déterminant la gravité politique du cas qui ne peuvent pas ne pas être prises en considération si la satisfaction doit être adéquate au but qu'elle veut atteindre. [...] » (*Cours*, p. 524 et 525.)

²⁷¹ Selon Personnaz :

« [...] Le caractère manifestement lésif ou grave de l'acte illicite justifierait une aggravation de la responsabilité existante, qui se traduirait par une augmentation de l'indemnité ou par des mesures spéciales de satisfaction. [...] » (*Op. cit.*, p. 302.)

²⁷² Selon Sereni :

« La faute ou le dol, bien qu'ils ne soient pas des éléments constitutifs de l'acte illicite, doivent finalement être pris en considération quand il s'agit de déterminer l'éventuelle obligation de donner satisfaction et le type de satisfaction qui est dû. [...] » (*Op. cit.* p. 1554.)

²⁷³ Selon Przetacznik :

« La satisfaction présente certaines caractéristiques qui lui sont propres. En raison du caractère même du préjudice moral et politique, dont le contenu est variable et imprécis, elle est avant tout évaluée en fonction de l'acte illicite imputable à l'Etat et même des circonstances déterminant le degré de gravité d'un tel acte. [...] » (*Loc. cit.*, p. 944.)

²⁷⁴ Reitzer, *op. cit.*, p. 117 et 118.

²⁷⁵ Reitzer, *op. cit.*, p. 134 et note 61.

²⁷⁶ Selon Graefrath :

« De fait, la satisfaction a souvent été utilisée par les puissances européennes comme un prétexte à l'intervention. C'est pourquoi Tammes parlait d'une « procédure médiévale devenant de plus en plus obsolète » et de la « dévaluation de la notion même de « satisfaction », perçue comme un acte unilatéral de la part des puissances impérialistes pour humilier les faibles »*.

« L'emploi abusif de la satisfaction à des fins de répression et d'humiliation de peuples entiers est typique de la période de l'impérialisme. Les procédés anachroniques comme le salut au drapeau et aux emblèmes de l'Etat, qui sont mentionnés dans les manuels, ne correspondent guère au style actuel des relations internationales. Nous pouvons penser comme Tammes que les demandes de satisfaction « ont souvent ressemblé à de l'hystérie simulée [...] et

soulignent plusieurs auteurs, la pratique montre que les Etats puissants tendent à formuler des exigences incompatibles avec la dignité de l'Etat responsable et avec le principe de l'égalité²⁷⁷.

B. — La satisfaction dans la jurisprudence internationale

111. L'étude de la jurisprudence internationale concernant la satisfaction doit être, de l'avis du Rapporteur spécial, centrée sur les cas dans lesquels ce mode de réparation a été admis, dans une ou plusieurs de ses modalités, comme mode de réparation spécifique du dommage moral, politique et/ou juridique subi par l'Etat offensé. Il faut donc laisser de côté, pour les raisons déjà indiquées (*supra* par. 17), les cas dans lesquels la satisfaction a été assimilée à la réparation pécuniaire (en faveur des individus ou en faveur de l'Etat lui-même) pour des préjudices matériels ou moraux ordinaires. Comme on l'a noté, le terme « satisfaction » est utilisé dans ces cas dans son sens purement étymologique : il est synonyme de réparation au sens large ou de réparation par équivalent, et ne désigne pas la forme spécifique de réparation dont il est question ici.

112. Si l'on s'en tient aux cas où la satisfaction a été considérée dans sa fonction spécifique, la jurisprudence internationale (par opposition à la pratique diplomatique) ne paraît pas très abondante. Elle est néanmoins substantielle, et plus significative qu'il y paraît à première vue.

113. C'est essentiellement, sinon exclusivement, l'incompétence qui semble avoir motivé le rejet de la satisfaction (sous la forme de dommages-intérêts punitifs)

étaient calculées uniquement pour causer une humiliation durable »*. (*Loc. cit.* p. 85.)

Personnaz (*op. cit.*, p. 289) et García Amador (doc. A/CN.4/134 et Add.1, par. 75) parlent également des abus de la satisfaction.

*A. J. P. Tammes, « Means of redress in the general international law of peace », *Essays on the Development of the International Legal Order*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1980, p. 7 et 8.

²⁷⁷ Bluntschli écrit :

« L'Etat dont l'honneur ou la dignité ont été offensés ne peut rien exiger d'incompatible avec la dignité et l'indépendance de l'Etat duquel il exige satisfaction. » (Art. 470.)

Et accompagne cet article du commentaire suivant :

« Plus le sentiment de l'honneur se développe dans le mode civilisé, plus aussi on doit user de ménagements et apporter de tact dans l'application de la règle ci-dessus. La prudence le commande lorsqu'on se trouve en présence d'un Etat puissant. A l'égard des Etats faibles, on élève plus facilement des prétentions exagérées. Cependant aucun Etat ne peut subir d'humiliation sans compromettre son existence, car l'Etat est la personnification des droits et de l'honneur d'un peuple. Le droit international, appelé à protéger l'existence et la sûreté des Etats, ne peut tolérer de semblables affronts. Si un Etat ne mérite plus d'être traité en personne honorable, il vaut mieux refuser de suite de reconnaître son existence. » (*Op. cit.*, p. 268 et 269.)

La même condition est énoncée au paragraphe 1 de l'article 27 de l'avant-projet révisé sur la responsabilité de l'Etat à raison des dommages causés sur son territoire à la personne et aux biens des étrangers, présenté par F. V. García Amador dans son sixième rapport (*v. infra* note 357). Przetacznik partage, lui aussi, cette opinion (*loc. cit.*, p. 672 et 673).

dans les affaires *Miliani*²⁷⁸, *Stevenson*²⁷⁹, dans celles du « Carthage » et du « Manouba »²⁸⁰ et de la *Responsabilité de l'Allemagne à raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Portugal ne par-*

²⁷⁸ Dans cette affaire, portée devant la Commission mixte des réclamations italo-vénézuélienne, le surarbitre Ralston avait déclaré : « [...] Il suffit d'observer que tous les arguments pour ou contre une réclamation qui ont du poids auprès des services diplomatiques d'un gouvernement n'ont pas nécessairement leur place devant une commission internationale. Par exemple, à moins d'en avoir été spécialement chargée, une commission internationale ne mesurera sans doute pas en argent une insulte au drapeau, comme peuvent le faire les diplomates. [...] » (Nations Unies, *Recueil*, vol. X, p. 591.)

²⁷⁹ Le surarbitre de la Commission mixte des réclamations anglo-vénézuélienne avait émis l'opinion suivante :

« Laisser un tiers mesurer en une somme d'argent l'indignité subie par son drapeau ou par son pays, c'est quelque chose à quoi les nations ne consentent pas ordinairement.

« Cette évaluation est normalement fixée par la partie offensée et proclamée par sa voix souveraine, et les dommages-intérêts sont normalement de caractère purement pénal, et non réparateur ou compensatoire.

« C'est l'un des attributs les plus chers de la souveraineté, qu'elle n'abandonnera pas généralement ou facilement à l'arbitrage ou à la décision d'un tiers. C'est là une des raisons, sinon la seule, expliquant pourquoi ces matières ne sont pas normalement, et même peut-être jamais, soumises à l'arbitrage. » (Nations Unies, *Recueil*, vol. IX, p. 506.)

²⁸⁰ Dans l'affaire du « Manouba » (v. *supra* n. 26), le tribunal arbitral avait statué comme suit :

« [...] »

« Considérant que la capture ne pourrait non plus être légitimée par la régularité, relative ou absolue, de ces dernières phases envisagées séparément.

« Sur la demande tendant à faire condamner le Gouvernement royal italien à verser à titre de dommages-intérêts :

« 1° la somme de un franc pour atteinte portée au pavillon français ;

« 2° la somme de cent mille francs pour réparation du préjudice moral et politique résultant de l'inobservation de droit commun international et des conventions réciproquement obligatoires pour l'Italie comme pour la France.

« Et sur la demande tendant à faire condamner le Gouvernement de la République française à verser la somme de cent mille francs à titre de sanction et de réparation du préjudice matériel et moral résultant de la violation du droit international, notamment en ce qui concerne le droit que le belligérant a de vérifier la qualité d'individus soupçonnés être des militaires ennemis, trouvés à bord de navires de commerce neutres.

« Considérant que, pour le cas où une Puissance aurait manqué à remplir ses obligations, soit générales, soit spéciales, vis-à-vis d'une autre Puissance, la constatation de ce fait, surtout dans une sentence arbitrale, constitue déjà une sanction sérieuse ;

« que cette sanction est renforcée, le cas échéant, par le paiement de dommages-intérêts pour les pertes matérielles ;

[...]

« que, en thèse générale, l'introduction d'une autre sanction pécuniaire paraît être superflue et dépasser le but de la juridiction internationale ;

« Considérant que, par application de ce qui vient d'être dit, les circonstances de la cause présente ne sauraient motiver une telle sanction supplémentaire ; que, sans autre examen, il n'y a donc pas lieu de donner suite aux demandes susmentionnées.

« [...] » (Nations Unies, *Recueil*, vol. XI, p. 475.)

Dans l'affaire du « Carthage » (v. *supra* n. 26), la sentence rendue par la même juridiction était presque identique (Nations Unies, *Recueil*, vol. XI, p. 460 et 461).

*ticipât à la guerre*²⁸¹. Toutefois, dans les affaires du « Carthage » et du « Manouba », la satisfaction a été accordée, comme il ressort de l'extrait de la sentence citée en note, sous forme de constatation, par le tribunal, de l'illicéité de l'action commise par l'Etat offensé.

114. Plus complexe est la célèbre affaire du « Lusitania », dans laquelle le surarbitre Parker entendait limiter sa tâche à l'octroi de dommages-intérêts pour le préjudice matériel et moral, sur une base purement compensatoire, et avait déclaré à ce propos que

[...] Le fait d'imposer une amende du nom de dommages-intérêts en ajoutant comme qualificatif les mots « à titre d'exemple, de vengeance ou de punition » est une confusion de termes regrettable qui conduit inévitablement à une confusion de pensée. [...] ²⁸².

En même temps, loin de nier le rôle afflictif de la satisfaction, il reconnaissait qu'un tel rôle était dans la nature de la satisfaction. Telle est, pense le Rapporteur spécial, l'interprétation qu'il faut donner à l'opinion suivante :

[...] Entre nations souveraines, la question du droit et du pouvoir d'imposer des sanctions, sans limite d'importance, est politique plutôt que juridique de sa nature, et qu'elle n'est par conséquent pas de la compétence de cette commission ²⁸³.

Certes Parker qualifiait la question de l'imposition de sanctions de « politique » et non de « juridique ». Toutefois, on peut supposer à bon droit qu'il avait employé les termes, peut-être de manière assez imprécise, afin de distinguer ce qui relevait des relations directes entre Etats, d'une part, et de son rôle d'arbitre, de l'autre. En disant que l'imposition de sanctions aux Etats était une question de nature politique, il voulait sans doute dire que c'était une question que les Etats devaient régler par les voies diplomatiques ordinaires. En lui déniaient tout caractère juridique, il voulait sans doute dire qu'elle ne pouvait pas être soumise à arbitrage et n'était « par conséquent pas de la compétence de cette commission ». C'est à partir de cette distinction qu'il concluait qu'en imposant des sanctions (autrement dit une satisfaction sous forme de dommages-intérêts punitifs) la Commission mixte de réclamations germano-américaine aurait outrepassé son mandat. Le Rapporteur spécial estime que l'opinion du surarbitre Parker n'est probablement pas sans importance pour les conclusions à tirer de l'analyse comparée de la jurisprudence et de la pratique diplomatique ²⁸⁴.

115. Parmi les affaires dans lesquelles une ou plusieurs formes de satisfaction ont été accordées, la plus célèbre est celle du « *I'm Alone* » (navire canadien appartenant à des Américains et coulé par les garde-côtes des Etats-Unis) ²⁸⁵. Les Commissaires décidèrent

²⁸¹ La sentence du tribunal arbitral relativement à l'« indemnité spéciale réclamée à titre de sanction » par le Portugal est citée *supra* note 42.

²⁸² Witenberg, t. I, p. 31.

²⁸³ *Ibid.*, p. 36 et 37.

²⁸⁴ Voir *infra* note 346.

²⁸⁵ Sentence du 30 juin 1933 et du 5 janvier 1935 (Canada c. Etats-Unis d'Amérique) [Nations Unies, *Recueil*, vol. III, p. 1609 et suiv.].

de ne pas accorder d'indemnité pour la perte du navire, néanmoins ils déclarèrent :

Le fait, cependant, que les garde-côtes des Etats-Unis aient coulé le navire était, comme on l'a déjà indiqué, un acte illicite. Les Commissaires estiment que les Etats-Unis doivent reconnaître formellement l'illégalité de cet acte, et présenter des excuses au Gouvernement canadien de Sa Majesté ; de plus, à titre de réparation matérielle pour l'acte illicite, les Etats-Unis doivent payer la somme de 25 000 dollars au Gouvernement canadien de Sa Majesté²⁸⁶.

La satisfaction était accordée ici sous la double forme d'excuses et de réparation pécuniaire. Un autre exemple est celui de l'affaire *Moke*, dans laquelle la Commission mixte des réclamations américano-mexicaine avait accordé des dommages punitifs, afin de condamner l'emploi de la force contre des particuliers pour en obtenir des prêts. La Commission avait décidé en l'espèce d'accorder une indemnité pour condamner la pratique illicite en question²⁸⁷. On peut citer aussi l'affaire *Arends* dans laquelle le Venezuela avait été condamné à payer une petite somme pour réparer un dommage présumé de faible importance. Le surarbitre de la Commission mixte des réclamations néerlandovo-venezuélienne avait indiqué explicitement dans cette affaire que la satisfaction consistait en l'expression de regrets sous la forme d'un paiement de 100 dollars²⁸⁸. En dehors des affaires du « *I'm Alone* » et *Arends*, une décision accordant une satisfaction sous forme de regrets avait été rendue dans l'affaire *Kellett*. Il s'agissait d'un vice-consul des Etats-Unis molesté par des soldats siamois ; la Commission arbitrale décida que « Le Gouvernement de Sa Majesté siamoise [devait] exprimer officiellement ses regrets au Gouvernement des Etats-Unis [...] »²⁸⁹.

116. On trouve d'autres exemples de satisfaction pécuniaire dans l'affaire *Brower* et dans l'affaire de la *Concession des phares de l'Empire ottoman*. Dans l'affaire

*Brower*²⁹⁰, il s'agissait de six petites îles de l'archipel des Fidji qui avait été achetées par un ressortissant américain, *Brower*. Pour n'avoir pas reconnu les droits de *Brower* en acquérant la souveraineté sur les îles Fidji, le Royaume-Uni fut condamné à payer un shilling. Le Tribunal arbitral anglo-américain, se référant à un rapport du Ministre des colonies britannique, selon lequel :

Il s'agit de six petites îles du groupe Ringgold. Ce sont de simples îlots, plantés de quelques cocotiers et situés dans une partie éloignée de la colonie, à 180 miles environ de Suva. Si on les mettait aux enchères, je doute qu'un seul acquéreur se présente.

avait conclu en ces termes :

Dans ces circonstances, nous considérons que, nonobstant notre conclusion sur le principe de la responsabilité, les Etats-Unis doivent se contenter de dommages-intérêts symboliques.

En conséquence, le Tribunal décide que le Gouvernement britannique versera aux Etats-Unis la somme symbolique de un shilling²⁹¹.

Dans l'affaire de la *Concession des phares de l'Empire ottoman*²⁹², la Cour permanente d'arbitrage, statuant sur l'une des réclamations de la France à l'encontre de la Grèce, avait déclaré :

Le Tribunal considère la base de cette réclamation comme suffisamment prouvée, si bien qu'il s'agit seulement de fixer le montant du dommage subi de ce chef par la Société. Devant l'inconsistance de la réclamation française qui, après avoir fixé à 10 000 francs Poincaré le montant du préjudice, a ensuite déclaré ne plus pouvoir le chiffrer, le Tribunal, tout en reconnaissant en principe le bien-fondé de la demande, ne peut qu'accorder une indemnité symbolique de un franc²⁹³.

117. Comme on l'a indiqué (*supra* par. 107), une autre forme de satisfaction consiste en la reconnaissance solennelle de l'illicéité du comportement de l'Etat offensé. Les affaires du « *Carthage* » et du « *Manouba* » déjà citées en sont des exemples significatifs. Dans la sentence rendue dans l'affaire du « *Manouba* », le tribunal arbitral avait considéré que

[...] pour le cas où une Puissance aurait manqué à remplir ses obligations, soit générales, soit spéciales, vis-à-vis d'une autre Puissance, la constatation de ce fait, surtout dans une sentence arbitrale, constitue déjà une sanction sérieuse²⁹⁴.

On retrouve les mêmes termes dans la sentence rendue dans l'affaire du « *Carthage* ». Le mot « sanction » doit, de toute évidence, être compris comme équivalant à « satisfaction », en particulier dans ses aspects qui semblent avoir un caractère pénal. Plus significatif encore, dans le même sens, on peut citer l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire du *Détroit de Corfou* (fond). En réponse à la question

« Le Royaume-Uni a-t-il violé, selon le droit international, la souveraineté de la République populaire d'Albanie par les actions de la marine de guerre britannique dans les eaux albanaises le 22 octobre et le 13 novembre 1946, et y a-t-il lieu à donner satisfaction ? »²⁹⁵,

la Cour a déclaré :

[...] que, par les actions de sa marine de guerre dans les eaux albanaises au cours de l'opération des 12-13 novembre 1946, le Royaume-

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 1618.

²⁸⁷ Sentence du 16 août 1871 (Moore, vol. IV, p. 3411). La Commission avait déclaré :

« Les emprunts forcés sont illégaux ; l'emprisonnement n'a duré qu'un jour, sans qu'il en résulte de dommages pour le réclamant ou sa propriété ; mais nous voulons condamner la pratique des emprunts forcés levés par l'autorité militaire, et nous pensons qu'une indemnité de 500 dollars pour vingt-quatre heures d'emprisonnement sera suffisante [...] nous ne saurions condamner trop fortement cette manière arbitraire, illégale et injuste de pourvoir aux besoins de l'armée. Si des indemnités plus élevées étaient nécessaires dans de tels cas pour justifier le droit des individus d'être protégés contre de tels abus, nous nous sentirions sans aucun doute obligés de les accorder. [...] » (*Ibid.*)

²⁸⁸ Nations Unies, *Recueil*, vol. X, p. 729 et 730. Le surarbitre F. Plumley avait notamment déclaré :

« [...] Les préjudices résultant de la détention du navire sont nécessairement minimes mais, de l'avis du surarbitre, le gouvernement défendeur est disposé à reconnaître sa responsabilité pour l'acte regrettable commis par ses fonctionnaires et à exprimer à l'Etat souverain et frère auquel il est uni par des liens d'amitié et de commerce ses regrets à l'égard de cet acte de la seule manière possible en l'espèce, à savoir que la Commission décide d'allouer au demandeur une indemnité suffisante pour réparer intégralement cette détention illégale.

« De l'avis du surarbitre, le montant de cette indemnité peut être fixé à 100 dollars en pièces d'or des Etats-Unis d'Amérique, ou l'équivalent en argent, au taux de change en vigueur au moment du paiement ; il peut être jugé en conséquence. » (*Ibid.*, p. 730.)

²⁸⁹ Sentence du 20 septembre 1897 (Etats-Unis d'Amérique c. Siam) [Moore, vol. II, p. 1862 et suiv. ; *cit.* p. 1864].

²⁹⁰ Sentence du 14 novembre 1923 (Nations Unies, *Recueil*, vol. VI, p. 190 et suiv.).

²⁹¹ *Ibid.*, p. 112.

²⁹² Voir *supra* note 156.

²⁹³ Nations Unies, *Recueil*, vol. XII, p. 216.

²⁹⁴ Voir *supra* note 280.

²⁹⁵ *C.I.J. Recueil 1949*, p. 12.

Uni a violé la souveraineté de la République populaire d'Albanie, cette constatation par la Cour constituant en elle-même une satisfaction appropriée²⁹⁶.

118. En conclusion, il y a, semble-t-il, deux sortes de décisions qui peuvent être prises en considération quand on étudie l'admissibilité de la satisfaction sous une ou plusieurs formes :

a) Les décisions par lesquelles les tribunaux arbitraux refusent la satisfaction essentiellement, sinon exclusivement, pour incompetence (v. *supra* par. 113 et 114) ;

b) Les décisions par lesquelles la satisfaction est accordée sous une ou plusieurs formes (*supra* par. 115 à 117).

C. — La satisfaction dans la pratique diplomatique

119. Comparée à la jurisprudence, la pratique diplomatique offre des matériaux plus abondants sur le chapitre de la satisfaction. Il serait utile, pour les besoins de l'analyse, d'en diviser l'étude en deux périodes, l'une allant de 1850 environ à la seconde guerre mondiale, l'autre, de 1945 jusqu'à l'époque actuelle.

1. LA PRATIQUE DIPLOMATIQUE ANTÉRIEURE À LA SECONDE GUERRE MONDIALE

120. Durant la période qui a précédé la seconde guerre mondiale, les demandes de satisfaction n'avaient pas toujours pour seul objet la réparation d'un préjudice moral. Comme le révèle un certain nombre d'affaires, elles permettaient aussi à un Etat puissant d'exercer une pression politique sur un Etat plus faible et, éventuellement, de lui extorquer des avantages. Depuis la seconde guerre mondiale, il semble au contraire que les demandes ne présentent pas d'aspects « iniques » de ce genre et, bien souvent, comme dans les affaires soumises à arbitrage dont il a été question à la section précédente, elles visent à obtenir satisfaction sous plusieurs formes et finalement aboutissent à ce résultat.

121. Dans la pratique diplomatique antérieure à la seconde guerre mondiale, on relève en premier lieu des cas d'outrages contre des emblèmes de l'Etat tels que le drapeau ou le pavillon national²⁹⁷. L'une des formes de satisfaction caractéristiques consiste alors en une cérémonie au cours de laquelle l'Etat offenseur salue le drapeau de l'Etat offensé. On en trouve des exemples dans

l'affaire *Magee*²⁹⁸, l'affaire du « *Petit Vaisseau* »²⁹⁹ et celle de l'outrage au drapeau français, à Berlin en 1920³⁰⁰.

122. Les insultes, mauvais traitements ou agressions dirigés contre un chef d'Etat ou de gouvernement ou contre des représentants diplomatiques ou consulaires à l'étranger donnaient souvent lieu à l'époque à des demandes de satisfaction de la part de l'Etat offensé. Après que le consul d'Italie à Casablanca eut été insulté par un fonctionnaire marocain en juin 1865, le consul général à Tanger informa le Ministre italien des affaires étrangères qu'il avait demandé au Gouvernement marocain une *luminosa soddisfazione*, qu'apparemment il obtint³⁰¹. L'Italie présenta aussi une demande de satisfaction lorsque son chargé d'affaires à Caracas fut brutalisé par un officier. Celui-ci fut aussitôt arrêté, condamné à trois ans de prison et dégradé. Des regrets furent exprimés par le Président de la République du Venezuela et le Ministre des affaires étrangères, et une cérémonie organisée en l'honneur de la légation ita-

²⁹⁸ « Quand, le 24 avril 1874, John Magee, vice-consul britannique à San José (Guatemala), fut arrêté et fouetté sur ordre du commandant du port de San José et n'eut la vie sauve qu'en s'engageant à verser une somme d'argent, le Gouvernement guatémaltèque, dès qu'il fut informé de l'affaire, agit avec promptitude pour faire arrêter et punir les agresseurs. Il envoya un détachement à San José pour procéder à l'arrestation des personnes impliquées, et des précautions furent prises pour les empêcher de s'échapper.

« Cet outrage donna lieu à une abondante correspondance entre le chargé d'affaires britannique et le Gouvernement guatémaltèque, et, le 1^{er} mai 1874, le Ministre guatémaltèque des relations extérieures et le chargé d'affaires britannique signèrent un protocole de conférence contenant 1) le renouvellement des promesses d'engager des poursuites contre les coupables, comme l'ordre en avait déjà été donné, et le chargé d'affaires britannique « se déclara satisfait de cette mesure de la part du Gouvernement » ; 2) l'accord du Gouvernement guatémaltèque pour saluer le drapeau britannique par une salve de vingt et un coups de canon « en témoignage de la douleur profonde que lui a inspirée cet outrage » ; et 3) une demande « d'indemnité pour l'outrage infligé au vice-consul Magee par le commandant Gonzales ». (Whiteman, *Damages*, vol. 1, p. 64.)

²⁹⁹ En 1863, des agents de la douane de Rio de Janeiro avaient, de leur propre initiative, amené le pavillon d'un navire italien le *Petit Vaisseau*, qui était sous séquestre. A titre de réparation, le capitaine de port rendit publiquement honneur au pavillon italien et dénonça les agissements des responsables, qui furent sévèrement admonestés (*Prassi italiana*, 1^{re} série, vol. II, n° 1010). Un incident survenu en 1888 avait été provoqué par la réponse pour le moins discourtoise du sultan de Zanzibar à la lettre de félicitations que lui avait adressée le roi d'Italie à l'occasion de son accession au trône. Après de longues tractations, le sultan présenta des excuses écrites et fit saluer le drapeau italien (*ibid.*, 2^e série, vol. III, n° 2564).

³⁰⁰ « Le 14 juillet 1920, le drapeau français, arboré sur l'ambassade de France à Berlin, fut arraché par la foule. A titre de réparation, l'Allemagne fit annoncer une forte récompense à quiconque permettrait d'appréhender le coupable, et infligea à celui-ci la peine prévue par la loi. En outre, des excuses furent présentées officiellement à l'ambassade ; les fonctionnaires de police responsables furent destitués, et le drapeau fut à nouveau hissé avec les honneurs militaires par un détachement de 150 hommes. Les Français furent mécontents parce que les soldats n'étaient pas en grande tenue et parce qu'ils avaient chanté *Deutschland über alles* en se retirant ; les Allemands firent alors amende honorable, en expliquant qu'ils n'avaient pas les moyens de s'offrir la tenue de parade. » (Eagleton, *op. cit.*, p. 186 et 187.)

Voir aussi « Chronique », RGDIP, t. 27, 1920, p. 358 et suiv.

³⁰¹ La satisfaction réclamée par l'Etat offensé et promise par l'offenseur comportait non seulement l'arrestation du fonctionnaire marocain, mais encore des excuses publiques de sa part devant tous les témoins de l'épisode (*Prassi italiana*, 1^{re} série, vol. II, n° 1014).

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 36. La Cour, par 14 voix contre 2, a jugé en revanche que les actions menées par la marine de guerre du Royaume-Uni le 22 octobre 1946 ne violaient pas la souveraineté de l'Albanie.

²⁹⁷ Dans certains cas, on a considéré qu'il y avait eu insulte au pavillon national, alors même que celui-ci n'avait effectivement subi aucun dommage matériel. P. ex. en 1864, un marin italien avait été poursuivi à bord de son navire, mouillé dans un port tunisien, et arrêté, après avoir été maltraité par un fonctionnaire local. A la suite de l'incident, le consul général d'Italie à Tunis demanda satisfaction pour l'insulte au pavillon italien (*Prassi italiana*, 1^{re} série, vol. II, n° 1012). On trouve un exemple analogue dans l'incident survenu en 1865 à Alexandrie entre des marins italiens en uniforme et la police égyptienne (*ibid.*, n° 1013).

lienne³⁰². Il en fut à peu près de même en 1896, lorsque le consul général d'Italie à Sofia fut emmené de force au poste par deux agents de police³⁰³. En 1887, l'agent consulaire italien à Hodeida (Turquie) ayant été maltraité par le Directeur adjoint du service des douanes de cette ville, le Gouvernement italien avait d'abord brandi la menace d'un bombardement naval, mais il accepta ensuite que le gouverneur d'Hodeida se rendit officiellement au consulat italien de la ville pour présenter des excuses³⁰⁴. En 1893, après avoir été agressé par des soldats brésiliens, à son retour d'une visite à un navire de guerre italien, le vice-consul d'Italie à Rio avait demandé et obtenu satisfaction sous la forme d'une déclaration déplorant les événements, de la punition des responsables et d'une indemnité pour le décès lors de l'agression, d'un marin italien³⁰⁵. A la suite de l'assassinat en 1919 du sergent Mannheim alors qu'il était de garde à l'ambassade de France à Berlin, la France obtint de l'Allemagne une somme d'un million de francs à titre de satisfaction et 100 000 francs pour la famille de la victime³⁰⁶. En 1924, le vice-consul des Etats-Unis à Téhéran, R. W. Imbrie, fut tué par la foule pour avoir essayé de prendre des photographies d'une cérémonie religieuse. Le Gouvernement persan présenta ses excuses aux Etats-Unis et versa une somme de 170 000 dollars à titre d'indemnisation. Si les policiers qui n'avaient pas défendu la victime ne furent pas punis, ce fut, semble-t-il, parce qu'ils ne furent pas identifiés³⁰⁷.

123. De même que les offenses envers des représentants d'Etats étrangers, la violation des locaux d'ambassades ou de consulats (ainsi que du domicile de membres des missions diplomatiques étrangères) donna lieu à des demandes de satisfaction. Par exemple, quand en 1851, le consulat d'Espagne à la Nouvelle-Orléans fut attaqué par des manifestants, le Secrétaire d'Etat des Etats-Unis Webster reconnut que l'Espagne avait droit au paiement d'une indemnité spéciale³⁰⁸. Deux fonctionnaires turcs ayant violé la résidence du

consul d'Italie à Tripoli en 1883, l'Empire ottoman accéda à la demande de l'Italie, qui réclamait des excuses et la punition des coupables³⁰⁹. En 1888, à la suite d'une tentative manquée de violation du consulat d'Italie à Alexandrie par deux policiers égyptiens, l'Italie demanda et obtint aussi le châtement des coupables ainsi que des excuses publiques solennelles de la part du Gouverneur d'Alexandrie³¹⁰. Un incident analogue se produisit en 1892 entre l'Italie et l'Empire ottoman³¹¹.

124. Parmi les affaires antérieures à la seconde guerre mondiale, deux sont particulièrement significatives. L'une était liée à la révolte des Boxers en Chine, en 1900. Cette insurrection fut à l'origine, notamment, de la mort de l'ambassadeur d'Allemagne en Chine, de la mise à sac de plusieurs légations étrangères, du meurtre du chancelier de la légation japonaise et d'autres étrangers, sans compter ceux qui furent blessés, et de la profanation des cimetières étrangers. Dans la note collective qu'ils adressèrent au Gouvernement chinois, les Etats intéressés présentèrent des demandes extrêmement vexatoires telles que la négociation de nouveaux accords commerciaux plus favorables³¹². La seconde

³⁰⁹ *Prassi italiana*, 1^{re} série, vol. II, n° 1018.

³¹⁰ *Ibid.*, 2^e série, vol. III, n° 2558.

³¹¹ *Ibid.*, n° 2561.

³¹² La note collective remise au Gouvernement chinois le 22 décembre 1900 stipulait notamment :

« La Chine ayant reconnu sa responsabilité, témoigné ses regrets et manifesté le désir de voir cesser la situation créée par les désordres dont il s'agit, les Puissances ont résolument accédé à sa demande, aux conditions irrévocables qu'elles jugent indispensables pour réparer les crimes commis et en prévenir le renouvellement :

« I

« a) Envoi à Berlin d'une mission extraordinaire, ayant à sa tête un Prince impérial, pour exprimer les regrets de Sa Majesté l'Empereur de Chine et du Gouvernement chinois pour le meurtre de feu S. E. le baron von Ketteler, ministre d'Allemagne ;

« b) Erection, sur le lieu de l'assassinat, d'un monument commémoratif digne du rang du défunt, portant une inscription en langues latine, allemande et chinoise, qui exprimera les regrets de l'Empereur de Chine pour le meurtre commis.

« II

a) La peine la plus sévère, conforme à leurs crimes, pour les personnes désignées dans le décret impérial du 25 septembre 1900 et pour celles que les représentants des Puissances indiqueront ultérieurement ;

b) Suspension de tous les examens officiels pendant cinq ans dans toutes les villes où des étrangers ont été massacrés ou ont subi des traitements cruels.

« III

« Le Gouvernement chinois accordera au Gouvernement japonais une réparation honorable pour l'assassinat de M. Sugiyama, chancelier de la légation du Japon.

« IV

« Un monument expiatoire sera érigé par le Gouvernement impérial chinois dans chacun des cimetières étrangers ou internationaux qui ont été profanés et dont les tombes ont été détruites.

« V

« Maintien, dans des conditions à régler entre les Puissances, de l'interdiction d'importation des armes ainsi que du matériel servant exclusivement à la fabrication des armes et des munitions.

« VI

« a) Indemnités équitables pour les Etats, les sociétés, les particuliers, ainsi que pour les Chinois qui ont souffert au cours des événements récents, dans leur personne ou dans leurs biens, par le fait qu'ils étaient au service d'étrangers.

« b) La Chine prendra des mesures financières acceptables pour

³⁰² Le chargé d'affaires italien ne fut pas pour autant satisfait. Il demanda d'autres formes de satisfaction, et notamment que le responsable fût dégradé publiquement. Ne l'ayant pas obtenu, il suspendit toutes relations officielles avec le gouvernement du pays hôte. Vu la gravité de la situation, on sollicita l'avis du jurisculte du ministère italien des affaires étrangères, qui fut le suivant : « Tant en vertu des principes du droit international qu'en vertu des précédents diplomatiques, la réparation à donner dans des cas tels que le cas présent consiste en la punition du coupable, en excuses présentées par le gouvernement auprès duquel l'agent diplomatique est accrédité et en garanties pour l'avenir. » Le responsable ayant été ultérieurement puni et le Gouvernement vénézuélien ayant fait des excuses publiques, les relations diplomatiques furent rétablies (*Prassi italiana*, 1^{re} série, vol. II, n° 1017).

³⁰³ Sitôt libéré, le consul exigea des excuses et la punition des policiers. A la suite d'une note du Ministre bulgare des affaires étrangères exprimant des regrets et donnant l'assurance que les agents responsables seraient punis, ce que le consul jugea insuffisant, le Premier Ministre bulgare présenta des excuses officielles et prit des dispositions pour faire punir immédiatement les policiers (*Prassi italiana*, 2^e série, vol. III, n° 2563).

³⁰⁴ *Prassi italiana*, 2^e série, vol. III, n° 2559.

³⁰⁵ *Ibid.*, n° 2576.

³⁰⁶ P. Fauchille, *Traité de droit international public*, Paris, 1922, t. I, 1^{re} partie, p. 528.

³⁰⁷ Whiteman, *Damages*, vol. I, p. 732 et 733.

³⁰⁸ Moore, *Digest*, vol. VI, p. 811 et suiv., notamment p. 812.

affaire concernait le meurtre, en 1923, près de Janina, du général Tellini représentant italien auprès de la Commission internationale chargée par la Conférence des ambassadeurs de délimiter la frontière gréco-albanaise. La Grèce, tenue pour responsable du meurtre, se vit demander des réparations particulièrement lourdes par la Conférence des ambassadeurs, et notamment le paiement de 50 millions de lires au Gouvernement italien³¹³. Dans ces deux affaires, il apparaît, d'après leur

les Puissances, afin de garantir le paiement des dites indemnités et le service des emprunts.

« VII

« Droit de chaque Puissance d'entretenir une garde permanente pour sa légation et de mettre celle-ci en état de se défendre. Les Chinois n'auront pas le droit de résider dans ce secteur.

« VIII

« Les forts de Ta-kou et ceux qui pourraient empêcher les libres communications entre Pékin et la mer seront rasés.

« IX

« Droit d'occuper militairement certains points à déterminer par un accord entre les Puissances, pour maintenir les communications libres entre la capitale et la mer.

« X

« a) Le Gouvernement chinois fera afficher pendant deux ans dans toutes les sous-préfectures un décret impérial portant défense perpétuelle, sous peine de mort, de faire partie d'une société anti-étrangère ; énumération des peines qui auront été infligées aux coupables, y compris la suspension de tous les examens officiels dans les villes où des étrangers ont été assassinés ou ont subi des traitements cruels ;

« b) Un édit impérial sera rendu et publié dans tout l'Empire, déclarant que tous les gouvernements généraux, gouverneurs et fonctionnaires provinciaux ou locaux seront responsables de l'ordre dans leurs circonscriptions et qu'en cas de nouveaux troubles anti-étrangers ou encore d'autres infractions aux traités qui n'auraient pas été immédiatement réprimés et dont les coupables n'auraient pas été punis, ces fonctionnaires seront immédiatement révoqués, sans pouvoir être appelés à exercer de nouvelles fonctions, ni recevoir de nouveaux honneurs.

« XI

« Le Gouvernement chinois s'engagera à négocier les modifications des traités de commerce et de navigation jugées utiles par les Puissances et d'autres questions liées aux relations commerciales, en vue de faciliter lesdites relations.

« XII

« Le Gouvernement chinois s'engagera à réformer le service des affaires étrangères et à modifier le cérémonial de cour relatif à la réception des représentants étrangers de la manière que les Puissances indiqueront. » (Moore, *Digest*, vol. V, p. 515 et 516 ; reproduit dans Eagleton, *op. cit.*, p. 185 et 186 ; texte partiel en français dans Kiss, *Répertoire*, t. III, n° 922.)

³¹³ Les mesures de réparation demandées à la Grèce par la Conférence des Ambassadeurs étaient les suivantes :

« 1) Des excuses seront présentées par la plus haute autorité militaire grecque aux représentants diplomatiques à Athènes des trois Puissances alliées, dont les délégués sont membres de la Commission de délimitation ;

« 2) Un service funèbre en l'honneur des victimes sera célébré en la cathédrale catholique d'Athènes, en présence de tous les membres du Gouvernement grec ;

« 3) Des unités des flottes des trois Puissances alliées, la division italienne en tête, feront leur entrée dans la rade de Phalère après huit heures du matin le jour du service funèbre ;

« Après que les navires des trois Puissances auront jeté l'ancre dans la rade de Phalère, la flotte grecque saluera les pavillons italien, britannique et français d'une salve de 21 coups de canon chacun ;

« Le Salut sera rendu coup pour coup par les navires alliés immédiatement après le service funèbre, les pavillons de la flotte

manière d'en traiter et d'après les mesures sévères de satisfaction qu'ils ont réclamées, que les Etats lésés ne se sont pas privés de tirer avantage de leur supériorité militaire, politique et/ou économique³¹⁴.

125. Des demandes de satisfaction avaient été aussi présentées dans des cas où les victimes d'un fait internationalement illicite étaient des particuliers, ressortissants d'un Etat étranger. En 1883, à la suite des mauvais traitements infligés à un ouvrier italien par un commissaire de police serbe et des protestations ultérieures de l'Italie, le Ministre serbe des affaires étrangères exprima des regrets et donna à l'Etat lésé l'assurance que le fonctionnaire responsable avait été révoqué³¹⁵. Dans l'affaire bien connue du lynchage en 1891 de onze Italiens emprisonnés à la suite du meurtre du chef de la police de la Nouvelle-Orléans, et dont trois avaient été acquittés, les Etats-Unis avaient déploré l'incident et avaient accordé à l'Italie une somme de 125 000 lires, à charge pour le Gouvernement italien de la distribuer aux familles des victimes³¹⁶. Dans l'affaire

grecque et de celles des trois Puissances alliées étant hissés à mi-mât ;

« 4) Les honneurs militaires seront rendus par une unité grecque portant ses couleurs lorsque les corps des victimes seront embarqués à Prevesa ;

« 5) Le Gouvernement grec prendra l'engagement de veiller à ce que les coupables soient découverts et frappés d'un châtiment exemplaire le plus tôt possible ;

« 6) Une commission spéciale, composée de délégués de la France, de la Grande-Bretagne, de l'Italie et du Japon et présidée par le délégué du Japon, supervisera l'information et l'enquête menées par le Gouvernement grec ; elle devra impérativement avoir terminé ses travaux le 27 septembre 1923 au plus tard ;

« La commission nommée par la Conférence des ambassadeurs aura plein pouvoir de prendre part à l'exécution de ces mesures et d'exiger des autorités grecques qu'elles prennent toutes les dispositions requises pour l'information, l'interrogatoire des accusés et l'enquête.

« Le Gouvernement grec garantira la sécurité des membres de la Commission sur le territoire grec. Il mettra à leur disposition tous les moyens nécessaires pour accomplir leur mission et les défraiera des dépenses encourues à ce titre.

« La Conférence des ambassadeurs invite par les présentes le Gouvernement albanais à prendre toutes les mesures nécessaires [...].

« 7) Le Gouvernement grec s'engagera à verser au Gouvernement italien, pour le meurtre de son délégué, une indemnité dont le montant total sera fixé par la Cour permanente de Justice internationale de La Haye, statuant en procédure sommaire [...]. » (Eagleton, *op. cit.*, p. 187 et 188.)

Eagleton ajoute :

« Pour le paiement de cette indemnité, il a été requis du Gouvernement grec le dépôt de 50 millions de lires italiennes à titre de caution. Sur la base d'un rapport préliminaire, qui n'a pas de caractère décisif, et sans attendre un rapport final, la Conférence des ambassadeurs « décide qu'à titre de sanction de ce chef (négligence dans la poursuite des criminels), le Gouvernement grec paiera au Gouvernement italien une somme de 50 millions de lires italiennes ». (*Ibid.*, p. 188.)

³¹⁴ Selon Graefrath :

« L'exemple classique de la manière dont, sous le masque de la satisfaction, les puissances coloniales pratiquaient la répression et l'humiliation, est le mode de satisfaction qui avait été imposé à la Chine après la révolte des Boxers. Un autre exemple de demande de satisfaction excessive, dont l'exécution fut imposée par la force, est celui des exigences italiennes envers la Grèce à l'occasion de l'assassinat du général Tellini en 1923. » (*Loc. cit.*, p. 85.)

³¹⁵ *Prassi italiana*, 1^{re} série, vol. II, n° 1020.

³¹⁶ *Ibid.*, 2^e série, vol. III, n° 2571.

du meurtre, en 1904, d'un missionnaire américain, le révérend Labaree, le Gouvernement persan paya une somme de 30 000 dollars et punit les Kurdes coupables de cet assassinat³¹⁷. Dans celle du meurtre d'un Français près de Tanger en 1906, le Gouvernement français en avait rendu les autorités locales responsables au premier chef (et, au second chef, le Gouvernement marocain) pour avoir laissé tomber la région de Tanger dans l'anarchie complète. Après avoir examiné les circonstances du meurtre, il avait formulé une longue liste de réclamations visant à obtenir satisfaction³¹⁸. En 1912, trois enseignants américains en Chine furent attaqués par un groupe de Chinois ; l'un, B. R. Hicks, fut tué, et les deux autres A. N. Sheldon et P. Hofmann, sérieusement blessés. L'ambassadeur des Etats-Unis à Pékin exigea et obtint du Gouvernement chinois 50 000 dollars de dommages-intérêts punitifs³¹⁹. En 1922, les Etats-Unis obtinrent du Gouvernement chinois des mesures sévères à la suite du meurtre d'un négociant américain, C. Coltman, par des soldats chinois³²⁰.

126. Il convient de signaler deux autres affaires importantes survenues durant la période antérieure à la seconde guerre mondiale. La première concernait une opération militaire menée en territoire bulgare en 1925. Le Conseil de la SDN, après avoir établi la responsabilité de la Grèce, décida que ce pays devrait payer une indemnité supérieure à la valeur du dommage matériel subi par la Bulgarie afin de réparer aussi le préjudice moral qui lui avait été causé³²¹. La seconde — l'incident de la canonnière *Panay* entre le Japon et les Etats-Unis — est un exemple de recours à toutes les formes de satisfaction cumulées et combinées avec une réparation par équivalent. Dans une note du 14 décembre 1937, relative à cette canonnière et aux trois autres unités de la marine américaine coulées par son aviation

en Chine durant la guerre sino-japonaise, le Japon avait exprimé son profond regret pour l'incident, présentait ses excuses sincères, promettait l'indemnisation de tous les préjudices et s'engageait « à traiter comme il convenait » les responsables de l'incident ainsi qu'à donner des instructions pour prévenir le renouvellement d'incidents analogues dans l'avenir³²².

2. LA PRATIQUE DIPLOMATIQUE À PARTIR DE 1945

127. La pratique diplomatique moderne comprend, en premier lieu, un certain nombre d'affaires à propos desquelles des excuses ont été faites ou des regrets exprimés³²³. En mars 1949, un marin américain en permission à La Havane avait, avec les encouragements de ses camarades, escaladé la statue de José Martí, héros de la guerre de l'indépendance cubaine. A la suite de la protestation du Gouvernement cubain, l'ambassadeur des Etats-Unis déposa une gerbe de fleurs au pied de la statue et présenta des excuses publiques³²⁴. La France dut aussi présenter des excuses à l'Union soviétique en 1961, à la suite de la protestation de ce pays contre l'attaque d'un appareil soviétique, ayant à son bord le président Brejnev, par des avions de chasse français au-dessus des eaux internationales de la Méditerranée³²⁵. Des excuses et des regrets furent aussi formulés à la suite de manifestations devant l'ambassade de France à Belgrade en 1961³²⁶ ; il en fut de même à la suite de l'incendie en 1964, de la bibliothèque du Service d'information américain du Caire³²⁷ et, en 1965, de celle de Karachi³²⁸, des incidents au cours du voyage du Président de la République française, Georges Pompidou, aux Etats-Unis, en 1970³²⁹, la fouille des bagages du Président de la République libanaise, Soléïman Frangié, à l'aéroport de New York en 1974³³⁰ et d'un grand nombre d'épisodes analogues³³¹. Enfin, le Gouvernement cubain présenta des excuses, accompagnées d'une promesse d'indemnisation, à la suite du torpillage en 1980 d'un navire des Bahamas par un avion cubain³³².

128. Des formes de satisfaction telles que le salut au drapeau ou les missions expiatoires paraissent avoir disparu, depuis l'après-guerre, de la pratique diplomatique. A l'inverse, la publicité — et en particulier la

³¹⁷ Whiteman, *Damages*, vol. I, p. 725 et suiv.

³¹⁸ Kiss, *Répertoire* t. III, n° 982.

³¹⁹ G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, Washington (D. C.), 1943, vol. V, p. 725.

³²⁰ « Le 2 janvier 1923, d'énergiques représentations furent faites au Gouvernement chinois par les agents diplomatiques américains, qui exigèrent : 1) des excuses pour l'affront fait au Gouvernement américain et l'absence totale de considération pour les droits et la personne des ressortissants américains en Chine ; 2) des excuses du Gouverneur militaire au consul des Etats-Unis ; 3) l'expulsion sommaire de l'armée chinoise de certains officiers, notamment du troisième officier présent au poste de garde, et le juste châtiement de ceux qui s'étaient rendus coupables du meurtre injustifiable de Coltman ; 4) des dommages-intérêts pour la famille de Coltman ; 5) la levée de l'interdiction faite aux navires marchands américains de transporter des espèces, comme ils y étaient autorisés par traité, et 6) la reconnaissance du droit de présenter des dommages-intérêts au titre de cette interdiction.

« Le 11 février 1923, le Ministre chinois des affaires étrangères répondit : 1) que le gouverneur militaire de Chahar ferait des excuses à l'ambassadeur des Etats-Unis ; 2) que le Gouvernement chinois examinerait l'affaire à fond et punirait les officiers impliqués conformément à la loi à titre d'avertissement pour l'avenir ; 3) que le gouvernement paierait une indemnité à la famille Coltman, en témoignage de sa compassion et de sa considération ; 4) qu'il donnerait aux marchands américains l'autorisation de transporter des espèces hors du district pour leur propre usage ; 5) que le Gouvernement chinois n'était pas responsable des préjudices subis par les marchands américains du fait de l'interdiction. » (Whiteman, *Damages*, vol. I, p. 702 et 703.)

³²¹ SDN, *Journal officiel*, 7^e année, n° 2, février 1926, p. 172 et suiv.

³²² L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 8^e éd. rev. par H. Lauterpacht, Londres, Longmans, Green, 1955, vol. I : *Peace*, p. 354, note 2.

³²³ Des excuses ou des regrets ont été aussi formulés dans des affaires où l'Etat incriminé n'a pas reconnu sa responsabilité. P. ex. à la suite de l'accident aérien du 27 juillet 1955, où un appareil de ligne israélien fut abattu par un appareil militaire bulgare, la Bulgarie exprima ses regrets pour ce qui était arrivé, mais se défendit d'avoir violé le droit à la liberté de navigation aérienne (Whiteman, *Digest*, vol. 8, p. 781 et suiv.).

³²⁴ Bissonnette, *op. cit.*, p. 67 et 88.

³²⁵ « Chronique », RGDIP, t. 65, 1961, p. 603 et suiv.

³²⁶ *Ibid.*, p. 610.

³²⁷ *Ibid.*, t. 69, 1965, p. 130 et 131.

³²⁸ *Ibid.*, t. 70, 1966, p. 165 et 166.

³²⁹ *Ibid.*, t. 75, 1971, p. 177 et suiv., notamment p. 181.

³³⁰ *Ibid.*, t. 79, 1975, p. 810 et 811. Les bagages avaient été présentés à des chiens policiers dressés pour le dépistage de stupéfiants.

³³¹ Voir Przetacznik, *loc. cit.*, p. 951 et suiv.

³³² « Chronique », RGDIP, t. 84, 1980, p. 1078 et 1079.

demande ou l'offre d'excuses — est, semble-t-il, devenue plus importante et plus fréquente. A la suite de la mise en sac de l'ambassade de France à Saïgon par des étudiants vietnamiens en 1964, le Gouvernement vietnamien a publié un communiqué dans lequel il présentait ses excuses et proposait que les dommages causés aux personnes et aux biens fussent évalués pour permettre le paiement d'une indemnité³³³. A la suite des attentats à l'explosif, en 1967, contre l'ambassade de Yougoslavie à Washington et contre les consulats yougoslaves à New York, Chicago et San Francisco, le Secrétaire d'Etat américain a présenté les excuses de son pays à l'ambassadeur de Yougoslavie sous la forme d'une déclaration officielle à la presse³³⁴. Le Gouvernement chinois a exigé du Gouvernement indonésien des excuses publiques pour le saccage en 1966 des consulats chinois à Djakarta, Macassar et Medan, au cours d'émeutes anticomunistes³³⁵. Le même gouvernement a demandé et obtenu des excuses publiques à la suite des incidents survenus à la gare d'Oulan Bator, où des diplomates et des ressortissants chinois avaient été maltraités par la police mongole³³⁶.

129. Il convient de souligner qu'il y a d'autres moyens que le recours à la presse ou à d'autres médias d'obtenir l'effet de résonance des excuses publiques dans des cas du genre de ceux envisagés ci-dessus. On l'assure encore mieux par le choix du niveau hiérarchique de l'organisation de l'Etat offenseur d'où émanent les excuses. A la suite de la tentative d'assassinat commise en 1964 contre l'ambassadeur des Etats-Unis à Tokyo, qui avait été blessé, le Premier Ministre et le Ministre des affaires étrangères japonais lui avaient présenté des excuses, et le Ministre de l'intérieur avait démissionné. En outre, l'empereur Hirohito lui-même avait envoyé un représentant personnel pour s'associer à la démarche des membres du gouvernement³³⁷.

130. Le désaveu par l'Etat offenseur de l'acte de son agent, la constitution d'une commission d'enquête et le châtement des personnes responsables sont fréquemment demandés et obtenus dans la pratique diplomatique depuis la fin de la guerre.

131. En ce qui concerne le désaveu³³⁸, on peut citer le cas où, à la suite de la publication en mars 1959 dans l'hebdomadaire américain *Time* d'un article rapportant les propos du porte-parole de l'ambassade des Etats-Unis à La Paz jugés offensants à l'égard de la Bolivie, le Département d'Etat avait immédiatement rectifié la teneur de ces propos³³⁹.

132. S'agissant du châtement des responsables, il y a deux affaires bien connues. La première est celle de l'assassinat, en 1948, en Palestine, du comte Bernadotte dans l'exercice de ses fonctions au service des Nations Unies. L'ONU demanda à Israël la punition des personnes responsables, la présentation d'excuses et le

paiement d'une indemnité³⁴⁰. La seconde, en 1960, concerne l'enlèvement en Argentine et le transfert en Israël d'Adolf Eichmann, accusé de crimes contre l'humanité. Bien qu'Israël n'ait pas accordé au Gouvernement argentin ce que celui-ci réclamait, la nature de cette demande n'était pas indifférente du point de vue de la pratique de la satisfaction dans les relations internationales³⁴¹. Le Gouvernement des Etats-Unis a exigé la punition des coupables après l'attentat à la bombe, en 1957, contre la bibliothèque du Service d'information américain à Athènes³⁴². Dans celle du meurtre, en 1975, de deux officiers américains à Téhéran, les responsables furent exécutés³⁴³.

133. Dans la pratique diplomatique de ces dernières années, on relève au moins deux affaires qui méritent d'être mentionnées, celles du « *Rainbow Warrior* » et du « *Stark* ».

134. Pour la première, les faits sont bien connus : le *Rainbow Warrior* avait été coulé en 1985 dans le port d'Auckland par deux agents des services français de sécurité, qui avaient utilisé de faux passeports suisses pour entrer en Nouvelle-Zélande ; un Néerlandais qui se trouvait à bord fut tué. La Nouvelle-Zélande réclama à la France des excuses formelles et le paiement de 10 millions de dollars des Etats-Unis, somme qui dépassait de loin la valeur du dommage matériel subi. La France reconnut sa responsabilité, mais refusa de payer la somme considérable réclamée par la Nouvelle-Zélande à titre d'indemnisation. L'affaire fut finalement soumise au Secrétaire général de l'ONU, qui décida que la France présenterait des excuses formelles et paierait à la Nouvelle-Zélande une somme de 7 millions de dollars et qu'en outre les deux agents français seraient remis à la France, puis assignés à résidence sur l'île de Hao pendant trois ans au moins³⁴⁴.

135. Dans l'affaire du « *Stark* », navire qui avait été endommagé en 1987 par un missile iraquien, le Président de la République iraquienne, aussitôt après l'attaque, adressa au Président des Etats-Unis une lettre où il expliquait qu'il s'agissait d'un accident et lui exprimait ses « sincères condoléances » pour la mort des matelots américains, en ajoutant que « la compassion et les regrets [n'étaient] pas suffisants »³⁴⁵.

³⁴⁰ *Ibid.*, vol. 8, p. 742 et 743. L'ONU réclama aussi une indemnité pour le meurtre du colonel Sérot (*ibid.*, p. 744).

³⁴¹ « [...] Le Gouvernement argentin, en présentant à Israël ses protestations les plus expresses contre un acte illicite commis en violation d'un des droits fondamentaux de l'Etat argentin, espère qu'Israël le réparera de la seule façon qui convienne, c'est-à-dire en rendant Eichmann avant la fin de la semaine et en punissant ceux qui se sont rendus coupables de la violation du territoire national [...] » (Whiteman, *Digest*, vol. 5, p. 210.) Voir « Chronique », RGDIP, t. 64, 1960, p. 774.

³⁴² Whiteman, *Digest*, vol. 8, p. 816.

³⁴³ « Chronique », RGDIP, t. 80, 1976, p. 257.

³⁴⁴ Règlement du 6 juillet 1986 opéré par le Secrétaire général (Nations Unies, *Recueil*, vol. XIX, p. 197 et suiv.). Voir aussi G. Apollis, « Le règlement de l'affaire du « *Rainbow Warrior* », RGDIP, t. 91, 1987, p. 9 et suiv.

³⁴⁵ En 1989, l'Iraq a accepté de verser aux Etats-Unis un montant de 27,3 millions de dollars pour indemniser les familles des 37 matelots tués à bord du *Stark*. Quant à l'indemnité pour les dommages causés au navire et à l'équipage, les négociations étaient en cours à cette date. (*The New York Times*, 28 mars 1989, p. A5.)

³³³ *Ibid.*, t. 68, 1964, p. 944.

³³⁴ *Ibid.*, t. 71, 1967, p. 775.

³³⁵ *Ibid.*, t. 70, 1966, p. 1013 et suiv.

³³⁶ *Ibid.*, t. 71, 1967, p. 1067 et 1068.

³³⁷ *Ibid.*, t. 68, 1964, p. 736.

³³⁸ Pour la période 1850-1939, voir les cas de désaveu cités dans Bissonnette, *op. cit.*, p. 104 et suiv.

³³⁹ Whiteman, *Digest*, vol. 5, p. 169 et 170.

D. — La satisfaction (et les dommages-intérêts punitifs) ; conséquence d'un fait internationalement illicite et ses rapports avec les autres modes de réparation

136. L'analyse de la doctrine, de la jurisprudence et surtout de la pratique diplomatique révèle l'existence de diverses formes de satisfaction comme mode de réparation en droit international. Elle confirme, en particulier, la position de la doctrine dominante, pour qui le mode de réparation du dommage moral, politique ou juridique subi par l'Etat lésé est la satisfaction, procédé de nature plutôt afflictive, qui se distingue des modes de réparation compensatoires comme la *restitutio* ou l'indemnisation. Bien entendu, la distinction entre modes compensatoires et modes afflictifs ou punitifs de réparation, et notamment entre l'indemnisation et les diverses formes de satisfaction, n'est pas absolue. Même un procédé comme la réparation par équivalent (sans parler de la restitution en nature) joue, dans les relations entre Etats comme dans les rapports interindividuels, un rôle qui ne saurait être tenu pour purement compensatoire. S'il ne s'agit assurément pas d'un rôle punitif, elle remplit bien cependant une fonction très générale de dissuasion et de prévention pour ce qui est de la commission de faits illicites. Le caractère le plus souvent afflictif, et non compensatoire, de la satisfaction n'en est pas moins largement admis, et il est incontestablement mis en relief par une pratique diplomatique solidement établie³⁴⁶.

³⁴⁶ Dominicé, comme on l'a déjà noté (*supra* par. 108), défend une position opposée, et conclut sa brillante étude dans ce sens : « En définitive, ce n'est pas la satisfaction qui est un mode de réparation, mais la réparation qui constitue l'une des formes de satisfaction. » (*Loc. cit.*, p. 121.) La tendance manifeste de cet auteur à absorber, sinon à dissoudre, les diverses formes de satisfaction dans la réparation au sens large — tendance que souligne l'emploi du terme satisfaction comme simple synonyme de réparation — tient vraisemblablement à une évaluation différente de la pratique des Etats (et notamment de la pratique diplomatique). C'est ce qui amène Dominicé à sous-estimer la fonction autonome spécifique de la satisfaction internationale au sens étroit. Cette pratique même, que le Rapporteur spécial a peut-être analysée plus à fond, le conduit plutôt à une conclusion opposée, qui pourrait avoir une importance considérable en ce qui concerne tant le développement progressif que la codification du droit en la matière. Du point de vue du développement progressif, en particulier, les diverses formes de satisfaction apparaissent comme les mieux faites pour répondre à la nécessité d'adapter les conséquences des délits au degré de gravité de la faute et de régler le problème des conséquences spéciales, plus graves encore, qu'il y a lieu d'attacher aux crimes internationaux. Le Rapporteur spécial se trouve quelque peu conforté dans son analyse de la pratique diplomatique (par comparaison en particulier avec la jurisprudence) — sans parler de sa propre lecture du *dictum* du surarbitre Parker dans l'affaire du « *Lusitania* » (v. *supra* par. 114) — par ces idées avancées par Reitzer dans son ouvrage souvent cité :

« La conclusion découlant de l'analyse qui précède n'est pas difficile à tirer : une *bifurcation* entre la pratique diplomatique, d'une part, et la jurisprudence arbitrale et judiciaire, d'autre part, s'impose. En d'autres termes, les normes juridiques régissant la mesure de la réparation sont différentes suivant que seuls les deux Etats en litige se trouvent sur la scène, ou qu'une tierce instance impartiale et désintéressée fait son entrée. Il n'y a, dans cette proposition, rien d'étonnant. Tous les juristes savent qu'une différence fondamentale dans les règles de *procédure* entraîne presque invariablement une différence dans les normes *matérielles* de droit. Le fait d'avoir méconnu cette distinction cardinale et d'avoir voulu *étendre la réglementation arbitrale à des hypothèses où deux Etats se trouvent face à face* constitue, à notre avis, l'erreur principale de la doctrine courante, et la source d'une grande partie des malentendus et des

137. Cette distinction fonctionnelle entre la satisfaction, d'une part, et la *restitutio* et l'indemnisation, d'autre part, n'exclut pas que deux de ces modes de réparation ou tous les trois interviennent ensemble pour assurer la réparation complète du dommage matériel en même temps que du dommage moral/politique/juridique. On a pu observer, en fait, que, tant dans la jurisprudence que dans la pratique diplomatique, la satisfaction s'accompagne souvent d'une indemnisation.

138. Son autonomie n'empêche pas non plus la satisfaction d'apparaître souvent comme absorbée dans les procédés plus rigoureusement compensatoires, voire confondue avec eux. Cela a peut-être été le cas, par exemple, dans l'affaire du « *Rainbow Warrior* », où tant la somme réclamée par la Nouvelle-Zélande que celle qui lui a été accordée par le Secrétaire général de l'ONU dépassaient de loin la valeur du dommage matériel (v. *supra* par. 134). On en trouve d'autres exemples dans l'affaire du lynchage de onze Italiens à la Nouvelle-Orléans (v. *supra* par. 125) et dans celle du révérend Labaree (*ibid.*), où l'on peut douter, à première vue, qu'il y ait eu satisfaction *stricto sensu*. L'élément de satisfaction y est néanmoins également perceptible, soit qu'une ou plusieurs formes de satisfaction aient été demandées et obtenues par l'Etat offensé, soit que le montant de l'indemnité ait dépassé dans des proportions plus ou moins importantes l'étendue du dommage matériel. Il y a aussi des cas où la présence d'une certaine forme de satisfaction est suggérée par la reconnaissance des faits ou par celle de la responsabilité par l'Etat offensé.

139. Comme la jurisprudence et la pratique diplomatique le révèlent clairement (et comme l'indique la doctrine), la satisfaction revêt des formes qui sont toutes typiques et, en un sens, spécifiques des relations internationales. Il s'agit en particulier des excuses, qui impliquent une reconnaissance de responsabilité, et de l'expression de la désapprobation et du regret de ce qui s'est passé ; du châtiement des personnes responsables ; d'une constatation de l'illicéité du fait par un organe international, politique ou judiciaire ; d'assurances ou garanties contre la répétition du fait illicite ; du paiement d'une somme d'argent non proportionnée à l'ampleur du dommage matériel. Selon le Rapporteur spécial, cette dernière forme de satisfaction équivaut à l'évidence au paiement à l'Etat lésé de ce qu'une partie de la doctrine désigne, en recourant à une notion bien connue de « common law » comme des « dommages-intérêts punitifs » (*punitive damages*).

140. La satisfaction revêtant la forme de dommages-intérêts punitifs, ou toute autre forme de caractère afflictif, risque, dans certains cas, de par ses formes mêmes ou les circonstances, d'être incompatible avec le principe de l'égalité des Etats. Tel a été le cas des mesures réclamées à titre de satisfaction — surtout

équivoques qui pèsent sur toute la matière. En d'autres termes, ces équivoques provenaient surtout de ce que l'on a fréquemment présenté les règles tirées — à tort ou à raison — de la jurisprudence arbitrale concernant les préjudices matériels, comme relevant du *droit international coutumier*. La ligne de démarcation correcte se trouve *non pas entre les dommages causés aux citoyens d'un Etat et les autres préjudices, mais entre la pratique diplomatique et la jurisprudence internationale.* » (*Op. cit.*, p. 131 et 132.)

avant la seconde guerre mondiale — par des Etats offensés qui profitaient de la situation pour formuler des exigences excessives ou humiliantes à l'égard d'Etats plus faibles, au mépris de leur dignité et de leur souveraineté. Ainsi de l'affaire de la révolte des Boxers et de celle de l'attentat de Janina où le général Tellini avait trouvé la mort (v. *supra* par. 124). Il faut toutefois ajouter qu'il y a aussi des cas où des formes résolument afflictives de satisfaction ont été accordées aux Etats lésés par des Etats offenseurs puissants — dans les affaires, par exemple, de la canonnière *Panay* (v. *supra* par. 126) et du « *Rainbow Warrior* » (v. *supra* par. 134).

141. Il pourrait sembler à première vue — et c'est bien ainsi qu'il en est pour certains auteurs contemporains — que le caractère afflictif de la satisfaction n'est compatible ni avec la composition, ni avec la structure d'une « société des Etats ». On pourrait en particulier soutenir :

a) Qu'il n'est pas « convenable » d'infliger une punition ou une sanction à des personnes autres que physiques, et surtout pas à la majesté des Etats souverains ;

b) Que l'application d'un châtement ou d'une amende dans le cadre d'un système de droit présuppose l'existence d'institutions incarnant, comme dans les sociétés nationales, l'ensemble de la collectivité, institutions dont la « société des Etats » ne dispose pas, et qui ne sont pas près — si elles en ont la moindre chance — d'y voir le jour.

142. Bien que les arguments de ce genre ne manquent pas de force, ils ne constituent pas, de l'avis du Rapporteur spécial, des motifs valables pour ne pas admettre la satisfaction parmi les modes de réparation. Il y a, semble-t-il, au contraire, de bonnes raisons de mettre nettement l'accent sur le rôle de la satisfaction.

143. En premier lieu, l'absence même, dans la « société des Etats », d'institutions capables de remplir des fonctions d'« autorité » telles que la poursuite, le jugement et la répression des infractions criminelles fait qu'il est d'autant plus nécessaire de recourir à des procédés propres à remplir une partie, certes très faible, de ce vide. En circonscrivant les conséquences d'un quelconque délit international (sans parler d'un crime international) à la restitution en nature et à l'indemnisation, on négligerait la nécessité d'assurer un moyen spécifique de réparer — à titre à la fois préventif et punitif — le dommage moral, politique et juridique subi par l'Etat ou les Etats lésés, en sus ou au lieu de tout dommage matériel³⁴⁷. De son côté, la méconnaissance d'une telle fonction encouragerait les Etats — et en particulier les plus riches d'entre eux — à croire à tort et dangereusement que tout préjudice qu'ils peuvent causer à un ou à plusieurs Etats pourra aisément être réparé par un dédommagement purement pécuniaire. Il faut en conclure que loin d'être incompatible avec l'absence d'institution dont souffre la « société des Etats », un mode de réparation afflictif ou relativement plus afflictif ou punitif comme la satisfaction sous ses diverses formes aiderait à combler le vide que constitue cette

absence d'institutions adéquates. C'est assurément une considération analogue, quoique non identique, qui inspire le passage de sir Hersch Lauterpacht cité plus haut³⁴⁸.

144. Le caractère punitif ou afflictif de la satisfaction ne s'oppose pas à l'égalité souveraine des Etats en présence. Quelle qu'en soit la forme, la satisfaction réclamée par l'Etat lésé ne consiste jamais, comme le prouve l'abondante pratique analysée, en une quelconque action ou mesure directement prise par lui à l'encontre de l'offenseur. Il pourra certes être question, à un stade ultérieur, de sanction infligée à l'Etat offenseur par un comportement direct de l'Etat lésé — et on pense là, évidemment, aux mesures de représailles. Ce sera le moment où, les demandes de réparation et/ou de satisfaction ayant été présentées en vain, on passera des conséquences de fond ou immédiates du fait illicite à celles que représente la réaction de l'Etat lésé devant l'inexécution par la partie responsable de son obligation dite « secondaire » de fournir réparation. Avant ce seuil critique, la satisfaction ne comporte aucune mesure directe de la sorte. Bien que la demande de satisfaction émane normalement de l'Etat lésé — à moins que l'Etat offenseur n'ait la bonne idée de prendre les devants —, la satisfaction à accorder consiste en mesures à la charge de l'offenseur lui-même. Il n'y a donc pas à craindre que la satisfaction comporte l'idée d'une sanction appliquée par un Etat à l'encontre d'un autre et, partant, d'une atteinte grave à l'égalité souveraine de l'Etat offenseur³⁴⁹. Dans la mesure, assurément relative, où l'on peut parler de sanction, il ne s'agit pas tant d'une sanction à infliger à l'Etat offenseur que d'une expiation, d'une sanction « auto-infligée », destinée à effacer par les actes de l'offenseur lui-même le préjudice moral, politique et/ou juridique subi par l'Etat lésé. L'opinion de l'éminent juriste Morelli est éclairante à cet égard :

La satisfaction présente une certaine analogie avec la peine. La peine remplit aussi une fonction de satisfaction. En outre, la satisfaction, comme la peine, a un caractère afflictif dans la mesure où elle vise à imposer une épreuve au responsable. La différence entre les deux réside dans le fait que la peine est infligée par un autre sujet, alors que dans le cas de la satisfaction l'épreuve imposée consiste en une certaine forme de conduite du sujet responsable lui-même, conduite qui constitue, comme les autres formes de réparation, le contenu d'une obligation du sujet en question³⁵⁰.

145. Si aucun des arguments que l'on peut alléguer à l'encontre de la satisfaction ne paraît donc tenir, il y a, au contraire, de bonnes raisons de penser que c'est là un mode de réparation qui remplit une fonction positive dans les rapports entre Etats. Outre celles qui se dégagent de la présente analyse, il faut souligner que c'est précisément en recourant à une ou plusieurs des diverses formes de satisfaction (en tant qu'elles se distinguent par nature des réparations purement compensatoires) que l'on peut moduler les conséquences du comportement illicite de l'Etat offenseur en fonction de

³⁴⁸ Voir *supra* note 264.

³⁴⁹ La confusion entre les deux phases est bien entendu inévitable dès lors qu'on néglige la distinction — pour le Rapporteur spécial indispensable — entre les conséquences directes (ou de fond) et les conséquences indirectes (de forme ou « de procédure ») d'un fait internationalement illicite.

³⁵⁰ Morelli, *op. cit.*, p. 358.

³⁴⁷ Il s'agit ici du dommage matériel subi par l'Etat lésé, y compris tout dommage patrimonial, personnel et/ou moral subi par (infligé à) ses nationaux.

la gravité du fait illicite. Le Rapporteur spécial pense en particulier au degré de la faute au sens large, c'est-à-dire aux diverses nuances concevables de *dolus* et de *culpa* qui, même dans un fait internationalement illicite, ne peuvent après tout manquer d'entrer en ligne de compte à un certain moment. De fait, tout en sachant que la Commission a choisi, à tort ou à raison, de ne pas la mentionner expressément parmi les conditions de la responsabilité internationale, le Rapporteur spécial a du mal à croire que la faute ne puisse à aucun degré être censée — *de lege lata* ou *ferenda* — avoir un certain rôle à jouer dans la détermination des conséquences d'un fait internationalement illicite. La question de l'incidence de la faute sera traitée au chapitre V ; il y sera montré que c'est surtout dans les cas où les demandes de satisfaction ont abouti que la faute entraine en jeu (v. *infra* par. 183 et suiv.). Et il est probable aussi que ce sera précisément dans des cas semblables, c'est-à-dire dans des cas de délit particulièrement grave (sans parler pour l'instant des crimes), que le refus de l'offenseur de fournir une satisfaction adéquate pourra justifier le recours à des mesures plus sévères de la part de l'Etat lésé.

146. Pour autant que ces conclusions soient jugées acceptables, la deuxième partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats ne devrait pas manquer, selon le Rapporteur spécial, de comporter une disposition prévoyant la satisfaction comme un mode spécifique distinct de réparation. Une telle disposition lui paraît en fait s'imposer, tant pour le développement progressif que pour la codification rigoureuse du droit de la responsabilité internationale. Elle sera donc proposée au chapitre VI.

147. D'autre part, une norme positive concernant la satisfaction devrait s'accompagner d'une indication des limites dans lesquelles un Etat offenseur devrait accéder à une demande de satisfaction sous l'une ou plusieurs de ses formes possibles. La pratique diplomatique en la matière prouve, on l'a vu, que les abus de la part des Etats lésés ou soi-disant lésés ne sont pas rares. Les Etats puissants ont souvent réussi à imposer des formes de satisfaction excessives ou humiliantes à des Etats offenseurs plus faibles. Une disposition expresse à l'encontre de tels abus serait l'indispensable complément d'une règle positive.

CHAPITRE IV

Garanties de non-répétition du fait illicite

148. L'étude de la pratique et de la doctrine montre que, parmi les conséquences d'un fait internationalement illicite, il faut aussi inclure les garanties visant à empêcher que celui-ci ne se reproduise. Cette forme de réparation, toutefois, n'est généralement traitée que de façon marginale, dans le cadre des autres conséquences, notamment la « satisfaction »³⁵¹. Les garanties contre

la répétition de l'acte illicite se voient aussi dans d'autres formes de réparation, y compris la réparation à caractère « punitif » et la compensation pécuniaire. Personnaz, par exemple, attribue cette fonction préventive à l'indemnisation³⁵² et García Amador insiste à son tour sur le rôle préventif de la réparation à caractère « punitif »³⁵³.

³⁵¹ Pour Bissonnette p. ex. les garanties contre le renouvellement d'un fait illicite

« [...] se distinguent aussi de la *restitutio in integrum* par l'absence d'intention de rétablir la situation bouleversée par l'acte illicite.

« D'autre part, bien que la demande de sécurité pour le futur se distingue de la demande de punition des coupables parce qu'elle ne contient aucun élément punitif, elle s'en rapproche cependant parce qu'elle cherche à prévenir la répétition des actes illicites. Pour ces raisons, elle doit être considérée comme une des formes de la satisfaction. » (*Op. cit.*, p. 121.)

Graefrath fait observer que :

« La réaffirmation de l'obligation à laquelle il y a eu manquement, afin de prévenir toute nouvelle violation du droit bafoué est le véritable sens des excuses formelles, de la poursuite et de la punition des coupables, ou de la promulgation de mesures légales ou administratives propres à empêcher à l'avenir de telles violations. L'Etat se dissocie de la violation soit parce que l'acte commis n'était pas intentionnel, soit parce que, de toute manière, il veillera, à l'avenir, à ce que de telles violations ne se reproduisent pas. Il donne des garanties concernant l'observation future de l'obligation. Dans ce sens, la satisfaction par tous les moyens a une importance pratique. [...]

« Dans tous les cas où il est à craindre que la violation ne se poursuive ou ne se répète et, en particulier, s'il s'agit de la violation d'obligations qui découlent des règles du *jus cogens*, la demande de

satisfaction portera sur l'adoption de mesures qui empêcheront la poursuite ou la répétition de la conduite illicite et préviendront à l'avenir ce bouleversement de la coopération internationale pacifique. [...] » (*Loc. cit.* p. 87.)

Selon Brownlie, les « objets » de la satisfaction sont de trois types, souvent cumulatifs. Ce sont

« [...] des excuses ou d'autres formes de reconnaissance de l'acte illicite par différents moyens : salut au drapeau, versement d'une indemnité, punition des personnes incriminées et adoption de mesures visant à empêcher que les faits en question ne se reproduisent. » (*Op. cit.*, p. 208.)

Voir aussi Przetacznik, *loc. cit.*, p. 966 et 967 ; et F. V. García Amador *Principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad — Analisis critico de la concepción tradicional*, Madrid, 1963, p. 447 à 453.

³⁵² Selon Personnaz :

« [...] une indemnité pécuniaire peut avoir pour effet d'inciter les Etats à prendre à l'avenir les mesures nécessaires pour éviter dorénavant le retour d'un tel état de choses. [...] L'intention implicite de telles indemnités qui peuvent être ou non compensatoires peut englober l'idée que par de telles pénalités le gouvernement délinquant peut être amené à améliorer l'administration de sa justice, et donner au réclamant l'assurance que de tels manquements et injustices envers ses citoyens seront évités à l'avenir. » (*Op. cit.*, p. 325.)

³⁵³ García Amador, doc. A/CN.4/134 et Add. I, par. 145.

149. Bien que la plupart des auteurs considèrent les garanties de non-répétition comme une forme de satisfaction, il est indéniable que ces garanties présentent des aspects, souvent insuffisamment éclaircis, qui les distinguent des autres formes de satisfaction. Tout d'abord, les garanties en question ne font pas partie, à proprement parler, des conséquences de l'acte illicite. Elles n'interviennent que pour les actes illicites dont la répétition paraît la plus probable. Il est vrai aussi que toutes les mesures — qu'elles soient punitives ou compensatoires — sont en elles-mêmes plus au moins directement utiles pour éviter qu'un fait illicite ne se répète. Ainsi, il ne fait pas de doute que

[...] la meilleure façon pour l'Etat de prévenir la répétition d'actes illicites contre ses ressortissants et, par conséquent, de les protéger est d'exiger la punition des coupables par l'appareil judiciaire du pays sur le territoire duquel s'est commis l'acte illicite³⁵⁴.

Le fait de demander des garanties contre la répétition de l'acte illicite laisse supposer que l'Etat lésé cherche à obtenir de celui qui l'a offensé quelque chose de plus et de différent qu'une simple réparation, car le rétablissement de la situation préexistante est considéré comme insuffisant. Par exemple, à la suite des manifestations contre l'ambassade des Etats-Unis à Moscou en février 1965 (moins de trois mois après celles de novembre 1964), le Président des Etats-Unis a affirmé que

Les Etats-Unis doivent insister pour que leurs propriétés et leur personnel diplomatiques reçoivent la protection exigée par le droit international et par l'usage, protection qui est nécessaire à la conduite des relations diplomatiques entre les Etats.

Des expressions de regrets et l'offre d'une indemnité ne sauraient tenir lieu de protection adéquate³⁵⁵.

En autres termes, l'Etat lésé demande des garanties contre la répétition de l'acte illicite, car il estime que le simple retour à la situation normale préexistante ne le protège pas de manière satisfaisante.

150. Les principales questions qui se posent concernant la pratique et la théorie des garanties de non-répétition sont : a) la source de l'obligation pour l'Etat offensé de fournir de telles garanties ; b) la question de savoir si une demande explicite de l'Etat offensé est nécessaire ; c) la question de savoir si le choix des garanties spécifiques à offrir appartient à l'Etat offensé ou à l'Etat lésé ; et d) la question de savoir si l'Etat offensé peut refuser d'offrir certaines garanties déterminées. L'étude des précédentes tentatives de codification offre à cet égard quelques indications intéressantes.

151. Dans le projet de convention sur la responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne et aux biens des étrangers, présenté par L. Strisower lors des travaux préparatoires de la session de Lausanne de l'Institut de

droit international, en 1927, l'article 13 stipule notamment :

Article 13

La responsabilité de l'Etat à raison des dommages causés aux étrangers comprend [...] une satisfaction à donner à l'Etat lésé dans la personne de ses ressortissants, sous la forme d'excuses plus ou moins solennelles et, dans les cas appropriés, par la punition, disciplinaire ou autre, des coupables, ainsi que les mesures de garanties nécessaires contre la répétition de l'action offensante³⁵⁶.

De son côté, l'avant-projet d'articles révisé sur la responsabilité des Etats à raison des dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens des étrangers, présenté par F. V. García Amador dans son sixième rapport, prévoit au paragraphe 2 de l'article 27 (intitulé de manière très significative « Mesures visant à empêcher que l'acte dommageable ne se reproduise ») que :

2. [...] l'Etat dont l'étranger est ressortissant a droit, sans préjudice de la réparation due à raison du dommage subi par l'étranger, à ce que l'Etat défendeur prenne toutes les mesures requises pour éviter que des faits analogues à ceux qui lui sont imputés ne se reproduisent à nouveau³⁵⁷.

A son tour, le précédent Rapporteur spécial, M. Willem Riphagen, assigne aux garanties de non-répétition un rôle, semble-t-il, différent. Ainsi l'article 4 de la deuxième partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats, qu'il a présenté dans son deuxième rapport, dispose au paragraphe 3 :

3. Dans le cas mentionné au paragraphe 2 du présent article, l'Etat donne, en outre, satisfaction à l'Etat lésé sous forme d'excuses et de garanties appropriées contre le renouvellement de la violation³⁵⁸.

Et en stipulant à l'article 6 de la même partie du projet d'articles, présenté dans son sixième rapport, que

1. L'Etat lésé peut exiger de l'Etat qui a commis un fait internationalement illicite :

[...]

a) qu'il donne des garanties appropriées contre le renouvellement de la violation³⁵⁹,

M. Riphagen paraît insister encore plus sur cette disposition, car, en omettant dans cette dernière formulation toute référence à la satisfaction, il attribue aux garanties de non-répétition un rôle plus spécifique. L'expression « garanties appropriées » a toutefois donné lieu à d'abondantes discussions. Cette expression n'étant assortie d'aucune précision, on y a vu une source d'abus possible de la part de l'Etat lésé³⁶⁰.

³⁵⁶ Voir *supra* note 252.

³⁵⁷ Le paragraphe 1 de l'article 27 se lit comme suit :

« 1. Même lorsqu'il s'agit d'actes ou d'omissions dont les conséquences dépassent le dommage causé à l'étranger et qu'il existe, de ce fait, une circonstance aggravante, on ne recourra à aucune forme de réparation comportant, pour l'Etat dont l'étranger est ressortissant, une « satisfaction » qui serait contraire à l'honneur et à la dignité de l'Etat défendeur. » (Doc. A/CN.4/134 et Add.1, additif.)

³⁵⁸ *Annuaire... 1981*, vol. II (1^{re} partie), p. 104 et 105, doc. A/CN.4/342 et Add.1 à 4, par. 164.

³⁵⁹ *Annuaire... 1985*, vol. II (1^{re} partie), p. 9, doc. A/CN.4/389.

³⁶⁰ Voir notamment la déclaration de M. Calero Rodriguez à la trente-septième session de la Commission, *Annuaire... 1985*, vol. I, p. 97, 1892^e séance, par. 34.

³⁵⁴ Bissonnette, *op. cit.*, p. 72.

³⁵⁵ « Chronique », RGDIP, t. 69, 1965, p. 161. De même, l'Italie, à la suite du lynchage de ses ressortissants aux Etats-Unis au cours des années 1890-1895, n'avait pas considéré que le versement d'indemnités par le Gouvernement des Etats-Unis était suffisant et avait demandé que les lois de ce pays soient modifiées pour éviter le retour de pareils agissements.

152. Les projets de codification antérieurs semblent donc montrer :

a) Que l'on tend dans une certaine mesure à donner aux garanties une position autonome par rapport à d'autres formes de réparation, y compris la satisfaction elle-même ;

b) Que l'Etat offenseur a l'obligation, dans des circonstances à définir, de donner des garanties contre le renouvellement du fait à la demande de l'Etat lésé ;

c) Que le choix des garanties à accorder appartient en principe à l'Etat lésé ;

d) Qu'il n'y a aucune indication concernant le type de garantie à offrir ou les limites dans le choix de celles-ci.

153. Tout en confirmant les conclusions tirées de l'étude des projets susmentionnés, la pratique des Etats semble être à la fois plus complexe et plus nuancée. En particulier, du fait que le droit de l'Etat lésé de demander des garanties contre le renouvellement de l'acte illicite n'a jamais été mis en doute, il semble que l'on soit fondé à conclure que ces garanties sont généralement considérées comme faisant partie des conséquences d'un fait internationalement illicite. De même, la pratique suggère que l'obligation correspondante de l'Etat offenseur ne doit être exécutée qu'à la demande de l'Etat lésé.

154. En ce qui concerne le type de garanties qui peuvent être demandées, la pratique internationale n'est pas uniforme. Dans la plupart des cas, l'Etat lésé demande :

a) Soit des garanties contre le renouvellement de l'acte illicite, sans autres précisions ;

b) Soit, si l'acte illicite affecte ses ressortissants, que la personne et les biens de ceux-ci soient assurés d'une meilleure protection.

155. Comme exemples de l'hypothèse *a*, on peut citer : l'incident du Dogger Bank entre la Grande-Bretagne et la Russie, en 1904, à propos duquel la Grande-Bretagne avait demandé, entre autres, une « garantie contre la répétition de tels incidents intolérables »³⁶¹ ; les quatre affaires survenues en 1880 concernant « la visite et la perquisition de navires marchands américains par des croiseurs armés espagnols en haute mer, au large de la côte orientale de Cuba », à la suite de quoi les Etats-Unis avaient déclaré qu'ils attendaient de l'Espagne « de promptes excuses pour ces incidents et l'assurance formelle que de tels faits ne se reproduiraient pas »³⁶² ; les échanges de notes entre la Chine et l'Indonésie après l'attaque, en mars 1966, contre le consulat général de Chine à Djakarta. Le vice-ministre chinois des affaires étrangères avait demandé, entre autres mesures, « une garantie contre tout renouvellement de pareils incidents à l'avenir »³⁶³ ; les notes officielles de protestation adressées par le Gouvernement suisse à la Jordanie, à la Syrie et au Liban à la suite de l'attaque perpétrée à Zurich le 18 février 1969 par quatre membres du Front populaire de libération de la

Palestine contre un avion civil israélien, pour condamner cette attaque et demander aux trois gouvernements de prendre « des mesures pour prévenir toute nouvelle violation du territoire suisse »³⁶⁴.

156. Comme exemples de l'hypothèse *b*, on peut citer : les échanges de notes entre les Etats-Unis et l'Espagne concernant les missionnaires américains et en particulier l'affaire Doane en 1886 ; E. T. Doane, missionnaire aux Philippines, s'étant élevé contre la saisie par les autorités espagnoles d'une partie des terres appartenant à la mission, avait été arrêté et expulsé à Manille ; à la suite des protestations du Gouvernement des Etats-Unis, « le Gouvernement espagnol s'était efforcé dans une certaine mesure de réparer le tort causé à M. Doane en le réintégrant dans sa mission et donnant des assurances renouvelées concernant la protection des missionnaires et de leurs biens »³⁶⁵ ; l'affaire Wilson, concernant le meurtre en 1894 d'un citoyen américain au Nicaragua, et dans laquelle les Etats-Unis avaient notamment demandé que « le Gouvernement du Nicaragua adopte des mesures ne laissant aucun doute sur sa volonté et sa capacité de protéger la vie et les intérêts des citoyens des Etats-Unis vivant dans la réserve [des Mosquitos] et de punir les crimes commis à leur rencontre »³⁶⁶ ; l'affaire Vracaritch concernant l'arrestation à Munich le 2 novembre 1961 de Lazo Vracaritch, ancien capitaine dans les forces de résistance yougoslaves, sous l'inculpation d'avoir « lâchement assassiné des soldats allemands lors de l'occupation de la Yougoslavie en 1941 » ; le Ministère fédéral allemand de la justice, saisi de l'affaire, dans une déclaration remise à la presse le 8 novembre, indiquait notamment que « l'arrestation du ressortissant yougoslave Lazo Vracaritch constitue un regrettable cas isolé et les autorités compétentes ont pris les mesures propres à garantir qu'une telle affaire ne se renouvellera pas »³⁶⁷ ; l'échange de notes entre les Etats-Unis et l'Union soviétique, à la suite de l'atteinte à l'immunité personnelle des attachés militaires américains par les autorités soviétiques (29 septembre 1964) et de l'expulsion de ces derniers (14 décembre 1964), dans lequel les Etats-Unis avaient insisté pour obtenir du Gouvernement soviétique l'assurance formelle que de nouvelles violations de l'immunité diplomatique ne se reproduiraient plus³⁶⁸ ; l'incident entre la Chine et le Royaume-Uni dans lequel, à la suite d'une attaque contre le consulat britannique à Shanghai, le 16 mai 1967, le Gouvernement britannique avait demandé des garanties pour la sécurité de ses diplomates et des autres sujets britanniques en Chine³⁶⁹.

157. Dans les deux hypothèses considérées, il semble que l'Etat offenseur soit tenu d'une *obligation de résultat*. Toutefois, face à une demande de garanties de l'Etat lésé, il semble aussi conserver le choix des

³⁶⁴ R. A. Falk, « The Beirut raid and the international law of retaliation », *AJIL*, vol. 63, 1969, p. 419.

³⁶⁵ Moore, *Digest*, vol. VI, p. 345 et 346.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 745 et 746.

³⁶⁷ « Chronique », *RGDIP*, t. 66, 1962, p. 376 et 377.

³⁶⁸ *Ibid.*, t. 69, 1965, p. 156 et 157.

³⁶⁹ *Ibid.*, t. 71, 1967, p. 1064.

³⁶¹ Martens, *Nouveau Recueil*, 2^e série, t. XXXIII, p. 642.

³⁶² Moore, *Digest*, vol. II, p. 903 et suiv. ; *cit.* p. 903 et 907.

³⁶³ « Chronique », *RGDIP*, t. 70, 1966, p. 1013.

mesures les plus aptes à assurer la réalisation de l'objectif visé, à savoir le non-renouvellement de l'acte illicite.

158. Dans d'autres cas — généralement moins récents — l'Etat lésé a demandé à l'Etat offenseur d'adopter des mesures précises ou d'agir de certaines manières déterminées, considérées comme aptes à éviter que le fait illicite ne se reproduise. L'Etat offenseur était alors confronté à une *obligation de comportement*. Il semble qu'on puisse ici distinguer trois possibilités :

a) Dans une série de cas, la demande de garanties a consisté à réclamer à l'Etat offenseur des assurances formelles qu'il respecterait à l'avenir tel ou tel droit déterminé de l'Etat offensé ou qu'il reconnaîtrait l'existence d'une situation donnée en faveur de l'Etat lésé. On peut citer comme exemples à cet égard : le différend de 1893 entre la France et le Siam dans lequel la France avait demandé au Siam « la reconnaissance de [ses] revendications territoriales sur la rive gauche du Mékong »³⁷⁰ ; l'affaire en 1901 des bureaux de poste de l'Empire ottoman, dans laquelle les puissances occidentales avaient exigé de la Turquie des réparations et des excuses pour la violation des courriers du 5 mai 1901, ainsi que la reconnaissance officielle et définitive des postes étrangères actuellement établies à Constantinople et dans les diverses villes de l'Empire ottoman ; la Turquie fit des excuses pour les faits du 5 mai, et donna l'assurance formelle que désormais les postes anglaises, autrichiennes et françaises fonctionneraient librement en Turquie³⁷¹ ; l'affaire du « *Constitución* », en 1907³⁷², dans laquelle l'Uruguay avait demandé que le Gouvernement argentin condamnât l'incident (de l'*Huracán*) et déclarât n'avoir pas eu l'intention d'offenser la dignité de la République orientale, ni de méconnaître la juridiction qui lui appartient sur le Rio de la Plata comme pays voisin et limitrophe³⁷³ ; l'affaire de l'« *Arménie* », paquebot-poste français arrêté illégalement en 1894 par les autorités turques, où, à la suite des protestations françaises, la Turquie avait accordé une indemnité de 18 000 francs pour la Compagnie Paquet, propriétaire du paquebot, et avait promis de faire mieux respecter dorénavant les stipulations des traités garantissant l'inviolabilité de la personne et du domicile des Français en Orient³⁷⁴.

b) En d'autres occasions, l'Etat lésé a demandé à l'Etat offenseur de donner des instructions précises à ses agents. On peut citer comme exemples à cet égard : l'affaire de l'« *Alliança* », navire postal américain, attaqué par une canonnière espagnole au large des côtes cubaines, en 1895, dans laquelle les Etats-Unis avaient affirmé « qu'ils attendaient de l'Espagne qu'elle désavoue sans tarder l'acte illicite et exprime dûment ses regrets, et insistaient pour que des ordres immédiats et

positifs soient donnés aux commandants des forces navales espagnoles pour qu'ils n'interfèrent pas avec le commerce américain légitime passant par le détroit, et pour que soient interdits tous les actes mettant en péril les personnes et les biens circulant légalement sous le pavillon des Etats-Unis »³⁷⁵ ; l'affaire du « *Herzog* » et du « *Bundesrath* », deux vaisseaux allemands saisis durant la guerre des Boers, en décembre 1899 et janvier 1900, par la marine de guerre britannique, dans laquelle l'Allemagne avait appelé l'attention du Gouvernement britannique sur la nécessité de « donner pour instruction à tout commandant naval britannique de ne pas molester les navires marchands allemands qui ne se trouvent pas dans les parages du théâtre des opérations »³⁷⁶ ; l'affaire *Jova* concernant le pillage par des troupes espagnoles en 1896 de la propriété d'un planteur américain, dans laquelle les Etats-Unis avaient indiqué que « les faits rapportés semblaient, en conséquence, réclamer l'enquête la plus sérieuse et la punition la plus rigoureuse des coupables, avec octroi d'une réparation à la partie lésée, ainsi que des ordres stricts pour prévenir la répétition de pareils actes de vol et de spoliation »³⁷⁷.

c) Dans une troisième série de cas, l'Etat lésé a demandé à l'Etat offenseur d'adopter une certaine ligne de conduite, considérée comme propre à prévenir la création des conditions qui avaient permis à l'acte illicite d'avoir lieu. Les exemples les plus intéressants sont : l'affaire des Boxers susmentionnée, dans laquelle un certain nombre de mesures exigées de la Chine avaient clairement pour but d'empêcher que le même type d'incidents ne puisse se reproduire à l'avenir (*supra* par. 123) ; l'attentat de Sakai (Japon) en 1868, où, sur ordre du Gouvernement du Mikado, onze marins français avaient été tués et cinq blessés par les officiers du Daïmio de Tosa, dont les troupes occupaient la ville. La France exigea que les troupes du Daïmio, responsables de la mort des marins français, ne passeraient ni ne stationneraient dans les ports ouverts aux étrangers³⁷⁸. Des garanties spécifiques de non-répétition avaient aussi été demandées par le tribunal arbitral

³⁷⁵ Moore, *Digest*, vol. II, p. 908 et 909.

³⁷⁶ Martens, *Nouveau Recueil*, 2^e série, t. XXIX, p. 456 et suiv. ; *cit.*, p. 486.

³⁷⁷ Moore, *Digest*, vol. VI, p. 910.

³⁷⁸ Whiteman, *Damages*, vol. I, p. 722 et 723. Voir aussi *Archives diplomatiques*, 1869, Paris, 9^e année, t. 2 (avril-juin 1869), p. 601 et suiv. La France avait aussi demandé des garanties spécifiques à la suite des préjudices graves dont ses ressortissants avaient été victimes au Mexique, au lendemain de l'indépendance de ce pays, et de la fin de non-recevoir opposée par le Gouvernement mexicain à ses réclamations. Elle signifia en 1838 ses conditions sous forme d'ultimatum, exigeant entre autres :

« [...] »

« 2) l'engagement du Gouvernement mexicain de ne pas susciter de difficultés à l'acquittement régulier et ponctuel des créances des citoyens français reconnues contre lui ;

« [...] »

« 4) l'engagement précis et solennel du Gouvernement mexicain, sous condition de réciprocité :

« [...] »

« b) de ne prélever sur ces sujets, dans aucun cas, aucune espèce de contribution de guerre, ni d'emprunts forcés, pour quelque destination que ce fût. »

(Lapradelle-Politis, t. I, p. 545 et suiv., *cit.*, p. 547.)

³⁷⁰ Martens, *Nouveau Recueil*, 2^e série, t. XX, p. 160 et suiv.

³⁷¹ « Chronique », RGDIP, t. 8, 1901, p. 777 et suiv., notamment p. 788 et 792.

³⁷² Vapeur uruguayen, qui ayant fait naufrage en face de l'île argentine de Martin Garcia, sur le fleuve Uruguay, fut secouru par un autre vapeur uruguayen l'*Huracán*. Les autorités de Martin Garcia avaient alors capturé l'*Huracán* et fait prisonniers les équipages des deux navires.

³⁷³ « Chronique », RGDIP, t. 15, 1908, p. 318.

³⁷⁴ *Ibid.*, t. 2, 1895, p. 623 et 624.

dans l'affaire de la *Fonderie de Trail (Trail Smelter)*. Se prononçant sur la question n° 3, contenue à l'article III de la Convention du 15 avril 1935 entre les Etats-Unis d'Amérique et le Canada³⁷⁹ et ainsi conçue :

3° D'après la réponse qui aura été faite à la question précédente, quelles mesures ou quel régime devraient, le cas échéant, être adoptés ou maintenus par la fonderie de Trail ?

le tribunal avait mentionné spécifiquement une série de mesures — d'abord provisoires, puis définitives — de nature à « prévenir efficacement des émissions importantes de fumées aux Etats-Unis, à l'avenir »³⁸⁰.

159. Dans un certain nombre de cas, les demandes de garanties sont allées plus loin : on a été jusqu'à réclamer à l'Etat offensé qu'il adopte ou abroge certaines dispositions législatives spécifiques. On peut citer à titre d'exemples : l'affaire des Boxers déjà évoquée³⁸¹ ; la correspondance échangée en 1838 entre la Grande-Bretagne et la Perse, dans laquelle la Grande-Bretagne précisa la procédure par laquelle elle voulait obtenir la protection des sujets britanniques en exigeant un firman à cet effet³⁸² ; l'affaire *Mathéof* qui conduisit le Parlement britannique à adopter la loi du 21 avril 1709 sur les privilèges diplomatiques, *Diplomatic Privileges Act* ou *Act of Anne*³⁸³ ; l'affaire entre la France et la Belgique à la suite de l'attentat contre la vie de l'empereur Napoléon III, perpétré par un citoyen français qui avait trouvé refuge en Belgique, en 1854, et dont l'extradition fut d'abord refusée, car la Belgique le considérait comme l'auteur d'un crime politique pour lequel la législation belge ne prévoyait pas d'extradition ; pour éviter le renouvellement d'un tel incident, le Parlement belge vota la loi du 22 mars 1856³⁸⁴ ; l'affaire Cutting, en 1886, entre les Etats-Unis d'Amérique et le Mexique, à la suite de l'arrestation au Mexique d'un ressortissant américain pour avoir publié dans un journal texan un article jugé diffamatoire envers un citoyen mexicain ; ces poursuites étant conformes aux dispositions de la législation mexicaine qui étaient alors en vigueur, les Etats-Unis, pour prévenir le retour d'une pareille affaire, exigèrent et obtinrent que le Mexique modifiât

la disposition pénale en cause³⁸⁵ ; les lynchages de ressortissants italiens, notamment à Erwin (Mississippi), en 1901, à propos desquels l'Italie avait demandé aux Etats-Unis de modifier la loi qui ne reconnaissait pas la compétence des tribunaux fédéraux dans certaines affaires, ce qui revenait en pratique à ne pas punir les auteurs des crimes commis contre des étrangers³⁸⁶ ; l'affaire de l'« *Alabama* », dans laquelle les réclamations des Etats-Unis avaient conduit la Grande-Bretagne à modifier la loi de 1819 par la loi du 9 août 1870, qui interdisait la construction, sur son territoire, de navires destinés à des belligérants, autorisait l'arrestation de tout navire suspect et condamnait le navire infracteur de la neutralité britannique à restituer les prises qu'il aurait amenées dans un port britannique³⁸⁷.

160. Dans le cas où l'abrogation de mesures législatives est requise, la demande de garanties est absorbée dans la demande de réparation (*restitutio in integrum*), qui acquiert de ce fait une fonction supplémentaire, celle de protéger à l'avenir l'Etat offensé contre d'éventuels actes illicites de même nature. En cas d'adoption d'un texte législatif, la demande — selon certains auteurs³⁸⁸ — a essentiellement une fonction préventive, qui est typique des garanties de non-répétition.

161. Il faut noter, toutefois, que dans la pratique plus récente on n'a pas enregistré de demandes explicites visant à modifier la législation existante ou à adopter une législation nouvelle. Des demandes de ce genre sont toutefois formulées par des organes internationaux. Par exemple, il est fréquent que des organes internationaux *ad hoc* demandent aux Etats responsables de violations des droits de l'homme d'adapter leur législation afin de prévenir la répétition de ces violations. Parmi ces demandes, on peut citer celles du Comité des droits de l'homme dans ses décisions concernant des plaintes émanant de particuliers. Dans l'affaire *Torres Ramirez* par exemple, le Comité, après s'être assuré que le droit uruguayen n'était pas en conformité avec le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, a déclaré ce qui suit :

En conséquence, le Comité conclut que l'Etat partie est dans l'obligation de fournir des recours efficaces à la victime, y compris une réparation, pour les violations qu'elle a subies, et de prendre des mesures pour que de telles violations ne se reproduisent pas à l'avenir³⁸⁹.

162. Quant à savoir si, et dans quelles circonstances, l'Etat offensé peut raisonnablement refuser d'offrir

³⁷⁹ SDN, *Recueil des Traités*, vol. CLXII, p. 75

³⁸⁰ Nations Unies, *Recueil*, vol. III, p. 1934 et suiv.

³⁸¹ Voir la note collective adressée le 22 décembre 1900 à Pékin, point X (*supra* n. 312).

³⁸² BFSP, 1838-1839, vol. XXVII, p. 93.

³⁸³ J. Dumas, « La responsabilité des Etats à raison des crimes et délits commis sur leur territoire au préjudice d'étrangers », *Recueil des cours... 1931-II*, t. 36, relate l'affaire comme suit :

« [...] Ainsi, sous le règne de la reine Anne, l'ambassadeur Mathéof, qui représentait la Russie auprès de la Cour de Londres, put être arrêté par ses créanciers sur la voie publique parce que la loi anglaise ne mettait pas les étrangers à l'abri de la prison pour dettes. Après avoir été malmené, il fut placé sous la garde d'un officier de justice. Malgré les excuses qu'il reçut du gouvernement et les poursuites dont ses agresseurs furent l'objet, Mathéof quitta l'Angleterre dans un état de grande irritation, sans présenter ses lettres de rappel et sans vouloir accepter le cadeau d'adieu de la Reine. Il fut admis que la faute de ceux qui l'avaient arrêté était la conséquence des lacunes de la loi elle-même et, en 1707, un *act* du Parlement fut voté en vue de compléter la législation en vigueur et d'empêcher qu'un attentat à l'*habeas corpus* pût se renouveler aux dépens d'un ambassadeur étranger. [...] » (P. 188.)

³⁸⁴ Loi selon laquelle les meurtres ou les tentatives de meurtres sur la personne des chefs de gouvernement étranger ou des membres de leur famille n'étaient pas réputés délits politiques (*ibid.*, p. 189).

³⁸⁵ L'article 186 du code pénal mexicain en vertu duquel la condamnation avait été prononcée prévoyait la poursuite et la punition d'un délit commis hors du Mexique par un étranger contre un citoyen mexicain (*ibid.*, p. 189 et 190).

³⁸⁶ Moore, *Digest*, vol. VI, p. 848 et 849.

³⁸⁷ N. Politis, *La justice internationale*. Paris, 1924, p. 41. La déclaration des Etats-Unis dans cette affaire est particulièrement significative :

« Si le neutre n'a pas, dans ses lois, les ressources suffisantes pour assurer l'exécution de son devoir de neutralité, il est tenu, sur la demande du belligérant, de changer ses lois. » (Lapradelle-Politis, t. II, p. 788.)

³⁸⁸ Voir Bissonnette, *op. cit.*, p. 124 et 125.

³⁸⁹ Décision du 23 juillet 1980, par. 19 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n° 40 [A/35/40]*, p. 133) ; on peut citer comme autres exemples l'affaire *Lanza*, décision du 3 avril 1980, par. 17 (*ibid.*, p. 126) ; et l'affaire *Dermit Barbato*, décision du 21 octobre 1982, par. 11 (*ibid.*, trente-

des garanties de non-renouvellement, la question est délicate. On peut se demander, par exemple, si l'Etat offenseur peut invoquer l'existence « d'obstacles juridiques de droit interne », et dans quelle mesure il peut le faire. A l'évidence, de tels obstacles seraient du point de vue du droit international, des obstacles « de fait » et non pas « des obstacles strictement juridiques »³⁹⁰. Toutefois, les revendications de l'Italie dans l'affaire d'Erwin (v. *supra* par. 159) et l'aboutissement de la requête des Etats-Unis dans l'affaire de l'« Alabama »³⁹¹ sont significatifs à cet égard. Une question

huitième session, Supplément n° 40 [A/38/40], p. 142). Faute de temps, le Rapporteur n'a pas été en mesure de procéder à une analyse de la pratique du Comité des droits de l'homme, ni à une étude complète de la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme.

³⁹⁰ Voir le rapport préliminaire du Rapporteur spécial, doc. A/CN.4/416 et Add.1 (*supra* n. 1), par. 98 *in fine*.

³⁹¹ Voir *supra* note 387.

du même ordre est celle de savoir si l'Etat offenseur peut légalement refuser d'offrir des garanties en invoquant un coût trop élevé. On a noté à propos de la satisfaction, que les formes de cette réparation devaient être en rapport avec la gravité de la faute. Bien que l'on ne trouve pas, dans la pratique des Etats, de déclarations explicites en ce sens, le même principe devrait peut-être s'appliquer en ce qui concerne les garanties de non-répétition.

163. L'analyse de la doctrine et de la pratique permet, semble-t-il, de conclure que les garanties de non-répétition constituent une forme de satisfaction qui a une fonction de réparation relativement distincte et autonome. Il serait donc justifié que l'article de la deuxième partie du projet, traitant de la satisfaction, fasse expressément mention des assurances et garanties de non-répétition. Cette forme de réparation serait évidemment soumise à la clause de limitation applicable à toute forme de satisfaction.

CHAPITRE V

Les modes et les degrés de la réparation et l'incidence de la faute : remarques préliminaires

A. — Introduction

164. La question dont la Commission va devoir s'occuper au cours de l'élaboration de la deuxième partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats est celle de l'intervention de la faute dans la détermination, qualitative et quantitative, de la réparation, quel qu'en soit le mode. Il s'agit là évidemment de la faute au sens le plus large, qui recouvre aussi bien l'intention délibérée (*dolus*) que les divers degrés de gravité de la négligence (*culpa lata, levis, levissima*). La Commission aura la tâche d'autant moins aisée qu'elle semble s'être volontairement abstenue jusque-là de traiter la question de la faute en tant que telle. La faute n'apparaît expressément ni dans les articles de la première partie du projet, consacrés à la définition du fait internationalement illicite, qui ont été adoptés en première lecture³⁹², ni dans ceux de la deuxième partie proposés par le précédent Rapporteur spécial, M. Riphagen, qu'elle a examinés à sa trente-septième session et renvoyés au Comité de rédaction³⁹³. L'exception importante, évidemment, serait la référence implicite à la faute contenue à l'article 31 de la première partie du projet, selon lequel un Etat qui serait en mesure d'établir qu'aucune faute ne peut lui être reprochée ne saurait se voir impu-

ter l'illicéité ou la responsabilité d'un fait³⁹⁴. On trouve aussi quelques mentions de la faute dans les rapports et les propositions de M. Ago³⁹⁵, ainsi que dans les observations de certains gouvernements³⁹⁶. La faute a parfois aussi été évoquée au cours des débats de la Commission sur d'autres sujets. Enfin, il ne faut pas, bien

³⁹⁴ L'article 31 se lit comme suit :

« Article 31. — Force majeure et cas fortuit

« 1. L'illicéité d'un fait d'un Etat non conforme à une obligation internationale de cet Etat est exclue si ce fait a été dû à une force irrésistible ou à un événement extérieur imprévu, indépendant de sa volonté, qui a rendu matériellement impossible à l'Etat d'agir conformément à cette obligation ou de se rendre compte que son comportement n'était pas conforme à cette obligation.

« 2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas si l'Etat en question a contribué à la survenance de la situation d'impossibilité matérielle. »

On trouvera le commentaire de cet article dans *Annuaire... 1979*, vol. II (2^e partie), p. 135 et suiv.

³⁹⁵ En fait le seul document de la Commission dans lequel la « faute soit expressément et assez longuement traitée est l'étude du Secrétariat intitulée « Force majeure et cas fortuit en tant que circonstance excluant l'illicéité : pratique des Etats, jurisprudence internationale et doctrine » (*Annuaire... 1978*, vol. II [1^{re} partie], p. 58, doc. A/CN.4/315). Le chapitre III de cette étude consacré à la « doctrine » contient, à la section 1, a, une « Introduction à l'étude de la question » portant sur la « théorie de la faute » et sur la « théorie objective » (par. 489 à 511).

³⁹⁶ Voir, en particulier, les observations d'ordre général de l'Autriche, relatives aux chapitres I et II de la première partie du projet

(Suite de la note page suivante.)

³⁹² *Annuaire... 1980*, vol. II (2^e partie), p. 29 et suiv.

³⁹³ *Annuaire... 1985*, vol. II (2^e partie), p. 22, par. 117 à 163.

entendu, oublier les références au problème de la faute qui figurent dans le septième rapport de M. Riphagen³⁹⁷.

165. En dépit des observations susmentionnées et où l'on paraît supposer que la Commission a exclu la faute des éléments constitutifs du fait internationalement illicite, dans la première partie du projet d'articles, le Rapporteur spécial aurait tendance à penser qu'il n'en a rien été en réalité. Il lui semble plutôt, en raison notamment de la présence de l'article 31 et de son commentaire³⁹⁸, que la Commission tenait la faute pour la condition *sine qua non* de l'illicéité et de la responsabilité.

166. En revanche, que cette interprétation de la position de la Commission soit la bonne ou non et qu'il y ait ou non des cas d'attribution de responsabilité indépendamment de l'absence de la moindre faute, ce qui ne fait aucun doute pour le Rapporteur spécial, c'est que la faute compte lorsqu'il s'agit de déterminer les conséquences d'un fait internationalement illicite. Dire que la présence d'une faute n'est pas indispensable pour qu'un fait franchisse le seuil qui sépare le licite de l'illicite est une chose, mais affirmer que les conséquences juridiques d'un fait qui a franchi ce seuil sont les mêmes, qu'il y ait faute ou non à quelque degré que ce soit (*dolus* compris), en est une autre. Quelle que soit la position prise par la Commission dans la première partie du projet d'articles, le Rapporteur spécial estime qu'elle ne saurait progresser vraiment dans ses travaux sur la deuxième partie sans étudier l'incidence de la faute sur les modes et les degrés de la réparation³⁹⁹ —

surtout si l'on considère que cette partie ne doit pas traiter seulement des conséquences des délits (qu'il ne conviendrait pas, en tout cas, de mettre tous sur le même pied en ce qui concerne l'illicéité et la responsabilité), mais aussi de celles des crimes.

B. — Le problème de l'attribution d'une faute à un Etat

167. A l'origine, la faute était considérée comme un élément « naturel » de l'acte dommageable dans les rapports entre souverains, au même titre qu'elle était et demeure en partie considérée comme un élément « naturel » d'un délit ou quasi-délit civil ou d'une infraction pénale dans les systèmes de droit nationaux. La notion romaine de *culpa* fut étendue par Gentilis et Grotius aux actes et aux omissions des souverains et des Etats. Les difficultés n'ont commencé à se manifester qu'assez tard, surtout avec les travaux d'Anzilotti et de Kelsen — ce qui n'était pas un hasard, car ces deux auteurs étaient sans doute ceux qui avaient eu le plus à dire sur les rapports entre le droit international et le droit interne. Le raisonnement par lequel Anzilotti et Kelsen furent amenés à présenter la responsabilité internationale comme une responsabilité objective fondée sur un simple rapport de causalité, indépendamment de toute intention délibérée (*dolus*) ou de négligence (*culpa*), est en effet extrêmement significatif du lien qui existe entre ce problème et celui des rapports entre le droit international et le droit interne.

168. La faute étant une attitude humaine individuelle, le problème, selon Anzilotti, était de savoir si l'attribution à l'Etat de la responsabilité internationale d'un acte ou d'une omission contraire à une obligation juridique internationale était subordonnée à une faute (*dolus* ou *culpa*) de l'agent de l'Etat auteur de l'acte ou omission incriminés. Etant donné, en outre, selon le même auteur, que, dans la mesure où une volonté ou un acte individuels pouvaient être considérés comme la volonté ou l'acte d'un Etat dès lors que le droit interne dudit Etat le prévoyait, deux hypothèses, A et B, pouvaient se présenter. Selon A, l'acte (ou l'omission) de l'agent était contraire à la fois au droit international et au droit interne applicable; selon B, la conduite de l'agent était contraire au droit international, mais non au droit interne⁴⁰⁰. Dans le cas A, le fait même que la loi nationale condamnait un tel acte de la part de l'agent excluait la possibilité pour cette même loi d'attribuer cet acte à l'Etat. Pour reprendre les termes d'Anzilotti :

[...] La faute du fonctionnaire agissant contrairement aux lois devrait donc, logiquement, avoir cet effet que les actes accomplis par lui ne sauraient être regardés comme des actes de l'Etat [...]⁴⁰¹.

assurément indispensable pour les besoins de la codification des dispositions pertinentes, ne porte pas atteinte à l'unité fondamentale du phénomène juridique en jeu.

⁴⁰⁰ L'hypothèse B se matérialiserait aussi bien si l'acte (ou l'omission) de l'agent était simplement licite (non défendu) que s'il était obligatoire en droit interne. Le résultat, ainsi qu'il est indiqué dans la suite du paragraphe, serait le même, à cela près que, si l'acte (ou l'omission) du fonctionnaire était obligatoire, sa faute eût été encore moins imputable à l'Etat que dans le cas d'un comportement purement licite.

⁴⁰¹ Anzilotti, « La responsabilité internationale... », RGDI, t. 13, 1906, p. 289.

(Suite de la note 396.)

d'articles (*Annuaire... 1980*, vol. II [1^{re} partie], p. 86 et suiv., doc. A/CN.4/328 et Add.1 à 4), qui concernent la question de la « faute » (par. 14 à 18) : ce pays juge « surprenant » que l'exclusion de la faute n'ait fait l'objet d'aucune explication de la part du Rapporteur spécial ou de la Commission et qu'elle soit en contradiction frappante avec les prémisses posées par la Sous-Commission sur la responsabilité des Etats, présidée par M. Ago lui-même, laquelle, dans son rapport, présentait la « faute » comme un « élément subjectif » du fait illicite international en ces termes : « Question de la nécessité ou non d'une faute de la part de l'organe ayant tenu la conduite incriminée. Responsabilité objective et responsabilité liée à la faute *lato sensu*. Problème des degrés de la faute » (*Annuaire... 1963*, vol. II, p. 237, doc. A/CN.4/152, par. 6). L'Autriche indique en conclusion à ses observations :

« 18. Toutefois il faut qu'une chose soit bien entendue : même si l'on partage l'opinion du Rapporteur spécial — que la Commission a fait sienne — selon laquelle « le sujet de la responsabilité internationale des Etats était l'un de ceux où le développement progressif du droit pouvait avoir une place particulièrement importante », ce développement progressif doit néanmoins s'appuyer dans chaque cas sur une argumentation convaincante pour être acceptable. Tel n'est pas le cas lorsqu'un problème est passé sous silence. »

³⁹⁷ *Annuaire... 1986*, vol. II (1^{re} partie), p. 1, doc. A/CN.4/397 et Add.1.

³⁹⁸ Voir *supra* note 394.

³⁹⁹ Il ne faut pas perdre de vue que l'illicéité du fait (ainsi que la responsabilité elle-même) ne peut pas réellement se distinguer, en dernier ressort, de ses conséquences juridiques. La qualification d'illicéité donnée à un fait n'est que l'un des côtés de la médaille, l'autre étant précisément les conséquences, à savoir la responsabilité et les modes et degrés de réparation, qui s'attachent en droit audit fait. Dans la mesure où la faute influe sur les modes et les degrés de la réparation, elle devrait donc aussi entrer en ligne de compte pour la qualification du fait. La distinction entre la première et la deuxième partie, qui est

Il s'ensuivait que, si le droit international considérait néanmoins l'Etat comme responsable, c'était, selon Anzilotti, sur un fondement objectif, parce que la responsabilité de l'Etat reposait (plutôt que sur une faute quelconque du fonctionnaire ou de l'Etat) sur une sorte de garantie dont tout Etat serait tenu pour tout préjudice causé par son organisation. Dans le cas B, l'agent de l'Etat ayant eu une conduite conforme aux lois (c'est-à-dire ayant agi dans les limites de sa propre compétence et dans le respect de la législation en vigueur), aucune faute ne pourrait lui être imputée, nonobstant le fait que son comportement était contraire au droit international :

[...] [les agents] étaient tenus d'observer les lois de leur Etat, et ils se sont conduits ainsi qu'ils devaient le faire. Il faudrait alors rechercher la faute dans les auteurs de la loi, qui a permis ou ordonné [...] des actes contraires aux devoirs internationaux de l'Etat ; peut-être aussi dans les auteurs de la Constitution même de l'Etat qui a investi certains agents de pouvoirs incompatibles avec l'accomplissement de ces devoirs. Mais la recherche d'une faute ne serait pas ici seulement malaisée, elle serait encore souvent impossible et presque toujours étrangère aux faits, qui, dans un cas donné, engagent la responsabilité internationale de l'Etat : un vice ou un défaut dans les lois pouvant se produire en dépit de toute vigilance ou prévoyance. Au surplus, comme on ne saurait douter, [...] de la responsabilité de l'Etat, quel que soit le vice de sa législation ou de son organisation et quelle que soit la cause dont il provient, la détermination ou l'exclusion d'une faute n'aurait point en somme de conséquence sur la responsabilité. On pourrait, dans ce cas, parler d'une *culpa qui inest in re ipsa*, d'une faute ayant sa base dans le fait de ne pas avoir une organisation intérieure propre à assurer en tout cas l'accomplissement des devoirs internationaux de l'Etat, c'est-à-dire d'une faute qui, en réalité, ne serait pas une faute. Mais ce seraient là des abstractions qui ne correspondent pas aux faits. Aussi, cette fois encore, nous devons admettre que la responsabilité repose sur un fondement purement objectif* : l'Etat répond du fait dommageable par la raison que ce fait provient de son activité*⁴⁰².

Par conséquent, si la responsabilité internationale de l'Etat était engagée, ce n'était pas, selon Anzilotti, en considération d'une faute quelconque (de sa part ou de celle de l'agent). Cette responsabilité aurait eu, là encore, un fondement purement objectif. Hans Kelsen avait une position analogue⁴⁰³.

169. En rejetant l'idée d'Anzilotti et de Kelsen, pour qui l'attribution à l'Etat de l'acte (ou de l'omission) de l'agent relevait du droit interne, Ago devait aboutir à une conclusion différente⁴⁰⁴. Selon lui, il était erroné de croire que cette attribution en droit international dépendait en quelque sorte du droit interne. Tout en convenant avec ces deux auteurs pour considérer

qu'une telle attribution ne pouvait être opérée que par des règles de droit, en ce sens qu'elles seules permettaient d'imputer à l'Etat le comportement d'un ou de plusieurs individus — ce qui n'est pas l'avis du Rapporteur spécial (v. *infra*, par. 170 à 172), Ago a pris en revanche une position différente sur la source des règles juridiques qui assurent cette opération prétendument juridique. Pour Ago (comme pour d'autres auteurs), ces règles ne sauraient être que celles du système de droit dans lequel l'Etat est une personne internationale, à savoir le droit international lui-même⁴⁰⁵. Il s'ensuit naturellement que, si un agent de l'Etat a agi en cette qualité, il n'y aurait pas d'obstacle à l'attribution à l'Etat de son comportement et d'un élément quelconque de ce comportement, tel que *dolus* ou *culpa*, dans le fait que le même comportement ne serait pas « imputable » à l'agent ou à l'Etat en droit interne. Ago partage aussi l'idée, présente dans toutes les théories généralement admises de la personne morale en droit interne, que l'organe et l'Etat (en tant que personne morale) ne font qu'un⁴⁰⁶. Il en découle que lorsque le droit international qualifie le comportement de l'agent en le considérant (à travers l'imputation) comme celui de l'Etat, c'est suivant ses règles propres, et non en vertu des règles du droit interne, qui, de son point de vue, n'ont que valeur de faits⁴⁰⁷. Le comportement de l'agent constitutif de violation d'une obligation juridique internationale est donc un fait internationalement illicite si le droit international en dispose ainsi, même s'il est parfaitement correct au regard du droit interne. En conséquence, le droit international pourrait considérer ledit comportement comme entaché de *dolus* ou de *culpa*, même si, en droit interne, il était parfaitement licite, voire obligatoire. Ago a ainsi rejeté toute théorie faisant de la responsabilité internationale des Etats « une responsabilité totalement ou en majeure partie purement objective »⁴⁰⁸, et a conclu, au contraire, que la question de la faute ne pouvait être tranchée que d'après les règles internationales dont la violation était en jeu.

⁴⁰⁵ Dans son étude « La colpa nell'illecito... », *loc. cit.*, p. 290, Ago cite T. Perassi, *Lezioni di diritto internazionale*, Rome, 1937, 1^{re} partie :

« [...] lorsque se pose la question des effets attachés par un système de droit à une manifestation de volonté ou à un acte, c'est à ce système* qu'il appartient de déterminer*, en vertu des règles qui lui sont propres, les conditions dans lesquelles cette volonté ou cet acte peuvent être attribués à une personne donnée. Leur imputation à une personne* et la détermination des effets qu'ils produisent pour la personne à qui ils sont imputables sont des opérations juridiques* qui, en bonne logique, relèvent d'un (seul et) même système de droit. » (P. 94.)

Morelli prend une position très semblable, *op. cit.*, p. 185 et suiv. et p. 342 et suiv. Pour les raisons indiquées plus loin (*infra* par. 170 et suiv.), le Rapporteur spécial estime que la seule imputation effectuée par des règles de droit est celle des conséquences juridiques du comportement. L'origine du comportement juridiquement pertinent et son attribution à une personne constituent normalement, et au moins en ce qui concerne les entités de fait, une question de fait.

⁴⁰⁶ Idée qui, selon le Rapporteur spécial, contredit la nécessité d'une imputation juridique à l'Etat du comportement de l'organe (voir *supra* note 405, et *infra* par. 170 à 172).

⁴⁰⁷ Ago, « La colpa nell'illecito... », *loc. cit.*, p. 290.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 292 et 293.

⁴⁰² *Ibid.*, p. 290.

⁴⁰³ Kelsen, on s'en souvient, parlait de sanction internationale et de *zentrale Zurechnung* et *periphere Zurechnung*. La *zentrale Zurechnung* était l'imputation à l'Etat du comportement de l'agent par le droit interne dudit Etat, et la *periphere Zurechnung*, l'imputation à l'Etat de la sanction qui en découlait (ce que la Commission appelle les conséquences juridiques ou le devoir de réparation), opération qui incombait au droit international. Kelsen en venait ainsi à la même conclusion qu'Anzilotti en ce qui concerne la faute. Comme en aucun cas l'ordre juridique interne n'imputerait la faute à l'Etat (*zentrale Zurechnung*), le droit international attribuait la responsabilité sur un fondement causal purement objectif. (H. Kelsen, « Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht », *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vienne, vol. 12, 1932, p. 481 et suiv.)

⁴⁰⁴ R. Ago, « La colpa nell'illecito internazionale », *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, t. III, Padoue, CEDAM, 1940 ; réimprimé dans *id.*, *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati*, Naples, Jovene, 1978, t. I, p. 271 et suiv.

170. De l'avis du Rapporteur spécial, la position d'Anzilotti et de Kelsen, pour qui il était quasi impossible d'imputer une faute à un Etat en sa qualité de personne internationale, n'est pas soutenable. Il faut donc reconnaître à Ago le grand mérite d'avoir supprimé, par sa critique magistrale de l'attribution en droit interne, l'obstacle qui empêchait d'admettre l'intervention de la faute dans la sphère de la responsabilité internationale. En revanche, ses critiques à l'encontre de la théorie objective, qui avait cours à l'époque, ne paraissent pas élucider totalement la question de l'attribution. Le Rapporteur spécial n'est pas convaincu, en particulier, que l'attribution à l'Etat en sa qualité de personne internationale d'un fait (y compris une faute de quelque gravité que ce soit) est une opération *juridique* du droit international distincte de l'imputation à l'Etat des conséquences juridiques de ce fait. Il serait, bien entendu, présomptueux de prétendre traiter correctement ce problème dans le présent contexte⁴⁰⁹, mais, vu l'importance de la question, le Rapporteur spécial ne peut s'empêcher d'exprimer au moins ses doutes. Il lui paraît indispensable, en particulier, de vérifier la prémisse à laquelle Ago n'avait pas touché dans son étude publiée en 1940⁴¹⁰ et qui, pour n'avoir pas été écartée, est à l'origine, estime le Rapporteur spécial, du caractère incomplet de sa révision. En fait, la principale difficulté que soulevait la théorie d'Anzilotti et de Kelsen résidait dans l'analogie généralement admise entre les Etats en tant que personnes internationales, d'une part, et les personnes morales de droit interne, d'autre part⁴¹¹. Cette analogie avait amené ces deux auteurs à essayer d'intégrer l'attribution à l'Etat du comportement de ses organes au même modèle auquel la majeure partie de la doctrine recourt, à tort ou à raison, pour expliquer l'attribution à une personne morale du comportement de ses organes. Or cette analogie, généralement considérée comme allant de soi, est des plus contestables.

171. Suivant ce raisonnement, de même que le comportement de ses agents est « imputé », aux fins du droit interne, à une personne morale en vertu des règles ou des statuts régissant la structure et la compétence de ses organes⁴¹², de même le comportement des organes d'un Etat lui serait « imputé » en sa qualité de personne

⁴⁰⁹ Le Rapporteur spécial avait traité ce problème, il y a longtemps déjà, dans le cadre d'une théorie générale de l'Etat, sujet de droit international (*Staat im Sinne des Völkerrechts*) dans *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Milan, Giuffrè, 1951, p. 128 et suiv. et p. 335 et suiv., notamment p. 343 à 346 et 360 à 371. Il y est revenu en 1971 dans « Stati e altri enti (Soggettività internazionale) », *Novissimo Digesto Italiano*, Turin, vol. XVIII, 1971, p. 150 et suiv., par. 27 à 30, et dans « l'Etat dans le sens du droit des gens et la notion du droit international », *Osterr. Z. öff. Recht*, vol. 26, 1975-1976, p. 311 à 331, notamment p. 324 et suiv.

⁴¹⁰ Voir *supra* note 404.

⁴¹¹ Cette analogie, tenue le plus souvent pour vraie, s'étend aux subdivisions d'un Etat unitaire ou fédéral dans un système national. Ce sont en particulier les subdivisions territoriales — provinces, municipalités, cantons, Länder, régions ou Etats membres d'une fédération, par exemple. Même lorsque le droit interne ne leur attribue pas la personnalité juridique, elles sont effectivement très semblables à des personnes morales du point de vue des rapports de leurs ordres juridiques respectifs avec l'ordre juridique national dans lequel elles fonctionnent en qualité de subdivisions juridiques de l'Etat.

⁴¹² Voir l'étude du Rapporteur spécial, *Gli enti soggetti...*, p. 121 et suiv. et p. 335 et suiv.

internationale, aux fins des rapports juridiques internationaux, par application des règles de l'ordre juridique interne définissant ses organes et leur compétence⁴¹³. Combinée à l'idée générale du droit interne que l'Etat, en sa qualité de personne morale, « ne peut pas agir mal » — et en particulier il ne peut commettre, intentionnellement ou non, aucun acte illicite⁴¹⁴ —, cette analogie a débouché sur la conclusion que la violation par l'Etat d'une obligation internationale ne pouvait entraîner qu'une responsabilité reposant sur le simple lien de causalité objectif qui existe entre la violation de l'obligation et ses conséquences dommageables, toute intention délibérée ou *culpa* éventuelle restant à la charge de l'agent ou des agents auteurs de la violation.

172. Cette analogie ne paraît pas fondée⁴¹⁵. Certes, l'Etat, en tant que personne internationale, est une entité collective, et par là proche de ce qui fait le *substratum* de la personne morale, mais il ne possède, au regard du droit international, aucune des caractéristiques fondamentales qui sont indispensables aux personnes morales du droit interne. Ces dernières sont des intermédiaires juridiques dans l'ordre juridique de la société nationale dont les membres primaires — et les sujets de droit — sont des personnes physiques, et elles existent et fonctionnent, non comme des entités « données », mais comme instruments *juridiques* des rapports *juridiques* entre les individus⁴¹⁶. En ce sens, la personne morale est « secondaire » par rapport à la personne physique⁴¹⁷. Les Etats souverains, au contraire, sont les personnes primaires d'un système de droit unique, *sui generis*, qui présuppose leur existence au même titre que le droit interne présuppose celle d'êtres humains⁴¹⁸.

⁴¹³ Ce qui, dans la terminologie de Kelsen, aurait très précisément correspondu à la *zentrale Zurechnung* (voir *supra* note 403).

⁴¹⁴ L'intention délibérée, comme la négligence, demeurant une caractéristique du comportement de l'agent (et l'Etat, personne morale, ne pouvant se voir imputer finalement qu'une responsabilité indirecte, purement civile).

⁴¹⁵ Le Rapporteur spécial l'avait contestée sur toute la ligne dans son étude, *Gli enti soggetti...*, notamment p. 16 à 39 et p. 373 à 410 (ouvrage analysé par J. Kunz dans *AJIL*, vol. 47, 1953, p. 512 et 513 ; et dans *Osterr. Z. öff. Recht*, vol. 6, 1953, p. 105 et suiv.). Le Rapporteur spécial a résumé sa critique de la théorie de l'analogie dans « The concept of international law and the theory of international organization », *Recueil des cours... 1972-III*, p. 646 à 653 ; et dans *The United Nations Declaration on Friendly Relations and the System of International Law*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1979, p. 216 à 223. Sa position au sujet de cette analogie (de même que la conception factuelle de l'Etat comme personne internationale) est aussi celle de L. Ferrari Bravo, *Diritto internazionale e diritto interno nella stipulazione dei trattati*, Pompéi, Morano, 1964, p. 154 et suiv. et *passim* ; de M. L. Forlati Picchio, *La sanzione nel diritto internazionale*, Padoue, CEDAM, 1974, p. 322 ; de G. Battaglini, « Il riconoscimento internazionale dei principi generali del diritto », *Le droit international à l'heure de sa codification. Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milan, Giuffrè, 1987, vol. 1, p. 103, et dans les autres écrits de cet auteur cités *infra* note 424 ; et de F. Lattanzi, *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, Milan, Giuffrè, 1983, p. 117.

⁴¹⁶ Voir l'étude du Rapporteur spécial, *La persona giuridica come soggetto strumentale*, Milan, Giuffrè, 1952 (réimpression du chapitre I^{er} révisé de *Gli enti soggetti...*).

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 61 à 63 ; et *Gli enti soggetti...*, p. 95 à 98.

⁴¹⁸ Les Etats ne pourraient devenir les instruments juridiques des rapports juridiques interindividuels que dans le cadre d'un droit public extrêmement problématique (et qui n'est pas perceptible actuellement) du genre humain. Ils en seraient alors effectivement les

Parmi la multitude de *données* qui prouvent que cette analogie est fautive, il en est deux qu'il faut souligner ici. En premier lieu, à la différence des personnes morales, publiques ou privées, qui sont créées par la loi, même si l'initiative en revient à des parties privées, les Etats naissent à la vie juridique internationale du simple fait qu'ils ont une existence politique indépendante. Ainsi, alors que les personnes morales sont des entités juridiques créées par la loi et pénétrées par elle, les Etats ne sont que le produit de l'histoire. Ils ne sont pas pleinement pénétrés par le « droit des gens » comme les personnes morales le sont (et sont « conditionnées » de l'intérieur) par le droit interne⁴¹⁹. En second lieu — et c'est la donnée qui nous intéresse ici directement —, à la différence des personnes morales et des subdivisions, organisées par la loi nationale et capables d'agir seulement dans ce cadre par l'intermédiaire de leurs organes légitimes — dont l'intervention ne produit d'effets légaux que dans leurs sphères de compétence *legale* respectives —, les Etats sont des personnes internationales qui ne sont pas organisées par le droit international⁴²⁰. L'organisation dont un Etat s'est doté pour ses rapports juridiques internationaux n'est au regard du droit international qu'une structure factuelle, dont le droit interne n'est lui-même qu'un élément, lui aussi, factuel⁴²¹.

173. Une fois conjuré le spectre de « la personne morale », on devrait être mieux à même de percevoir la vraie nature de l'attribution de faits à un Etat en sa qualité de personne internationale. Cette attribution ne paraît pas être réellement une opération effectuée par application de règles de droit, plus particulièrement du droit interne ou du droit international — et assurément pas au sens où la qualification d'illicite donnée à un fait et l'imputation de la responsabilité de ce fait sont des opérations juridiques. Il est plus réaliste de voir dans l'attribution d'un comportement à un Etat, pour en dégager une conséquence juridique quelconque, une opération menée par l'interprète du droit — jurisconsulte du ministère des affaires étrangères ou juge international — en vue d'établir que le fait constitutif de violation d'une obligation internationale émane en fait d'un Etat donné, afin de pouvoir, en droit, en déterminer l'illicéité et en imputer la responsabilité. Certes, ce

n'est somme toute qu'en vertu d'une fiction que l'on parle d'actes des personnes morales, mais le principe d'une attribution juridique à ces personnes des actes de leurs organes possède au moins un fondement juridique. Celui-ci réside dans la pertinence déjà relevée de l'organisation juridique des personnes morales au regard du système de droit national dans lequel elles existent.

174. Cette pertinence est même si décisive que la circonstance qu'une personne physique a agi à la fois en sa qualité d'agent statutaire de la personne morale et dans le cadre de sa compétence statutaire est la condition juridique nécessaire et suffisante pour que le droit interne applicable considère le fait en question comme attribuable à la personne morale (dont les statuts de la personne morale sont partie intégrante). Tel n'est pas le cas, en revanche, d'un fait illicite d'un Etat au regard et aux fins du droit international. Premièrement, ce droit n'intervenant normalement pas dans la création et l'organisation de l'Etat⁴²², les règles du droit interne prévoyant les titres et compétences de ses organes ne sont pas des compléments du droit international au sens où les statuts des personnes morales sont des compléments juridiques du droit interne (*v. supra* par. 172). De ce point de vue, les règles nationales en question sont purement indicatives de l'organisation factuelle de l'Etat⁴²³. Deuxièmement, l'imputation à l'Etat du fait d'un de ses organes n'est subordonnée ni à la légitimité dudit organe, ni à sa compétence. C'est ce que confirment les articles 1 à 15 de la première partie du projet d'articles (*v. infra* par. 176). Plus que d'une question d'imputation juridique de faits à l'Etat par le droit international, on devrait donc parler de relation factuelle entre le comportement considéré et l'organisation de l'Etat, c'est-à-dire d'un rattachement factuel du comportement à l'Etat en sa qualité de personne internationale, lien dont il revient à l'interprète d'établir l'existence⁴²⁴.

175. Si, dans le cas des personnes morales du droit interne, parler d'attribution ou d'imputation juridique d'une volonté ou d'un comportement est une simple commodité de langage, s'agissant des Etats en tant que personnes internationales, cela semble bien être une erreur et un pléonasme. C'est une erreur, parce que — on l'a expliqué — cela ne repose sur aucun fondement juridique réel en droit international, et c'est un pléon-

subdivisions juridiques, celles d'un ordre juridique mondial et, bien entendu, d'un « Etat mondial » ; voir les études du Rapporteur spécial, « The concept of international law... », *loc. cit.*, p. 651 à 653 ; et *The United Nations Declaration...*, p. 221 à 223.

⁴¹⁹ Ce n'est pas par hasard que les Etats, qui se considèrent comme des institutions au regard de la société qui leur est soumise, préfèrent l'appellation de « puissances » dans les relations internationales (mais pas nécessairement au sens militaire). Cela revient à dire que les Etats sont indépendants au lieu d'être seulement autonomes. L'autonomie ne peut caractériser que des subdivisions, des entités foncièrement subordonnées comme celles qui sont énumérées *supra* note 411.

⁴²⁰ Bien que cette seconde donnée puisse apparaître comme une simple conséquence de la première, l'une et l'autre ne sont que deux des innombrables conséquences de la même donnée fondamentale, à savoir que le droit international n'est pas et ne paraît pas près de devenir un droit public interindividuel de l'humanité. (*The United Nations Declaration...*, p. 221 à 223.)

⁴²¹ Concernant les exceptions marginales ou « apparentes », voir « Stati e altri enti », *loc. cit.*, p. 166, par. 42, note 1 ; et *The United Nations Declaration...*, p. 218 et 219.

⁴²² *Gli enti soggetti...*, p. 320 et suiv.

⁴²³ Sur ce point, la position du Rapporteur spécial est la même que celle d'Ago, laquelle est très largement partagée depuis l'époque de Triepel et d'Anzilotti, surtout par les écoles allemande et italienne de droit international.

⁴²⁴ *Gli enti soggetti...*, p. 343 à 349 ; « L'Etat dans le sens des droits des gens... », *loc. cit.*, p. 313, 314 et 327. On trouvera une comparaison très claire entre la doctrine de l'imputation juridique (*rechtliche Zurechnung*) et la position du Rapporteur spécial, dans I. Feustel, *Die Kompetenz-Kompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge in der italienischen Lehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1977, p. 74 à 82. Le point de vue du Rapporteur spécial est aussi, semble-t-il, celui de Ferrari Bravo, *Diritto internazionale...*, p. 154 et suiv., p. 178 et 216 ; et de Battaglini « Amministrazione e sovranità nell'ex Territorio libero di Trieste », *Studi in onore di Manlio Udina*, Milan, Giuffrè, t. I, p. 128 (notamment en ce qui concerne l'attribution de l'attitude psychologique de l'organe) ; et « Convenzione europea, misure d'emergenza e controllo del giudice », *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, Milan, I^{re} partie, p. 423.

nasme, parce que c'est présenter comme un phénomène juridique distinct une opération qui fait double emploi avec la détermination de l'illicéité et l'imputation de la responsabilité. Au mieux, on peut y voir simplement une autre manière de dire qu'il s'agit d'une *opération logique* à laquelle procède l'interprète en vue d'une éventuelle imputation de responsabilité juridique.

176. Cela ne signifie pas, bien entendu, que l'attribution pourrait être effectuée arbitrairement. Le juriconsulte du ministère des affaires étrangères ou l'arbitre appelé à trancher la question devra nécessairement recourir à des critères, des normes et des principes, c'est-à-dire aussi, avec discernement, à des règles nationales et internationales. Il lui faudra cependant tenir compte également des éléments factuels, dont certains l'emporteront sur les dispositions de droit, comme il ressort clairement des articles 1 à 15 de la première partie du projet. En principe, le critère d'attribution que ces articles indiquent (par exemple, les articles 5, 6 et 7) est le droit interne de l'Etat, qui ne fait assurément pas partie du droit international⁴²⁵. Toutefois, dans cette même série d'articles, on trouve des dispositions qui renvoient sans ambiguïté à des éléments absolument dépourvus de tout caractère normatif. Selon l'article 8, un comportement qui ne serait pas attribuable à un Etat en vertu de son droit interne pourrait lui être imputé en droit international si c'était le comportement de personnes ayant agi en fait pour son compte. Et en vertu de l'article 10, pour prendre un dernier exemple, il en irait de même dans le cas du comportement d'organes de l'Etat ayant agi dans l'exercice de prérogatives de la puissance publique, mais en dépassement de leur compétence selon le droit interne ou en contradiction avec les instructions reçues. Il est certain qu'en pareil cas il n'y a même pas d'attribution en droit interne. Les dispositions de ce droit excluant l'attribution sont écartées si une personne ou un groupe de personnes quelconque s'est comporté *en fait* comme un organe, ou si un organe non compétent s'est comporté *en fait* comme s'il était compétent. En droit international, on pourrait bien entendu supposer que l'imputation juridique à l'Etat s'effectue par application des règles mêmes qui sont énoncées dans les projets d'articles 1 à 15 de la première partie du projet, ou de n'importe quelle règle du droit international général dont ces projets d'articles doivent représenter la codification. Il n'en paraît pas moins évident que ces règles ne visent pas vraiment la structure de l'Etat, à savoir la légitimation de ses organes ou de leur compétence. Elles ne font qu'accepter ou « enregistrer » pour ainsi dire la structure qui existe en fait. Plus que des règles juridiques, ce sont de simples normes ou critères factuels à suivre pour déterminer le lien effectif qui rattache les individus qui agissent — ainsi que leurs faits et gestes — à l'organisation effective de l'Etat en tant que personne internationale⁴²⁶. « L'opération » à laquelle le droit international

soumet réellement le comportement en question est l'imputation à l'Etat (le même Etat ou un ou plusieurs autres Etats) de ses *conséquences juridiques*. En d'autres termes, le droit international a seulement à décider si le comportement considéré a une importance juridique, pour qui et avec quelles conséquences. La seule imputation à laquelle il procède est donc ce que Kelsen appelait *periphäre Zurechnung*. C'est un fait que ce comportement « se rattache » à un Etat donné. La question de savoir s'il a bien eu lieu et qui en est l'auteur est tranchée par l'interprète (conseiller juridique du gouvernement, arbitre ou tribunal) comme *quaestio facti*, c'est-à-dire comme condition de la solution de la *quaestio juris* que constitue la détermination de ses conséquences en droit et leur « imputation » (*periphäre Zurechnung*)⁴²⁷.

le Rapporteur spécial hésite à se prononcer, même sur la différence susmentionnée. Il serait néanmoins tenté de dire que l'incidence de l'article 7 de la Convention de Vienne de 1969 sur l'attitude du droit international (conventionnel et général) à l'égard de l'organisation des Etats (incidence qui, selon lui, n'a pas encore été correctement définie) n'est pas nécessairement de nature à modifier sensiblement la situation telle qu'il l'expose ici (et dans son étude « L'Etat dans le sens du droit des gens... »), à savoir qu'il existe un lien avant tout factuel entre l'Etat et le comportement de ses organes. Ce problème est brièvement évoqué (en ce qui concerne l'article 7 de la Convention de Vienne de 1969) par Ferrari Bravo, « Alcune riflessioni sui rapporti fra diritto costituzionale e diritto internazionale in tema di stipulazione di trattati », *Le droit international à l'heure de sa codification*, op. cit., p. 273 et suiv. ; et par L. Condorelli, « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *Recueil des cours... 1984-VI*, t. 189, p. 34 et 35.

⁴²⁷ Dans son cours donné en 1984 à l'Académie de La Haye (v. *supra* n. 426 *in fine*), Condorelli présente une analyse très stimulante (et à bien des égards curieuse) des problèmes d'« imputation » ou des questions connexes. Sous réserve d'une analyse plus précise de cette étude, le Rapporteur spécial a l'impression que, tout en surestimant peut-être sur certains points l'interventionnisme du droit international dans l'organisation des Etats, Condorelli prend plus d'une fois l'imputation du fait — qu'il conçoit aussi, semble-t-il, comme une opération (juridique) du droit international — dans une acception si large que le Rapporteur spécial ne voit guère en quoi elle se distingue de ce qu'à tort ou à raison lui-même considère, en rejetant l'analogie avec la personne morale, comme la seule imputation réelle à l'Etat, en tant que personne internationale, que le droit des gens effectue, à savoir, l'attribution à celui-ci des *conséquences juridiques* du fait. Le Rapporteur spécial ne voit pas, en particulier, en quel sens l'extension de la responsabilité de l'Etat à certains faits ou actes pourrait ou devrait impliquer, outre la responsabilité, l'attribution à l'Etat d'actes ou faits qui n'ont pas été commis par des particuliers occupant une position quelconque, même factuelle, dans son organisation. Il se réfère, par exemple, à la responsabilité des Etats visée au paragraphe 1 de l'article 139 de la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer. Cette disposition implique-t-elle que les personnes physiques menant les activités en question, comme dans d'autres cas évoqués par Condorelli, se trouvent élevées à la qualité ou à la capacité (juridique ?) d'organes de l'Etat ? Le Rapporteur spécial a peine à le croire, et il a le sentiment que cette difficulté vient essentiellement du fait qu'il a une conception différente de Condorelli de ce que ce dernier appelle « la norme » ou « le classique » — ce qui devrait être, avec le droit dit « de s'auto-organiser » des Etats et autres « notions élémentaires » auxquelles il a recours, le point de départ de toute discussion des « nouvelles tendances ». En réalité, c'est l'ensemble du problème de l'Etat au sens du droit international qui est ici en jeu, et plus spécialement son assimilation à une personne morale. Le Rapporteur spécial se heurte à des difficultés analogues avec le cours non moins intéressant que P.-M. Dupuy a donné, la même année, à l'Académie de La Haye : « Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats », *Recueil des cours... 1984-V*, t. 188, p. 9 et suiv. Il lui semble que le terme « imputation » y est employé trop indifféremment et plus souvent encore pour désigner, soit l'attribution du fait, soit l'imputation de sa responsabilité, soit les deux ; et alors même que l'analogie avec la personne morale (ce que

⁴²⁵ Voir *supra* note 423.

⁴²⁶ Il ne faut certes pas oublier qu'il existe une certaine similitude entre les règles contenues dans les articles 1 à 15 de la première partie du projet, déjà cités, et celles qui sont énoncées à l'article 7 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, avec cette différence que ces dernières semblent, à tout le moins, désigner certains organes comme étant « compétents ». Vu la difficulté du problème,

177. En écartant l'analogie avec les personnes morales de droit interne — ou du moins en ramenant à d'autres proportions celle qui a cours actuellement —, on coupe à la racine toutes les difficultés qui ont pu surgir dans le passé et pourraient encore être soulevées quant à la possibilité d'admettre l'attribution d'une faute à un Etat. En raison de la nature factuelle de sa personnalité, il est exclu que l'attribution à l'Etat, en tant que personne internationale, d'une intention délibérée ou d'une négligence soit une imputation juridique de la faute, opérée soit par le droit interne (Anzilotti et Kelsen), soit par le droit international (Perassi, Ago, Morelli et autres). Le choix entre droit interne et droit international, discuté par les autorités citées, n'est finalement qu'un exercice d'école : en effet, l'imputation (*zentrale Zurechnung*) d'un fait à un Etat n'est pas une opération réalisée directement par les règles de droit elles-mêmes, ce n'est qu'une opération logique effectuée par les parties ou par un juge à partir des données positives et négatives indiquant si le comportement considéré est ou non celui de son organisation au sens large. Il n'y a donc aucune place dans le mécanisme de l'attribution pour un tri juridique qui permettrait de ne retenir que les éléments juridiques du comportement, et de « laisser tomber » en quelque sorte l'autre ou les autres éléments. L'élément dit « subjectif » ou « psychologique » du comportement — faute, erreur ou mauvaise foi — est imputable à l'Etat exactement au même titre que n'importe quel autre de ses éléments objectifs, aucune règle de droit — interne ou international — ne pouvant modifier la constatation du fait qui en est la conséquence. Ainsi le manquement d'un Etat à l'une de ses obligations internationales peut être commis avec ou sans faute de sa part ; et, si faute il y a, il peut être commis avec une intention délibérée ou par une négligence de n'importe quel degré de gravité (*culpa lata, levis, levissima*). La présence dans un cas d'espèce donné de l'une ou de l'autre est une question de fait, exactement comme l'existence même d'un fait d'un Etat.

178. En affirmant que l'imputation d'une faute à l'Etat est, dans son principe, une question de fait au même titre que la détermination de la présence d'une faute dans le comportement d'une personne physique (pour la mise en jeu de la responsabilité civile en droit interne), le Rapporteur spécial est assurément très loin d'insinuer que ce n'est pas là une opération beaucoup plus difficile. Abstraction faite du problème juridique de base, déjà plus délicat, qui est d'établir dans quel cas l'élément dit « subjectif » doit entrer en ligne de compte (v. *infra* par. 179 et suiv.) et avec quelles conséquences (par. 183 et suiv.), la détermination même dans les faits de la présence ou de l'absence d'intention délibérée ou d'une quelconque négligence de la part d'un Etat est

sûrement beaucoup plus ardue que le problème correspondant en droit privé. Si la personne internationale est en un sens tout aussi factuelle qu'une personne physique, elle est pour le moins d'une complexité aussi considérable que le *substratum* d'une personne morale aussi colossale que l'Etat en droit interne. En réalité, elle est même plus complexe, précisément parce que (comme l'indiquent aussi les articles 1 à 15 de la première partie du projet) la portée de l'organisation de l'Etat va au-delà des frontières de l'organisation « légale » prévue par la loi nationale. La conséquence de cette complexité (combinée avec la matérialité) est qu'un fait de l'Etat, en tant que personne internationale, consiste le plus souvent, sinon toujours, en une pluralité d'actes et d'attitudes émanant d'organes différents, fréquemment situés à des niveaux différents dans la hiérarchie de l'organisation de l'Etat⁴²⁸. Or, de même que le comportement extérieur ou objectif d'un ou de plusieurs fonctionnaires subalternes peut en fait constituer ou non un comportement de l'Etat en sa qualité de personne internationale, de même les attitudes dites psychologiques (qui peuvent être différentes) desdits fonctionnaires peuvent constituer concrètement ou non une faute de l'Etat en tant que personne internationale. Considérant, par conséquent, à quel point toute détermination d'intention ou de motivation est plus difficile que celle des comportements dits « objectifs », l'imputation d'une faute, quel qu'en soit le degré, risque d'être souvent plus aléatoire que celle d'un comportement « objectif ». Et c'est probablement l'impossibilité de s'en remettre pour cela exclusivement et directement à des règles de droit (comme on le ferait en droit interne dans le cas de la personne morale) qui explique en partie les incertitudes dont la question de la faute a souffert et souffre encore dans le domaine de la responsabilité internationale.

179. Quoi qu'il en soit de ces difficultés d'attribution matérielle, la question de savoir si la faute doit être prise en considération, et, dans l'affirmative, dans quel sens et dans quelle mesure, est bien entendu un point de droit — dont il faudra trancher en fonction du contenu de la règle internationale dont la violation constitue le fait illicite. Il dépendra donc de cette règle que la faute, quel qu'en soit le degré, soit une condition ou non de la responsabilité (v. *supra* par. 165 et 166).

180. L'intervention de la faute dans la détermination des conséquences juridiques d'un fait internationale illicite est en revanche une autre affaire. A cet égard, il paraît aussi logique que rationnel, comme le reconnaissent un certain nombre d'auteurs éminents, que la présence ou l'absence de faute et, en cas de faute, le degré d'intention délibérée ou de négligence jouent un certain rôle dans la détermination de la responsabilité et, partant, des formes et des degrés de la réparation due. Les tenants les plus autorisés de cette thèse sont Oppenheim et Ago.

le Rapporteur spécial estime très contestable) y est continuellement évoquée, on trouve dans l'étude cette curieuse réflexion :

« [...] D'un côté, l'Etat, resté personne morale, devient à la limite désincarné par l'objectivation de l'illicite ; de l'autre, la mécanisation de l'imputation conduit à rattacher à cette personne morale aux yeux vides toutes les conséquences dommageables d'activités illicites entreprises sous sa juridiction ! » (*Ibid.*, p. 85.)

Le moins que l'on puisse dire est que l'analogie devient ici vraiment très incertaine.

⁴²⁸ C'est ce que le Rapporteur spécial définit comme étant « la complexité matérielle — sociale, pour ainsi dire — de l'acte de la personne de droit des gens, opposée à l'« unicité » de l'acte de la personne physique ; » (« L'Etat dans le sens du droit des gens... », *loc. cit.*, p. 315 et suiv.). Voir aussi le résumé de cette analyse dans l'étude précitée.

181. Selon Oppenheim :

[...] On ferait naturellement une grande différence entre les actes de réparation de délits internationaux selon que ceux-ci auraient été commis délibérément et dans une intention criminelle ou délictueuse ou qu'ils procéderaient d'une simple négligence coupable⁴²⁹.

Le Rapporteur spécial estime qu'il y aurait une « grande différence » entre un fait commis en l'absence de toute faute et un fait accompagné de faute (acte pré-médité).

182. D'après Ago :

[...] Le problème des divers degrés et gradations de la faute dans les actes internationalement illicites semble être important surtout en ce qui concerne une autre question, sur laquelle il a indubitablement une grande incidence, à savoir celle de la nature et de l'étendue de la réparation due par l'Etat responsable [...]⁴³⁰.

C. — L'incidence de la faute sur les modes et les degrés de la réparation

1. FAUTE ET INDEMNISATION

183. Comme l'étude de la jurisprudence permet de le constater, il est assez rare que les juges prennent expressément en considération l'incidence de l'élément dit « subjectif » d'un fait internationalement illicite sur la réparation pécuniaire. A première vue, le *quantum* de la réparation par équivalent dû par l'Etat offensé, c'est-à-dire le montant de l'indemnité, paraît être déterminé uniquement d'après la nature et l'étendue du dommage causé, l'absence, la présence ou le degré de faute n'entrant pas à cet effet en ligne de compte⁴³¹. Il y a toutefois un petit nombre d'affaires où se manifeste à l'évidence une tendance opposée ; mais il reste à voir :

- i) Si la documentation que le Rapporteur spécial a pu rassembler est vraiment complète ;
- ii) Si l'absence de mention expresse de l'élément dit « subjectif », par l'arbitre, peut dissimuler plus ou moins souvent une prise en considération implicite — et parfois peut-être involontaire — de cet élément.

184. Parmi les affaires où la question a été expressément mentionnée, trois paraissent très significatives :

a) L'affaire de l'« *Alabama* », dans laquelle le Commissaire britannique s'était exprimé en ces termes :

[...] la réparation réclamée [...] doit être raisonnablement proportionnée, non pas seulement à la perte qui a été la conséquence de cette faute (acte ou omission), mais encore à la gravité de cette faute elle-même. Une faute légère peut avoir pour conséquence un grand préju-

dice ; mais il ne faut pas que la grandeur de la perte fixe ici le montant de l'indemnité sans que l'on tienne compte du caractère vénial de la faute* [...]⁴³².

b) L'affaire *Fabiani*, où il est évident aussi que la gravité de la *culpa* a été expressément prise en considération dans la sentence rendue. Comme l'explique Subilia :

[Fabiani] avait été victime de dénis de justice répétés de la part des autorités vénézuéliennes, qui avaient notamment fait obstacle à l'exécution d'une sentence arbitrale rendue à Marseille le 15 décembre 1880 en sa faveur. Selon le Gouvernement français, le dommage dépassait la simple perte de jouissance de la somme arbitrée, Fabiani ayant été mis en faillite ultérieurement, pour défaut de paiement de sommes inférieures à celles que la sentence arbitrale eût dû lui permettre de recouvrer. Cette faillite avait causé à Fabiani un tort considérable, matériel et moral, pour lequel réparation était également exigée⁴³³.

L'arbitre avait considéré que

[...] [la partie lésée] aurait réalisé tel ou tel profit si le fait illicite ne s'était pas produit, la preuve étant d'ailleurs soumise à des conditions moins strictes en cas de faute lourde ou de *dol** et le juge conservant une entière liberté d'appréciation⁴³⁴.

c) L'affaire *Dix*, dans laquelle le commissaire Bainbridge, s'exprimant au nom de la Commission mixte des réclamations américano-vénézuélienne, avait déclaré :

[...] Le droit international, de même que le droit interne, refuse toute indemnité pour les conséquences lointaines, en l'absence de preuve d'une intention délibérée de nuire*. [...]⁴³⁵.

185. En dépit de ces exemples, la doctrine a sans doute raison de soutenir que l'absence, la présence et le degré de ce qu'il est convenu d'appeler « l'élément intentionnel » ne devraient infléchir en rien le calcul de l'indemnité. Et si, comme le Rapporteur spécial s'est efforcé de le montrer, la réparation en argent a pour objet de placer la partie lésée dans la situation qui aurait existé si le fait illicite n'avait pas été commis — c'est-à-dire de prévoir une somme d'argent pour dédommager la partie lésée de tous les préjudices, mais uniquement les préjudices causés par le fait illicite, autrement dit, si le montant de la réparation par équivalent au sens étroit dépend exclusivement de la nature et de l'ampleur du dommage causé —, on voit mal quel rapport cette réparation pourrait avoir avec la présence ou l'absence ou un degré quelconque de faute de la part de l'Etat auteur du dommage.

186. Le Rapporteur spécial n'en a pas moins tendance à penser que cette interprétation pourrait ne pas être aussi correcte que la logique pourrait le faire croire à première vue, *a fortiori* si l'on considère que les divers modes de réparation ne fonctionnent pas *in concreto* aussi isolément les uns des autres que leur distinction de principe ne le donnerait à penser. On a déjà relevé en particulier que :

- i) Les fonctions compensatoire et afflictive sont, en un sens, toujours présentées dans n'importe lequel des modes de réparation, la distinction, si marquée qu'elle soit à une stade donné, étant essentiellement de degré (v. *supra* par. 136) ;

⁴²⁹ Oppenheim, *op. cit.*, p. 354.

⁴³⁰ Ago, « La colpa nell'illecito... », *loc. cit.*, p. 302. D'autres auteurs ont une position analogue, p. ex. Giuliano, Scovazzi, Treves, *op. cit.*, p. 581 ; Brownlie, *op. cit.*, p. 46 ; et B. Simma, « Reflections on article 60 of the Vienna Convention on the law of treaties and its background in general international law », *Österr. Z. öff. Recht*, vol. 20, 1970, p. 11 et 12.

⁴³¹ C'est l'opinion, p. ex., de Personnaz, *op. cit.*, p. 106 ; et plus récemment de Gray, qui affirme :

« [...] Rigoureusement parlant, si l'indemnité a pour but de compenser le préjudice subi par l'étranger lésé, la faute de l'Etat défendeur ne devrait pas entrer en ligne de compte [...]. » (*Op. cit.*, p. 24.)

⁴³² Lapradelle-Politis, vol. II, p. 825.

⁴³³ Subilia, *op. cit.*, p. 59 et 60, note 141.

⁴³⁴ Martens, *Nouveau Recueil*, 2^e série, vol. XXVII, p. 699.

⁴³⁵ Descamps-Renault, *Recueil 1903*, p. 841.

ii) La fonction punitive, réputée être la fonction la plus caractéristique de la satisfaction (et des garanties de non-répétition), peut trouver, dans certains cas une sorte d'ersatz invisible dans le fait que l'indemnité accordée par décision, ou octroyée plus ou moins spontanément, est d'un montant plus élevé (v. *supra* par. 138). Certaines remarques de Salvioli, par exemple, semblent suggérer que la question exigerait une étude plus approfondie et plus étendue⁴³⁶.

2. FAUTE ET SATISFACTION (ET GARANTIES DE NON-RÉPÉTITION)

187. Quelle que soit l'incidence de la faute sur le montant de l'indemnité, il est manifeste que l'élément intentionnel joue un rôle important dans les formes et les degrés de la satisfaction, au sens technique maintes fois souligné. Une fois de plus, on peut invoquer ici l'autorité d'Oppenheim⁴³⁷.

188. Eu égard aux proportions du présent rapport, le Rapporteur spécial invite les membres de la Commission à examiner attentivement la pratique dont il traite dans les sections pertinentes (par. 106 et suiv.), et en particulier, mais non exclusivement, l'abondante pratique diplomatique (par. 119 et suiv.)⁴³⁸. Tant de la jurisprudence que de la pratique diplomatique, le Rapporteur spécial retire l'impression que l'élément

⁴³⁶ Salvioli écrit :

« [...] A mon avis, le point qui concerne la *conduite subjective du coupable** n'est pas nécessairement lié à la question de l'étendue des conséquences ultérieures de l'acte illicite : celles-ci — nous l'avons déjà dit — tombent sous les principes de la « normalité », de la « possibilité de prévision », etc. [...] Dans le cas du *dol**, ce que l'auteur a *voulu*, c'est — supposons-le — causer le dommage *y* ; mais, pour mettre à la charge du coupable un dommage ultérieur *y'*, il faut démontrer que la réalisation de ce dommage était normale, qu'elle était à prévoir ; et cela ne dérive nécessairement pas du fait de la volonté initiale qui tendait, peut-être, seulement à la réalisation de *y*. »

Mais il déclare plus loin :

« Néanmoins j'estime qu'en se fondant sur une considération de nature tout à fait différente on peut justifier la tendance à être *plus exigeant envers l'auteur du dol** qu'envers celui qui a agi *par faute** et même en ce qui concerne la *détermination des dommages ultérieurs à réparer*. L'attribution à celui qui a agi *par dol** [...] de[s] préjudices étrangers constitue une forme spéciale de sanction, une mesure de châtiement à raison de la plus grande gravité de la lésion de l'ordre juridique international, lorsque celle-ci a été commise *par dol** [...] » (*Op. cit.*, p. 269 et 270.)

⁴³⁷ Selon Oppenheim :

« [...] Les *tribunaux internationaux** ont en de très nombreuses affaires accordé des dommages-intérêts qu'il faut bien, à l'analyse, considérer comme étant de caractère *pénal**. Des dommages-intérêts punitifs de cette nature ont été alloués, en particulier, pour sanctionner les Etats qui n'avaient pas arrêté ou qui n'avaient pas effectivement puni les personnes coupables d'actes criminels à l'encontre d'étrangers. La pratique des Etats et des tribunaux offre d'autres exemples de réparation, impossible à distinguer de la répression, sous la forme d'une indemnisation *ne présentant aucun lien avec le dommage** effectivement infligé. » (*Op. cit.*, p. 355).

Lu en conjonction avec le paragraphe 178 ci-dessus, ce *dictum* est une reconnaissance expresse de l'incidence de la présence et du degré d'intention délibérée ou de *culpa* sur la satisfaction, en particulier sous la forme de « dommages-intérêts punitifs ».

⁴³⁸ Sur la valeur spéciale que la faute revêtait dans des affaires où la réparation avait pris la forme d'une satisfaction, voir p. ex. les observations intéressantes de R. Luzzatto « Responsabilità e colpa in diritto internazionale », *Rivista di diritto internazionale*, Milan,

dit « subjectif » représenté par la faute, mineure ou majeure, a beaucoup compté en ce qui concerne à la fois :

i) L'entrée en jeu de la satisfaction au lieu, ou comme complément important, de l'indemnisation ; et

ii) La qualité et le nombre des formes de satisfaction réclamées et le plus souvent obtenues.

Ce sont là des données dont la première ressort de la totalité des exemples considérés, sans exception, mais dont la seconde apparaît aussi dans un nombre passablement élevé de cas.

189. Dans la pratique déjà ancienne, les affaires particulièrement significatives, selon le Rapporteur spécial, sont les affaires déjà citées de la *Responsabilité de l'Allemagne à raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Portugal ne participât à la guerre*, *Moke*, *Arends*, de la révolte des Boxers et *Tellini*⁴³⁹. Sous réserve d'une étude plus approfondie, on peut sans doute considérer aussi comme importants l'affaire de la violation de la frontière bulgare par la Grèce en 1925 (v. *supra* par. 126), celle de la canonnière *Panay* entre le Japon et les Etats-Unis, en 1937 (*ibid.*), et la plupart des exemples de pratique diplomatique postérieurs à 1945, qui ont été passés brièvement en revue (*supra* par. 127 à 135). Dans les deux séries d'affaires, il y a lieu de penser qu'un certain degré de faute avait été admis par l'Etat offensé, en considération soit du fait que le préjudice avait été infligé à des ressortissants ou des agents étrangers par des fonctionnaires (membres de la police ou des forces armées), soit du fait que les objets du préjudice étaient des personnes ou des locaux au titre desquels l'Etat lésé avait droit à une protection spéciale.

190. Bien entendu, on peut fort bien, à propos d'un certain nombre de ces affaires, se demander si et jusqu'à quel point la faute, active ou passive, d'un agent

vol. 51, 1968, p. 63. On signalera au passage que la référence de Luzzatto (*ibid.*, p. 58, note 13) au manuel de R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, 4^e éd., Palerme, Priulla, 1963, et à l'étude du Rapporteur spécial, *Gli enti soggetti...*, à propos du problème de « l'imputation », doit être rectifiée, car, en 1963, Quadri avait pris sur cette question, comme sur d'autres, une position différente de ce qu'elle était dans la première édition de son manuel en 1949. La position du Rapporteur spécial à l'égard de celle de Quadri est précisée dans « Stati e altri enti... », *loc. cit.*, p. 141 et suiv., par. 11 et note 8, par. 27, 28 et notes, par. 30 et notes ; et dans « L'Etat dans le sens du droit des gens... », *loc. cit.*, p. 297 et suiv., 325 et 326, 345, 358 (notes 305 et 306).

⁴³⁹ Le Rapporteur spécial se réfère en particulier aux considérations motivant les réparations satisfaisantes qui soulignent, en même temps qu'une fonction punitive ou afflictive, également présente dans de très nombreux autres exemples, le caractère intentionnel de l'acte incriminé. Dans l'affaire de la *Responsabilité de l'Allemagne*, il s'agissait « d'une peine infligée à l'Etat coupable et inspirée, comme les peines en général, par les idées de rétribution, d'avertissement et d'intimidation » (voir *supra* n. 42) ; dans l'affaire *Moke*, des dommages punitifs avaient été accordés pour sanctionner l'emploi illicite de la force (voir l'extrait de la sentence cité *supra* note 287). Et, dans l'affaire *Arends*, le surarbitre avait exprimé l'avis que : « le gouvernement défendeur [était] disposé à reconnaître sa responsabilité pour l'acte regrettable commis par ses fonctionnaires » (v. *supra* note 288). S'il ne fait pas de doute que, dans l'affaire *Tellini*, les demandes arrogantes du Gouvernement fasciste italien étaient totalement disproportionnées, celles qui avaient été formulées par la Conférence des ambassadeurs avaient été présentées dans des termes qui paraissaient impliquer une négligence assez grave de la part de la Grèce.

subalterne de l'Etat était effectivement la faute de cet Etat, ou si la responsabilité de celui-ci reposait sur un fondement purement objectif (le « risque étatique »). Une analyse plus approfondie et plus étendue de la jurisprudence s'imposerait, en tout état de cause, pour répondre à cette question⁴⁴⁰. Néanmoins, sous réserve

⁴⁴⁰ G. Palmisano prépare actuellement une étude sur ce problème : « Colpa dell'organo e colpa dello Stato nella responsabilità internazionale : spunti critici di teoria e prassi », à paraître dans *Comunicazioni e Studi*, Milan, vol. XIX, 1991.

des résultats d'une étude plus poussée (et compte tenu des observations des membres de la Commission), le Rapporteur spécial aurait tendance à penser qu'un Etat ne saurait être considéré comme exempt de toute faute lorsqu'il ne donne pas aux membres de son organisation — en particulier à ceux de la police et des forces armées — des instructions adéquates au sujet des devoirs, positifs et négatifs, qui leur incombent en matière de traitement des ressortissants et des agents étrangers.

CHAPITRE VI

Projets d'articles sur la réparation par équivalent, la satisfaction et les garanties de non-répétition

191. Le Rapporteur spécial propose les projets d'articles suivants :

Article 8. — Réparation par équivalent

1 (VARIANTE A). L'Etat lésé est fondé à exiger de l'Etat qui a commis un fait internationalement illicite une indemnisation pour tout dommage non couvert par la restitution en nature, dans la mesure nécessaire pour rétablir la situation qui existerait si le fait illicite n'avait pas été commis.

1 (VARIANTE B). Dans le cas et dans la mesure où la situation qui existerait si le fait internationalement illicite n'avait pas été commis n'est pas rétablie par la restitution en nature conformément aux dispositions de l'article 7, l'Etat lésé a le droit d'exiger de l'Etat qui a commis le fait illicite une indemnisation, dans la mesure nécessaire pour réparer tout dommage non couvert par la restitution en nature.

2. L'indemnisation visée par le présent article couvre tout dommage susceptible d'évaluation économique causé à l'Etat lésé par suite du fait illicite, y compris tout dommage moral subi par des ressortissants de l'Etat lésé.

3. L'indemnisation visée par le présent article s'étend à tout manque à gagner découlant du fait internationalement illicite.

4. Aux fins du présent article, le dommage découlant d'un fait internationalement illicite s'entend de tout préjudice lié à ce fait par un lien de causalité ininterrompu.

5. Lorsque le dommage en question est en partie dû à des causes autres que le fait internationalement illicite, notamment lorsque la négligence de l'Etat lésé a pu y contribuer, l'indemnité est réduite en conséquence.

Article 9. — Intérêts

1. Lorsque l'indemnité due pour manque à gagner consiste dans le versement d'intérêts sur une somme d'argent, lesdits intérêts :

a) Courent du premier jour qui n'a pas été pris en considération, aux fins de l'indemnisation, dans le calcul du montant accordé à titre de principal ;

b) Courent jusqu'au jour du paiement effectif.

2. Des intérêts composés sont accordés en tant que de besoin en vue d'assurer une indemnisation intégrale, et le taux d'intérêt appliqué est celui qui convient le mieux pour obtenir ce résultat.

Article 10. — Satisfaction et garanties de non-répétition

1. Dans la mesure où un fait internationalement illicite a causé à l'Etat lésé un dommage moral ou juridique qui n'est pas susceptible de réparation par la restitution en nature ou l'indemnisation, l'Etat qui a commis le fait illicite a l'obligation de fournir à l'Etat lésé une satisfaction adéquate sous la forme d'excuses, de dommages-intérêts symboliques ou punitifs, du châtiement des personnes responsables ou d'assurances ou de garanties contre la répétition, ou encore de plusieurs de ces mesures.

2. Il est tenu compte dans le choix de la forme ou des formes de satisfaction de l'importance de l'obligation violée et de l'existence ou du degré d'une intention délibérée ou d'une négligence de l'Etat qui a commis le fait illicite.

3. La constatation de l'illicéité du fait par un tribunal international compétent peut constituer en elle-même une forme appropriée de satisfaction.

4. En aucun cas une demande de satisfaction ne peut comporter d'exigences humiliantes pour l'Etat qui a commis le fait illicite ni de violation de l'égalité souveraine ou de la compétence nationale de cet Etat.

OUVRAGES CITÉS

- AGO, R.
- « La colpa nell'illecito internazionale », *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, t. III, Padoue, CEDAM, 1940 ; réimprimé dans *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati*, t. I, Naples, Jovene, 1978.
- « Le délit international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1939-II*, Paris, Sirey, 1947, t. 68 ; réimprimé dans *Scritti...*
- « Deuxième rapport sur la responsabilité des Etat », *Annuaire de la Commission du droit international, 1970*, vol. II, doc. A/CN.4/233.
- ANZILOTTI, D.
- « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers », *Revue générale de droit international public*, Paris, t. 13, 1906 ; réimprimé dans S.I.O.I. *Opere di Dionisio Anzilotti*, vol. II, *Scritti di diritto internazionale pubblico*, t. I, Padoue, CEDAM, 1956.
- « Sugli effetti dell'inadempieza di obbligazioni internazionali avveni per oggetto una somma di danaro », *Rivista di diritto internazionale*, Rome, t. 7, 1913.
- Corso di diritto internazionale*, vol. I, *Introduzione. Teorie generali*, 4^e éd., Padoue, CEDAM 1955.
- Cours de droit international*, trad. française de G. Gidel d'après la 3^e édition italienne, Paris, 1929.
- APOLLIS, G.
- « Le règlement de l'affaire du *Rainbow Warrior* », *Revue générale de droit international public*, Paris, vol. 91, 1987.
- ARANGIO-RUIZ, G.
- Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Milan, Giuffrè, 1951.
- La persona giuridica come soggetto strumentale*, Milan, Giuffrè, 1952.
- « Stati e altri enti (Soggettività internazionale) », *Novissimo Digesto Italiano*, Turin, vol. XVIII, 1971.
- « The normative role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations », with an appendix on « The concept of international law and the theory of international organisation », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1972-III*, Leyde, Sijthoff, 1974, t. 137.
- « L'Etat dans le sens du droit des gens et la notion du droit international », *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vienne, vol. 26, 1975-1976.
- The United Nations Declaration on Friendly Relations and the System of International Law*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1979.
- BATTAGLINI, G.
- « Amministrazione e sovranità nell'ex Territorio libero di Trieste (In margine a una attuale controversia) », *Studi in onore di Manlio Udina*, t. I, Milan, Giuffrè, 1975.
- « Convenzione europea, misure d'emergenza e controllo del giudice » *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, partie I, Milan.
- « Il riconoscimento internazionale di principi generali del diritto », *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, t. I, Milan, Giuffrè, 1987.
- BISSONNETTE, P.-A.
- La satisfaction comme mode de réparation en droit international* (thèse, Université de Genève), Annemasse, Imprimerie Grandchamp, 1952.
- BLUNTSCHLI, J. C.
- Das Moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, 3^e éd., Nördlingen, 1878.
- Trad. française de C. Lardy, *Le droit international codifié*, 5^e éd. rév. et augm., Paris, 1895.
- BOLLECKER-STERN, B.
- Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973.
- BROWNLIE, I.
- System of the Law of Nations: State Responsibility*, partie I, Oxford, Clarendon Press, 1983.
- ČEPELKA, Č.
- Les conséquences juridiques du délit en droit international contemporain*, Prague, Universita Karlova, 1965.
- CHENG, B.
- General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens, 1953.
- COMBACAU, J.
- « La responsabilité internationale », dans H. Thierry *et al.*, *Droit international public*, 4^e éd., Paris, Montchrestien, 1984.
- CONDORELLI, L.
- « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1984-VI*, Dordrecht, Nijhoff, 1988, t. 189.
- DESCAMPS, E. ET L. RENAULT
- Recueil international des traités du xv^e siècle, année 1903*, Paris.
- DOMINICÉ, CH.
- « La satisfaction en droit des gens », *Mélanges Georges Perrin*, Lausanne, Payot, 1984.
- DUMAS, J.
- « La responsabilité des Etats à raison des crimes et délits commis sur leur territoire au préjudice d'étrangers », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1931-II*, Paris, 1932, t. 36.
- DUPUY, P.-M.
- « Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1984-V*, Dordrecht, Nijhoff, 1986, t. 188.
- EAGLETON, C.
- The Responsibility of States in International Law*, New York, 1928.

- FALK, R. A.
« The Beirut raid and the international law of retaliation », *The American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 63, 1969.
- FAUCHILLE, P.
Traité de droit international public (8^e éd. du Manuel de droit international public de H. Bonfils), t. I, 1^{re} partie, Paris, 1922.
- FERRARI BRAVO, L.
Diritto internazionale e diritto interno nella stipulazione dei trattati, Pompei, Morano, 1965.
« Alcune riflessioni sui rapporti fra diritto costituzionale e diritto internazionale in tema di stipulazione di tratti », *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, t. I, Milan, Giuffrè, 1987.
- FEUSTEL, I.
Die Kompetenz-Kompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge in der italienischen Lehre, Berlin, Duncker & Humblot, 1977.
- FORLATI PICCHIO, M. L.
La sanzione nel diritto internazionale, Padoue, CEDAM, 1974.
- GARCÍA AMADOR, F. V.
« Sixième rapport sur la responsabilité internationale », *Annuaire de la Commission du droit international, 1961*, vol. II, doc. A/CN.4/134 et Add.1.
Principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad. Análisis crítico de la concepción tradicional, Madrid, Escuela de funcionarios internacionales, 1963.
- GIULIANO, M.
Diritto internazionale, vol. I, *La società internazionale e il diritto*, 2^e éd. avec la collaboration de T. Scovazzi et T. Treves, Milan, Giuffrè, 1983.
- GRAEFRATH, B.
« Responsibility and damages caused: Relationship between responsibility and damages », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1984-II*, La Haye, Nijhoff, 1985, t. 185.
- GRAY, C. D.
Judicial Remedies in International Law, Oxford, Clarendon Press, 1987.
- GUGGENHEIM, P.
Traité de droit international public, t. II, Genève, Georg, 1954.
- HACKWORTH, G. H.
Digest of International Law, vol. V, Washington (D. C.), 1943.
- HAURIOU, A.
« Les dommages indirects dans les arbitrages internationaux », *Revue générale de droit international public*, Paris, t. 31, 1924.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.
« International responsibility », in M. Sørensen, éd., *Manual of Public International Law*, Londres, Macmillan, 1968.
- KELSEN, H.
« Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht », *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vienne, vol. 12, 1932.
- KISS, A.-CH.
Répertoire de la pratique française en matière de droit international public, t. III, Paris, 1965.
- LA FONTAINE, H.
Pasicrisie internationale. Histoire documentaire des arbitrages internationaux, Berne, 1902.
- LAPRADELLE, A. DE ET N. POLITIS
Recueil des arbitrages internationaux, t. I (1798-1855), Paris, 1905; t. II (1856-1872), Paris, 1923; t. III (1872-1875), Paris, 1954.
- LATTANZI, F.
Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale, Milan, Giuffrè, 1983.
- LAUTERPACHT, H.
« Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1937-IV*, Paris, 1938, t. 62.
- LUZZATTO, R.
« Responsabilità e colpa in diritto internazionale », *Rivista di diritto internazionale*, Milan, vol. 51, 1968.
- MARTENS, G. F. DE
Nouveau Recueil général de Traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international, 2^e série, t. XX (1890-1894), Gotttingue, 1896; 2^e série, t. XXVII (1874-1896), Leipzig, 1902; 2^e série, t. XXIX (1885-1902), Leipzig, 1903; 2^e série, t. XXX (1879-1902), Leipzig, 1903; 2^e série, t. XXXIII (1886-1905), Leipzig, 1906.
- MOORE, J. B.
History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party, vol. IV, Washington (D. C.), 1898.
A Digest of International Law, vol. II, vol. V et vol. VI, Washington (D. C.), 1906.
- MORELLI, G.
Nozioni di diritto internazionale, 7^e éd., Padoue, CEDAM, 1967.
- NAGY, K.
« The problem of reparation in international law », in H. Bokor-Szegö, éd., *Questions of International Law, Hungarian Perspectives*, vol. 3, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1986.
- NATIONS UNIES
Recueil des sentences arbitrales, vol. I., numéro de vente : 1948.V.2; vol. II, numéro de vente : 1949.V.1; vol. III, numéro de vente : 1949.V.2; vol. IV, numéro de vente : 1951.V.1; vol. V, numéro de vente : 1952.V.3; vol. VI, numéro de vente : 1955.V.3; vol. VII, numéro de vente : 1956.V.5; vol. IX, numéro de vente : E/F.59.V.5; vol. X, numéro de vente : E/F.60.V.4; vol. XI, numéro de vente : E/F.61.V.4; vol. XII, numéro de vente : E/F.63.V.3; vol. XIX, numéro de vente : E/F.90.V.7.
- OPPENHEIM, L.
International Law: A Treatise, vol. I. *Peace*, 8^e éd. rév. par H. Lauterpacht, Londres, Longmans, Green, 1955.
- PALMISANO, G.
« Colpa dell'organo e colpa dello Stato nella responsabilità internazionale : spunti critici di teoria e prassi », *Comunicazione e Studi*, Milan, vol. XIX (à paraître en 1991).
- PERASSI, T.
Lezioni di diritto internazionale, 1^{re} partie, Rome, 1937.
- PERSONNAZ, J.
La réparation du préjudice en droit international public, Paris, 1939.

- POLITIS, N.
La justice internationale, Paris, 1924.
- PRZETACZNIK, F.
« La responsabilité de l'Etat à raison des préjudices de caractère moral et politique causés à un autre Etat », *Revue générale de droit international public*, Paris, t. 78, 1974.
- QUADRI, R.
Diritto internazionale pubblico, 1^{re} éd., Palerme, Priulla, 1949 ; 4^e éd., Palerme, Priulla, 1963.
- RALSTON, J. H.
Venezuelan Arbitrations of 1903, Washington (D. C.), 1904.
- REITZER, L.
La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international, Paris, 1938.
- REUTER, P.
« Le dommage comme condition de la responsabilité internationale », *Estudios de Derecho Internacional : Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, t. II, Madrid, Tecnos, 1979.
- RIPERT, G.
« Les règles de droit civil applicables aux rapports internationaux », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1933-II*, Paris, 1934, t. 44.
- ROTH, A.
Schadenersatz für Verletzungen Privater bei völkerrechtlichen Delikten, Berlin, 1934.
- ROUSSEAU, CH.
Droit international public, t. V : *Les rapports conflictuels*, Paris, Sirey, 1983.
- SALMON, J. J. A.
« Des « mains propres » comme condition de recevabilité des réclamations internationales », *Annuaire français de droit international*, 1964, Paris, vol. X.
- SALVIOLI, G.
« La responsabilité des Etats et la fixation des dommages et intérêts par les tribunaux internationaux », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1929-III*, Paris, 1930, t. 28.
- SCHOEN, P.
« Die völkerrechtliche Haftung der Staaten aus unerlaubten Handlungen », *Zeitschrift für Völkerrecht*, Breslau, vol. 10, supplément 2, 1917.
- SCHWARZENBERGER, G.
International Law, vol. I, *International Law as applied by International Courts and Tribunals*, 3^e éd., Londres, Stevens, 1957.
- SERENI, A. P.
Diritto internazionale, t. III, *Relazioni internazionali*, Milan, Giuffrè, 1962.
- SIMMA, B.
« Reflections on article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and its background in general international law », *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vienne, vol. 20, 1970.
- SOCIETÀ ITALIANA PER L'ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE (S.I.O.I.)
La prassi italiana di diritto internazionale, 1^{re} série (1861-1887), vol. II, Dobbs Ferry (N. Y.), Oceana Publications, 1970 ; 2^e série (1887-1918), vol. III, Dobbs Ferry (N. Y.), Oceana Publications, 1979.
- SOCIÉTÉ DES NATIONS
Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, t. III : *Responsabilité des Etats en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* (C.75.M.69.1929.V).
Idem, *Supplément au tome III* [C.75(a).M.69(a).1929.V].
- SPINEDI, M.
« Responsabilità internazionale », *Encyclopedia Giuridica*, 1985.
- STRISOWER, L.
Rapport sur « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers », *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1927, Bruxelles, vol. 33, t. I.
- STRUPP, K.
« Das völkerrechtliche Delikt », in F. Stier-Somlo, éd., *Handbuch des Völkerrechts*, vol. III, 1^{re} partie a, Stuttgart, 1920.
- SUBILIA, J.-L.
L'allocation d'intérêts dans la jurisprudence internationale (thèse, Université de Lausanne), Lausanne, Imprimerie Vaudoise, 1972.
- VERDROSS, A.
Völkerrecht, 5^e éd., Vienne, Springer, 1964.
- VERZIJL, J. H. W.
International Law in Historical Perspective, vol. VI, *Juridical Facts as Sources of International Rights and Obligations*, Leyde, Sijthoff, 1973.
- VISSCHER, CH. DE
« La responsabilité des Etats », *Bibliotheca Visseriana*, t. II, Leyde, 1924.
- WENGLER, W.
Völkerrecht, t. I, Berlin, Springer, 1964.
- WHITEMAN, M. M.
Damages in International Law, vol. I, Washington (D. C.), 1937.
Digest of International Law, vol. 5, Washington (D. C.), 1965 ; vol. 8, Washington (D. C.), 1967.
- WITENBERG, J. C.
Commission mixte de réclamations germano-américaine, t. I, Paris, 1926.

IMMUNITÉS JURIDICTIONNELLES DES ÉTATS ET DE LEURS BIENS

[Point 3 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/422 et Add.1*

Deuxième rapport sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, par M. Motoo Ogiso, rapporteur spécial

[Original : anglais]
[11 et 24 avril 1989]

TABLE DES MATIÈRES

		<i>Pages</i>
<i>Note</i>		66
INTRODUCTION	<i>Paragraphes</i> 1	67
<i>Sections</i>		
I. OBSERVATIONS GÉNÉRALES	2-19	67
Dispositions interprétatives (art. 3)	19	72
II. OBSERVATIONS SUR LA TROISIÈME PARTIE DU PROJET : [LIMITATIONS DE] [EXCEPTIONS À] L'IMMUNITÉ DES ÉTATS	20-41	72
Article 13 (Dommages aux personnes et aux biens)	20-22	72
Article 15 (Brevets d'invention, marques de fabrique ou de commerce et autres objets de propriété intellectuelle ou industrielle)	23	73
Article 18 (Navires en service commercial dont un Etat a la propriété ou l'exploitation)	24-31	73
Article 19 (Effet d'un accord d'arbitrage)	32-40	76
Article 20 (Cas de nationalisation)	41	79
III. OBSERVATIONS SUR LA QUATRIÈME PARTIE DU PROJET : IMMUNITÉ DES ÉTATS À L'ÉGARD DES MESURES DE CONTRAINTE CONCERNANT LEURS BIENS	42-46	79
Modifications proposées	46	80
Article 21 (Immunités des États à l'égard des mesures de contrainte)	46	80
Article 23 (Catégories spécifiques de biens)	46	80

* Incorporant les documents A/CN.4/422/Corr.1 et A/CN.4/422/Add.1/Corr.1.

NOTE

Instruments relatifs aux immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens
cités dans le présent rapport*Conventions multilatérales**Sources*

- Convention internationale pour l'unification de certaines règles concernant les immunités des navires d'Etat (Bruxelles, 10 avril 1926), dénommée ci-après « Convention de Bruxelles de 1926 »
SDN, *Recueil des Traités*, vol. CLXXVI, p. 199.
- et*
Protocole additionnel (Bruxelles, 24 mai 1934)
Ibid., p. 214.
- Convention européenne sur l'immunité des Etats et Protocole additionnel (Bâle, 16 mai 1972), dénommée ci-après « Convention européenne de 1972 »
Conseil de l'Europe, Série des traités européens, n° 74, Strasbourg, 1972.

Législations nationales

A l'exception de la loi australienne, les textes législatifs ci-après sont reproduits dans le volume de la série législative des Nations Unies : *Documentation concernant les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens* (numéro de vente : E/F.85.V.10), 1^{re} partie.

Sources

- AFRIQUE DU SUD
Foreign States Immunities Act, 1981 (loi de 1981 sur les immunités des Etats étrangers)
Republic of South Africa Government Gazette, Le Cap, vol. 196, n° 7849, 28 octobre 1981.
- AUSTRALIE
Foreign States Immunities Act 1985 (loi de 1985 sur les immunités des Etats étrangers)
Australie, *Acts of the Parliament of the Commonwealth of Australia passed during the year 1985*, Canberra, 1986, vol. II, p. 2696.
- CANADA
Loi de 1982 sur l'immunité des Etats
La Gazette du Canada, Partie III, Ottawa, vol. 6, n° 15, 22 juin 1982.
- ETATS-UNIS D'AMÉRIQUE
Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 (loi de 1976 sur les immunités des Etats étrangers)
United States Code, 1982 Edition, vol. 12, titre 28, chap. 97.
- PAKISTAN
State Immunity Ordinance, 1981 (ordonnance de 1981 relative à l'immunité des Etats)
The Gazette of Pakistan, Islamabad, 11 mars 1981.
- ROYAUME-UNI DE GRANDE-BRETAGNE
ET D'IRLANDE DU NORD
State Immunity Act 1978 (loi de 1978 relative à l'immunité des Etats)
Royaume-Uni, *The Public General Acts, 1978*, 1^{re} partie, chap. 33, p. 715.
- SINGAPOUR
State Immunity Act, 1979 (loi de 1979 sur l'immunité des Etats)
Nations Unies, *Documentation concernant les immunités juridictionnelles...*, p. 28 et suiv.

Introduction

1. Ce deuxième rapport du Rapporteur spécial porte, comme le précédent, sur l'ensemble du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens¹ que la Commission du droit international a adopté en première lecture, à sa trente-huitième session, en 1986, à l'issue d'un long examen. Dans son rapport préliminaire², présenté à la Commission, à sa quarantième session, en 1988, le Rapporteur spécial avait analysé les observations communiquées par les gouvernements de vingt-quatre Etats³, en réponse à la demande de la Commission, et il avait, compte tenu de ces observations, proposé des amendements pour certains articles. Le présent rapport complète le rapport préliminaire, aussi convient-il de se référer aux deux rapports pour la deuxième lecture du projet d'articles⁴.

¹ Pour le texte, voir *Annuaire... 1986*, vol. II (2^e partie), p. 8 et suiv.

² *Annuaire... 1988*, vol. II (1^{re} partie), p. 100, doc. A/CN.4/415.

³ Ces observations présentées avant le 24 mars 1988 et celles communiquées après cette date par les gouvernements de cinq autres Etats sont reproduites dans *Annuaire... 1988*, vol. II (1^{re} partie), p. 45, doc. A/CN.4/410 et Add.1 à 5.

⁴ On rappellera aussi, aux fins de la présente étude, les rapports suivants de l'ancien Rapporteur spécial : deuxième rapport, *Annuaire... 1980*, vol. II (1^{re} partie), p. 195, doc. A/CN.4/331 et Add.1 ; cinquième rapport, *Annuaire... 1983*, vol. II (1^{re} partie), p. 27, doc. A/CN.4/363 et Add.1 ; sixième rapport, *Annuaire... 1984*, vol. II (1^{re} partie), p. 5, doc. A/CN.4/376 et Add.1 et 2.

I. — Observations générales

2. Un examen approfondi des observations des gouvernements révèle un net clivage des points de vue en ce qui concerne le statut actuel de la règle de l'immunité des Etats au regard du droit international⁵. C'est à la lumière de ces deux grands courants que le Rapporteur spécial présentera ici quelques commentaires sur la règle de l'immunité, et indiquera la démarche qui lui semble convenir pour la codification du sujet. En fait, l'ancien Rapporteur spécial, M. Sucharitkul, avait examiné en détail, dans son deuxième rapport, la pratique des Etats concernant la règle de l'immunité, et il en avait conclu que, dans la pratique générale des Etats en tant que source du droit coutumier, il ne faisait aucun doute que le principe de l'immunité des Etats était fermement établi en tant que norme du droit international coutumier⁶. Or, à ce stade initial, la Commission, forte de cette conclusion, avait décidé d'entreprendre des travaux sur le sujet, et depuis lors, elle s'efforce de préciser la mesure dans laquelle le principe de l'immunité des Etats s'applique aux diverses activités des Etats étrangers.

3. Bien que le projet d'articles, qui a été adopté provisoirement en première lecture en 1986, doive être jugé par rapport aux principes acceptés du droit international et à la pratique des Etats qui se dégage actuellement, la Commission a déjà arrêté le principe fondamental sur lequel doit reposer le projet, à savoir qu'un Etat jouit de l'immunité à l'égard de la juridiction des tribunaux d'un autre Etat, avec certaines limitations ou

exceptions⁷. Dans son rapport préliminaire, le Rapporteur spécial a essayé de ne pas rouvrir le débat sur le fondement théorique de la règle de l'immunité de l'Etat. C'est la raison pour laquelle il n'a examiné en détail ni la pratique judiciaire, ni les législations nationales, ni les accords internationaux. Toutefois, après la présentation du rapport préliminaire, vers la fin de la quarantième session, certains membres de la Commission ont exprimé le désir d'être informés de façon plus précise de l'évolution récente de la pratique générale concernant l'immunité des Etats. Bien que l'ancien Rapporteur spécial en ait déjà traité d'excellente manière dans quelques-uns de ses rapports, c'est là un souhait tout à fait légitime, en particulier de la part des membres relativement récents de la Commission. Le présent Rapporteur spécial y accède bien volontiers, en récapitulant, dans le présent rapport, l'évolution récente de la pratique générale des Etats, sans toutefois revenir, de façon détaillée, sur le fondement théorique de la règle de l'immunité des Etats. Il convient cependant de souligner que, au stade de la deuxième lecture, il faut s'efforcer d'élaborer un nouvel accord multilatéral qui permette de concilier les intérêts souverains antagonistes découlant de l'application ou de la non-application de la règle de l'immunité des Etats, et non pas de se borner à confirmer le principe fondamental de la souveraineté dans ce domaine particulier.

4. Selon l'un des points de vue exprimés dans les observations des gouvernements, l'Etat est totalement

⁵ Voir doc. A/CN.4/415 (*supra* n. 2), par. 8 à 10.

⁶ Doc. A/CN.4/331 et Add.1 (*supra* n. 4), par. 90.

⁷ Voir doc. A/CN.4/415 (*supra* n. 2), par. 66 et 110.

exempt de la juridiction d'un tribunal étranger dans presque toutes les circonstances, à moins qu'il n'ait expressément consenti à se soumettre à cette juridiction. Pour les tenants de cette thèse, l'immunité absolue est une norme du droit international général et, en conséquence, les Etats qui ne la respectent pas violent le droit international. Plusieurs Etats, dont la Bulgarie, la Chine, la République démocratique allemande, l'Union soviétique et le Venezuela, se sont apparemment prononcés en faveur de la thèse de l'immunité absolue⁸. Celle-ci repose en partie sur le fait que pendant un certain temps dans le passé, c'était cette règle qui avait généralement été appliquée par les tribunaux de plusieurs Etats. Cependant, la doctrine de l'immunité absolue a cédé progressivement le pas à celle de l'immunité restreinte, et il semble donc qu'il n'existe désormais plus, en droit international coutumier, de règle exigeant automatiquement qu'un Etat octroie, en toutes circonstances, l'immunité de juridiction aux autres Etats⁹. On verra brièvement dans la suite du présent rapport comment des tribunaux nationaux en sont venus à adopter une conception restrictive de l'immunité.

5. La doctrine de l'immunité absolue paraissait bien ancrée dans la pratique judiciaire du XIX^e siècle. On peut évoquer, à titre d'exemple, la pratique de certains Etats. En France, la Cour de cassation, dans l'affaire du *Gouvernement espagnol c. Casaux* (1849)¹⁰ avait embrassé la doctrine de l'immunité absolue pour les actes de droit privé, en retenant comme principe général qu'un gouvernement ne pouvait pas être soumis à la juridiction d'un Etat étranger au sujet des engagements qu'il aurait contractés¹¹. Au début du siècle, les tribunaux allemands avaient eux aussi adhéré à la doctrine de l'immunité absolue. Par exemple, dans l'affaire *Hellfeld c. Fisc de l'Empire russe* (1910)¹², le Tribunal prussien des conflits de compétence avait estimé que la distinction entre l'Etat agissant dans l'exercice de sa souveraineté et l'Etat agissant en tant que personne morale de droit privé n'avait généralement pas été reconnue en droit international. Dans l'affaire des *Emprunts polonais* (1921)¹³, le même tribunal s'était de nouveau prononcé en faveur de la règle de l'immunité absolue en statuant que, selon le droit international, un Etat étranger, que ce fût en sa qualité de puissance publique ou de partie à des opérations relevant du droit privé, n'était pas soumis à la juridiction des tribunaux d'un autre Etat, sauf s'il y avait volontairement consenti et

si l'affaire concernait des biens immeubles¹⁴. Au Royaume-Uni, les tribunaux inférieurs avaient généralement suivi la doctrine de l'immunité absolue à partir de 1880, du moins pour ce qui était de la saisie ou de la saisie-arrêt de navires d'Etat étrangers¹⁵, bien que, dans l'affaire du « *Cristina* » (1938)¹⁶, certains membres de la Chambre des lords avaient réservé, en appel, leur position sur le point de savoir si cette doctrine était applicable en droit international¹⁷. Outre ces quelques exemples de jurisprudence, on a souvent dit que les tribunaux de nombreux pays, entre autres des Etats-Unis d'Amérique, d'Australie, d'Inde, d'Afrique du Sud, avaient adhéré dans le passé à la doctrine de l'immunité absolue¹⁸.

6. En revanche, même à cette époque, en particulier dans les années 20 et 30, les tribunaux belges¹⁹ et italiens²⁰ ont élaboré et appliqué la doctrine restrictive, qui refusait l'immunité aux Etats étrangers dans les instances découlant d'actes autres que les actes de souveraineté (*acta jure gestionis*). En 1879 déjà, un tribunal belge refusait l'immunité dans un procès ayant trait à un contrat de vente de guano, et faisait observer qu'il ne pouvait plus être question de souveraineté lorsqu'un gouvernement étranger « pose des actes et fait des contrats qui, de tout temps et partout, ont été considérés comme des contrats commerciaux, soumis à la juridiction des tribunaux de commerce »²¹. Dans sa conclusion à une étude approfondie de la pratique des Etats, publiée en 1933, un auteur estimait que la doctrine de l'immunité restreinte fondée sur la distinction entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis*, considérée comme étant « propre à la Belgique et à l'Italie, devait être étendue à la Suisse, à l'Egypte, à la Roumanie, à la France, à l'Autriche et à la Grèce »²². Depuis lors, la distinction entre actes *jure imperii* et actes *jure gestionis* a gagné du terrain et a été appliquée dans un certain nombre de pays de droit romain importants d'Europe occidentale²³.

7. Les activités commerciales des Etats s'étant rapidement développées, en particulier depuis 1945, le nombre d'Etats rejetant la doctrine de l'immunité absolue a continué de croître jusqu'à nos jours. Aux Etats-Unis, la Cour suprême, dans l'affaire *Berizzi Brothers Co. c. S. S. « Pesaro »* (1926)²⁴, avait confirmé l'immunité

¹⁴ Voir I. Sinclair, « The law of sovereign immunity. Recent developments », *Recueil des cours...*, 1980-II, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1981, t. 167, p. 130 et 131.

¹⁵ *Ibid.*, p. 121 à 127.

¹⁶ *The Law Reports, House of Lords, Judicial Committee of the Privy Council*, 1938, p. 485.

¹⁷ Voir Sucharitkul, *loc. cit.* (*supra* n. 11), p. 162.

¹⁸ Voir I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 3^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 328 et 329, note 5.

¹⁹ Voir Sucharitkul, *loc. cit.*, p. 132 à 135.

²⁰ *Ibid.*, p. 126 à 132.

²¹ Affaire *Rau, Vanden Abeele et Cie c. Duruty (Pasicrisie belge, 1879, Bruxelles, 2^e partie, p. 175)*.

²² E. W. Allen, *The Position of Foreign States before National Courts, Chiefly in Continental Europe*, New York, Macmillan, 1933, p. 301, cité dans Sinclair, *loc. cit.*, (*supra* n. 14), p. 134.

²³ Voir H. Lauterpacht, « The problem of jurisdictional immunities of foreign States », *The British Year Book of International Law*, 1951, vol. 28, p. 250 à 272.

²⁴ *United States Reports*, 1927, vol. 271, p. 562.

⁸ *Ibid.*, par. 11.

⁹ Certains Etats soutiennent néanmoins la thèse selon laquelle le principe de l'immunité juridictionnelle des Etats est universellement reconnu en droit international ; voir doc. A/CN.4/410 et Add.1 à 5 (*supra* n. 3), observations p. ex. de la Bulgarie, par. 3, et de la Chine, par. 1.

¹⁰ Dalloz, *Recueil périodique et critique de jurisprudence*, 1849, Paris, 1^{re} partie, p. 9 ; Sirey, *Recueil général des lois et des arrêts*, 1849, Paris, 1^{re} partie, p. 93.

¹¹ Voir S. Sucharitkul, « Immunities of foreign States before national authorities », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1976-I, Leyde, Sijthoff, 1977, t. 149, p. 140 et 141.

¹² *Zeitschrift für Internationales Recht*, Leipzig, 1910, vol. 20, p. 416 ; Sirey, *Recueil général des lois et des arrêts*, 1912, Paris, 4^e partie, p. 1.

¹³ *Annual Digest of Public International Law Cases, 1919-1922*, Londres, 1932, p. 116, affaire n^o 78.

d'un navire possédé et exploité par le Gouvernement italien et qui transportait des passagers et des marchandises aux Etats-Unis²⁵. Cependant, dans les affaires ultérieures, la Cour estima que l'octroi de l'immunité à un Etat était une question de politique nationale qui relevait de l'exécutif, et, par la suite, en 1952, le Département d'Etat annonça qu'il adhérerait à la doctrine de l'immunité restreinte dans ce que l'on a appelé la « lettre de Tate »²⁶. La position actuelle des Etats-Unis est régie par les dispositions de la loi de 1976 sur les immunités des Etats étrangers, *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, qui reposent sur la doctrine de l'immunité restreinte. De leur côté, les tribunaux du Royaume-Uni ont appliqué la doctrine restrictive dans l'affaire du « *Philippine Admiral* » (1975)²⁷. Dans cette affaire, la Commission judiciaire du Conseil privé (Judicial Committee of the Privy Council), rompant avec la tradition, a statué qu'un Etat étranger ne pouvait pas revendiquer l'immunité de juridiction dans une action réelle contre un navire si celui-ci était utilisé à des fins commerciales par le gouvernement dudit Etat²⁸. Il convient aussi de mentionner l'opinion de deux membres de la cour d'appel d'Angleterre, lord Denning and le juge Shaw, dans l'affaire *Trendtex Trading Corporation Ltd. c. Central Bank of Nigeria* (1977)²⁹. Selon eux, la Banque ne pouvait pas revendiquer l'immunité dans une action *in personam*, car la lettre de crédit à propos de laquelle le demandeur poursuivait la Banque était un document commercial. Comme lord Denning l'avait fait observer incidemment, la position de ces deux membres partait du principe qu'un Etat étranger n'avait pas droit à l'immunité lorsqu'il se livrait à une opération commerciale au Royaume-Uni³⁰. Quelque temps après, le Royaume-Uni promulgua la loi relative à l'immunité des Etats, *State Immunity Act 1978*, qui consacrait la doctrine de l'immunité restreinte.

8. En République fédérale d'Allemagne, dans l'affaire des *Chemins de fer danois en Allemagne* (1953)³¹, le tribunal de première instance de Kiel a rejeté catégoriquement la doctrine de l'immunité absolue qui prévalait jusqu'alors, en statuant qu'« un Etat d[evait] se soumettre à la juridiction des tribunaux étrangers pour les activités revêtant un caractère privé et civil », telles que l'exploitation, par une entreprise publique étrangère, d'un service d'autobus en Allemagne. Cette conception restrictive a également prévalu dans l'arrêt rendu en

1963 par la Cour constitutionnelle fédérale dans l'affaire *X c. Empire d'...* [Iran]³². Après avoir soigneusement étudié la pratique judiciaire d'autres Etats, les traités pertinents et les divers travaux de codification³³, la Cour s'était prononcée en faveur de la doctrine de l'immunité restreinte en statuant que :

Pour faire le départ entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis*, il faut se fonder sur la nature de l'opération accomplie par l'Etat ou des rapports juridiques qui en résultent, et non sur la motivation ou le but de l'activité de l'Etat. Tout dépend donc de ce que l'Etat étranger a agi dans l'exercice de son autorité souveraine, c'est-à-dire en tant que sujet de droit public, ou comme une personne privée, c'est-à-dire en tant que sujet de droit privé³⁴.

Les tribunaux d'autres pays ont suivi une approche analogue, par exemple la Cour suprême d'Autriche dans les affaires *Dralle c. République de Tchécoslovaquie* (1950)³⁵ et *Holubek c. Etats-Unis* (1961)³⁶; la cour d'appel de Bruxelles dans l'affaire *S. A. « Eau, gaz, électricité et applications » c. Office d'aide mutuelle* (1956)³⁷, et des tribunaux néerlandais dans les affaires *Krol c. Banque d'Indonésie* (1953)³⁸, *N. V. Cabolent c. Compagnie pétrolière nationale iranienne* (1968)³⁹ et *Parsons c. République de Malte* (1977)⁴⁰.

9. Par ailleurs, plusieurs lois nationales analogues à celles adoptées par les Etats-Unis d'Amérique et le Royaume-Uni ont été promulguées récemment dans d'autres pays, notamment à Singapour (1979), au Pakistan (1981), en Afrique du Sud (1981), au Canada (1982) et en Australie (1985). Ces textes législatifs refusent clairement le principe général de l'immunité absolue de l'Etat étranger et adhèrent au principe de l'immunité restreinte. L'attention a également été appelée sur la pratique conventionnelle pertinente, en particulier dans le domaine des activités commerciales d'un Etat étranger et de ses organismes. La Convention de Bruxelles de 1926 et son protocole additionnel de 1934 ne prévoyaient l'immunité de juridiction que pour les navires publics sans caractère commercial. Ce principe a été confirmé par la Convention de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë⁴¹, qui traite les navires d'Etat affectés à des fins commerciales de la même

²⁵ Voir Sucharitkul, *loc. cit.* (supra n. 11), p. 155; et G. M. Badr, *State Immunity: an Analytical and Prognostic View*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1984, p. 36.

²⁶ Publiée dans *The Department of State Bulletin*, Washington (D. C.), vol. 26, 1952, p. 984 et 985. Voir Sinclair, *loc. cit.* (supra n. 14), p. 161 à 163.

²⁷ *Owners of the ship « Philippine Admiral » c. Wallem Shipping (Hong Kong) Ltd.* (*The All England Law Reports*, 1976, vol. I, p. 78).

²⁸ Voir Badr, *op. cit.* (supra n. 25), p. 48 et 79; et Sinclair, *loc. cit.* (supra n. 14), p. 154 et 155.

²⁹ *The All England Law Reports*, 1977, vol. I, p. 881.

³⁰ Voir R. Higgins, « Recent developments in the law of sovereign immunity in the United Kingdom », *American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 71, 1977, p. 425 à 430. Voir aussi Badr, *op. cit.* (supra n. 25), p. 49 et 50; et Sinclair, *loc. cit.* (supra n. 14), p. 155 et 156.

³¹ *Juristenzeitung*, Tübingen, vol. 9, 1954, p. 117; *International Law Reports*, 1953; Londres, 1957, vol. 20, p. 178.

³² *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes*, Tübingen, 1964, vol. 16, p. 27; *International Law Reports*, Londres, 1972, vol. 45, p. 57; Nations Unies, *Documentation concernant les immunités juridictionnelles...*, p. 282.

³³ *International Law Reports*, vol. 45, p. 63 à 73.

³⁴ *Ibid.*, p. 80.

³⁵ *Österreichische Juristen Zeitung*, Vienne, vol. 5, 1950, p. 341, n° 356; *International Law Reports*, 1950, Londres, 1956, vol. 17, affaire n° 41, p. 155; *Journal du droit international* (Clunet), Paris, 77^e année, 1950, p. 749; Nations Unies, *Documentation concernant les immunités juridictionnelles...*, p. 183.

³⁶ *Juristische Blätter*, Vienne, vol. 84, 1962, p. 43; *International Law Reports*, Londres, 1970, vol. 40, p. 73; Nations Unies, *Documentation concernant les immunités juridictionnelles...*, p. 203.

³⁷ *Pasicrisie belge*, Bruxelles, 1957, 2^e partie, p. 88; *International Law Reports*, 1956, Londres, 1960, vol. 23, p. 205.

³⁸ *Nederlandse Jurisprudentie*, Zwolle, 1959, n° 164; *International Law Reports*, 1958-II, Londres, 1963, vol. 26, p. 180.

³⁹ *Nederlandse Jurisprudentie*, Zwolle, 1969, n° 484; *International Law Reports*, Londres, 1974, vol. 47, p. 138; Nations Unies, *Documentation concernant les immunités juridictionnelles...*, p. 344.

⁴⁰ Voir *Netherlands Yearbook of International Law*, 1978, vol. 9, p. 272 et 273.

⁴¹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 516, p. 205.

manière que les navires de commerce privés, abandonnant la distinction entre navires publics et navires privés fondée uniquement sur la qualité du propriétaire⁴².

10. Compte tenu de la pratique des Etats du XIX^e siècle à nos jours, brièvement esquissée ci-dessus, on ne saurait plus affirmer que la doctrine de l'immunité absolue est une norme universellement obligatoire du droit international coutumier⁴³. On peut toutefois faire valoir que la doctrine de l'immunité absolue continue d'être la norme sur laquelle peuvent compter les Etats qui ne consentent pas à sa modification. Mais, comme l'ancien Rapporteur spécial l'avait indiqué dans son sixième rapport⁴⁴, à moins que les tenants de l'immunité absolue ne produisent « une décision judiciaire reconnaissant l'immunité dans des cas où celle-ci n'aurait pas été accordée dans des pays partisans de l'immunité restreinte », le simple fait d'invoquer une doctrine contraire ou d'affirmer le principe de l'immunité absolue ne peut suffire pour faire pièce aux tendances restrictives⁴⁵. On ne saurait nier que « la pratique judiciaire des Etats qui avaient soutenu l'immunité absolue a radicalement changé »⁴⁶, et il n'existe donc pas de consensus général en faveur de l'immunité absolue.

11. Le Rapporteur se propose d'examiner maintenant la règle de l'immunité des Etats sous l'angle opposé. La question est de savoir si le droit international général laisse désormais toute latitude à un Etat de refuser, à son gré, l'immunité aux autres Etats. Si la règle de l'immunité des Etats est régie par le droit international, on peut supposer que celui-ci comporte une règle restreignant la liberté des Etats de refuser l'immunité aux autres Etats. Toutefois le problème de l'étendue de cette restriction n'a pas été résolu d'une façon qui permette d'aboutir à une formule précise susceptible d'emporter le consensus général. En fait, les tenants de la doctrine restrictive soutiennent que les actes d'un Etat étranger se répartissent entre deux catégories, les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis*, et que l'Etat étranger n'a droit à l'immunité que pour les actes de la première catégorie. Malheureusement, dans la pratique, cette distinction a suscité des difficultés lorsqu'on a voulu l'appliquer aux divers types d'activités des Etats⁴⁷. Il semble que cela soit une des raisons pour

lesquelles les tenants de la doctrine de l'immunité absolue répugnent à accepter la tendance restrictive⁴⁸.

12. Concernant cette distinction, on examinera ce qu'il est convenu d'appeler le critère du but ou de la nature de l'acte. Dans la conception restrictive, les actes *jure imperii* sont ceux accomplis par l'Etat « à des fins publiques », et l'immunité n'est ou ne doit être accordée que pour ces actes. Toutefois, le critère du but a été rejeté dans la pratique judiciaire et critiqué par certains auteurs au motif que tous les actes accomplis par un Etat sont réputés servir une fin publique⁴⁹. C'est pourquoi certains tribunaux ont estimé que l'élément déterminant était la nature de l'acte de l'Etat étranger⁵⁰. Selon ce critère, l'Etat étranger n'a pas droit à l'immunité si la nature de l'acte est telle qu'une personne privée peut l'accomplir. Toutefois, le critère de la nature de l'acte soulève lui aussi des difficultés. Un Etat étranger poursuivi pour l'inexécution d'un contrat conclu avec une personne privée ne devrait pas bénéficier de l'immunité. Or, si l'on suppose que les personnes privées en général n'ont pas à assurer l'entretien de forces armées, il s'ensuit que l'Etat étranger a droit à l'immunité dans une action découlant d'un contrat par lequel il s'est engagé à payer des fournitures destinées à ces forces armées⁵¹.

13. Pour ce qui est des difficultés suscitées par l'application du critère du but ou de la nature de l'acte, l'auteur d'un ouvrage, publié en 1988, fait observer, après examen de la pratique judiciaire actuelle d'un certain nombre de pays⁵², que si les affaires les plus récentes concernant des « contrats portant sur l'achat, le transport ou le financement de biens destinés à des travaux publics » dans un Etat étranger défendeur étaient presque toujours considérées comme des affaires commerciales n'ouvrant pas droit à l'immunité, des « situations tangentes » persistaient dans le cas des « services assurés par l'Etat dans des domaines comme les transports, les télécommunications ou l'enseignement »⁵³. Dans ces derniers cas, indique-t-il, la pratique judiciaire varie d'un pays à l'autre ou même d'un tribunal à l'autre au sein d'un même pays. Il souligne toutefois que

[...] Il se présentera toujours des cas tangents. Mais cette zone d'ombre peut être rétrécie si l'on a recours aux bons critères et si les tribunaux sont disposés à rechercher, au-delà des frontières nationales, des normes internationales communes⁵⁴.

On relèvera aussi que la même approche a été suggérée par Ian Brownlie en 1979. Selon lui, la « technique à laquelle il y a le moins à redire » consiste à préciser « les types particuliers d'activités ou de domaines, par

⁴² Voir Brownlie, *op. cit.* (*supra* n. 18), p. 329 ; voir aussi l'argumentation de la Cour constitutionnelle fédérale dans l'affaire *X c. République des Philippines* (1977) [Nations Unies, *Documentation concernant les immunités juridictionnelles...*, p. 310 et 311].

⁴³ Voir p. ex. Sinclair, *loc. cit.* (*supra* n. 14), p. 214 à 217.

⁴⁴ Doc. A/CN.4/376 et Add.1 et 2 (*supra* n. 4), par. 46.

⁴⁵ Badr se réfère également à cette « adhésion générale implicite à la règle de l'immunité restreinte » dans les termes suivants :

« [...] Il convient de souligner qu'on ne trouve aucune trace de protestation ou autre représentation diplomatique adressée au fil des années à l'un quelconque des Etats appliquant la règle de l'immunité restreinte par d'autres Etats déboutés par les tribunaux des premiers. Si le sentiment avait prévalu que, en droit international, les Etats étaient fondés à bénéficier de l'immunité de la juridiction des autres Etats, les « violations » de plus en plus nombreuses d'une telle règle du droit international général n'auraient pas manqué de susciter une réaction appropriée de la part des Etats « lésés » [...] » (*Op. cit.* [*supra* n. 25], p. 33 et 34.)

⁴⁶ Doc. A/CN.4/376 et Add.1 et 2 (v. *supra* n. 4), par. 47.

⁴⁷ Voir p. ex. Sinclair, *loc. cit.* (*supra* n. 14), p. 210 à 241.

⁴⁸ De l'avis de C. H. Schreuer, *State Immunity: Some Recent Developments*, Cambridge, Grotius Publications, 1988 :

[...] En réalité, l'un des principaux arguments des tenants de l'immunité absolue a toujours été qu'il est impossible de faire le départ entre ces deux types d'activités de l'Etat. [...] » (P. 41.)

⁴⁹ Voir p. ex. Brownlie, *op. cit.* (*supra* n. 18), p. 330 à 332.

⁵⁰ Voir p. ex. Sucharitkul, *loc. cit.* (*supra* n. 11), p. 187.

⁵¹ Voir p. ex. Sinclair, *loc. cit.* (*supra* n. 14) p. 213 et 214 ; et Brownlie, *op. cit.*, p. 331.

⁵² Schreuer, *op. cit.* (*supra* n. 48), p. 17 à 31.

⁵³ *Ibid.*, p. 18 et 26.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 41.

exemple l'exploitation d'un navire d'Etat à des fins commerciales », que l'on excepte de la règle de l'immunité, sans essayer de définir des critères généraux pour faire le départ entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis*⁵⁵.

14. Bref, il n'existe de définition unique et généralement acceptée ni des actes *jure imperii* ni des actes *jure gestionis*, bien qu'un certain nombre d'auteurs soient favorables au principe de l'immunité restreinte. Néanmoins, puisqu'il est désormais impossible de ne pas voir qu'il existe une « tendance claire et indubitable à reconnaître le principe que l'immunité juridictionnelle des Etats n'est pas sans limite »⁵⁶, le Rapporteur spécial estime que les actes *jure imperii* et *jure gestionis* doivent être précisés et définis en des termes juridiques objectifs.

15. C'est de ce point de vue que l'on examinera le libellé de l'article 6 du projet. Une des façons de formuler la règle générale de l'immunité de l'Etat pourrait être la suivante⁵⁷ :

Article 6. — Immunité des Etats

En règle générale, un Etat étranger est exempt de la juridiction d'un Etat du for pour les actes accomplis par lui dans l'exercice de son autorité souveraine, c'est-à-dire *jure imperii* ; il n'est toutefois pas exempt de cette juridiction dans les circonstances prévues dans les présents articles.

Cette formule n'accorde pas automatiquement l'immunité à l'Etat étranger dans les circonstances autres que celles visées dans le dernier membre de phrase, car celui-ci doit apporter la preuve que l'acte litigieux était un acte *jure imperii*, même s'il ne correspond à aucune des exceptions expressément prévues. Toutefois, une telle formule, imposant à l'Etat étranger la charge de prouver son droit à l'immunité n'a jamais été proposée et n'est pas celle qui a été adoptée dans l'article 6 actuel⁵⁸. En général, on part du principe que, si aucune des exceptions expressément prévues ne s'applique, l'Etat étranger a droit à l'immunité, et soit on commence par poser la règle générale de l'immunité

pour énumérer ensuite les exceptions où l'immunité est refusée à l'Etat étranger⁵⁹, soit on commence, au contraire, par énumérer les exceptions pour poser ensuite la règle générale de l'immunité en tant que règle supplétive⁶⁰.

16. C'est la première des variantes susmentionnées qui a été retenue dans l'article 6 du projet, mais les opinions sont partagées quant à l'addition éventuelle des mots mis entre crochets, « et des règles pertinentes du droit international général »⁶¹. Leur suppression risque de restreindre la juridiction de certains Etats dont les tribunaux appliquent déjà la règle de l'immunité restreinte⁶². Il est, en effet, concevable que certains des cas excluant l'immunité prévus par une législation nationale n'entrent pas parmi ceux visés dans le projet. Vu les éléments récents venant appuyer la doctrine de l'immunité restreinte, le maintien de ces mots ne serait pas illogique, car il ménagerait la possibilité de tenir compte du développement futur du droit sur la question.

17. D'un autre côté, retenir ces mots risque d'aboutir à la multiplication des exceptions à l'immunité en soumettant la disposition à l'interprétation unilatérale d'un tribunal de l'Etat du for, ce qui aboutirait à des restrictions indues concernant les actes *jure imperii*⁶³. Au cas où lesdits mots seraient supprimés pour cette raison ou toute autre raison, le Rapporteur spécial propose d'inclure, dans le projet, le nouvel article 6 *bis* ci-après afin de maintenir l'équilibre entre les deux points de vue exposés plus haut :

Article 6 bis

Nonobstant les dispositions de l'article 6, tout Etat partie peut, lors de la signature de la présente Convention ou du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'adhésion, ou à tout moment par la suite, faire une déclaration indiquant toute exception à l'immunité des Etats, en sus de celles prévues aux articles 11 à 19, dont ses tribunaux pourront exciper pour connaître d'une procédure engagée contre un autre Etat partie, à moins que cet autre Etat ne fasse objection dans les trente jours suivant la date de la déclaration. Les tribunaux de l'Etat ayant fait la déclaration ne pourront connaître d'une procédure relevant de l'exception à l'immunité des Etats visée dans la déclaration, si ladite procédure est engagée contre un Etat ayant fait objection à la déclaration. L'Etat ayant fait la déclaration ou l'Etat ayant fait objection peut retirer à tout moment sa déclaration ou son objection.

18. Il est encore trop tôt pour savoir si l'article 6 *bis* proposé emportera l'adhésion d'un grand nombre d'Etats, mais le Rapporteur spécial estime qu'il est

⁵⁵ Brownlie, *op. cit.* (*supra* n. 18), p. 331.

⁵⁶ Sinclair, *loc. cit.* (*supra* n. 14), p. 196.

⁵⁷ On trouvera un exemple de cette formule dans le projet de convention de Montréal sur l'immunité des Etats, adopté par l'Association de droit international à sa soixantième Conférence (Montréal, 29 août-4 septembre 1982), dont l'article II se lit comme suit :

« Article II. — Immunité de juridiction des Etats

« En règle générale, un Etat étranger est exempt de la juridiction des tribunaux d'un Etat du for pour les actes accomplis par lui dans l'exercice de son autorité souveraine, c'est-à-dire *jure imperii*. Il n'est pas exempt de cette juridiction dans les circonstances prévues à l'article III. »

(L'article III du projet prévoit plusieurs exceptions à l'immunité de juridiction.) Voir I.L.A., *Report of the Sixtieth Conference, Montreal, 1982*, Londres, 1983, p. 5 et suiv., résolution n° 6 : « State Immunity ».

⁵⁸ L'article 6, tel qu'il a été adopté en première lecture, est libellé comme suit :

« Article 6. — Immunité des Etats

« Un Etat jouit, pour lui-même et pour ses biens, de l'immunité de juridiction des tribunaux d'un autre Etat, sous réserve des dispositions des présents articles [et des règles pertinentes du droit international général]. » (Voir *supra* note 1.)

⁵⁹ Voir p. ex. la loi des Etats-Unis d'Amérique, *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, art. 1604 et 1605 ; la loi du Royaume-Uni, *State Immunity Act 1978*, art. 1, par. 1, et art. 2 à 11 ; le projet de convention de Montréal sur l'immunité des Etats (v. *supra* n. 57), art. II et III.

⁶⁰ Voir p. ex. la Convention européenne de 1972, art. 1 à 15.

⁶¹ Voir doc. A/CN.4/415 (*supra* n. 2), par. 59 à 65.

⁶² Voir doc. A/CN.4/410 et Add.1 à 5 (*supra* n. 3), observations p. ex. de la République fédérale d'Allemagne, par. 6 ; de l'Australie, par. 14 et 15 ; des Pays nordiques, par. 3 ; et de la Suisse, par. 23.

⁶³ *Ibid.*, observations de la Bulgarie, par. 9 ; de la République démocratique allemande, par. 15 ; et de l'URSS, par. 9.

compatible avec la tendance générale en faveur de l'application restrictive de la règle de l'immunité des Etats en droit international, qui se dégage actuellement de la pratique des Etats ; dans les cas autres que ceux visés aux articles 11 à 19, le projet ne préjuge pas l'étendue de l'immunité juridictionnelle déjà reconnue dans les Etats ayant fait la déclaration facultative prévue dans l'article 6 *bis* proposé. En tout état de cause, cette disposition favoriserait la formation d'une règle de droit international coutumier précise, qui pourrait être fondée sur la pratique judiciaire régulière et uniforme des Etats, ce qui ne s'est pas encore produit jusqu'à présent. A cet égard, le Rapporteur spécial estime que, si l'article 6 *bis* proposé prévoyant la déclaration facultative est adopté et si les mots figurant entre crochets dans l'article 6 actuel sont supprimés, il faudrait revoir l'article 28.

Dispositions interprétatives (art. 3)

19. Dans son rapport préliminaire, le Rapporteur spécial a proposé d'aligner le paragraphe 2 de l'article 3 sur le paragraphe 3 du nouvel article 2 présenté dans ce rapport⁶⁴, car plusieurs gouvernements étaient opposés au critère du but retenu dans l'ancien paragraphe, le jugeant subjectif ou artificiel. L'ancien paragraphe 2 de l'article 3 était une formule de compromis proposée par le Comité de rédaction à la trente-cinquième session⁶⁵. En effet, l'adoption du critère de la nature du contrat pour déterminer s'il s'agissait ou non d'un contrat commercial ayant suscité de sérieuses objections, la Commission avait dû rechercher un critère qui prendrait

⁶⁴ A/CN.4/415 (v. *supra* n. 2), par. 29.

⁶⁵ Voir *Annuaire... 1983*, vol. I, p. 300, 1805^e séance, par. 68.

aussi en compte la motivation de l'Etat étranger ou le but que celui-ci cherchait à atteindre en concluant le contrat avec une personne privée. Telle est la raison de la présence de ce paragraphe dans le projet. Toutefois ce double critère, en vertu duquel il faut tenir compte d'abord de la nature du contrat et ensuite de la pratique pertinente de l'Etat étranger, peut être source d'incertitude — la pratique de l'Etat n'étant pas nécessairement claire — et faire pencher vers la doctrine de l'immunité absolue. Selon une interprétation littérale du texte, le critère du but doit servir de critère complémentaire en cas de doute. Or, selon le commentaire relatif au paragraphe 2 de l'article 3, « s'il ressort de l'application du critère de la « nature » que le contrat ou l'accord peut être commercial, il est alors loisible à l'Etat de contester cette conclusion en prenant en considération le but du contrat ou de l'accord »⁶⁶. Comme un gouvernement en a fait la remarque, le but du contrat serait presque toujours déterminé unilatéralement⁶⁷. En fait, le double critère vise à protéger les efforts déployés par les pays en développement pour assurer leur développement économique national. Le Rapporteur spécial ne méconnaît certes pas cette nécessité, mais il lui apparaît que la formule figurant au paragraphe 3 du nouvel article 2 proposé fournirait un critère mieux équilibré. Selon cette formule, il convient de tenir compte en premier lieu de la nature du contrat, mais le but de ce dernier devrait être pris aussi en considération dans la mesure où il est clairement stipulé, dans un accord international entre les Etats concernés ou dans un contrat écrit entre l'Etat étranger et la partie privée, que le contrat sert un but d'intérêt public.

⁶⁶ *Annuaire... 1983*, vol. II (2^e partie), p. 38, par. 2 du commentaire.

⁶⁷ Voir doc. A/CN.4/410 et Add.1 à 5 (*supra* n. 3), observations du Royaume-Uni, par. 9.

II. — Observations sur la troisième partie du projet : [limitations de] [exceptions à] l'immunité des Etats

ARTICLE 13 (Dommages aux personnes et aux biens)

20. Ainsi que l'ancien Rapporteur spécial l'avait indiqué dans son cinquième rapport⁶⁸, les dispositions pertinentes des récents instruments de codification prévoient le refus de l'immunité pour les actes illégaux imputables à un Etat étranger ayant entraîné la mort, des dommages corporels ou matériels ou des pertes de biens. Ces dispositions exigent généralement la compétence territoriale pour que cette exception puisse jouer ; par exemple la loi du Royaume-Uni, *State Immunity Act 1978*, dispose, à l'article 5, al. b, qu'un Etat ne jouit pas de l'immunité dans les actions intentées à raison de certains préjudices ou dommages « résultant d'un fait (acte ou omission) accompli au Royaume-Uni ». L'article 13 du projet, quant à lui, comporte une deuxième

condition territoriale (suivant en cela de très près l'article 11 de la Convention européenne de 1972 : « l'auteur de l'acte ou de l'omission [doit être] présent sur ce territoire au moment de l'acte ou de l'omission ». Bien que, dans son rapport préliminaire, le Rapporteur spécial ait proposé de supprimer cette deuxième condition⁶⁹, l'exception de l'action en responsabilité ne jouerait pas dans le cas d'un délit ou quasi-délict commis à l'étranger ou autre acte dommageable transfrontière, en raison de la première condition territoriale : il faut que l'acte ou l'omission en cause se soit produit « en totalité ou en partie sur le territoire de l'Etat du for ».

21. S'agissant de la question de la responsabilité de l'Etat, l'illicéité de l'acte ou de l'omission visé à l'article 13 n'est pas déterminée par référence aux règles du

⁶⁸ Doc. A/CN.4/363 et Add.1 (v. *supra* n. 4), par. 86 à 98.

⁶⁹ Doc. A/CN.4/415 (v. *supra* n. 2), par. 141.

droit international. D'après le commentaire de l'article, « cette exception à la règle de l'immunité n'est applicable qu'aux cas dans lesquels l'Etat intéressé aurait été tenu de réparer en vertu de la *lex loci delicti commissi* »⁷⁰. Autrement dit, la loi applicable est en principe celle de l'Etat du for. Or le membre de phrase « l'acte ou l'omission qui est présumé attribuable à l'Etat » risque d'être interprété à tort comme étant régi par les règles générales en matière de responsabilité de l'Etat. Ce point devrait donc être éclairci, compte tenu des observations formulées par certains gouvernements.

22. Par ailleurs, si l'article 13 envisage littéralement l'atteinte à l'intégrité physique de la personne ou le dommage à un bien corporel, on peut craindre que sa portée ne soit jugée trop large et qu'il ne puisse alors recueillir l'adhésion d'un nombre important d'Etats. En fait, si l'on s'en tient à l'intention de la Commission telle qu'elle s'exprime dans le commentaire, l'article 13 est censé viser essentiellement les accidents qui se produisent communément sur le territoire de l'Etat du for. Le texte actuel de l'article 13, que la Commission a adopté en 1984, correspond à celui que l'ancien Rapporteur spécial avait présenté initialement en 1983 ; il avait été remplacé, dans l'intervalle, par une autre version qui s'appliquait uniquement aux accidents de la circulation pour lesquels on pouvait généralement se retourner contre une compagnie d'assurance⁷¹. Quoi qu'il en soit, la Commission devrait revoir la portée de cet article, compte tenu du fait que les actions en réparation découlant d'infractions pénales sont jusqu'ici très peu nombreuses dans la pratique.

ARTICLE 15 (Brevets d'invention, marques de fabrique ou de commerce et autres objets de propriété intellectuelle ou industrielle)

23. Certains pays en développement ont soulevé des objections au sujet de l'article 15, en faisant valoir qu'il aurait une incidence néfaste sur leur croissance et leur développement économiques. D'une manière générale, ils pensent que l'absence de dispositions visant à protéger la propriété industrielle ou intellectuelle est conforme à leur intérêt national, dans la mesure où la libre reproduction de toute nouvelle découverte technologique dans leur pays pourrait profiter à la société tout entière. Cependant, l'article 15 ne porte nullement atteinte à la liberté des Etats de choisir leurs propres politiques et de les appliquer sur leur territoire. En fait, il pose expressément deux conditions territoriales pour que l'exception proposée puisse jouer : tout d'abord, il faut que la violation alléguée se soit produite sur le territoire de l'Etat du for, et il faut ensuite qu'il s'agisse de droits protégés dans l'Etat du for. Selon l'article 15, un tribunal interne ne pourrait donc pas être habilité à statuer sur une violation survenue hors du territoire de l'Etat du for.

ARTICLE 18 (Navires en service commercial dont un Etat a la propriété ou l'exploitation)

24. Le Rapporteur spécial propose de supprimer le terme « non gouvernemental(es) », car, s'il est main-

tenu, les paragraphes 1 et 4 risquent d'être interprétés comme signifiant qu'un navire appartenant à un Etat et utilisé en service commercial jouit de l'immunité de juridiction à l'égard des autres Etats. Autrement dit, alors que tous les navires en service commercial exploités dans le cadre du système du commerce d'Etat pourraient invoquer l'immunité, les navires de commerce exploités dans le cadre du système de la libre entreprise seraient soumis à la juridiction locale. Pour un nombre important d'Etats, des effets juridiques aussi inévitables sont tout à fait inacceptables. On a fait remarquer que, dans les pays pratiquant le commerce d'Etat, l'Etat était certes propriétaire du navire, mais autorisait une entité distincte de lui à l'utiliser et à l'exploiter à des fins commerciales. En pareil cas, à moins qu'il n'autorise cette entité (l'« entreprise d'Etat » visée à l'article 11 *bis*, proposé par le Rapporteur spécial dans son rapport préliminaire⁷²) à être défendeur dans une action résultant de l'exploitation du navire, l'Etat devrait, en toutes circonstances, répondre à tous les chefs de demande liés à l'exploitation dudit navire. Cette proposition irait dans le sens de la tendance générale apparue dans des conventions internationales telles que la Convention de Bruxelles de 1926, la Convention de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë⁷³ et la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer⁷⁴. La Convention de Bruxelles reconnaissait que les navires appartenant à un Etat ou exploités par lui et leur cargaison étaient soumis à la juridiction locale au même titre que n'importe quel navire marchand privé, et que l'Etat ne pouvait invoquer l'immunité que pour les navires d'Etat qui étaient utilisés à des fins publiques ou non commerciales. On trouve une distinction analogue dans les conventions sur le droit de la mer, à savoir celle opérée entre les navires d'Etat utilisés à des fins commerciales et ceux utilisés à des fins non commerciales.

25. Si l'on suit l'esprit et la lettre de ces conventions internationales, le terme « non gouvernemental(es) » devrait être supprimé aux paragraphes 1 et 4 de l'article 18. Quant au paragraphe 6, le Rapporteur spécial considère qu'il devrait être reformulé, dans la mesure où il pourrait donner lieu de penser, à tort, que les Etats ne peuvent invoquer tous les moyens de défense, de prescription et de limitation de responsabilité qu'à l'occasion des actions liées à l'exploitation des navires et des cargaisons visés à l'article 18. Enfin, le Rapporteur spécial doute qu'à long terme les pays en développement tirent avantage du fait que l'on accorde l'immunité aux navires qu'ils possèdent ou exploitent. En effet, s'ils peuvent se soustraire aux actions liées à l'exploitation de ces navires et aux cargaisons transportées par ces derniers, les personnes privées des pays développés aussi bien que des autres pays en développement hésiteront à entretenir des rapports commerciaux avec les pays propriétaires ou exploitants desdits navires.

⁷² Doc. A/CN.4/415 (v. *supra* n. 2), par. 122.

⁷³ Voir *supra* note 41.

⁷⁴ *Documents officiels de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer*, vol. XVII (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.84.V.3), p. 157, doc. A/CONF.62/122.

⁷⁰ *Annuaire... 1984*, vol. 11 (2^e partie), p. 68, par. 2 du commentaire de l'article 14 (devenu article 13).

⁷¹ *Annuaire... 1983*, vol. II (2^e partie), p. 21 et 22, note 59.

26. S'agissant de l'article 18, deux gouvernements ont fait observer que l'introduction de la notion de biens d'Etat séparés dans le projet d'articles aiderait à la solution des problèmes relatifs aux navires en service commercial dont un Etat a la propriété ou l'exploitation⁷⁵. Pour tenir compte de ces observations et vu la nécessité d'une nouvelle disposition, semblable à l'article 11 *bis* proposé par le Rapporteur spécial dans son rapport préliminaire⁷⁶, le Rapporteur spécial propose de faire figurer, à la suite du paragraphe 1 de l'article 18, le paragraphe 1 *bis* suivant :

1 bis. Si une entreprise d'Etat, qu'il s'agisse d'un organisme ou d'une institution de l'Etat, exploite un navire appartenant à l'Etat et assurant un service commercial et que, en vertu des règles applicables de droit international privé, des contestations relatives à l'exploitation de ce navire relèvent de la juridiction d'un tribunal d'un autre Etat, le premier Etat est considéré comme ayant consenti à l'exercice de cette juridiction dans une procédure se rapportant à l'exploitation de ce navire, à moins que l'entreprise d'Etat qui a la possession et la disposition de biens d'Etat séparés n'ait la capacité de poursuivre ou d'être poursuivie dans cette procédure.

27. La Commission doit tenir dûment compte des différences fondamentales entre les deux grands systèmes politico-économiques qui existent aujourd'hui dans le monde, d'autant plus que leurs relations commerciales se développent. Toutefois les pays socialistes sont nettement avantagés, en théorie, parce que leurs entreprises commerciales sont partie intégrante de l'Etat et peuvent donc facilement avoir droit à l'immunité. C'est pour limiter cette possibilité que le Rapporteur spécial avait proposé l'article 11 *bis*. La même considération devrait s'appliquer dans le cas de l'article 18.

28. Un gouvernement a suggéré, à propos de l'article 18, que la Commission examine la question des aéronefs en service commercial dont un Etat a la propriété ou l'exploitation⁷⁷. Les traités relatifs à l'aviation civile internationale qui régissent cette question sont notamment les suivants :

a) La Convention portant réglementation de la navigation aérienne (Paris, 13 octobre 1919)⁷⁸, et plusieurs protocoles y portant modification ;

b) La Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international (Varsovie, 12 octobre 1929)⁷⁹ ;

c) La Convention pour l'unification de certaines règles relatives à la saisie conservatoire des aéronefs (Rome, 29 mai 1933)⁸⁰ ;

d) La Convention relative à l'aviation civile internationale (Chicago, 7 décembre 1944)⁸¹ ; et

e) La Convention relative aux dommages causés aux tiers à la surface par des aéronefs étrangers (Rome, 7 octobre 1952)⁸².

29. La Convention de Chicago de 1944, qui fait une distinction entre aéronefs d'Etat et aéronefs civils, ne s'applique qu'à ces derniers. Selon l'alinéa *b* de son article 3, sont considérés comme aéronefs d'Etat « les aéronefs militaires et ceux de douane ou de police ». Autrement dit, le simple fait d'appartenir à l'Etat ou d'être exploité par l'Etat ne fait pas d'un aéronef un aéronef d'Etat. Il est donc permis de conclure que l'immunité de l'Etat ne peut être invoquée dans des procédures relatives à des aéronefs dont un Etat a la propriété ou l'exploitation, sauf s'il s'agit d'aéronefs militaires, de douane ou de police⁸³. En d'autres termes, un aéronef dont un Etat étranger est le propriétaire ou l'exploitant est assimilé à un aéronef dont un particulier est le propriétaire ou l'exploitant (aéronef civil) et il est soumis à la juridiction de l'Etat dont le territoire est en cause conformément aux principes de la souveraineté territoriale (art. 1^{er}). La Convention de Chicago part donc du principe qu'un Etat ne peut invoquer l'immunité lorsqu'un aéronef dont il est le propriétaire ou l'exploitant et qui est utilisé à des fins commerciales fait usage des droits et privilèges reconnus par la Convention.

30. La Convention de Varsovie de 1929 fixe certaines règles uniformes relatives aux conditions du transport aérien international en ce qui concerne les documents utilisés pour ce transport et la responsabilité du trans-

⁸⁰ Dite « Convention de Rome de 1933 », *ibid.*, vol. CXCII, p. 289. Selon l'article 3 de cette convention, sont exempts de saisie conservatoire :

« a) Les aéronefs affectés exclusivement à un service d'Etat, poste comprise, commerce excepté ;

« b) Les aéronefs mis effectivement en service sur une ligne régulière de transports publics et les aéronefs de réserve indispensables ;

« c) Tout autre aéronef affecté à des transports de personnes ou de biens contre rémunération, lorsqu'il est prêt à partir pour un tel transport, excepté dans le cas où il s'agit d'une dette contractée pour le voyage qu'il va faire ou d'une créance née au cours du voyage. »

(Voir L. J. Bouchez, « The nature and scope of State immunity from jurisdiction and execution », *Netherlands Yearbook of International Law*, 1979, vol. 10, p. 27.)

La Conférence internationale de l'aviation civile (Chicago, 1^{er} novembre-7 décembre 1944), dans sa résolution n° VI, recommandait aux Etats représentés à la Conférence, et qui ne l'avaient pas encore fait, d'adhérer à la Convention de Rome ou de la ratifier, entre autres, parce que :

« [...] la saisie ou l'arrêt d'un aéronef sans que le créancier saisissant puisse invoquer un jugement exécutoire, obtenu préalablement dans la procédure ordinaire, ou un titre d'exécution équivalent, entrave la rapidité de mouvement des aéronefs dans le commerce international. » (*International Civil Aviation Conference. Final Act and Related Documents*, Washington (D. C.), 1945, Department of State, publication 2282, p. 38.)

⁸¹ Dite « Convention de Chicago de 1944 », Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 15, p. 295.

⁸² Dite « Convention de Rome de 1952 », *ibid.*, vol. 310, p. 181.

⁸³ Bouchez, *loc. cit.* (*supra* n. 80).

⁷⁵ Voir doc. A/CN.4/410 et Add.1 à 5 (*supra* n. 3), observations de la RSS de Biélorussie, par. 13 ; et de l'URSS, par. 15.

⁷⁶ Voir *supra* note 72.

⁷⁷ Voir doc. A/CN.4/410 et Add.1 à 5 (*supra* n. 3), observations de la Suisse, par. 30.

⁷⁸ Dite « Convention de Paris de 1919 », SDN, *Recueil des Traités*, vol. XI, p. 173.

⁷⁹ Dite « Convention de Varsovie de 1929 », *ibid.*, vol. CXXXVII, p. 11.

porteur. Mais elle ne prévoit aucune réserve relative à l'immunité des Etats. Il y a lieu de noter les dispositions suivantes :

Article premier

1. La présente Convention s'applique à tout transport international de personnes, bagages ou marchandises, effectué par aéronef contre rémunération. [...]

[...]

Article 2

1. « La Convention s'applique* aux transports effectués par l'Etat ou les autres personnes juridiques de droit public, dans les conditions prévues à l'article premier⁸⁴.

[...]

Par ailleurs, conformément à la Convention de Rome de 1952, les particuliers peuvent tenter des actions civiles en dommages-intérêts en cas de collision ou autre accident d'aéronef dont un Etat est le propriétaire ou l'exploitant, au moins dans le cadre de cet instrument international. Il convient de noter les dispositions ci-après :

Article 2

1. L'obligation de réparer le dommage visé à l'article premier de la présente Convention incombe à l'exploitant de l'aéronef.

2. a) Aux fins de la présente Convention, l'exploitant est celui qui utilise l'aéronef au moment où le dommage est survenu. Toutefois, est réputé être l'exploitant celui qui, ayant conféré directement ou indirectement le droit d'utiliser l'aéronef, s'est réservé la direction de sa navigation.

[...]

3. Le propriétaire inscrit au registre d'immatriculation est présumé être l'exploitant. [...]

Article 26

La présente Convention ne s'applique pas aux dommages causés par des aéronefs militaires, de douane ou de police.

Article 30

Aux fins de la présente Convention,

L'expression « personne » signifie toute personne physique ou morale, y compris un Etat ;

[...]

31. Le Rapporteur spécial est d'avis qu'en dehors des traités susmentionnés il n'existe pas de règle uniforme de droit international coutumier concernant l'immunité des aéronefs dont un Etat est le propriétaire ou l'exploitant. Dans un ouvrage paru en 1967, l'auteur faisait observer qu'il n'y avait pas de pratique uniforme à l'égard des aéronefs dont un Etat est le propriétaire ou l'exploitant, et que le Royaume-Uni accordait ordinairement l'immunité, en tenant compte dans chaque cas de la part de l'Etat dans la propriété ou l'exploitation⁸⁵. Pour les pays socialistes, les aéronefs affectés au

transport international sont propriété de l'Etat (c'est-à-dire un actif fixe géré par une entreprise d'Etat à des fins d'exploitation) et il n'y a généralement pas renonciation à l'immunité⁸⁶. Selon la loi soviétique, la compagnie aérienne soviétique Aeroflot n'est pas une personne morale et ne peut pas être poursuivie en dommages-intérêts dans un Etat étranger à raison de dommages résultant du transport aérien international⁸⁷. Mais, vu que l'Union soviétique est partie à la Convention de Varsovie de 1929 et à la Convention de Rome de 1952, on peut supposer qu'en dépit de sa position juridique cet Etat accepte, en réalité, la non-immunité des aéronefs commerciaux appartenant à l'Etat exploités par Aeroflot, conformément aux règles relatives à la responsabilité fixées par ces deux conventions. En dehors de ces deux traités, il n'existe guère de jurisprudence en la matière qui permette de dégager une pratique des Etats⁸⁸. Le Rapporteur spécial propose donc de s'en tenir, pour ce qui est de la question des aéronefs, aux principes exposés dans le commentaire

⁸⁶ Concernant notamment la position de la République démocratique allemande, voir F. Enderlein, « The immunity of State property from foreign jurisdiction and execution: Doctrine and practice of the German Democratic Republic », *Netherlands Yearbook of International Law*, 1979, vol. 10, p. 123. La République démocratique allemande est partie à la Convention de Varsovie de 1929 (qui avait été signée et ratifiée par l'Allemagne le 30 septembre 1933) en vertu d'une note du 1^{er} septembre 1955, par laquelle elle a déclaré qu'elle se considérait liée par ladite convention (voir C. N. Shawcross et K. M. Beaumont, *Air Law*, 3^e éd., Londres, Butterworth, 1975, appendice A, p. 7).

⁸⁷ Voir C. Osakwe, « A Soviet perspective on foreign sovereign immunity: Law and practice », *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville (Va.), vol. 23, 1983, p. 24 et 25. L'Union des Républiques socialistes soviétiques est partie à la Convention de Varsovie de 1929 depuis 1934 et à la Convention de Rome de 1952 depuis 1982.

⁸⁸ Quelques affaires en la matière ont été jugées aux Etats-Unis d'Amérique. Dans *Sugarman c. Aeromexico, Inc.* (1980) [*Federal Reporter, 2nd Series*, 1980, vol. 626, p. 270], le tribunal a estimé que la compagnie aérienne mexicaine avait renoncé à l'immunité des Etats dans l'action relative à l'exploitation des lignes à destination des Etats-Unis lorsqu'elle avait obtenu l'autorisation requise des transporteurs aériens étrangers sans invoquer l'exception relative à l'activité commerciale prévue à l'article 1605, al. a, 2, de la loi des Etats-Unis, *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* ; dans *Aboujdid c. Singapore Airlines* (1986) [*New York Supplement, 2nd Series*, vol. 503, p. 555], le tribunal a estimé que l'immunité des Etats ne s'appliquait pas aux transactions commerciales, même si les actes de négligence qu'auraient commis les compagnies aériennes s'étaient produits en dehors des Etats-Unis sans causer d'effet direct aux Etats-Unis. Dans *Barkanic c. General Administration of Civil Aviation of the People's Republic of China* (1987) [*Federal Reporter, 2nd Series*, 1987, vol. 822, p. 11 ; *United States Reports*, 1987, vol. 484, p. 964 (appel déclaré irrecevable)], le tribunal a estimé qu'une compagnie aérienne d'un Etat étranger relevait de sa juridiction si un passager américain achetait aux Etats-Unis un billet à un agent de la compagnie étrangère et utilisait effectivement son billet. En général, une compagnie aérienne dont un Etat étranger est le propriétaire ou l'exploitant est traitée comme un Etat étranger par la loi des Etats-Unis de 1976 susmentionnée, et elle doit renoncer à son immunité dans les actions concernant les lignes qu'elle exploite à destination ou à partir des Etats-Unis lorsqu'elle demande aux Etats-Unis l'autorisation exigée des transporteurs aériens étrangers. On peut supposer que les affaires qui se produisent en la matière sont presque toutes réglées par application des dispositions de la loi de 1976 aux contrats commerciaux ou aux transactions commerciales.

⁸⁴ Les « conditions » concernent ce qu'il faut entendre par transport international.

⁸⁵ G. Schwarzenberger, *A Manual of International Law*, 5^e éd., Londres, Stevens, 1967, p. 103.

ci-dessus, sans introduire une disposition spéciale les concernant dans l'article 18.

ARTICLE 19 (Effet d'un accord d'arbitrage)

32. En ce qui concerne les deux variantes figurant entre crochets à l'article 19, le Rapporteur spécial estime que les termes « une matière civile ou commerciale » sont préférables aux termes « un contrat commercial »⁸⁹. Si l'article 19 repose sur le consentement implicite, il n'y a pas de raison, lorsque les parties sont convenues de recourir à l'arbitrage, de lier le refus de l'immunité à une exception, telle qu'un contrat commercial⁹⁰. Le recours à l'arbitrage est d'ailleurs souvent prévu dans les contrats commerciaux conclus entre Etats et personnes privées de nationalité étrangère, mais cela ne semble pas être directement lié au fait que l'arbitrage soit reconnu comme exception à l'immunité. La plupart des lois adoptées récemment en matière d'immunité des Etats contiennent aussi une règle prévoyant la non-immunité, lorsqu'il existe des accords d'arbitrage, qui ne se rapportent pas nécessairement à des contrats commerciaux⁹¹. En outre, l'emploi des termes « matière civile » présenterait l'avantage de ne pas exclure les cas tels que l'arbitrage des différends nés du sauvetage d'un navire, qui peut ne pas être considéré comme uniquement commercial.

33. En ce qui concerne la mention d'un tribunal, l'article 19 emploie les termes « devant un tribunal d'un autre Etat, compétent en l'espèce », alors que, dans son sixième rapport, l'ancien Rapporteur spécial avait proposé les termes « un tribunal d'un autre Etat sur le territoire ou selon la loi duquel l'arbitrage doit avoir ou a eu lieu »⁹². Le Rapporteur spécial préfère cette dernière formule.

34. On dit parfois que l'arbitrage est une procédure particulière de règlement des différends, qui se distingue du règlement judiciaire⁹³, mais les tribunaux ordinaires

jouent un rôle de support dans l'arbitrage⁹⁴. Compte tenu de cette pratique juridique, l'article 19 introduit, dans le projet, le principe de non-immunité des Etats devant les tribunaux nationaux dans les procédures relatives à l'arbitrage, même si l'une des parties est un Etat étranger. Les modalités de cette fonction de supervision des tribunaux nationaux peuvent évidemment varier selon les règles pertinentes du droit interne de chaque pays. Selon le texte de l'article 19 et le commentaire y relatif, la supervision des arbitrages s'étend aux « questions se rapportant à l'accord d'arbitrage, telles que [...] l'interprétation et la validité [...] de l'accord d'arbitrage, la procédure d'arbitrage et l'annulation des sentences arbitrales »⁹⁵. Certaines lois nationales relatives à la procédure civile prévoient que l'annulation de la sentence arbitrale aura lieu pour des raisons d'ordre public. La Convention de New York de 1958⁹⁶ prévoit que l'annulation de la sentence arbitrale ne peut être ordonnée que par un tribunal de l'Etat dans lequel l'arbitrage a eu lieu.

35. A propos des procédures auxquelles s'étend le pouvoir de supervision d'un tribunal d'un autre Etat, le Qatar a suggéré d'ajouter, à l'alinéa c de l'article 19, la mention de la procédure relative à « la reconnaissance et l'exécution » de la sentence arbitrale⁹⁷. L'ancien Rapporteur spécial estimait, semble-t-il, que le sujet serait traité dans la quatrième partie du projet relative aux mesures d'exécution en général. A la trente-septième session, il s'est exprimé sur ce point comme suit : « L'arbitrage n'est pas non plus étranger aux mesures de saisie préliminaire à l'instance, de saisie-arrêt et de saisie-exécution, qui toutes seront examinées plus en détail dans la quatrième partie du projet⁹⁸. » Par ailleurs, lors de l'examen de l'article 19 (qui était alors l'article 20), il a exprimé l'opinion que, pour confirmer et faire exécuter la sentence arbitrale, certains tribunaux de l'Etat dans lequel a lieu l'arbitrage devront avoir une compétence allant au-delà du simple pouvoir

⁸⁹ Pour les observations des gouvernements, voir doc. A/CN.4/415 (*supra* n. 2), par. 193 à 199. Toutefois, à la trente-septième session, M. Razafindralambo a fait observer que « la formule en matière civile ou commerciale » peut poser un problème en matière d'investissement, car un contrat d'investissement est hybride *sui generis* et peut contenir des clauses relevant du droit administratif (clauses de travaux publics ou concernant les concessions, par exemple). » (*Annuaire... 1985*, vol. I, p. 234, 1917^e séance, par. 17.)

Sur ce point, Mann a fait valoir qu'une concession était aussi un contrat en droit interne selon le droit applicable dans un cas donné, même si la concession est un contrat de droit public et non un contrat commercial ordinaire. (F. A. Mann, « State contracts and international arbitration », *British Year Book of International Law*, 1967, vol. 42, p. 8.)

⁹⁰ Voir Schreuer, *op. cit.* (*supra* n. 48), p. 69.

⁹¹ La Convention européenne de 1972 parle, à l'article 12, d'arbitrage « en matière civile ou commerciale ». La loi du Royaume-Uni, *State Immunity Act 1978*, art. 9, le projet de convention de Montréal sur l'immunité des Etats (v. *supra* n. 57), art. III, et la loi australienne, *Foreign States Immunities Act 1985*, art. 17, traitent de l'arbitrage en général.

⁹² Doc. A/CN.4/376 et Add.1 et 2 (v. *supra* n. 4), par. 256 (art. 20).

⁹³ Voir p. ex. l'opinion de R.-J. Dupuy, arbitre unique dans l'affaire *Texaco et Calasiatic c. Gouvernement libyen* (1977) [*Journal du droit international* (Clunet), Paris, 104^e année, 1977, p. 359, par. 44 de la sentence], cité par M. Mahiou dans *Annuaire... 1985*, vol. I, p. 229, 1916^e séance, par. 28. Voir aussi doc. A/CN.4/410 et Add.1 à 5 (*supra* n. 3), observations de la Bulgarie, par. 12.

⁹⁴ Voir Schreuer, *op. cit.* (*supra* n. 48), p. 71 à 75 ; et le sixième rapport de l'ancien Rapporteur spécial, doc. A/CN.4/376 et Add.1 et 2 (*supra* n. 4), par. 247 et 248. Ce dernier faisait observer que

« [...] L'arbitrage peut être mis en œuvre dans le cadre d'un tribunal ou hors d'un tribunal. Même dans ce dernier cas, la procédure d'arbitrage n'échappe pas totalement au contrôle judiciaire (révision judiciaire, appel ou ordonnance d'*exequatur*). [...] » (*Ibid.*, par. 234.)

M. Razafindralambo a clairement reconnu ce rôle de support dans les termes suivants :

« [...] Une convention d'arbitrage implique nécessairement la renonciation à l'immunité de juridiction devant le tribunal arbitral, mais aussi devant une juridiction interne pour toute action relative à l'arbitrage. [...] » (*Annuaire... 1985*, vol. I, p. 234, 1917^e séance, par. 16.) L'action met en jeu des questions telles que la désignation des arbitres et la nécessité de faire appel, pour lesquelles les parties doivent s'adresser à un organe extérieur et impartial. »

⁹⁵ Voir *Annuaire... 1985*, vol. II (2^e partie) p. 64, par. 1 du commentaire de l'article 20.

⁹⁶ Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 10 juin 1958) [Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, p. 3].

⁹⁷ Selon cet Etat « Il faut pourtant énoncer le fait que l'exécution d'une sentence arbitrale peut dépendre de la participation judiciaire », voir A/CN.4/410 et Add.1 à 5 (*supra* n. 3), observations du Qatar, par. 9.

⁹⁸ *Annuaire... 1985*, vol. I, p. 240, 1918^e séance, par. 13.

de superviser l'arbitrage⁹⁹. Cette opinion serait juste, mais, comme l'avait fait observer feu M. Reuter, il y a, concernant l'exécution des sentences arbitrales, deux autres cas à envisager : a) celui de l'exécution de la sentence par un tribunal d'un autre Etat selon la loi duquel l'arbitrage a eu ou doit avoir lieu ; et b) celui de l'exécution par le tribunal d'un autre Etat où se trouve des biens sur lesquels l'exécution pourrait porter¹⁰⁰. Le Rapporteur spécial appelle donc l'attention de la Commission sur la question de l'exécution des sentences arbitrales dans l'article 19.

36. En dehors de la loi australienne, *Foreign States Immunities Act 1985*¹⁰¹, les lois récemment adoptées ne considèrent pas que le fait, pour un Etat, de se soumettre à l'arbitrage signifie qu'il renonce à l'immunité de juridiction à l'égard de l'exécution. Contrairement à l'article 19 du projet, elles ne mentionnent pas la question de l'exécution des sentences arbitrales¹⁰² ou elles ne l'abordent que dans les dispositions générales relatives à l'exécution¹⁰³. Dans la pratique des Etats, la question de savoir si l'Etat qui conclut un accord d'arbitrage ne peut pas invoquer son immunité dans les procédures relatives à l'exécution d'une sentence rendue contre lui semble donner lieu aussi à deux courants d'opinion contradictoires. L'un est que l'Etat doit être considéré comme ayant renoncé à son immunité à l'égard de l'exécution dans tout autre Etat où la sentence peut être exécutée. Ainsi, dans l'affaire *Ipirade International S. A. c. Federal Republic of Nigeria*¹⁰⁴, la société Ipirade a demandé¹⁰⁵ au tribunal de district du District de Columbia, aux Etats-Unis d'Amérique, de confirmer la sentence arbitrale rendue en Suisse, le 25 avril 1978, à l'encontre du Nigéria¹⁰⁶. Le tribunal a rendu la sen-

tence exécutoire, le 25 septembre 1978, au motif que le Nigéria avait renoncé à son immunité en concluant l'accord d'arbitrage¹⁰⁷. Le même tribunal a pris une position analogue dans l'affaire *Libyan American Oil Company (LIAMCO) c. Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste* (1980)¹⁰⁸. Ayant été saisi de la demande de la LIAMCO tendant à obtenir confirmation et exécution de la sentence arbitrale rendue en Suisse, le 12 avril 1977¹⁰⁹, le tribunal a estimé qu'en acceptant les clauses compromissaires des actes de concession la Libye avait implicitement renoncé à son immunité souveraine aux Etats-Unis, les clauses prévoyant que l'arbitrage pouvait avoir lieu où que ce soit. Cependant, bien que le tribunal ait reconnu sa compétence, il ne l'a pas exercée¹¹⁰. Saisie, à son tour, par la LIAMCO, la cour d'appel de Svea, en Suède, a décidé, dans son arrêt du 18 juin 1980, que l'acceptation d'une clause compromissoire par un Etat constituait une renonciation à son immunité, y compris à l'égard de l'exécution de la sentence¹¹¹.

37. Selon l'autre courant d'opinion, l'accord d'arbitrage peut ne pas être toujours considéré comme une renonciation à l'immunité de l'Etat dans les procédures concernant l'exécution. Conformément à l'amendement que l'on a proposé récemment d'apporter à la loi des Etats-Unis, *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, le fait d'accepter l'arbitrage reviendrait, pour un Etat étranger, à renoncer à l'immunité dans les procédures visant à obtenir la soumission obligatoire à l'arbitrage ou la confirmation, la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence, par exemple, a) si l'arbitrage a lieu aux Etats-Unis, ou b) si la sentence est régie ou peut être régie par un traité applicable aux Etats-Unis, qui exige la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales¹¹². Outre ces opinions, il y a lieu de noter qu'en Suisse le Tribunal fédéral a refusé d'exécuter la sentence arbitrale, qui avait été rendue en 1977, à Genève, à l'encontre de la Libye, parce que le fond du différend n'avait pas de « liens de rattachement suffisants » avec le for suisse¹¹³. La pratique des Etats étant assez

⁹⁹ *Ibid.* p. 239, par. 10. Dans son sixième rapport, il avait déclaré que :

« Lorsqu'un Etat s'engage par un instrument écrit à soumettre à l'arbitrage les différends qui se sont élevés ou qui peuvent s'élever entre lui-même et des personnes privées parties à une transaction, on est irrésistiblement amené à conclure (on pourrait même parler de présomption quasi absolue) que cet Etat a renoncé à son immunité juridictionnelle pour ce qui concerne toutes les questions pertinentes découlant de la procédure d'arbitrage, depuis la mise en route de celle-ci jusqu'à la confirmation par une décision judiciaire des sentences arbitrales et leur exécution*. [...] » (Doc. A.CN.4/376 et Add.1 et 2 [v. *supra* n. 4], par. 255.)

¹⁰⁰ *Annuaire...* 1985, vol. I, p. 232, 1916^e séance, par. 47.

¹⁰¹ La loi australienne (art. 17) reconnaît au tribunal un pouvoir de supervision dans les procédures : a) relatives à une affaire déferée pour avis à un tribunal ; b) ayant pour objet de régler une question relative à la validité ou à l'application de l'accord d'arbitrage ou à la procédure d'arbitrage ; ou c) concernant l'annulation de la sentence arbitrale. Elle prévoit en outre que l'Etat étranger ne bénéficie pas de l'immunité dans les procédures concernant « la reconnaissance du fait qu'une sentence rendue par suite de l'arbitrage, où qu'elle ait été rendue, a force obligatoire à toutes fins ou pour ce qui est de son exécution », dans certaines conditions.

¹⁰² Voir p. ex. la Convention européenne de 1972 et la loi des Etats-Unis, *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*.

¹⁰³ Voir p. ex. la loi du Royaume-Uni, *State Immunity Act 1978*, art. 13, par. 2 à 4, et le projet de convention de Montréal sur l'immunité des Etats (v. *supra* n. 57), art. VIII.

¹⁰⁴ *Federal Supplement*, 1979, vol. 465, p. 824 ; *International Law Reports*, Cambridge, 1982, vol. 63, p. 196.

¹⁰⁵ Conformément à l'article 5 de la Convention de New York de 1958 (v. *supra* n. 96), à laquelle le Nigéria et la Suisse étaient parties.

¹⁰⁶ Bien que le Nigéria ait refusé de participer à la procédure d'arbitrage, en invoquant l'immunité de l'Etat, cette sentence était considérée comme définitive et obligatoire par la loi suisse.

¹⁰⁷ L'accord prévoyait que l'exécution du contrat serait régie par la loi suisse et que tous différends nés du contrat seraient soumis à l'arbitrage de la Chambre de commerce internationale.

¹⁰⁸ *Federal Supplement*, 1980, vol. 482, p. 1175 ; *International Law Reports*, Cambridge, 1982, vol. 62, p. 220.

¹⁰⁹ Voir *International Law Reports*, vol. 62, p. 198.

¹¹⁰ Le différend n'étant pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage conformément à la loi des Etats-Unis, le tribunal n'a pas pu se prononcer sur la validité de la nationalisation en tant qu'acte de gouvernement. Voir Schreuer, *op. cit.* (*supra* n. 48), p. 79.

¹¹¹ Pour obtenir l'exécution de la sentence arbitrale du 12 avril 1977 susmentionnée (par. 36), la LIAMCO avait demandé à la cour qu'elle fût exécutée en tant que jugement suédois obligatoire (voir *International Law Reports*, vol. 62, p. 225). Toutefois deux juges ont exprimé une opinion dissidente, estimant qu'un Etat souverain n'était pas soumis à la juridiction des tribunaux suédois, ce qui s'appliquait aussi à l'*exequatur*, et que la clause compromissoire insérée dans les accords de concession ne pouvait pas être assimilée à une renonciation expresse du droit d'invoquer l'immunité (*ibid.*, p. 228).

¹¹² Voir T. B. Atkeson et S. D. Ramsey, « Proposed amendment of the Foreign Sovereign Immunities Act », *American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 79, 1985, p. 771.

¹¹³ *Jamahiriya arabe libyenne populaire et socialiste c. LIAMCO*, arrêt du Tribunal fédéral du 19 juin 1980 (*Annuaire suisse de droit*

(Suite de la note page suivante.)

confuse, peut-être la Commission préférera-t-elle s'abstenir de mentionner à l'article 19 la procédure relative à l'exécution des sentences arbitrales. Un auteur a noté que, « dans des décisions prises récemment aux Etats-Unis et dans d'autres pays, l'immunité d'exécution a été refusée à des Etats étrangers au motif qu'ils avaient accepté le recours à l'arbitrage »¹¹⁴, tandis qu'un autre estime que la pratique judiciaire la plus récente concernant l'exécution des sentences arbitrales est loin d'être claire¹¹⁵. Compte tenu de ces considérations, le Rapporteur spécial est d'avis que la question de l'exécution des sentences arbitrales est traitée correctement, quoique négativement, dans le projet, et il ne pense pas, comme le voudrait l'Australie, qu'il faille la traiter plus explicitement¹¹⁶.

38. Il reste encore une question concernant l'exécution des sentences arbitrales, au sujet de laquelle la Commission doit prendre clairement position, en réexaminant l'actuel article 19. En effet, en matière d'arbitrage, il existe au moins deux types d'exécution des sentences : d'une part, l'exécution au sens général du terme, qu'il conviendra de traiter dans la quatrième partie du projet, et, d'autre part, « la transformation de la sentence en un jugement ou en un acte équivalent en l'assortissant d'une ordonnance d'*exequatur* ou autre formule judiciaire analogue »¹¹⁷. Indépendamment de l'exécution de la sentence selon le premier type, la question qui se pose est de savoir si la procédure tendant à obtenir une ordonnance préliminaire d'*exequatur* fait partie des procédures dans lesquelles l'immunité de l'Etat ne peut pas être invoquée conformément à l'article 19. Si l'on considère que la procédure à engager pour trans-

former une sentence arbitrale en une décision d'un tribunal national est le « point final » de la procédure d'arbitrage et non le début de l'exécution, un Etat partie à un accord d'arbitrage devrait être considéré comme ne bénéficiant pas de l'immunité à l'égard de cette procédure¹¹⁸.

39. Si l'on part du principe que « la demande d'exécution n'a d'autre utilité que d'être un préalable à l'exécution »¹¹⁹, l'immunité de l'Etat pourrait être invoquée dans la procédure visant à obtenir l'ordonnance préliminaire, dans la mesure où l'Etat n'a pas consenti à se soumettre à la juridiction des tribunaux pour ce qui est de l'exécution effective. Par contre, si, en distinguant la reconnaissance d'une sentence de son exécution, l'on considère que la reconnaissance est « le complément naturel du caractère obligatoire de tout accord d'arbitrage et ne devrait pas être compromise par des considérations d'immunité souveraine »¹²⁰, l'immunité s'appliquerait au processus d'exécution mais non à la reconnaissance préalable de la sentence arbitrale.

40. A propos de cette question, il y a lieu de mentionner aussi la pratique des tribunaux français, qui fait une nette distinction entre la reconnaissance des sentences arbitrales et leur exécution effective. Ainsi, dans l'affaire *République fédérative socialiste de Yougoslavie c. Société européenne d'études et d'entreprises* (1970)¹²¹, le tribunal de grande instance de Paris a motivé sa décision comme suit :

Attendu qu'en souscrivant une clause compromissoire l'Etat yougoslave a accepté par là même de renoncer à ladite immunité de juridiction à l'égard des arbitres et de leur sentence, jusque et y compris la procédure d'*exequatur* nécessaire pour que celle-ci acquière son entière force,

Attendu que la renonciation à l'immunité de juridiction n'entraîne nullement renonciation à l'immunité d'exécution,

Attendu, il est vrai, que l'ordonnance d'*exequatur* de la sentence arbitrale litigieuse ne constitue pas un acte d'exécution mais simplement un acte préalable aux mesures d'exécution ; [...].

La cour d'appel de Paris a pris une position analogue dans l'affaire *Benvenuti et Bonfant SARL c. Gouvernement de la République populaire du Congo* (1980)¹²².

(Suite de la note 113.)

international, 1981, vol. 37, p. 217 ; *International Legal Materials*, Washington (D. C.), vol. 20, p. 151). Le litige ayant trait aux conséquences financières de l'annulation d'une concession pétrolière en Libye, le Tribunal fédéral a estimé que la Libye jouissait de l'immunité à l'égard de la décision de saisie que la LIAMCO avait obtenue du Tribunal de Zurich en 1977. Voir M. Blessing et T. Burckhardt, « Sovereign immunity: A pitfall in State arbitration? », *Recueil de travaux suisses sur l'arbitrage international*, Zurich, Schulthess, 1984, p. 113.

¹¹⁴ P. M. McGowan, « Arbitration clauses as waivers of immunity from jurisdiction and execution under the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 », *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, vol. 5, 1984, p. 430.

¹¹⁵ Schreuer, *op. cit.* (*supra* n. 48), p. 76. Voir aussi J. W. Dellapenna, *Suing Foreign Governments and their Corporations*, Washington (D. C.), The Bureau of National Affairs, 1988. Le raisonnement de Dellapenna est le suivant :

« Il n'existe de consensus entre les nations ni sur la reconnaissance des jugements étrangers, ni sur les moyens propres à exécuter les jugements contre des Etats étrangers. [...].

« Une fois obtenue à l'étranger la reconnaissance formelle d'un jugement rendu par un tribunal des Etats-Unis contre un Etat étranger, reste la question de savoir dans quelle mesure le droit du pays où doit avoir lieu l'exécution autorise l'exécution ou autres mesures de contrainte contre un Etat étranger. La plupart des pays ont longtemps suivi la tradition de l'immunité d'exécution absolue, même lorsqu'ils s'étaient fermement engagés à restreindre l'immunité de poursuites [...] [et] s'en tiennent probablement toujours à cette tradition. » (p. 401, 402 et 403.)

¹¹⁶ Voir doc. A/CN.4/410 et Add.1 à 5 (*supra* n. 3), observations de l'Australie, par. 37.

¹¹⁷ Mann, *loc. cit.* (*supra* n. 89), p. 18.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 19.

¹²⁰ Voir G. R. Delaume, *Transnational Contracts: Applicable Law and Settlement of Disputes*, Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana Publications, vol. II, fasc. 16 (1990), p. 18 et 19, chap. XIV, par. 14.03 (publication à feuillets mobiles). Dans l'affaire *République fédérative socialiste de Yougoslavie c. Société européenne d'études et d'entreprises* (v. par. 40), le tribunal de grande instance avait estimé, lui aussi, que l'ordonnance d'*exequatur* de la sentence arbitrale litigieuse

« [...] n'est [...] que la suite nécessaire de cette sentence, qu'elle en affirme la validité à toutes fins utiles et que son prononcé ne porte aucune atteinte à l'immunité d'exécution dont jouit l'Etat yougoslave. » (V. *infra* n. 121.)

¹²¹ *Journal du droit international* (Clunet), Paris, 98^e année, 1971, p. 131, et notamment p. 132 et 133 ; *International Law Reports*, Cambridge, 1984, vol. 65, p. 46 et suiv.

¹²² *Journal du droit international* (Clunet), Paris, 108^e année, 1981, p. 843, et notamment p. 845 ; *International Law Reports*, Cambridge,

Peut-être est-ce là une « méthode de traiter les demandes d'exécution des sentences arbitrales contre un Etat étranger qui est propre à la France »¹²³, mais le Rapporteur spécial pense qu'elle pourrait aider la Commission à repenser la question et il propose donc que la Commission examine la possibilité d'ajouter à l'article 19 l'alinéa *d* suivant :

d) la reconnaissance de la sentence arbitrale ;

étant entendu qu'il ne devrait pas être interprété comme impliquant la renonciation à l'immunité d'exécution.

ARTICLE 20 (Cas de nationalisation)

41. Les dispositions de l'article 20 du projet doivent être revues à la lumière de l'article 15. Or les pays en développement considèrent que, dans la mesure où leurs politiques économiques exigent l'expropriation ou la nationalisation de certaines entreprises ou industries qui risque de toucher des biens incorporels, l'alinéa *b*

de l'article 15 pourrait avoir pour effet d'entraver leur développement économique et industriel en portant atteinte à leur pouvoir de prendre des mesures d'expropriation ou de nationalisation à l'encontre des droits visés audit article. Certains membres de la Commission ayant exprimé des préoccupations identiques, l'article 20 a été proposé comme clause générale de sauvegarde¹²⁴. Le Rapporteur spécial estime que l'article 20 doit être maintenu dans le projet. En effet, un tribunal interne peut être appelé à statuer sur la légalité de mesures de nationalisation prises à l'étranger dans une action portant sur des droits de propriété intellectuelle ou industrielle. A supposer i) que la société A, constituée d'après les lois de l'Etat X, ait déposé un brevet dans cet Etat, ainsi que dans l'Etat Y, vers lequel la société A a exporté son produit, et ii) que, par la suite, l'Etat X ait nationalisé la société A puis demandé aux autorités de l'Etat Y de réémettre ou de réenregistrer le brevet dans l'Etat Y au nom de l'Etat X. Cela étant, si le service des brevets de l'Etat Y réémet le brevet au profit de l'Etat X et si la société A engage une action en violation de brevet, les tribunaux de l'Etat Y auront à statuer sur la validité de la mesure de nationalisation décidée par l'Etat X. Conformément à l'alinéa *b* de l'article 15, l'Etat X ne pourra pas invoquer son immunité devant le tribunal de l'Etat Y, et celui-ci pourra statuer sur la légalité de la nationalisation décidée par l'Etat X au regard des règles du droit international en vigueur. En pareil cas, abstraction faite des dispositions de l'article 20, le tribunal interne peut appliquer les règles du droit international en vigueur concernant la nationalisation.

1984, vol. 65, p. 89. Ce différend avait fait l'objet d'une sentence arbitrale, rendue en 1980 conformément à la Convention de Washington de 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 575, p. 158). A la requête de la Société Benvenuti et Bonfant, le tribunal de grande instance de Paris a déclaré cette sentence exécutoire, sous réserve qu'aucune mesure d'exécution ne pourra être prise par la Société sans l'autorisation préalable du tribunal. La Société s'est alors adressée à la cour d'appel de Paris pour obtenir la suppression de cette réserve. Bien que l'article 55 de la Convention de Washington prévoit qu'aucune des dispositions de l'article 54, qui régit la procédure de l'*exequatur* des sentences arbitrales, ne peut être interprétée comme faisant exception à l'immunité d'exécution, la cour d'appel a considéré que « l'ordonnance d'*exequatur* d'une sentence arbitrale ne constitue pas un acte d'exécution mais seulement un acte préalable aux mesures d'exécution ».

¹²³ Schreuer, *op. cit.* (*supra* n. 48), p. 77.

¹²⁴ Correspondant à l'ancien paragraphe 2 du projet d'article 11, voir *Annuaire... 1984*, vol. II (2^e partie), p. 62, note 200, et *ibid.*, p. 71, par. 12 du commentaire de l'article 16 (devenu article 15).

III. — Observations sur la quatrième partie du projet : immunité des Etats à l'égard des mesures de contrainte concernant leurs biens

42. Les gouvernements et les auteurs estiment, pour la plupart, que l'immunité à l'égard des mesures de contrainte est distincte de l'immunité juridictionnelle de l'Etat. Toutefois certains auteurs font valoir qu'en permettant aux plaignants d'intenter une action contre un Etat étranger pour les priver ensuite, par le jeu de l'immunité d'exécution, des bénéfices de leur action lorsqu'ils obtiennent gain de cause on les exposerait à la double frustration d'un jugement inexécutable et de dépens onéreux¹²⁵. Parmi les gouvernements, la Suisse souligne que l'immunité d'exécution n'est pas d'une nature autre que l'immunité de juridiction et que le projet de la commission s'écarte sensiblement de la Convention européenne de 1972 en ce qui concerne les

mesures d'exécution¹²⁶. La solution retenue dans la Convention européenne de 1972 est compliquée. Elle pose comme règle fondamentale l'interdiction générale des mesures de contrainte, sous réserve de la possibilité d'une renonciation expresse, mais elle prévoit que les Etats contractants ont l'obligation directe de respecter (volontairement) tout jugement rendu contre eux. En cas d'inobservation, la partie se prévalant du jugement a la faculté soit d'engager des poursuites devant les tribunaux de l'Etat contre lequel le jugement a été prononcé, soit, en vertu du protocole additionnel, d'intenter une action devant un tribunal spécial, le Tribunal européen en matière d'immunité des Etats. Les Etats

¹²⁵ Voir Schreuer, *op. cit.* (*supra* n. 48), p. 125.

¹²⁶ Voir doc. A/CN.4/410 et Add.1 à 5 (*supra* n. 3), observations de la Suisse, par. 31.

parties ont également la possibilité de faire une déclaration facultative rétablissant la possibilité de mesures de contrainte. Entre Etats ayant fait cette déclaration, les jugements rendus dans une procédure relative à une activité industrielle ou commerciale peuvent être exécutés sur les biens, utilisés exclusivement pour une telle activité, de l'Etat contre lequel le jugement a été prononcé. Le régime de la Convention européenne, qui repose sur l'obligation faite aux Etats parties de respecter volontairement le jugement prononcé contre eux, est difficilement transposable tel quel.

43. Outre la renonciation à l'immunité, la loi du Royaume-Uni, *State Immunity Act 1978*, autorise l'exécution d'un jugement ou d'une sentence arbitrale sur un bien qui est pour l'instant utilisé ou destiné à être utilisé à des fins commerciales. La loi des Etats-Unis, *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, pose comme règle générale l'immunité à l'égard des mesures d'exécution, tout en prévoyant un certain nombre d'exceptions. Celles-ci ne concernent, toutefois, que les biens commerciaux. L'une des différences entre la loi du Royaume-Uni et celle des Etats-Unis est que cette dernière ne prévoit la renonciation éventuelle à l'immunité qu'en ce qui concerne les biens commerciaux, alors que, selon la loi du Royaume-Uni, la renonciation est également possible dans le cas de biens non commerciaux. La tendance générale dans les Etats européens est de permettre l'exécution sur les biens commerciaux, mais non pas sur les biens destinés à des fins publiques. L'article 21 du projet a été rédigé dans ce sens. Le seul point qui reste à examiner est celui de savoir si le membre de phrase, à l'alinéa *a*, « et n'aient un lien avec l'objet de la demande ou avec l'organisme ou l'institution contre lequel la procédure a été intentée » doit être supprimé, comme l'ont suggéré plusieurs gouvernements¹²⁷. Cette suggestion, si elle est retenue, permettrait de mieux rendre compte de la pratique dans les pays européens, sinon, on pourrait ajouter, au début de l'article, les mots « A moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement », pour répondre en partie aux préoccupations des pays qui préfèrent la suppression du membre de phrase à l'alinéa *a*.

44. Les comptes bancaires d'un Etat sont souvent visés par les mesures de contrainte. On pourrait soit voir dans ces comptes des actifs commerciaux par nature qui ne peuvent pas être réputés destinés à un quelconque service public, soit estimer que le simple fait qu'il y ait une possibilité d'utilisation à des fins publiques dans le futur suffit pour considérer que le compte bancaire jouit de l'immunité. Les deux points de vue sont quelque peu extrêmes. Dans l'affaire de la *National Iranian Oil Company* (NIOC) [1983]¹²⁸ concernant la saisie des avoirs de la NIOC déposés dans diverses banques de la République fédérale d'Allemagne, la Cour constitutionnelle fédérale a estimé que la simple possibilité d'une utilisation future des fonds dans l'exercice de la puissance publique ne fondait pas l'immunité. Un arrêt analogue avait été rendu par le tribunal de Francfort dans l'affaire *Nonresident Peti-*

¹²⁷ *Ibid.*, observations de l'Australie, par. 39 ; du Canada, par. 2 ; du Qatar, par. 11 ; des Pays nordiques, par. 11 ; du Royaume-Uni, par. 33, *c* ; et de la Suisse, par. 31.

¹²⁸ *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes*, Tübingen, 1984, vol. 64, p. 1 ; *International Law Reports*, Cambridge, 1984, vol. 65, p. 215.

tioner c. Central Bank of Nigeria (1975)¹²⁹. Les fonds déposés sur les comptes bancaires qui sont placés sous le contrôle d'une mission diplomatique ou consulaire sont présumés être destinés à une fin publique et jouissent, par conséquent, de l'immunité¹³⁰. Selon la loi du Royaume-Uni, il y a immunité d'exécution « s'il a été établi que l'Etat réservait le compte bancaire exclusivement [...] au règlement des dettes contractées dans des transactions commerciales »¹³¹, la charge de la preuve retombant sur la partie qui se prévaut du jugement. En conséquence, l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 23, tel qu'il est libellé actuellement, semble rendre compte assez clairement du droit coutumier.

45. Concernant les biens des banques centrales, la cour d'appel d'Angleterre a refusé à deux reprises l'immunité à la Banque centrale du Nigéria¹³². En revanche, la loi des Etats-Unis, *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, fait bénéficier de l'immunité de saisie et d'exécution les biens détenus, pour son compte propre, par une banque centrale ou une autorité monétaire étrangère. On pourrait, eu égard aux dispositions de la loi des Etats-Unis ainsi qu'aux remarques de la République fédérale d'Allemagne¹³³, reformuler l'alinéa *c* du paragraphe 1 de l'article 23 comme suit : « *c*) les biens de la banque centrale ou d'une autre autorité monétaire qui sont situés sur le territoire d'un autre Etat et servent à des fins monétaires, à moins qu'ils n'aient été réservés ou affectés comme prévu à l'alinéa *b* de l'article 21 », et supprimer, par conséquent, le paragraphe 2.

Modifications proposées

46. Le Rapporteur spécial propose d'apporter aux articles 21 et 23 les modifications suivantes :

ARTICLE 21 (Immunités des Etats à l'égard des mesures de contrainte)

Ajouter, au début de l'article, les mots : « A moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement ».

ou

Supprimer, à l'alinéa *a*, le membre de phrase : « et n'aient un lien avec l'objet de la demande ou avec l'organisme ou l'institution contre lequel la procédure a été intentée ».

ARTICLE 23 (Catégories spécifiques de biens)

Ajouter, à la fin de l'alinéa *c* du paragraphe 1, les mots : « et servent à des fins monétaires ».

¹²⁹ *Neue Juristische Wochenschrift*, Francfort, vol. 23, 1976, p. 1044 ; *International Legal Materials*, Washington (D. C.), vol. 16, 1977, p. 501 ; et Nations Unies, *Documentation concernant les immunités juridictionnelles...*, p. 290 et suiv.

¹³⁰ La Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 500, p. 95) ne contient pas de dispositions expresses sur les comptes bancaires.

¹³¹ Opinion de lord Diplock dans *Alcom Ltd. c. Republic of Colombia* (1984), *The All England Law Reports*, 1984, vol. 2, p. 13.

¹³² Voir *Trendtex Trading Corporation Ltd. c. Central Bank of Nigeria* (1977) [v. *supra* n. 29] ; et *Hispano Americana Mercantil S. A. c. Central Bank of Nigeria* (1979) [*Lloyd's Law Reports*, 1979, vol. 2, p. 277 ; Nations Unies, *Documentation concernant les immunités juridictionnelles...* p. 449].

¹³³ Voir A/CN.4/410 et Add.1 à 5 (*supra* n. 3), observations de la République fédérale d'Allemagne, par. 31.

STATUT DU COURRIER DIPLOMATIQUE ET DE LA VALISE DIPLOMATIQUE NON ACCOMPAGNÉE PAR UN COURRIER DIPLOMATIQUE

[Point 4 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/420

Commentaires et observations des gouvernements

[Original : anglais]
[30 mars 1989]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
<i>Note</i>	81
INTRODUCTION	82
COMMENTAIRES ET OBSERVATIONS DES ETATS-UNIS D'AMÉRIQUE	82

NOTE

Conventions multilatérales mentionnées dans le présent document

Sources

Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Vienne, 18 avril 1961)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 500, p. 95.
Convention de Vienne sur les relations consulaires (Vienne, 24 avril 1963)	<i>Ibid.</i> , vol. 596, p. 261.
Convention sur les missions spéciales (New York, 8 décembre 1969)	Nations Unies, <i>Annuaire juridique 1969</i> (numéro de vente : F.71.V.4), p. 130.
Convention de Vienne sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (Vienne, 14 mars 1975) [dénommée ci-après « Convention de Vienne de 1975 sur la représentation des Etats »]	<i>Id.</i> , <i>Annuaire juridique 1975</i> (numéro de vente : F.77.V.3), p. 90.

Introduction

1. A sa trente-huitième session, tenue en 1986, la Commission du droit international a adopté provisoirement, en première lecture, le projet d'articles sur le statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique non accompagnée par un courrier diplomatique¹. La Commission a décidé que, conformément aux articles 16 et 21 de son statut, le projet d'articles serait transmis, par l'intermédiaire du Secrétaire général, aux gouvernements pour commentaires et observations à ce sujet, en les priant d'adresser ces commentaires et observations au Secrétaire général avant le 1^{er} janvier 1988².

2. Au paragraphe 9 de sa résolution 41/81 du 3 décembre 1986, et au paragraphe 10 de sa résolution 42/156 du 7 décembre 1987, l'une et l'autre intitulée « Rapport de la Commission du droit international »,

¹ Le texte du projet d'articles figure dans *Annuaire... 1986*, vol. II (2^e partie), p. 25 et suiv.

² *Ibid.*, p. 25, par. 32.

l'Assemblée générale a prié instamment les gouvernements d'accorder toute leur attention à la demande de la Commission du droit international tendant à ce que lui soient communiqués des commentaires et des observations concernant le projet d'articles sur le statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique non accompagnée par un courrier diplomatique.

3. Comme suite à la demande de la Commission, le Secrétaire général a adressé aux gouvernements des lettres circulaires datées du 25 février 1987 et du 22 octobre 1987, respectivement, les invitant à présenter leurs commentaires et observations avant le 1^{er} janvier 1988.

4. Les réponses reçues en 1988 figurent dans le document A/CN.4/409 et Add.1 à 5³. Une autre réponse, reçue le 29 mars 1989, est reproduite ci-après.

³ Reproduit dans *Annuaire... 1988*, vol. II (1^{re} partie), p. 127.

COMMENTAIRES ET OBSERVATIONS DES ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE

[Original : anglais]
[23 mars 1989]

1. La Commission du droit international a élaboré un projet d'articles sur le statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique non accompagnée par un courrier diplomatique, qu'elle a adopté provisoirement, en première lecture, à sa trente-huitième session tenue en 1986¹. Elle a ensuite communiqué le projet d'articles aux gouvernements, par l'intermédiaire du Secrétaire général, en les priant d'adresser leurs commentaires et observations au Secrétaire général, qui les transmettrait à la Commission. Le projet d'articles a été examiné par la Sixième Commission au cours des quarante et unième, quarante-deuxième et quarante-troisième sessions de l'Assemblée générale. Les États-Unis d'Amérique, comme d'autres gouvernements, ont présenté leurs vues sur le projet d'articles à la Sixième Commission².

¹ Le texte du projet d'articles figure dans *Annuaire... 1986*, vol. II (2^e partie), p. 25 et suiv.

² Voir à cet égard les « Résumé thématique établi par le Secrétariat des débats de la Sixième Commission sur le rapport de la CDI durant la quarante et unième session de l'Assemblée générale » (A/CN.4/L.410), sect. C, « Résumé thématique... » des débats de la quarante-deuxième session (A/CN.4/L.420), sect. F.3, et « Résumé thématique... » des débats de la quarante-troisième session (A/CN.4/L.431), sect. E. Voir aussi les commentaires et observations des gouvernements transmis à la Commission, par l'intermédiaire du Secrétaire général, publiés dans *Annuaire... 1988*, vol. II (1^{re} partie), p. 127, doc. A/CN.4/409 et Add.1 à 5.

2. Le Rapporteur spécial a analysé, dans son huitième rapport³, les commentaires et observations communiqués par écrit par les gouvernements, ainsi que le résumé des vues exprimées par les États au cours des débats à la Sixième Commission. A sa quarantième session, la Commission a entrepris la deuxième lecture du projet d'articles et elle a examiné les modifications que le Rapporteur spécial proposait d'apporter au texte, compte tenu des observations des gouvernements. A l'issue de cet examen, la Commission a décidé de renvoyer le projet d'articles au Comité de rédaction, accompagné des propositions du Rapporteur spécial et de celles qui avaient été formulées en séance plénière, étant entendu que le Rapporteur spécial pourrait faire de nouvelles propositions au Comité de rédaction, au vu des commentaires et observations faits en séance plénière et de ceux qui seraient éventuellement présentés à la Sixième Commission⁴. Bien que le rapport de la Commission sur sa quarantième session n'ait été distribué que peu de temps avant le début des travaux de la Sixième Commission, un certain nombre de gouvernements ont exposé leurs vues sur le projet d'articles⁵.

³ *Annuaire... 1988*, vol. II (1^{re} partie), p. 166, doc. A/CN.4/417.

⁴ *Annuaire... 1988*, vol. II (2^e partie), p. 80, par. 292.

⁵ Voir « Résumé thématique... » des débats de la quarante-troisième session de l'Assemblée générale (A/CN.4/L.431), sect. E.

3. Après avoir étudié le rapport de la CDI, les Etats-Unis présentent ci-après leurs commentaires et observations afin que le Rapporteur spécial et les autres membres de la Commission puissent les examiner à la quarante-deuxième session. Dans leurs observations liminaires, les Etats-Unis expriment d'une manière générale l'avis qu'un projet d'articles sur ce sujet n'est nullement nécessaire pour le moment et que son adoption irait à l'encontre du but recherché. Viennent ensuite des observations portant expressément sur certains articles. L'absence d'observations sur certains articles ou sur certains points particuliers relatifs à tel ou tel article ne doit pas être interprétée comme impliquant l'approbation des Etats-Unis.

I. — Observations générales

4. Tout en rendant hommage à la Commission et, en particulier, à son rapporteur spécial, M. Alexander Yankov, pour les travaux réalisés sur ce sujet, les Etats-Unis, comme plusieurs autres Etats qui ont présenté leurs commentaires et observations par écrit, demeurent convaincus qu'un projet d'articles en la matière ne présente aucune utilité et qu'il est même peu souhaitable⁶.

5. La question du statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique figure, sous une forme ou sous une autre, à l'ordre du jour de la Commission depuis 1949. Contrairement à bon nombre, pour ne pas dire la plupart, des autres sujets dont la Commission est saisie depuis peu, celui du statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique a déjà été traité par la Commission et des décisions pertinentes ont déjà été prises par l'ONU et par la plupart des Etats Membres en diverses circonstances.

6. Le régime général actuellement applicable au courrier diplomatique et à la valise diplomatique repose sur l'article 27 de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques. Cette convention, qui codifie l'ensemble du droit international coutumier et de la pratique dans le domaine des relations diplomatiques, a été établie sur la base d'un projet d'articles élaboré par la Commission entre 1954 et 1958. La Commission, lorsqu'elle a rédigé ces articles, et la Conférence des Nations Unies sur les relations et immunités diplomatiques, lorsqu'elle les a adoptés en 1961 sans y apporter de changement important, ont reconnu que le régime établi par la Convention laissait de côté de nombreux points de détail, aussi la Commission s'est-elle vu confier ensuite la tâche d'analyser les points restés en suspens et d'élaborer plus avant le régime applicable à la valise diplomatique.

7. Par la suite, la Commission et l'ONU ont eu néanmoins à traiter le sujet dans des contextes très divers et s'en sont toujours tenues au régime fondamental prévu à l'article 27 de la Convention de Vienne de 1961. C'est ce même régime que la Commission a proposé dans le projet d'articles qu'elle a élaboré, entre 1961 et 1968, en ce qui concerne les missions spéciales et qui a été incorporé dans la Convention sur les missions spéciales

adoptée en 1969⁷. C'est encore ce même régime que la Commission a proposé dans le projet d'articles qu'elle a élaboré sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales et qui a été incorporé dans la Convention⁸ adoptée par la Conférence réunie à cette fin en 1975 par l'ONU. La Commission propose à présent un régime analogue, avec des modifications visant à instituer et, dans certains cas, à développer de nouveaux droits ou obligations relatifs à la valise et au courrier. Dans un article, généralement considéré comme étant le plus important du projet, la Commission continue d'envisager une disposition qui permettrait à l'Etat de réception de demander que la valise soit ouverte ou de lui refuser l'entrée de son territoire. Cette disposition est analogue à celles que la Commission avait élaborées, entre 1955 et 1961, en ce qui concerne les missions consulaires et qui ont été incorporées dans la Convention de Vienne sur les relations consulaires, adoptée en 1963 par une conférence internationale de plénipotentiaires convoquée par l'ONU sur le sujet. Comme d'autres gouvernements et plusieurs membres de la Commission, les Etats-Unis sont opposés à tout changement du régime applicable à la valise diplomatique et estiment qu'il est intéressant, sur ce point, de rappeler l'historique de la Convention de Vienne de 1961.

8. En 1961, la Commission et la Conférence des Nations Unies avaient en partie renoncé à s'attaquer aux nombreux détails du régime applicable à la valise diplomatique parce que les solutions proposées pour diverses questions spécifiques, et parfois ponctuelles, soulevaient plus de problèmes qu'elles ne semblaient résoudre. Les Etats-Unis rendent hommage à l'œuvre accomplie par la Commission depuis qu'elle a commencé ses travaux les plus récents sur ce sujet, néanmoins ils voient dans le projet d'articles la preuve que les années n'ont rien changé à la situation. La Commission tente à la fois de définir, dans un seul et même document, le régime de la valise diplomatique tel qu'il a été appliqué dans des situations différentes et de résoudre les problèmes qui ont pu se poser dans la pratique des Etats. Le projet d'articles et la controverse qu'il a suscitée, en particulier au sujet de l'article 28, montrent que la situation est la même qu'en 1961, et c'est, pour le Gouvernement des Etats-Unis, un sujet de préoccupation.

9. A cet égard, le Gouvernement des Etats-Unis estime qu'il importe de ne pas sous-estimer la valeur du régime actuel. L'utilisation de la valise diplomatique, qui assure la protection de la correspondance et des autres objets transportés pour les besoins officiels de la mission, a été et demeure indispensable au fonctionnement de toutes les missions diplomatiques et, par conséquent, à l'efficacité des activités dans le domaine des relations extérieures. Le régime fondamental, prévu à l'article 27 de la Convention de Vienne de 1961 et tel qu'il a été complété par le droit international coutumier et par la pratique, établit un régime juridique approprié

⁷ Art. 28 (Liberté de communication) de la Convention adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 2530 (XXIV), du 8 décembre 1969, annexe.

⁸ Art. 57 (Liberté de communication) de la Convention de Vienne de 1975 sur la représentation des Etats.

⁶ Voir doc. A/CN.4/417 (*supra* n. 3), p. 13 et note 11.

qui permet, dans la conduite des relations diplomatiques, de préserver l'équilibre nécessaire et souhaitable entre les droits et les obligations respectifs des Etats d'envoi et de réception. Ce régime, qui est l'aboutissement de plusieurs siècles de pratique, a été adapté, chaque fois que les circonstances l'exigeaient, par la communauté internationale et par certains Etats. Vouloir tenir compte, dans le projet d'articles, des aspects particuliers des différentes adaptations qui ont pu être faites de ce régime dans diverses situations ne fait que compliquer le droit en la matière et diminuer la souplesse qui est inhérente aux approches distinctes mais parallèles auxquelles on a recours pour déterminer le régime de la valise dans des situations particulières ; or cela n'est ni nécessaire ni souhaitable.

10. Compte tenu de l'utilisation constante et généralisée de la valise par tous les pays, qui sont tour à tour Etats d'envoi et Etats de réception, les Etats-Unis estiment que le nombre des problèmes qui se sont réellement posés a été relativement réduit. A cet égard, les Etats-Unis s'associent à l'un, au moins, des autres gouvernements pour déplorer que la Commission n'ait pas fondé le projet d'articles sur une étude de la pratique actuelle des Etats, qui mettrait en évidence la nécessité d'élaborer de nouvelles dispositions⁹.

11. Sans méconnaître la gravité de certains des problèmes qui ont surgi, notamment en ce qui concerne l'utilisation éventuelle de la valise à des fins terroristes, il s'agit de savoir si le remaniement complet et détaillé proposé par la Commission, avec toutes les difficultés que cela semble entraîner, est utile ou nécessaire pour régler ces problèmes. Les Etats-Unis estiment qu'il vaut mieux que les Etats concernés règlent les problèmes existants dans le cadre général du régime actuel. C'est pour cette raison que le Gouvernement des Etats-Unis recommande à la Commission de laisser ce sujet de côté, pour le moment.

II. — Observations relatives à certains articles

Article 1^{er} (Champ d'application des présents articles)

Article 2 (Courriers et valises n'entrant pas dans le champ d'application des présents articles)

Article 3 (Expressions employées)

12. Le projet d'articles a pour objet de réglementer l'utilisation du courrier diplomatique et de la valise diplomatique par les organisations internationales et par les missions auprès de ces organisations, ainsi que par les missions spéciales.

13. Plusieurs Etats ont critiqué l'approche globale qui est appliquée dans le projet d'articles à l'utilisation de la valise et du courrier diplomatiques. Le Rapporteur spécial indique qu'un seul gouvernement s'est expressément opposé à cette approche globale¹⁰, mais il ressort des observations écrites des gouvernements qu'un certain nombre d'entre eux s'opposent aussi indirectement à cette approche. Deux autres gouvernements au moins

ont considéré que le projet d'articles devrait s'en tenir aux Conventions de Vienne de 1961 et 1963, et ont fait valoir que la Convention de 1969 sur les missions spéciales et la Convention de Vienne de 1975 sur la représentation des Etats sont loin d'avoir recueilli un accord aussi général que les Conventions de 1961 et 1963¹¹. Les observations d'autres gouvernements relatives aux incidences de l'article 33 semblent refléter la même préoccupation¹².

14. Pour la raison déjà indiquée dans leurs observations générales, les Etats-Unis estiment que, si ce projet d'articles doit être adopté, il ne devrait pas déborder le cadre des questions concernant exclusivement les courriers et valises diplomatiques et consulaires. Il ne devrait s'étendre ni aux missions spéciales, ni aux missions permanentes auprès des organisations internationales, ni aux organisations internationales, car de nombreux Etats ne sont pas parties à la Convention de 1969 sur les missions spéciales et à la Convention de Vienne de 1975 sur la représentation des Etats. Si la Commission insiste néanmoins pour étendre le projet d'articles à ces types de courrier et de valise, les Etats-Unis pensent que, pour faciliter l'adoption du projet par de nombreux Etats qui ne sont pas parties aux deux conventions susmentionnées, il faudrait conserver une disposition analogue à celle qui figure à l'article 33.

Article 17 (Inviolabilité du logement temporaire)

15. L'article 17 tend à garantir l'inviolabilité du logement temporaire du courrier diplomatique. On constate que la plupart des gouvernements qui ont présenté des observations sur cette disposition y sont opposés¹³. Le Rapporteur spécial a déclaré que l'article 17 adopté en première lecture, sans réserve expresse, pouvait servir de base à une disposition satisfaisante, mais que la question méritait qu'on l'examinât plus avant afin de trouver une rédaction ayant de meilleures chances d'être acceptée¹⁴. Les Etats-Unis tiennent à s'associer aux gouvernements et aux membres de la Commission qui se sont déjà opposés à cet article, car ils estiment qu'il s'écarte du droit et de la pratique établis par les Conventions de Vienne de 1961 et 1963 et qu'il imposerait indûment aux Etats de réception et aux Etats de transit une obligation nouvelle, sans que rien justifie une protection aussi extraordinaire.

Article 18 (Immunité de juridiction)

16. L'article 18 vise à accorder au courrier diplomatique l'immunité de la juridiction pénale pour tous les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions et l'immunité de la juridiction civile, excepté dans le cas d'une action en réparation pour dommages résultant d'un

⁹ Voir A/CN.4/409 et Add.1 à 5 (*supra* n. 2 *in fine*), observations de l'Australie, par. 1.

¹⁰ Doc. A/CN.4/417 (v. *supra* n. 3), par. 48 et 49.

¹¹ Voir A/CN.4/409 et Add.1 à 5 (*supra* n. 2 *in fine*), observations de l'Australie, par. 3 ; et du Royaume-Uni, par. 4.

¹² *Ibid.*, observations de l'Autriche, par. 2 et 4 ; du Canada, par. 1 ; et de la Grèce, par. 2.

¹³ *Ibid.*, observations de la République fédérale d'Allemagne, par. 3 ; de l'Australie, par. 5 ; de l'Autriche, par. 8 ; de la Belgique, par. 6 ; de la France, par. 16 ; des Pays-Bas, par. 5 et 6 ; des Pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède), par. 6 ; du Royaume-Uni, par. 18 et 19 ; et de la Suisse, par. 8 et 9.

¹⁴ *Annuaire... 1988*, vol. II (2^e partie), p. 89, par. 378.

accident d'automobile survenu dans certaines circonstances. Il traite également des mesures d'exécution et de l'obligation de témoigner. Plusieurs Etats se sont opposés à cette disposition¹⁵. Le Rapporteur spécial a constaté que, compte tenu des débats de la Commission, l'article 18, moyennant certaines modifications de forme¹⁶, paraissait acceptable à de nombreux membres de la Commission¹⁷. Au stade actuel, les Etats-Unis s'associent aux Etats qui se sont opposés à cet article, qui s'écarte du droit et de la pratique établis par les Conventions de Vienne de 1961 et 1963, qui risque de créer la confusion et de susciter des controverses et qui n'est pas indispensable au courrier pour exercer ses fonctions, puisque celui-ci jouit déjà de l'inviolabilité de sa personne.

Article 28 (Protection de la valise diplomatique)

17. L'article 28 est la disposition la plus importante du projet. Il continue aussi à être le plus controversé, comme le montrent les observations écrites des gouvernements, leurs déclarations à la Sixième Commission¹⁸, le huitième rapport du Rapporteur spécial¹⁹ et le rapport de la Commission sur sa quarantième session²⁰. De l'avis des Etats-Unis et d'un grand nombre d'autres gouvernements, les dispositions des Conventions de Vienne de 1961 et 1963 établissent « un équilibre acceptable entre le respect du secret de la valise et la prévention des abus éventuels »²¹ et aucune modification n'est nécessaire ni même souhaitable.

18. S'il faut, cependant, adopter un projet d'article de cette nature, les Etats-Unis se rangent aux côtés des gouvernements et des membres de la Commission qui estiment que l'inviolabilité de la valise est la règle fondamentale, indispensable pour garantir le caractère confidentiel du contenu de la valise et le bon fonctionnement des communications diplomatiques. Compte tenu de cet objectif, les Etats-Unis sont d'avis de conserver les mots placés entre crochets au paragraphe 1 de l'article 28. A cet égard, ils estiment, comme, à l'évidence, la majorité écrasante des gouvernements, que les valises diplomatiques ne devraient être soumises à aucun examen²².

¹⁵ *Ibid.*, A/CN.4/409 et Add.1 à 5 (*supra* n. 2 *in fine*), observations de la République fédérale d'Allemagne, par. 4 à 8 ; de l'Australie, par. 6 ; de la Belgique, par. 7 ; et du Royaume-Uni, par. 20 et 21.

¹⁶ Doc. A/CN.4/417 (v. *supra* n. 3), par. 158 à 161.

¹⁷ *Annuaire... 1988*, vol. II (2^e partie), p. 90, par. 385.

¹⁸ Voir « Résumé thématique... des débats de la quarante et unième session de l'Assemblée générale » (A/CN.4/L.410), par. 294 à 330 ; et « Résumé thématique... des débats de la quarante-deuxième session » (A/CN.4/L.420), par. 246 et 247.

¹⁹ Doc. A/CN.4/417 (v. *supra* n. 3), par. 221 à 253.

²⁰ *Annuaire... 1988*, vol. II (2^e partie), p. 95 et suiv., par. 429 à 452.

²¹ *Ibid.*, par. 430.

²² Voir doc. A/CN.4/409 et Add.1 à 5 (*supra* n. 2 *in fine*), observations de l'Australie, par. 10 et 11 ; de la Belgique, par. 8 ; du Brésil, par. 7 ; du Cameroun, par. 3 et 4 ; du Canada, par. 3 ; de l'Espagne, par. 11 ; de la France, par. 28 et 29 ; de la Grèce, par. 10 ; de la Nouvelle-Zélande, par. 2 et 3 ; de la République démocratique allemande, par. 12 ; de la Tchécoslovaquie, par. 3 ; et du Venezuela, par. 3. Néanmoins, voir aussi les observations de la République fédérale d'Allemagne, par. 11 et 12 ; du Royaume-Uni, par. 33 à 38 ; de la Suisse, par. 13 à 16 ; et de la Yougoslavie, par. 5 à 8.

19. De même, les Etats-Unis sont résolument de l'avis des gouvernements qui s'opposent à la disposition du paragraphe 2, selon laquelle un Etat de réception peut exiger le renvoi de la valise s'il n'est pas autorisé à l'examiner²³. Ils tiennent en outre à faire observer que, même parmi les gouvernements qui appuient cette disposition, plusieurs se sont déclarés préoccupés de la façon dont elle serait appliquée, et ont insisté sur le fait que ce pouvoir ne pourrait être exercé que dans des circonstances tout à fait extraordinaires ou exceptionnelles²⁴. Les Etats-Unis considèrent que cette disposition établirait une norme peu réaliste qui risquerait de donner lieu à des abus. D'autres gouvernements se sont contentés d'invoquer la règle de la réciprocité pour prévenir les abus dans l'application des dispositions du paragraphe 2²⁵. Or, les Etats-Unis estiment que la réciprocité est bien souvent inapplicable et risquerait même d'aggraver la situation si elle déclençait un cycle de représailles, qui n'aurait d'autre effet que d'entraver la liberté des communications diplomatiques.

20. En conclusion, les Etats-Unis renouvellent leurs remerciements à la Commission et à son rapporteur spécial pour les travaux qu'ils ont réalisés sur le sujet à l'étude, mais ils estiment que la Commission ne devrait pas s'attaquer à la deuxième lecture du projet d'articles sans avoir étudié au préalable la pratique des Etats en ce qui concerne les courriers et valises diplomatiques et consulaires, afin de déterminer s'il est vraiment nécessaire ou souhaitable de modifier le régime existant. A cet égard, un gouvernement a fait observer que les Etats d'envoi n'utilisent guère les valises consulaires, puisque la Convention de Vienne de 1963 permet d'utiliser les valises diplomatiques pour communiquer avec les consulats²⁶.

21. Si la Commission décide néanmoins de procéder à la deuxième lecture du projet d'articles, les Etats-Unis estiment que les modifications susmentionnées sont indispensables pour que le projet d'articles ait des chances raisonnables d'être largement accepté par les gouvernements. Enfin, si le texte adopté par la Commission est comparable au texte actuel, les Etats-Unis estiment que, dans le cas où, en vertu de l'article 23 de son statut, la Commission adresserait à l'Assemblée générale une recommandation concernant la destination finale du projet d'articles, elle devrait y consigner les vues et les pratiques divergentes des Etats en la matière. La Commission devrait recommander à l'Assemblée générale de prendre acte du projet d'articles en le considérant tout au plus comme un cadre directeur, et ne pas envisager de convoquer une conférence internationale en vue de l'adoption d'une convention fondée sur ce projet.

22. Les Etats-Unis se félicitent d'avoir eu l'occasion d'exposer par écrit leurs vues à la Commission et au Rapporteur spécial et ils espèrent qu'elles leur seront de quelque utilité dans la poursuite de leurs travaux sur ce sujet.

²³ *Ibid.*, observations de l'Australie, par. 7 ; de la Bulgarie, par. 10 ; de la France, par. 7 ; de la Grèce, par. 10 ; de la République démocratique allemande, par. 12 ; et de l'URSS, par. 7.

²⁴ *Ibid.*, observations de la République fédérale d'Allemagne, par. 11 et 12 ; de la Nouvelle-Zélande, par. 4 ; et de la Suisse, par. 16.

²⁵ *Ibid.*, observations de l'Autriche, par. 10 ; et de la Tchécoslovaquie, par. 4.

²⁶ *Ibid.*, observations de l'Australie, par. 9.

PROJET DE CODE DES CRIMES CONTRE LA PAIX ET LA SÉCURITÉ DE L'HUMANITÉ

[Point 5 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/419 et Add.1*

Septième rapport sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité,
par M. Doudou Thiam, rapporteur spécial

[Original : français]
[24 février 1989]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>	<i>Pages</i>
INTRODUCTION	1-2	88
<i>Sections</i>		
I. LES CRIMES DE GUERRE	3-29	88
A. Projet d'article 13	3	88
B. Commentaires	4-29	89
1. La définition du crime de guerre	4-11	89
2. La terminologie	12-14	89
3. La gravité du crime de guerre et la distinction entre crime de guerre et infraction grave	15-27	90
4. Remarques d'ordre rédactionnel sur les deux variantes du projet d'article 13	28-29	91
II. LES CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ	30-74	92
A. Projet d'article 14	30	92
B. Commentaires	31-74	92
1. Les notions de crime contre l'humanité et de génocide	33-42	93
2. La notion d'acte inhumain	43-58	94
a) Les atteintes contre les personnes	44-46	94
b) Les atteintes aux biens	47-58	94
3. Le caractère massif ou systématique	59-67	95
4. Autres incriminations	68-72	96
5. Remarques d'ordre rédactionnel sur le projet d'article 14	73-74	96

* Incorporant le document A/CN.4/419/Corr.1.

Introduction

1. Ce septième rapport traite des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité auxquels sont consacrés les projets d'articles 13 et 14. Ces projets d'articles sont suivis de commentaires faisant le point des débats doctrinaux et des débats au sein de la Commission du droit international.

2. S'agissant des débats de la Commission, le Rapporteur spécial croit utile de les rappeler brièvement, car certains membres ne faisaient pas encore partie de la Commission à l'époque où ces débats ont eu lieu. Parfois, les commentaires portent aussi sur des points nouveaux, non encore discutés au sein de la Commission. Par exemple, la distinction entre la notion de crime de guerre et celle d'infraction grave au sens des Conventions de Genève de 1949 et de leur Protocole additionnel I¹, ou encore l'atteinte à des biens d'intérêt culturel, artistique, historique, ou à des biens d'intérêt vital comme l'environnement humain. Les commentaires expliquent aussi pourquoi telle rédaction a été préférée à telle autre du projet de code de 1954² et pourquoi telle infraction nouvelle est proposée.

¹ Voir *infra* notes 5 et 6.

² Adopté par la Commission à sa sixième session, en 1954 ; texte reproduit dans *Annuaire... 1985*, vol. II (2^e partie), p. 8, par. 18.

I. — Les crimes de guerre

A. — Projet d'article 13

3. Le Rapporteur spécial propose le projet d'article 13 suivant :

CHAPITRE II

ACTES CONSTITUANT DES CRIMES CONTRE LA PAIX ET LA SÉCURITÉ DE L'HUMANITÉ

[...]

Article 13. — Crimes de guerre

PREMIÈRE VARIANTE

a) Constitue un crime de guerre toute violation [grave] des lois et coutumes de la guerre ;

b) Au sens du présent code, on entend par « guerre » tout conflit armé international ou non international, tel que défini par l'article 2 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949 et le paragraphe 4 de l'article 1^{er} du Protocole additionnel I du 8 juin 1977 à ces Conventions.

SECONDE VARIANTE

a) Au sens du présent code, constitue un crime de guerre toute violation [grave] des règles du droit international applicable dans les conflits armés ;

b) L'expression « règles du droit international applicable dans les conflits armés » s'entend des règles énoncées dans les accords internationaux auxquels participent les parties au conflit, ainsi que des principes et règles de droit international généralement reconnus qui sont applicables aux conflits armés ;

*c*³) Constituent, notamment, des crimes de guerre :

i) Les atteintes graves aux personnes et aux biens et, notamment, l'homicide intentionnel, la torture, la prise d'otages, la déportation ou le transfert de populations civiles d'un territoire occupé, les traitements inhumains y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, la destruction ou l'appropriation de biens non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite ou arbitraire ;

ii) L'emploi illicite de moyens et de méthodes de combat et notamment d'armes qui, par leur nature, frappent sans distinction les objectifs militaires et les objectifs non militaires, d'armes dont l'effet est incontrôlable et d'armes de destruction massive.

³ Les commentaires ci-après ne traitent pas de l'alinéa *c*, dont le texte (A/CN.4/419/Add.1) a été présenté postérieurement à la distribution du présent rapport (A/CN.4/419) aux membres de la Commission. Voir *Annuaire... 1989*, vol. I, p. 73, 2106^e séance, par. 2.

B. — Commentaires

1. LA DÉFINITION DU CRIME DE GUERRE

4. Il a paru nécessaire de s'en tenir à une définition générale plutôt que de procéder à une énumération des actes constituant un crime de guerre. Cette énumération se heurterait à la question de savoir si elle est exhaustive ou non. De plus, il serait difficile, sinon impossible, de se mettre d'accord sur les crimes à inclure ou non dans la liste des infractions. Enfin, une liste serait soumise à une perpétuelle remise en question, en raison de l'évolution rapide des méthodes et des techniques.

5. La célèbre clause Martens énoncée dans le préambule de la Convention (IV) de La Haye de 1907⁴, et reprise fort opportunément au paragraphe 2 de l'article 1^{er} du Protocole additionnel I⁵ aux quatre Conventions de Genève de 1949⁶ garde toute sa valeur.

6. Commentant le paragraphe 2 de l'article 1^{er} du Protocole additionnel I, le CICR a déclaré :

S'il a paru utile de reprendre une nouvelle fois cette formule dans le Protocole, c'était à deux fins. D'abord, malgré l'accroissement considérable des matières couvertes par le droit des conflits armés, et malgré le détail de sa codification, il n'est pas possible d'envisager qu'une codification soit complète à un moment quelconque ; la clause de Martens empêche de considérer que tout ce qui n'est pas expressément interdit par les traités pertinents est autorisé. Ensuite, on doit y voir un élément dynamique proclamant l'applicabilité des principes mentionnés nonobstant l'évolution ultérieure des situations ou de la technique⁷.

7. Feu Jean Spiropoulos, le Rapporteur spécial chargé du projet de code de 1954, disait :

[...] L'espoir d'atteindre notre but actuel, qui est de rédiger ce code et de le faire adopter par les gouvernements dans un proche avenir, serait rendu illusoire si l'on se risquait à une telle entreprise à l'heure actuelle.

Ce que la Commission peut faire, à notre avis, c'est d'adopter une définition générale des crimes mentionnés plus haut, en laissant au juge le soin de rechercher si, en tenant compte de l'évolution récente des lois de la guerre, il se trouve en présence de « crimes de guerre ». [...]⁸.

8. Cette opinion mérite d'être retenue d'autant plus que les différentes infractions au droit des conflits armés sont mentionnées dans des conventions pertinentes, notamment les Conventions de La Haye de 1907 ; les Conventions de Genève de 1949 (Convention I, art. 50 ; Convention II, art. 51 ; Convention III, art. 130 ; Convention IV, art. 147) et le Protocole addi-

⁴ Voir le neuvième alinéa du préambule de la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, du 18 octobre 1907 ; voir J. B. Scott, éd., *Les Conventions et Déclarations de La Haye de 1899 et 1907*, 3^e éd., New York, Oxford University Press, 1918, p. 101 et 102.

⁵ Protocole relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, adopté à Genève le 8 juin 1977 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1125, p. 3).

⁶ Conventions pour la protection des victimes de la guerre, adoptées à Genève le 12 août 1949 (*ibid.*, vol. 75).

⁷ CICR, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, Martinus Nijhoff, 1986, p. 38 et 39, par. 55.

⁸ Premier rapport de J. Spiropoulos sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (A/CN.4/25), p. 41 ; texte original anglais publié dans *Yearbook of the International Law Commission, 1950*, vol. II, p. 266 et 267, par. 82.

tionnel I, art. 11 et 85. Il serait inutile et fastidieux de reproduire ces textes dans le code.

9. Quelles que soient les réserves que puisse inspirer le jugement du Tribunal militaire international de Nuremberg, on ne peut que partager son affirmation, à savoir que les lois de la guerre se dégagent des us et coutumes progressivement et universellement reconnus, de la doctrine des juristes et de la jurisprudence des tribunaux militaires, que ce droit n'est pas immuable, qu'il s'adapte sans cesse aux besoins d'un monde changeant et que souvent les traités ne font qu'exprimer et préciser les principes d'un droit déjà en vigueur⁹.

10. La doctrine elle-même s'est rangée à l'idée que l'énumération exhaustive des crimes de guerre est impossible. Sir David Maxwell Fyfe, dans sa réponse adressée au questionnaire de l'Association internationale de droit pénal et de l'International Bar Association, disait : « Je ne crois pas qu'il soit possible d'établir un code contenant des définitions complètes et détaillées ». Vespasien V. Pella, alors président de l'Association internationale de droit pénal, était lui aussi d'avis que :

Dans les circonstances actuelles, l'établissement d'une liste exhaustive est impossible.

Rappelons que la Commission des responsabilités des auteurs de la guerre et des sanctions créée en 1919 par la Conférence des préliminaires de la paix avait dressé une liste comprenant trente-deux cas de violations des lois et coutumes de la guerre. Même en y ajoutant d'autres cas qui ont été retenus par diverses lois nationales pendant la seconde guerre mondiale, ou au lendemain de celle-ci, ainsi que par la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre, cette liste ne peut être considérée comme étant à jour.

[...]

[...] nous estimons qu'il est préférable de s'en tenir à la formule de l'article 2, paragraphe 11, du projet de code de la Commission du droit international¹⁰.

11. Cette formule est devenue le paragraphe 12 de l'article 2 du projet de code de 1954.

2. LA TERMINOLOGIE

12. Un débat s'était instauré sur le point de savoir si le mot « guerre » et l'expression « crime de guerre » n'étaient pas dépassés et s'il ne fallait pas utiliser plutôt l'expression « conflit armé ». Il a paru préférable — une forte tendance s'étant prononcée dans ce sens à la Commission — de maintenir le mot « guerre » et l'expression « lois et coutumes de la guerre », qui sont consacrés par de nombreuses conventions internationales encore en vigueur et aussi par des lois nationales.

13. La Convention (IV) de La Haye de 1907 traitait des « lois et coutumes de la guerre », et cette expression figure à l'article 6, al. b, du statut du Tribunal militaire international¹¹ (Tribunal de Nuremberg), à l'article 5,

⁹ Voir Nations Unies, *Le statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg. Historique et analyse*, memorandum du Secrétaire général (numéro de vente : 1949.V.7), p. 69.

¹⁰ V. V. Pella, « La codification du droit pénal international », *Revue générale de droit international public*, Paris, t. 56, 1952, p. 411, 412 et 413.

¹¹ Annexe à l'Accord de Londres du 8 août 1945 concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 82, p. 279).

al. b, du statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient¹² (Tribunal de Tokyo). On la trouve aussi, entre autres, dans le British *Royal Warrant* du 14 juin 1945 (Regulation I)¹³; l'ordonnance française du 28 août 1944 (art. 1^{er}, par. 1)¹⁴; l'*Australian War Crimes Act* de 1945 (art. 3)¹⁵, et la loi chinoise du 24 octobre 1946 (art. III, point 38)¹⁶.

14. Ces brefs exemples pourraient apaiser ceux qui pensent que définir le crime de guerre par la simple expression « violation des lois et coutumes de la guerre » serait contraire au principe *nullum crimen sine lege*. Les Etats mentionnés et de nombreux autres qui utilisent cette expression sont tous attachés au principe de la non-rétroactivité de la loi pénale.

3. LA GRAVITÉ DU CRIME DE GUERRE ET LA DISTINCTION ENTRE CRIME DE GUERRE ET INFRACTION GRAVE

15. On remarquera que les deux variantes du projet d'article 13 introduisent la notion de gravité dans la définition du crime de guerre. Cet élément est nouveau. Ni les Conventions de La Haye, ni les statuts des tribunaux militaires internationaux, ni la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié¹⁷ ne faisaient de distinction entre les actes qualifiés de crimes de guerre, en fonction de leur degré de gravité. Le mot « crime », dans l'expression « crime de guerre », n'était pas pris dans son sens technique et juridique s'appliquant aux infractions les plus graves, mais dans le sens général d'infraction, abstraction faite de tout élément de gravité.

16. La distinction entre infractions graves et autres infractions, dites aussi infractions simples, n'est apparue que plus tard avec les Conventions de Genève et leur Protocole additionnel I. A cette distinction, ces instruments attachent des conséquences juridiques, car seules les infractions graves sont susceptibles de sanctions pénales obligatoires pour les Etats.

17. La Commission, quant à elle, n'avait fait aucune distinction entre les actes constituant des crimes de guerre en fonction de leur gravité. Il existe ainsi une différence d'approche entre les Conventions de Genève de 1949 et les conventions dont la Commission s'est inspirée dans son projet de code de 1954. Cette différence a été mise en évidence, en 1976, lors de la troisième session de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit humanitaire

applicable dans les conflits armés. M. Roucouas a rappelé, dans un article, le débat difficile qui eut lieu à ce propos :

[...] certaines délégations ont constamment affirmé soit l'identité qualitative qui existe entre infractions graves au droit humanitaire et crimes de guerre, soit le fait que les infractions graves forment une partie de la catégorie plus générale des crimes de guerre, tandis que d'autres délégations avançaient de nombreux arguments pour repousser la confusion entre les deux concepts¹⁸.

En vérité, ce débat, plutôt théorique, risque de créer un antagonisme entre deux concepts qui se mêlent intimement et qui sont inséparables.

18. Les crimes de guerre et les infractions graves ont un certain domaine commun. Ce sont deux notions qui se chevauchent en partie, c'est-à-dire pour tout ce qui est relatif à la protection des personnes et des biens visés dans les Conventions de Genève et le Protocole additionnel I, et c'est pourquoi l'article 85, par. 5, de ce protocole dispose expressément que les infractions graves sont des crimes de guerre.

19. Cependant crimes de guerre et infractions graves ne se chevauchent qu'en partie seulement. La notion de crime de guerre est plus large que celle « d'infraction grave », car elle s'applique non seulement aux infractions graves visées dans les Conventions de Genève et le Protocole additionnel I, mais aussi à d'autres infractions, et notamment celles relatives à la conduite des hostilités et à l'usage illicite d'armes. C'est pourquoi le présent projet de code définit le crime de guerre comme étant une « violation grave » des lois et coutumes de la guerre, de préférence à l'expression « infraction grave », laissant à cette dernière expression le sens technique et limité que lui donnent les instruments de Genève.

20. Cependant, dans l'actuel projet d'article 13, l'adjectif « grave » est provisoirement entre crochets car il appartiendra à la Commission de lever l'option qui lui est offerte : appeler crime de guerre toute violation du droit de la guerre ou ne qualifier ainsi que les violations graves, celles qui revêtent un caractère criminel, par opposition à celles qui relèvent de la catégorie des délits.

21. Ce problème n'avait pas échappé à la Commission. A sa deuxième session, un débat eut lieu, le 4 juillet 1950, autour de la proposition d'un membre de la Commission, feu Manley O. Hudson, tendant à ce que la définition du crime de guerre comporte un élément de gravité¹⁹. Cette proposition s'appuyait sur les Conventions de Genève de 1949, qui avaient introduit la notion de gravité dans la définition de certaines infractions. Le Rapporteur spécial, Jean Spiropoulos, déclara qu'il considérait que « toute violation des lois de la guerre [était] un crime »²⁰.

22. Cependant, au cours de débats plus récents, à l'occasion de la discussion du quatrième rapport de l'actuel Rapporteur spécial, certains membres avaient estimé que seules les violations graves devaient être retenues.

¹² Voir *Documents on American Foreign Relations*, Princeton University Press, 1948, vol. VIII (juillet 1945-décembre 1946), p. 354 et suiv.

¹³ On trouvera un commentaire détaillé concernant cet instrument dans le recueil de jurisprudence établi par la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Londres, H. M. Stationery Office, 1947, vol. I, p. 105.

¹⁴ *Ibid.*, 1948, vol. III, p. 93.

¹⁵ *Ibid.*, vol. V, p. 94.

¹⁶ *Ibid.*, 1949, vol. XIV, p. 152.

¹⁷ Loi relative au châtement des personnes coupables de crimes de guerre, de crimes contre la paix et de crimes contre l'humanité, édictée à Berlin le 20 décembre 1945 (*Journal officiel du Conseil de contrôle en Allemagne*, Berlin, n° 3, 31 janvier 1946).

¹⁸ E. J. Roucouas, « Les infractions graves au droit humanitaire », *Revue hellénique de droit international*, Athènes, t. 31, 1978, p. 70.

¹⁹ Voir le compte rendu analytique de la 60^e séance de la Commission, A/CN.4/SR.60, par. 12 et 21.

²⁰ *Ibid.*, par. 15.

Selon eux, du moment que la Commission avait défini les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité comme des infractions d'une haute gravité, seuls les crimes de guerre présentant ce caractère devaient être retenus. Le crime de guerre s'intègre désormais dans une notion plus vaste, dont il constitue un élément, celle de crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, et on n'imagine pas que des faits ne présentant pas un haut degré de gravité puissent être considérés comme des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

23. Or, parmi les faits appelés couramment « crimes de guerre », il en est qui sont de simples délits : coups et blessures, par exemple. Il a été reproché à certains tribunaux militaires, notamment à ceux de la zone britannique, d'appliquer parfois la loi n° 10 à des bagatelles. Cette situation s'expliquait notamment par le fait que ces tribunaux avaient voulu ratisser large de manière à ne pas laisser impunis des faits répréhensibles, même si ceux-ci n'entraient pas dans la catégorie des crimes *stricto sensu*. Il ne faut pas oublier, non plus, que la loi n° 10, contrairement aux statuts des Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo, avait défini les crimes de guerre comme étant des « atrocités ou délits » (art. II, par. 1, b). Le mot « crime » n'y avait pas son sens technique, mais son sens général d'infraction.

24. Aujourd'hui, pour plus de rigueur juridique, peut-être convient-il de restituer au mot « crime » son sens d'infraction grave. On verrait difficilement porter devant une juridiction pénale internationale, par exemple, des faits de simple police, ou des délits, à moins qu'ils ne soient connexes à des actes criminels portés devant cette même juridiction. On ne peut considérer comme crime contre la paix et la sécurité de l'humanité n'importe quel fait banal. L'acte poursuivi doit avoir une certaine intensité criminelle ; or tous les faits qualifiés de crime de guerre n'ont pas la même densité d'horreur.

25. Cependant, même limitée aux actes constituant une violation grave du droit de la guerre, la notion de crime de guerre sera toujours plus large que celle d'infraction grave, d'autant plus que l'énumération de ces infractions par les instruments de Genève est limitative. Il demeure tout un champ où la notion de crime de guerre règne seule, où la notion d'« infraction grave » ne s'aventure pas : c'est celui qui concerne la conduite des hostilités et l'usage illicite d'armes. Il existe déjà de nombreux instruments internationaux portant sur ces matières²¹. Indépendamment de ces instruments se posent les problèmes complexes et non encore résolus des armes de destruction massive : armes chimiques, armes nucléaires, etc. Il ne paraît pas nécessaire de

fournir dans le code une énumération de ces armements. On a déjà indiqué plus haut les inconvénients de la méthode énumérative et on n'y reviendra pas.

26. Pour résumer, la notion d'« infraction grave », au sens des Conventions de Genève de 1949 et du Protocole additionnel I, est moins large que celle de « crime de guerre », au sens du présent projet de code, qui recouvre non seulement les infractions graves prévues dans lesdits instruments, mais aussi d'autres violations du droit des conflits armés. Il est vrai que l'article 1^{er}, par. 2, du Protocole additionnel I reprend la célèbre clause Martens du préambule de la Convention (IV) de La Haye de 1907. Mais peut-on en déduire que l'énumération des infractions graves par les instruments de Genève n'est pas limitative ? Il semble que l'intention des auteurs de ces instruments était plutôt de faire une énumération exhaustive. De ce fait, la notion d'infraction grave a un contenu non seulement limité, mais aussi, dans une certaine mesure, figé, alors que la notion de crime de guerre a un contenu qui s'étendra à mesure que les prohibitions nouvelles viendront grossir l'arsenal des armements interdits.

27. Il ne faut toutefois pas utiliser ces différences pour établir une frontière entre le crime de guerre et l'infraction grave au droit humanitaire. On a parfois distingué entre ce que l'on a appelé le droit de La Haye et le droit de Genève, ce dernier s'intéressant plus spécialement au sort des personnes et des biens protégés par les Conventions de Genève, alors que le droit de La Haye porte davantage sur la conduite des hostilités ou la réglementation et l'interdiction de l'usage de certaines armes. Cette distinction serait d'autant moins fondée aujourd'hui que l'article 35 du Protocole additionnel I reprend en le développant l'article 22 de la Convention (IV) de La Haye de 1907. La distinction entre crime de guerre et infraction grave n'est donc plus aussi tranchée aujourd'hui. Néanmoins il existe des différences qu'il convient de souligner.

4. REMARQUES D'ORDRE RÉDACTIONNEL SUR LES DEUX VARIANTES DU PROJET D'ARTICLE 13

28. La première variante retient l'expression « lois et coutumes de la guerre », étant entendu que le mot « guerre » doit être pris dans son sens matériel et non dans son sens classique et formel. Dans ce sens il s'applique à tout conflit armé et pas seulement aux conflits armés entre Etats.

29. La seconde variante utilise l'expression « règles du droit international applicables dans les conflits armés » de préférence à celle de « lois et coutumes de la guerre ».

²¹ P. ex. la Déclaration de Saint-Petersbourg du 11 décembre 1868 relative à l'interdiction des balles explosives en temps de guerre (G. F. de Martens, éd., *Nouveau Recueil général de traités*, Gottingue, Dieterich, 1873, vol. XVIII, p. 474) ; la Déclaration de La Haye du 29 juillet 1899 concernant l'interdiction de l'emploi de balles (dites « balles dum-dum ») [J. B. Scott, *op. cit.* (*supra* n. 4), p. 227] ; la Convention (VIII) de La Haye du 18 octobre 1907 relative à la pose de mines sous-marines automatiques de contact (*ibid.*, p. 151) ; le

Traité de Washington du 6 février 1922 relatif à l'emploi des sous-marins et des gaz asphyxiants en temps de guerre (M. O. Hudson, éd., *International Legislation*, Washington [D. C.], 1931, vol. II (1922-1924), p. 794) ; le Protocole de Genève du 17 juin 1925 concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques (SDN, *Recueil des Traités*, vol. XCIV, p. 65).

II. — Les crimes contre l'humanité

A. — Projet d'article 14

30. Le Rapporteur spécial propose le projet d'article 14 suivant :

Article 14. — Crimes contre l'humanité

Constituent des crimes contre l'humanité :

1. Le génocide, c'est-à-dire tout acte commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel, y compris :

- i) Le meurtre de membres du groupe ;
- ii) L'atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe ;
- iii) La soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle ;
- iv) Les mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe ;
- v) Le transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe.

2 (PREMIÈRE VARIANTE). L'*apartheid*, c'est-à-dire les actes définis par l'article II de la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'*apartheid* de 1973, et, d'une façon générale, l'institution de tout système de gouvernement fondé sur une discrimination raciale, ethnique ou religieuse ;

2 (SECONDE VARIANTE). L'*apartheid* englobe les politiques et pratiques de ségrégation et de discrimination raciales [telles qu'elles sont pratiquées en Afrique australe] et désigne les actes inhumains indiqués ci-après, commis en vue d'instituer ou d'entretenir la domination d'un groupe racial d'êtres humains sur n'importe quel autre groupe racial d'êtres humains et d'opprimer systématiquement celui-ci :

a) Refuser à un membre ou des membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux le droit à la vie et à la liberté de la personne :

- i) En ôtant la vie à des membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux ;
- ii) En portant gravement atteinte à l'intégrité physique ou mentale, à la liberté ou à la dignité des membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux, ou en les soumettant à la torture ou à des peines ou des traitements cruels, inhumains ou dégradants ;
- iii) En arrêtant arbitrairement et en emprisonnant illégalement les membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux ;
- b) Imposer délibérément à un groupe racial ou à plusieurs groupes raciaux des conditions de vie destinées à entraîner leur destruction physique totale ou partielle ;

c) Prendre des mesures, législatives ou autres, destinées à empêcher un groupe racial ou plusieurs groupes

raciaux de participer à la vie politique, sociale, économique et culturelle du pays et créer délibérément des conditions faisant obstacle au plein développement du groupe ou des groupes considérés, en particulier en privant les membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux des libertés et droits fondamentaux de l'homme, notamment le droit au travail, le droit de former des syndicats reconnus, le droit à l'éducation, le droit de quitter son pays et d'y revenir, le droit à une nationalité, le droit de circuler librement et de choisir sa résidence, le droit à la liberté d'opinion et d'expression et le droit à la liberté de réunion et d'association pacifiques ;

d) Prendre des mesures, y compris des mesures législatives, visant à diviser la population selon des critères raciaux en créant des réserves et des ghettos séparés pour les membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux, en interdisant les mariages entre personnes appartenant à des groupes raciaux différents et en expropriant les biens-fonds appartenant à un groupe racial ou à plusieurs groupes raciaux ou à des membres de ces groupes ;

e) Exploiter le travail des membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux, en particulier en les soumettant au travail forcé ;

f) Persécuter des organisations ou des personnes, en les privant des libertés et droits fondamentaux, parce qu'elles s'opposent à l'*apartheid*.

3. L'esclavage, ou toutes autres formes d'asservissement, notamment le travail forcé.

4. a) L'expulsion de populations de leur territoire ou leur transfert forcé ;

b) L'implantation de colons sur un territoire occupé ;

c) La modification de la composition démographique d'un territoire étranger.

5. Tous autres actes inhumains perpétrés contre les éléments d'une population ou contre des individus pour des motifs sociaux, politiques, raciaux, religieux ou culturels, et notamment l'assassinat, la déportation, l'extermination, les persécutions ou la destruction massive de leurs biens.

6. Toute atteinte grave et intentionnelle à un bien d'intérêt vital pour l'humanité, comme l'environnement humain.

B. — Commentaires

31. Les crimes contre l'humanité ont été traités aux paragraphes 10 et 11 de l'article 2 du projet de code de 1954. Le paragraphe 10 est consacré aux actes constituant le crime de génocide, et le paragraphe 11 aux actes dits « actes inhumains ». Cependant le projet de 1954 n'emploie ni l'expression « crime contre l'humanité » ni le mot « génocide », et il paraît utile de leur restituer la place qui leur revient pour les raisons expo-

sées plus loin. D'autre part, bien qu'il fasse une distinction entre les actes de génocide et les actes inhumains, le projet de 1954 ne donne aucune définition de l'acte inhumain, se limitant à une énumération fondée sur les seuls mobiles de l'acte (mobiles d'ordre politique, racial, religieux, culturel, etc.).

32. Le nouveau projet d'article 14 reprend la notion de crime contre l'humanité, dont il fait son titre. Cette notion ne doit pas être laissée aux oubliettes, car c'est elle qui donne aux crimes en cause leur spécificité, c'est-à-dire leur profil particulier d'opprobre et d'horreur. C'est également elle qui souligne leur caractère de crime du droit des gens.

1. LES NOTIONS DE CRIME CONTRE L'HUMANITÉ ET DE GÉNOCIDE

33. Si l'expression de crime contre l'humanité figure dans les statuts des tribunaux militaires internationaux institués après la seconde guerre mondiale, ce n'est pas le fait du hasard mais à la suite d'un mûre réflexion. Il convient de se reporter aux travaux de la *Commission des Nations Unies* pour les crimes de guerre, constituée le 20 octobre 1943 à Londres²². On ne doit pas se méprendre sur le sens de l'expression « Nations Unies », qui n'a rien de commun avec l'organisation du même nom créée deux ans plus tard à San Francisco. Il s'agissait alors des nations alliées en guerre contre les puissances de l'Axe. Dès le début de ses travaux, la Commission des Nations Unies se posa la question de savoir si elle devait s'en tenir aux crimes de guerre, au sens traditionnel du terme, ou s'il fallait élargir ce concept pour y inclure d'autres infractions. Cette commission tenta d'abord d'élargir la liste des infractions que la Commission des responsabilités des auteurs de la guerre, établie en 1919, avait retenues antérieurement en s'appuyant sur la clause Martens contenue dans le préambule de la Convention (IV) de La Haye de 1907²³.

34. Toutefois la Commission s'aperçut très vite que le recours à cette clause ne permettait pas de couvrir toutes les catégories de crimes commis pendant la seconde guerre mondiale. En effet, certaines infractions, si large que fût la notion de crime de guerre, ne pouvaient pas être classées dans cette catégorie. Il en était ainsi notamment des crimes dont les auteurs et les victimes avaient la même nationalité, ou dont les victimes avaient la nationalité d'un Etat allié à celui de l'auteur. Tel était le cas des crimes nazis commis contre des ressortissants allemands, autrichiens, etc., ou des crimes perpétrés contre des apatrides ou contre toutes autres personnes pour des raisons raciales, religieuses, politiques ou autres.

35. La Commission des Nations Unies de 1943 proposa alors d'appeler ces infractions « crimes contre l'humanité », estimant qu'elles constituaient des infractions d'un type particulier qui, même commises pendant la guerre, présentaient des traits originaux qui les

distinguaient sous certains rapports des crimes de guerre.

36. La Commission étendit sa compétence à ces crimes « commis sur toute personne, sans considération de la nationalité, y compris des personnes apatrides, en raison de la race, de la nationalité, de convictions religieuses, et sans égard au lieu où ils ont été commis »²⁴. Le Gouvernement britannique, consulté, se rallia à cette thèse dès 1944 mais souligna que les crimes en cause ne devaient être néanmoins pris en considération que s'ils étaient liés à l'état de guerre.

37. Avec la signature de l'Accord de Londres, le 8 août 1945²⁵, la notion de crime contre l'humanité prit définitivement corps dans le statut du Tribunal de Nuremberg (art. 6, al. c) ; dans le statut du Tribunal de Tokyo (art. 5, al. c) ; et dans la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié (art. II, par. 1, al. c).

38. D'abord liée à l'état de belligérance, comme il a été indiqué, la notion de crime contre l'humanité a acquis progressivement son autonomie et aujourd'hui cette notion a une existence distincte de celle de crime de guerre. C'est ainsi que non seulement le projet de code de 1954, mais même des conventions entrées en vigueur (sur le génocide ou sur l'*apartheid*) ne lient plus cette notion à l'état de guerre.

39. On peut se demander alors pourquoi le projet de code de 1954 passe sous silence l'expression « crime contre l'humanité » aux paragraphes 10 et 11 de l'article 2. Cependant, dans les « Principes du droit international consacrés par le statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg »²⁶, la CDI avait donné à cette expression sa place légitime. Il convient ici de réparer cette omission et de restaurer l'expression dans ses droits. Elle fait partie des acquis du droit international, grâce au développement progressif de celui-ci. Elle a ses traits et ses caractères propres qui la différencient des crimes de guerre.

40. Il est vrai qu'un même acte peut constituer en même temps un crime de guerre et un crime contre l'humanité s'il a été commis en temps de guerre (ainsi l'article 85, par. 4, al. c, du Protocole additionnel I range parmi les crimes de guerre les pratiques de l'*apartheid*). Mais ce fait, s'il justifie une double qualification, ne permet en aucune façon la confusion des deux notions. La notion de crime contre l'humanité est plus large que celle de crime de guerre à deux points de vue au moins :

a) Le crime contre l'humanité peut être commis en temps de guerre comme en temps de paix, tandis que le crime de guerre ne peut être commis qu'en temps de guerre ;

b) Le crime de guerre ne peut être commis qu'entre belligérants, entre auteurs et victimes ennemis tandis que le crime contre l'humanité peut être commis entre nationaux comme entre belligérants.

41. Cette notion a donc, là encore, un contenu

²² Voir *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, Londres, H. M. Stationery Office, 1948,

²³ Voir *supra* note 4.

²⁴ *History of the United Nations War Crimes Commission...*, p. 176.

²⁵ Voir *supra* note 11.

²⁶ Dénommés ci-après « Principes de Nuremberg » ; texte reproduit dans *Annuaire...* 1985, vol. II (2^e partie), p. 12, par. 45.

propre, des traits spécifiques qui justifient le maintien de l'expression « crime contre l'humanité ».

42. Il en est de même du terme « génocide ». Les actes énumérés au paragraphe 10 de l'article 2 du projet de code de 1954 sont précisément ceux qui constituent le crime de génocide. Ils ont été repris de la Convention du 9 décembre 1948²⁷. Le paragraphe 1 du nouveau projet d'article 15 donne donc à l'ensemble de ces actes l'appellation de génocide.

2. LA NOTION D'ACTE INHUMAIN

43. La notion d'acte inhumain peut aussi bien s'appliquer à des atteintes contre les personnes physiques, qu'à des atteintes contre les biens.

a) Les atteintes contre les personnes physiques

44. A leur sujet, deux remarques s'imposent. D'abord, les actes énumérés au paragraphe 11 de l'article 2 du projet de code de 1954 peuvent tous constituer des crimes de droit commun, et se retrouvent dans presque tous les codes pénaux internes. Ensuite, ils peuvent être aussi bien des mauvais traitements physiques que des actes humiliants ou dégradants.

45. Ce qui distingue les actes inhumains des crimes de droit commun, c'est leur mobile. Ce sont des actes inspirés par l'intolérance idéologique, politique, raciale, religieuse ou culturelle, et qui touchent à ce qu'il y a de plus profond dans l'être, c'est-à-dire ses convictions, ses croyances ou sa dignité. Il convient de rappeler, à cet égard, la jurisprudence de la Cour suprême de la zone britannique, dans l'un de ses premiers arrêts, où il est dit que

[...] Toutes sortes d'atteinte provoquant un dommage à des hommes peuvent constituer ou causer des crimes contre l'humanité ; toute espèce d'intervention dans l'être, le devenir ou le domaine d'action de l'homme, toute transformation dans ses rapports avec son milieu, toute atteinte à ses biens ou à ses valeurs par lesquels il se trouve touché indirectement [...] ²⁸.

46. Ainsi donc peuvent constituer des crimes contre l'humanité des actes humiliants ou dégradants, n'ayant aucun caractère d'atrocité physique, comme le fait d'infliger de profondes humiliations en public ou de contraindre des individus à agir contre leur conscience et, d'une manière générale, à les ridiculiser ou à les contraindre à accomplir des actes dégradants. C'est pourquoi le projet d'article 14 vise expressément les traitements humiliants ou dégradants exercés contre des populations ou des groupes de personnes pour des motifs d'ordre politique, racial, religieux et autre.

b) Les atteintes aux biens

47. Les atteintes aux biens n'étaient pas retenues dans la définition du crime contre l'humanité par le projet de code de 1954. Elles l'étaient, par contre, dans l'énumération des crimes de guerre prévue par le principe VI, al. b, des Principes de Nuremberg, ainsi que dans les

statuts des tribunaux militaires internationaux, qui visaient « le pillage de biens publics ou privés, la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation qui ne se justifient pas par des exigences militaires »²⁹. On n'entrera pas ici dans les controverses que suscite l'expression « que ne justifient pas les exigences militaires ». Cela relève du droit de la guerre et n'a pas sa place ici.

48. La question qui peut se poser ici est de savoir si les atteintes aux biens peuvent constituer des crimes contre l'humanité. Les textes existants, relatifs aux crimes contre l'humanité, ne visent pas spécifiquement les atteintes aux biens. La question peut se poser de savoir si celles-ci présentent un caractère de gravité suffisant pour être considérées comme des crimes contre l'humanité.

49. La jurisprudence s'était montrée plutôt favorable à l'incrimination de l'atteinte massive à des biens. L'affaire de l'amende collective d'un milliard de marks imposée aux Juifs allemands par l'ordonnance du 12 novembre 1938, à la suite de l'assassinat, à Paris, d'un diplomate allemand par un Juif d'origine polonaise est édifiante. Dans le jugement rendu par un tribunal militaire américain contre des ministres du troisième Reich³⁰, cette amende a été considérée comme « un exemple typique de la persécution à laquelle étaient exposés les Juifs allemands », persécution qui entrait dans la catégorie des « persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux », visées dans la définition des crimes contre l'humanité du statut de Nuremberg (art. 6, al. c). Selon ce jugement, la confiscation et « la liquidation au profit du Reich des biens ayant appartenu aux Juifs allemands faisaient partie d'un programme de persécutions des Juifs en Allemagne et représentaient une violation du droit international et des traités internationaux constituant ainsi des crimes au sens du chef d'accusation n° 5 de l'acte d'accusation », qui considérait comme crime contre l'humanité, entre autres, le fait par les autorités allemandes de s'être approprié et d'avoir liquidé les effets des détenus dans les camps de concentration. On peut encore relever l'arrêt du 4 juillet 1946 de la Cour d'appel de Fribourg-en-Brisgau, selon lequel « la confiscation illégale des biens juifs, en 1940, par des organes dirigeants de l'Etat constitue un crime contre l'humanité »³¹.

50. Il résulte donc de cette jurisprudence que l'atteinte aux biens peut constituer un crime contre l'humanité, à condition de présenter deux caractères : être inspiré par des motifs d'ordre politique, racial ou religieux, et avoir un caractère massif³².

²⁹ Art. 6, al. b, du statut de Nuremberg ; voir aussi art. II, par. 1, al. b, de la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié.

³⁰ Voir *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No 10 (Nuernberg, October 1946-April 1949)*, Washington (D. C.), U.S. Government Printing Office, 1952, affaire n° 11 (*The Ministries Case*), vol. XIV, notamment p. 676 et 678 ; citations dans H. Meyrowitz, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle en application de la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960, p. 267.

³¹ *Deutsche Rechts-Zeitschrift*, Tübingen, vol. I, 1946, p. 93 ; cité dans Meyrowitz, p. 267 et 268.

³² Meyrowitz, p. 269.

²⁷ Convention pour la prévention et le répression du crime de génocide (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, p. 277).

²⁸ *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen*, Berlin, 1949, vol. 1, p. 13 ; cité dans Meyrowitz, *op. cit.* (*infra* n. 30), p. 274.

51. Cette jurisprudence garde encore aujourd'hui toute sa valeur, non seulement parce que les préjugés sont encore vivaces, mais aussi et surtout parce qu'à côté des biens nationaux apparaît une nouvelle catégorie de biens considérés de plus en plus comme patrimoine de l'humanité. Beaucoup de monuments à travers le monde présentent un intérêt historique, architectural ou artistique qui leur donne un caractère de patrimoine de l'humanité.

52. Dans le passé, des monuments, faute d'avoir été protégés, ont été détruits, au grand préjudice de l'humanité. Il en est ainsi de l'incendie, au début de l'ère chrétienne, de la bibliothèque d'Alexandrie. Aujourd'hui, on voit que l'UNESCO a classé certains sites et monuments comme patrimoine de l'humanité : l'île de Gorée, au Sénégal, par exemple, parce qu'elle a constitué pendant des siècles un important lieu de traite des esclaves et le point de départ le plus extrême en Afrique de leur déportation vers l'Amérique. Les anciens comptoirs commerciaux qui y ont été conservés à travers les âges symbolisent cette période peu glorieuse de l'histoire humaine et constituent un lieu de recueillement et de pèlerinage.

53. Il convient, d'ailleurs, d'observer que l'atteinte à des biens présentant un intérêt culturel était déjà interdite par des conventions encore en vigueur. Ainsi le Traité de Washington du 15 avril 1935, concernant la protection des institutions artistiques et scientifiques et des monuments historiques (renforçant le Pacte Roerich)³³, constituait déjà un premier effort dans cette direction. Il est notable que ce traité visait aussi bien le temps de guerre que le temps de paix. Après la seconde guerre mondiale, la Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, adoptée le 14 mai 1954 sous les auspices de l'UNESCO³⁴, visait aussi, malgré son titre, la sauvegarde de ces biens en temps de paix. L'article 3 de la Convention dispose en effet que la sauvegarde s'impose aux parties dès le temps de paix. La Convention donne une définition très large des biens culturels, qui est la suivante :

Article premier. — Définition des biens culturels

[...]

a) les biens, meubles ou immeubles, qui présentent une grande importance pour le patrimoine culturel des peuples, tels que les monuments d'architecture, d'art ou d'histoire, religieux ou laïques, les sites archéologiques, les ensembles de constructions qui, en tant que tels, présentent un intérêt historique ou artistique, les œuvres d'art, les manuscrits, livres et autres objets d'intérêt artistique, historique ou archéologique, ainsi que les collections scientifiques et les collections importantes de livres, d'archives ou de reproductions des biens définis ci-dessus ;

b) les édifices dont la destination principale effective est de conserver ou d'exposer les biens culturels meubles définis à l'alinéa a, tels que les musées, les grandes bibliothèques, les dépôts d'archives, ainsi que les refuges destinés à abriter, en cas de conflit armé, les biens culturels meubles définis à l'alinéa a ;

[...]

54. Il est également remarquable que la Convention de La Haye ait déjà prévu des sanctions pénales ou dis-

ciplinaires contre les personnes ayant commis une infraction contre les biens visés.

55. Plus proche encore est la disposition de l'article 85, par. 4, al. d, du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949, qui range parmi les infractions graves :

d) Le fait de diriger des attaques contre les monuments historiques, les œuvres d'art ou les lieux de culte clairement reconnus qui constituent le patrimoine culturel ou spirituel des peuples et auxquels une protection spéciale a été accordée en vertu d'un arrangement particulier, par exemple dans le cadre d'une organisation internationale compétente, provoquant ainsi leur destruction sur une grande échelle. [...]³⁵.

56. Il est vrai que, dans ce cas, le crime de guerre ne peut être constitué si les biens détruits se trouvent à proximité immédiate d'objectifs militaires. Mais cela ne porte pas atteinte au principe. D'ailleurs, s'agissant de crimes contre l'humanité, cette restriction n'existe pas, car de tels crimes sont inspirés par des mobiles différents et peuvent être commis indépendamment de tout état de guerre.

57. Il faut également mentionner les biens présentant un intérêt vital pour l'humanité : l'environnement, par exemple.

58. Les raisons exposées ci-dessus ont donc amené le Rapporteur spécial à viser également l'atteinte aux biens, au paragraphe 5 du projet d'article 14.

3. LE CARACTÈRE MASSIF OU SYSTÉMATIQUE

59. Les statuts des tribunaux militaires internationaux visent des actes inhumains commis contre « la population civile ».

60. Est-il bien nécessaire, pour qu'un acte constitue un crime contre l'humanité, qu'il ait un caractère massif ? La massivité est un critère du crime contre l'humanité, mais elle n'est pas le seul. Quelquefois, un acte inhumain commis contre une seule personne peut aussi constituer un crime contre l'humanité s'il s'inscrit dans un système ou s'exécute selon un plan, ou s'il présente un caractère de répétitivité qui ne laisse aucun doute sur les intentions de son auteur.

61. Le caractère massif du crime suppose évidemment une pluralité de victimes, et cette pluralité n'est souvent rendue possible que par la pluralité des auteurs et par la massivité des moyens. Les crimes contre l'humanité sont souvent commis par des individus se servant d'un appareil d'Etat ou de moyens que leur offrent des groupements financiers importants. Dans le cas de l'*apartheid*, c'est l'appareil d'Etat. Dans le cas du génocide ou du mercenariat, c'est l'un ou l'autre de ces moyens ou les deux en même temps.

62. Mais, ainsi qu'il vient d'être dit, un acte individuel peut constituer un crime contre l'humanité s'il s'inscrit dans un ensemble cohérent et dans une série d'actes répétés et inspirés par le même mobile : politique, racial, religieux ou culturel.

63. En vérité, le conflit entre les tenants du crime massif et les tenants du crime individuel paraît être un faux débat.

³³ SDN, *Recueil des Traités*, vol. CLXVII, p. 289.

³⁴ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 249, p. 215.

³⁵ Voir *supra* note 5.

64. L'examen des statuts des tribunaux internationaux (art. 6, al. c, du statut de Nuremberg ; art. 5, al. c, du statut de Tokyo ; et art. II, par. 1, al. c, de la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié) montre qu'ils visent aussi bien les crimes massifs (extermination, asservissement, déportation) que des cas de victimes individuelles (assassinat, emprisonnement, torture, viol).

65. Le comité juridique de la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre s'exprimait en ces termes :

[...] En principe, un action massive et systématique, en particulier si elle était revêtue d'autorité, était nécessaire pour transformer un crime de droit commun, punissable seulement selon le droit interne, en crime contre l'humanité, intéressant par là le droit international. Seuls des crimes qui ont mis en danger la communauté internationale ou scandalisé la conscience de l'humanité, soit par leur dimension ou leur brutalité, soit par leur grand nombre, ou par le fait que le même type d'actes a été accompli à des moments ou en des lieux divers, ont justifié l'intervention d'États autres que celui sur le territoire duquel le crime a été commis, ou dont les nationaux ont été les victimes³⁶.

66. Meyrowitz, de son côté, écrit que :

[...] l'incrimination de crimes contre l'humanité doit, en vérité, être interprétée comme comprenant, à côté d'actes dirigés contre des victimes individuelles, des actes de participation aux crimes massifs, selon l'un des modes prévus à l'article II, par. 2 [de la loi n° 10]³⁷.

La loi s'appuie sur une note du 15 octobre 1948 du Gouvernement militaire britannique (Zonal Office of the Legal Adviser), selon laquelle ni le nombre des victimes ni leur qualité ne permettent de qualifier un acte de crime contre l'humanité, mais plutôt le fait que cet acte se trouve relié

à une persécution systématique d'une collectivité ou d'une partie d'une collectivité. Un acte inhumain, commis contre une seule personne, peut ainsi constituer un crime contre l'humanité « si le mobile de cet acte réside, entièrement ou partiellement, dans une telle persécution systématique » dirigée contre un groupe déterminé de personnes [...]³⁸.

67. Pour résumer, à défaut de massivité, l'acte individuel doit constituer le maillon d'une chaîne, se rattacher à un système ou à un plan. L'idée de système, de plan et de répétitivité est nécessaire pour conférer le caractère de crime contre l'humanité à un acte dont la victime est un individu.

4. AUTRES INCRIMINATIONS

68. Indépendamment de l'atteinte aux biens, d'autres infractions ont été également visées : l'*apartheid*, la pratique de l'esclavage, l'expulsion de populations indigènes de leur territoire ou leur transfert forcé, l'implantation de colons sur un territoire occupé et la modification par la force ou par tout autre moyen de la composition démographique d'un territoire étranger.

69. S'agissant de l'*apartheid*, il n'est pas nécessaire de revenir sur les controverses qu'il avait suscitées. Cer-

tains membres de la Commission avaient préféré que cette notion ne fût pas spécifiquement visée, et qu'on s'en tint à l'expression plus générale de discrimination raciale. Mais un groupe fort important était d'une opinion contraire, en raison des traits spécifiques de ce crime, qui en font un crime à part. On remarquera seulement que deux variantes sont proposées pour le paragraphe 2 du projet d'article 14 : l'une renvoie à la Convention de 1973 sur l'*apartheid*³⁹ ; l'autre reprend intégralement le texte de l'article II de la Convention dans le corps du projet.

70. Quant à l'esclavage, le paragraphe 1 de l'article 1^{er} de la Convention du 25 septembre 1926⁴⁰ le définit comme étant « l'état ou condition d'un individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété », et le paragraphe 2 du même article définit la traite des esclaves comme étant

[...] tout acte de capture, d'acquisition ou de cession d'un individu en vue de le réduire en esclavage ; tout acte d'acquisition d'un esclave en vue de le vendre ou de l'échanger, tout acte de cession par vente ou échange d'un esclave acquis en vue d'être vendu ou échangé ; ainsi qu'en général tout acte de commerce ou de transport d'esclaves.

Cette convention faisait déjà de la traite des esclaves un crime, puisque les États participants s'engageaient à la poursuivre et à la réprimer (art. 2). Plus tard, la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948⁴¹ (art. 4) et le Pacte international du 19 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques⁴² (art. 8, par. 1) condamnaient en des termes énergiques la pratique de l'esclavage.

71. Dans la même foulée, le Pacte déjà cité (art. 8, par. 2 et 3) visait la servitude et le travail forcé. Le Pacte s'inspirait aussi des dispositions de la Convention supplémentaire du 7 septembre 1956 relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage⁴³ qui disait, dans son préambule, que « nul ne sera tenu en esclavage, ni en servitude ».

72. Il convient d'observer que le projet de code de 1954 avait déjà visé, parmi les actes inhumains, la réduction en esclavage. Mais certains membres de la Commission avaient jugé préférable de lui consacrer une disposition séparée.

5. REMARQUES D'ORDRE RÉDACTIONNEL SUR LE PROJET D'ARTICLE 14

73. Le projet de code de 1954 comportait deux paragraphes séparés : l'un consacré aux actes constituant le crime de génocide et l'autre consacré aux « actes inhumains ». On avait déjà indiqué à une précédente session que la distinction entre actes constituant le génocide et actes dits « inhumains » ne paraissait pas justifiée, car

³⁶ *History of the United Nations War Crime Commission...*, op. cit. (supra n. 22), p. 179 ; cité dans Meyrowitz, op. cit. (supra n. 30), p. 253.

³⁷ Meyrowitz, p. 255.

³⁸ Meyrowitz, p. 281, citant un extrait de la note britannique publiée dans *Zentral-Justizblatt für die Britische Zone*, Hambourg, vol. 2, 1948, p. 250 et 251. Voir aussi le quatrième rapport du Rapporteur spécial, *Annuaire...* 1986, vol. II (1^{re} partie), p. 58 et suiv., doc. A/CN.4/398, par. 31 à 51.

³⁹ Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'*apartheid* (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1015, p. 243).

⁴⁰ Convention du 25 septembre 1926 relative à l'esclavage (SDN, *Recueil des Traités*, vol. LX, p. 253).

⁴¹ Résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale, du 10 décembre 1948.

⁴² Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 171.

⁴³ *Ibid.*, vol. 266, p. 3.

le génocide est également un acte inhumain. Il est même le prototype de l'acte inhumain. Le présent rapport a cependant maintenu cette distinction en raison du degré de gravité qui existe entre les divers actes inhumains et de la spécificité qui caractérise certains d'entre eux.

74. La seconde remarque porte sur l'énumération des actes pouvant constituer des actes inhumains au sens du projet de code. Comme il vient d'être dit, les actes énumérés dans le projet de 1954 peuvent, pour certains d'entre eux (l'assassinat, l'emprisonnement), constituer

aussi bien des actes illicites de droit commun. L'assassinat ne constitue pas un crime contre l'humanité par le seul fait qu'il y a assassinat ; l'emprisonnement arbitraire non plus. Ces actes ne deviennent des crimes contre l'humanité qu'en fonction des circonstances qui les entourent. Ils ne constituent pas en soi des crimes contre l'humanité. Aussi la rédaction du projet d'article 14 en a-t-elle tenu compte, en mettant plutôt l'accent sur les caractères moraux de l'acte et sur ses mobiles que sur la matérialité, car un même acte peut recevoir, suivant les circonstances de sa commission, des qualifications différentes.

DROIT RELATIF AUX UTILISATIONS DES COURS D'EAU INTERNATIONAUX À DES FINS AUTRES QUE LA NAVIGATION

[Point 6 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/421 et Add.1 et 2*

Cinquième rapport sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, par M. Stephen C. McCaffrey, rapporteur spécial

[Original : anglais]
[5 avril, 4 et 19 mai 1989]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>	<i>Pages</i>
INTRODUCTION	1	100
<i>Chapitres</i>		
I. RISQUES ET DANGERS PROVOQUÉS PAR LES EAUX (Sixième partie du projet d'articles)	2-119	101
Introduction	2-8	101
A. Inondations et problèmes connexes	9-104	103
Considérations générales	9-17	103
1. La pratique des Etats	18-65	105
a) La pratique des Etats telle qu'elle ressort des accords internationaux	18-53	105
i) Inondations	19-29	106
ii) La glace	30-34	109
iii) Problèmes de drainage	35-40	109
iv) Obstructions à l'écoulement des eaux	41-44	111
v) Envasement	45-49	111
vi) Erosion	50-53	112
b) Pratique des Etats telle qu'elle ressort de la correspondance diplomatique et d'autres documents officiels concernant des cas précis	54-65	112
2. Déclarations, résolutions et recommandations adoptées par des organisations, conférences et réunions intergouvernementales	66-72	114
3. Rapports et études établis par des organisations intergouvernementales et des orga- nisations non gouvernementales internationales	73-80	116
a) Organisations intergouvernementales	73-76	116
b) Organisations non gouvernementales internationales	77-80	117
4. Etudes menées par des experts indépendants	81-88	119
5. Décision des cours et tribunaux internationaux	89-104	122
a) Décisions judiciaires	90-91	123
b) Sentences arbitrales	92-104	123
i) Affaire relative au fleuve San Juan	92	123
ii) Affaire du <i>Barrage de Gut</i>	93-101	124
iii) Affaire du <i>Lac Lanoux</i>	102	126
iv) Affaire de la <i>Fonderie de Trail (Trail Smelter)</i>	103-104	126
B. Autres problèmes et conditions créés par les eaux	105-117	127
1. Intrusion d'eau salée	105-108	127
2. Sécheresse et désertification	109-117	128

* Incorporant les documents A/CN.4/421/Corr.2 et A/CN.4/421/Corr.4.

<i>Chapitres</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Pages</i>
C. Articles proposés	118-119	130
Article 22. — Risques, conditions dommageables et autres effets préjudiciables provoqués par les eaux		130
Commentaires		130
Article 23. — Dangers et situations d'urgence provoqués par les eaux		131
Commentaires		131
II. RAPPORT ENTRE LES UTILISATIONS À DES FINS AUTRES QUE LA NAVIGATION ET LES UTILISATIONS AUX FINS DE LA NAVIGATION (Septième partie du projet d'articles)	120-127	132
A. Introduction	120	132
B. La navigation et la portée des projets d'articles	121	132
C. Solution des conflits entre les utilisations aux fins de la navigation et les autres utilisations	122-126	133
D. Article proposé	127	134
Article 24. — Rapport entre les utilisations aux fins de la navigation et les utilisations à d'autres fins ; absence de priorité entre les utilisations		134
Commentaires		134
III. RÉGULARISATION DES COURS D'EAU INTERNATIONAUX (Huitième partie du projet d'articles)	128-140	135
A. Introduction	128-131	135
B. La pratique des Etats telle qu'elle ressort des accords internationaux	132-138	135
C. Les travaux de l'Association de droit international	139	136
D. Article proposé	140	137
Article 25. — Régularisation des cours d'eau internationaux		137
Commentaires		137
CONCLUSIONS	141	138
ANNEXE. — Traités cités dans le présent rapport		138

Introduction

1. Dans son quatrième rapport sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation¹, dont la Commission du droit international a été saisie à sa quarantième session, le Rapporteur spécial a présenté un « calendrier prévu pour la soumission des éléments restants » en ce qui concerne le présent sujet². Ce calendrier indiquait qu'en 1989 le Rapporteur spécial soumettrait pour examen à la Commission la sixième partie (Risques et dangers provoqués par les eaux) et la septième partie (Rapport entre les utilisations à des fins autres que la navigation et les utilisations aux fins de la navigation) du plan d'ensemble qu'il a proposé pour le projet d'articles, ainsi que des données relatives à la « Régularisation des cours d'eau internationaux ». Le Rapporteur spécial a indiqué qu'il avait l'intention de soumettre l'ensemble du projet d'articles d'ici à 1990, ce qui permettrait à la Commission, si ce calendrier était respecté, d'achever la première lecture du projet d'articles avant la fin de son mandat actuel (1991). Le présent rapport traite donc de la sixième partie du projet consacrée aux risques, dangers et situations d'urgence provoqués par les eaux, de la septième partie concernant le rapport entre les utilisations à des fins autres que la navigation et les utilisations aux fins de la navigation, et de la huitième partie relative à la régularisation des cours d'eau internationaux.

¹ *Annuaire... 1988*, vol. II (1^{re} partie), p. 207, doc. A/CN.4/412 et Add.1 et 2.

² *Ibid.*, p. 209, par. 8 à 10.

CHAPITRE PREMIER

Risques et dangers provoqués par les eaux

(Sixième partie du projet d'articles)

Introduction

2. Dans son quatrième rapport, le Rapporteur spécial avait proposé, parmi une série de dispositions relatives à la pollution, à la protection de l'environnement et aux questions connexes, le projet d'article 18 [19] intitulé « Situations d'urgence dues à la pollution ou à d'autres atteintes à l'environnement ». Vu le peu de temps imparti à la Commission, à sa quarantième session, pour l'examen du quatrième rapport, et aussi pour des raisons d'organisation, le Rapporteur spécial avait suggéré de ne pas examiner à fond ce projet d'article, car il se proposait de soumettre, à la quarante et unième session, un nouvel article entièrement consacré aux risques et dangers provoqués par les eaux³. L'idée d'élargir la portée de ce projet d'article a été appuyée tant à la CDI⁴ qu'à la Sixième Commission, lors de la quarante-troisième session de l'Assemblée générale⁵.

3. A première vue, il semble qu'il y ait une différence fondamentale entre les dangers et les situations d'urgence dus à la pollution et ceux que constituent les inondations et les glaces flottantes : les premiers résultent souvent d'une activité humaine, les seconds sont souvent d'origine naturelle. On pourrait penser que cette différence entre les causes effectives des catastrophes ou des situations dangereuses justifierait des régimes différents. Cependant il n'est pas toujours possible de faire la distinction entre les risques, dangers et catastrophes provoqués par les eaux, qui sont dus à l'homme, et ceux dont les causes sont entièrement naturelles. Des phénomènes purement naturels peuvent, dans certains cas, être aggravés ou même entièrement causés par une intervention humaine. Les inondations, par exemple, peuvent être provoquées ou rendues plus dommageables par des activités telles que la construction de canaux⁶ ou de barrages⁷, ou par des pratiques

d'exploitation des terres, telles que le déboisement⁸, qui entraînent un ruissellement anormalement rapide des eaux. Inversement, la nature peut exercer sur des réalisations de l'homme des effets catastrophiques, par exemple lors d'un séisme endommageant un barrage et provoquant des inondations.

4. Il existe donc toute une série de possibilités, qui va des risques ou catastrophes d'origine entièrement naturels à ceux qui résultent exclusivement de l'activité humaine⁹. Les règles juridiques régissant la prévention, la réduction du risque et la réparation du dommage devraient donc tenir compte non seulement de la nature de la catastrophe (selon qu'il s'agit, par exemple, d'une inondation ou du déversement d'un produit chimique), mais aussi de la mesure dans laquelle l'intervention humaine contribue aux conséquences dommageables. Il semble, à première vue, que les obligations incombant aux Etats du cours d'eau soient directement fonction

d'un barrage sur un cours d'eau peut empêcher les eaux de source, en ruisselant, de le « draguer » en aval du barrage, d'en ensabler le lit et d'en réduire la capacité d'écoulement, d'où le risque de débordement.

⁸ Certains observateurs ont estimé que les inondations particulièrement graves qui se sont produites au Bangladesh en 1987 et en 1988 étaient imputables en partie au déboisement des régions situées en amont. Voir, notamment, *The New York Times* du 3 octobre 1988, p. A1 et A6 ; Masum « Some aspects of impact of floods on Bangladesh economy », et Kahn, « Flood hazard in Bangladesh and its impacts on the rural environment », communications présentées au Séminaire international sur les inondations au Bangladesh : Perspectives écologiques régionales et mondiales, organisé conjointement par le Bureau de recherche du Bangladesh et le Comité scientifique sur les problèmes de l'environnement, du 4 au 8 mars 1989 (dénommé ci-après « Séminaire de 1989 sur les inondations au Bangladesh ») ; le texte des communications présentées au Séminaire figure dans le document de synthèse de ses travaux. Voir aussi *infra* note 11 et les sources citées.

⁹ Dans une étude établie en 1977, le Secrétariat a défini comme suit ce qui constitue un cas de force majeure :

« [...] Les causes matérielles pouvant donner lieu à des événements ou à des faits dits de force majeure sont variables. La force majeure peut évidemment découler d'une catastrophe naturelle telle qu'un tremblement de terre, mais le terme peut s'appliquer aussi à des situations provoquées par l'intervention de l'homme, comme une guerre, une révolution, une émeute, etc. Enfin, certaines causes génératrices d'une situation de force majeure peuvent avoir une origine aussi bien naturelle qu'humaine. Un incendie, par exemple, peut avoir été allumé par l'homme, mais aussi provoqué par la foudre ; une situation de dénuement économique absolu équivalant à un cas de force majeure peut être due à une sécheresse causée par le manque de pluie, mais aussi à un bouleversement du marché mondial des produits de base ou à une mauvaise gestion de l'économie nationale, etc. » (« Force majeure » et « cas fortuit » en tant que circonstances excluant l'illicéité : pratique des Etats, jurisprudence internationale et doctrine », *Annuaire... 1978*, vol. II [1^{re} partie], p. 63, doc. A/CN.4/315, par. 4.)

³ *Annuaire... 1988*, vol. II (2^e partie), p. 26, par. 130.

⁴ Voir notamment les interventions de M. Yankov (*Annuaire... 1988*, vol. I, p. 161, 2067^e séance, par. 14), de M. Calero Rodrigues (*ibid.*, p. 162, par. 25) ; et de M. Eiriksson (*ibid.*, p. 166, 2068^e séance, par. 22).

⁵ Voir, notamment, la déclaration du représentant du Venezuela (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-troisième session, Sixième Commission*, 29^e séance, par. 31).

⁶ Les canaux peuvent recueillir et concentrer les écoulements de surface et déverser un important volume d'eau en un point unique, à l'embouchure du canal. On trouve dans la pratique des Etats un exemple qui se rapporte à une situation de cette nature, c'est celui du canal de Rose Street, examiné plus loin (par. 55 à 63).

⁷ L'écoulement subit d'un important volume d'eau retenu par un barrage peut avoir des effets dommageables en aval. Cet écoulement peut être causé délibérément (p. ex. pour protéger le barrage lui-même) ou résulter de la rupture du barrage. Enfin, la construction

du degré de responsabilité humaine. Comme on le verra plus loin, cependant, cela ne signifie pas nécessairement qu'il y ait absence totale d'obligation dans les cas où des forces naturelles sont seules à l'origine d'un risque provoqué par les eaux. Au contraire, la pratique des Etats, surtout telle qu'elle ressort des accords internationaux, offre maints exemples d'obligations de coopération, de notification, etc., qui entrent en jeu en cas de danger ayant des causes entièrement naturelles, notamment en cas d'inondations et de glaces flottantes (voir *infra* par. 20 à 34).

5. On pourrait conclure de ce qui précède qu'il suffirait d'un seul article ou d'une seule série d'articles pour traiter de tous les types de risques et de dangers provoqués par les eaux, que leur origine soit naturelle, humaine ou mixte. Toutefois la Commission souhaiterait peut-être déterminer si les projets d'articles relatifs à cette question devraient contenir, outre des règles primaires énonçant les obligations des Etats du cours d'eau, des règles secondaires précisant les conséquences du non-respect de ces obligations. En effet, s'il est vrai que des risques et des dangers d'origine entièrement naturelle peuvent entraîner des obligations pour les Etats du cours d'eau, les conséquences du non-respect de ces obligations peuvent avoir une portée moins grande que celles du non-respect des règles exigeant que ces Etats s'abstiennent de causer ou d'aggraver les risques ou dangers provoqués par les eaux¹⁰.

6. Or, c'est précisément parce que l'utilisation d'un cours d'eau (ou même d'autres ressources) par un Etat peut avoir des conséquences préjudiciables, voire catastrophiques, au-delà de ses frontières que la coopération entre les Etats est indispensable¹¹. Le Groupe d'experts spécialisés dans les aspects juridiques et institutionnels de la mise en valeur des ressources en eau internationales souligne, dans son rapport, la nécessité pour les Etats de « s'organiser pour régler [les questions relatives aux effets préjudiciables de l'utilisation des eaux] de façon rationnelle, sur la base d'informations tech-

¹⁰ L'article 6 de la deuxième partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats, proposé par M. Riphagen (*Annuaire... 1984*, vol. II [2^e partie], p. 103, note 322) donne une idée de la portée que pourraient avoir ces conséquences, c'est-à-dire des éléments constitutifs de la réparation au sens large.

¹¹ Selon le Groupe d'experts spécialisés dans les aspects juridiques et institutionnels de la mise en valeur des ressources en eau internationales :

[...] la mise en valeur et l'exploitation d'autres ressources que l'eau par l'un des Etats du système risquent d'avoir des effets importants sur la quantité et la qualité des eaux qu'un autre Etat du système souhaiterait mettre en valeur et utiliser. L'exploitation forestière en amont d'un cours d'eau dans un Etat peut entraîner une grave érosion et un fort apport d'alluvions dans un Etat situé en aval ; le débit du courant risque d'en subir une modification préjudiciable qui se répercutera sur l'utilisation de l'eau par cet Etat. » (Nations Unies, *Gestions des ressources en eau internationales : aspects institutionnels et juridiques*, Ressources naturelles/Série Eau n° 1 [numéro de vente : F.75.II.A.2], par. 42.)

Le Groupe d'experts se réfère à ce propos au document de travail de G. J. Cano sur les relations entre l'eau et les autres ressources naturelles, présenté à la cinquante-troisième Conférence de l'Association de droit international ; voir ILA, *Report of the Fifty-third Conference*, Buenos Aires, 1968, Londres, 1969, annexe, p. 531 et suiv.

niques et d'un effort soigneux de coopération et de planification au profit du bassin ou du système intégré »¹². Il poursuit en ces termes :

Les conditions qui donnent le plus souvent naissance à [des] protestations et à la nécessité d'adopter des mesures délibérées en planification internationale sont celles qui provoquent les effets suivants dans d'autres Etats : pénurie d'approvisionnement en eaux superficielles ou souterraines ; inondations ; ensablement ; chloruration ; réduction des peuplements de poissons et élimination des zones de frai ; eutrophication ; végétation excessive ; concentration de sels et autres matières chimiques, d'effluents non traités, de substances radioactives, de déchets pétroliers et autres (provenant de navires ou du rivage) ; changements de températures ; obturation du passage (des poissons, des navires et du bois) ; réduction du désensablement naturel et, bien entendu, modification du débit. C'est ainsi que même l'emploi des engrais, par ailleurs utile et bien innocent, les tentatives faites pour lutter contre l'invasion de la jacinthe d'eau, la construction de barrages pour retenir l'eau et empêcher les inondations, le drainage des marais, le refroidissement d'une centrale thermique ou le renvoi de l'eau d'irrigation à la rivière risquent d'avoir des conséquences dommageables dans d'autres parties du bassin. Bien qu'en général le préjudice soit causé en aval, les répercussions subies par les rivières et les lacs frontaliers comptent parmi les nombreuses exceptions à cette règle. Certains de ces effets pourront se faire sentir en amont et en aval, notamment sur la pêche, la navigation et le flottage du bois.

Les exemples évoqués ci-dessus ne font qu'illustrer la nature des problèmes qui offrent les meilleures chances de solution lorsque les Etats qui partagent le même système de ressources en eau acceptent la nécessité d'une coopération ou d'une collaboration internationale active pour atteindre de façon plus efficace leurs propres objectifs. [...]¹³.

7. Le phénomène du réchauffement de la planète est un autre facteur qui peut aggraver les dangers provoqués par les eaux et fait que la coopération entre les Etats du cours d'eau devient de plus en plus importante.

En 1988, une grave sécheresse a sévi dans 35 % environ du territoire continental des Etats-Unis [...].

[...]

Les régions occidentales de l'Union soviétique ont également souffert de la chaleur et de la sécheresse en 1988. En Chine, les conditions météorologiques ont été variables, certaines régions du centre-nord et du centre-sud enregistrant des pluies torrentielles tandis qu'une grande partie des régions de l'est et du sud-est souffraient d'une sécheresse anormale. En Inde, la mousson, qui avait été très insuffisante en 1987, a apporté en 1988 les précipitations les plus abondantes depuis soixante-dix ans. Le Bangladesh a connu les inondations les plus dévastatrices de son histoire : les trois quarts du pays ont été inondés et il y a eu de lourdes pertes en vies humaines. Des pluies torrentielles ont également causé de graves inondations au Soudan, en août [1988].

[...]

L'intensité de la sécheresse et de la chaleur et les autres intempéries ont suscité un regain d'inquiétude au sujet des modifications du climat de la planète, qui ont pour cause l'effet de serre, par lequel les gaz — essentiellement le gaz carbonique — retiennent les radiations solaires dans les couches inférieures de l'atmosphère et réchauffent l'air à proximité de la surface de la terre. Bien que les spécialistes des questions atmosphériques aient été très divisés quant au rapport direct qu'on pouvait établir entre la sécheresse de 1988 et l'effet de serre, on a enregistré des preuves irréfutables de l'augmentation constante, dans l'ensemble du globe, de la teneur de l'atmosphère en gaz carbonique et en d'autres gaz à l'état de traces, résultat d'un siècle d'activité industrielle. Trois grandes organisations internationales — le Conseil international des unions scientifiques, le Programme des Nations Unies pour l'environnement et l'Organisation météorologique mondiale — ont publié un rapport demandant l'élaboration immédiate de mesures pour faire face aux modifications cli-

¹² Nations Unies, *Gestion des ressources en eau...*, par. 50.

¹³ *Ibid.*, par. 51 et 52.

matiques et recommandant instamment l'adoption et l'application du Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone [...]¹⁴.

Des spécialistes et d'autres observateurs ont estimé que le réchauffement de la planète risquait de créer des situations particulièrement graves dans les pays de la zone tropicale.

[...] Dans les régions semi-arides, notamment dans une partie importante de l'Afrique subsaharienne, les précipitations pourraient encore diminuer. Nombre de ces régions, où la production agricole est déjà très faible, sont très sensibles aux variations de climat et connaissent de graves sécheresses et des famines depuis quelques décennies. Les climats tropicaux humides pourraient devenir plus chauds et plus humides, avec un accroissement de la fréquence et de la gravité des orages tropicaux. Les inondations qui, entre 1968 et 1988, ont fait, outre 80 000 morts, au moins 200 millions de victimes, pourraient s'aggraver. Les catastrophes naturelles telles que les inondations, aujourd'hui exceptionnelles, pourraient devenir de plus en plus courantes.

En fait, il se peut que les perturbations climatiques causées par l'effet de serre soient déjà manifestes. En 1988, les températures dans le monde atteignaient de nouveau, ou presque, leur niveau record pour la période pour laquelle on dispose de données enregistrées, les températures s'étant élevées de 0,7 °F (0,26 °C) par rapport à la moyenne des trente années écoulées depuis 1950. Les cinq années les plus chaudes de ce siècle sont toutes situées dans les années 80. De plus, au cours des vingt dernières années, le taux de réchauffement de la planète a été le plus élevé qu'on ait enregistré jusqu'à présent [...]¹⁵.

Ces phénomènes laissent prévoir que la demande d'eau douce pourrait s'accroître dans certaines régions du monde, tandis que les risques d'inondation augmenteraient dans d'autres. Le Rapporteur spécial pense que la Commission devra garder ces facteurs présents à l'esprit lorsqu'elle examinera la question des risques et des dangers provoqués par les eaux.

8. Le reste du présent chapitre se divise en deux parties dans lesquelles le Rapporteur spécial passe en revue les textes faisant autorité en ce qui concerne les différents types de risques et de phénomènes naturels. La première partie traite des inondations et des problèmes connexes, la seconde, des autres problèmes et des phénomènes liés à l'eau. Ces problèmes ayant été examinés dans les rapports soumis précédemment à la Commission sur le sujet¹⁶, la présentation des textes ci-après ne vise qu'à illustrer la question, et non à l'étudier de façon exhaustive. A la fin du chapitre, le Rapporteur

spécial proposera une série de projets d'articles relatifs aux risques et dangers provoqués par les eaux. Ces textes viseront à la fois les incidents provoqués par l'homme et les phénomènes naturels, comme il est expliqué plus haut, mais la présente étude ne traitera pas de la pollution en tant que telle¹⁷, puisque cette question l'a déjà été dans le quatrième rapport¹⁸.

A. — Inondations et problèmes connexes

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

9. Parce qu'il y a souvent interaction entre les inondations et d'autres risques provoqués par les eaux, les accords internationaux et d'autres textes faisant autorité les traitent fréquemment ensemble. En raison de cette interaction sur le plan concret et de celle qui en résulte sur le plan juridique, on peut regrouper dans la présente section un certain nombre de problèmes différents. Le problème qui a, de loin, retenu le plus d'attention dans les traités comme dans les travaux des organisations internationales est celui des inondations, probablement parce que celles-ci figurent toujours en tête sur la liste des catastrophes naturelles¹⁹. La section A portera donc sur ce type de risque, mais elle traitera également des cas suivants : problèmes causés par les glaces, problèmes de drainage, obstructions de l'écoulement, envasement et érosion. La section B traitera des problèmes posés par l'intrusion d'eau salée, la sécheresse et la désertification.

10. Comme il a déjà été indiqué, les inondations constituent l'un des risques naturels les plus graves que le monde connaisse²⁰. Elles se produisent chaque année dans de nombreuses parties du monde — par exemple en Inde, au Pakistan, au Bangladesh et en Chine — et touchent des pays dans presque tous les continents²¹. Les pertes en vies humaines, en biens et en revenus dues aux inondations dans certaines parties du monde sont extrêmement élevées. Dans l'ensemble de la région de l'Asie du Sud-Est, les inondations détruisent annuellement plus de 4 millions d'hectares de cultures et causent des pertes en biens matériels dépassant un mil-

¹⁴ 1989 *Britannica Book of the Year*, Chicago, Encyclopaedia Britannica, Inc., 1989 ; p. 159 et 160 ; voir aussi p. 195.

¹⁵ D. A. Wirth, « Climate chaos », *Foreign Policy*, Washington (D. C.), n° 74, 1989, p. 9 et 10. Wirth fait observer que « l'effet de serre, s'il n'est pas maîtrisé, peut, en provoquant les bouleversements imprévisibles de l'équilibre des forces dans le monde, aggraver le risque de guerre » (p. 10). Voir aussi le rapport de la Commission mondiale pour l'environnement et le développement :

« Les menaces écologiques contre la sécurité commencent également à apparaître à une échelle mondiale. Les plus préoccupantes d'entre elles découlent des conséquences éventuelles d'un réchauffement de la planète causé par une accumulation de gaz carbonique et autres composés gazeux dans l'atmosphère. [...] (« Notre avenir à tous », doc. A/42/427, annexe, chap. 11, par. 15.)

Voir aussi SIPRI et PNUE, *Global Resources and International Conflict: Environmental Factors in Strategic Policy and Action*, Oxford University Press, 1986.

¹⁶ Voir en particulier le troisième rapport de M. Schwebel, *Annuaire... 1982*, vol. II (1^{re} partie), p. 185 et suiv., doc. A/CN.4/348, par. 337 à 379. Voir aussi le premier rapport de M. Evensen, *Annuaire... 1983*, vol. II (1^{re} partie), p. 193, doc. A/CN.4/367, par. 177 à 182.

¹⁷ Deux questions — l'envasement et l'intrusion d'eau salée, qui peuvent être considérés comme des formes de pollution — sont néanmoins traitées dans la présente étude.

¹⁸ A/CN.4/412 et Add.1 et 2 (v. *supra* n. 1), par. 38 à 88, et chap. III, sect. C, article 18 [19].

¹⁹ Ainsi, selon une étude, les inondations ont causé près de 40 % du nombre total de décès dus à des catastrophes naturelles au cours des vingt années qui ont suivi 1947, voir L. Sheehan et K. Hewitt, « A pilot survey of global natural disasters of the past twenty years », *Natural Hazard Research, Working Paper No. 11*, University of Toronto, Canada, 1969 (reprographié).

²⁰ Voir Nations Unies, *Principes directeurs pour la prévention et la limitation des pertes dues aux crues dans les pays en développement*, Ressources naturelles/Série Eau n° 5 (numéro de vente : F.76.II.A.7), p. 2 à 10 (« L'ampleur du problème des crues à l'échelon mondial »).

²¹ Voir le tableau 1 de l'étude, citée dans la note précédente, énumérant les « grandes inondations enregistrées par l'histoire » en Asie, en Amérique du Nord et du Sud, en Europe et dans certains États insulaires. En ce qui concerne l'Afrique, voir p. ex. le rapport sur les inondations particulièrement graves qui se sont produites au Soudan en 1988 (*infra* n. 24 *in fine*).

liard de dollars des Etats-Unis²². Il est arrivé que des inondations entraînent la mort de plus d'un million de personnes, laissent quelque 10 millions d'autres sans abri et recouvrent jusqu'à 4 millions d'hectares de terres agricoles²³. Dans la seule Asie du Sud-Est, les inondations causent chaque année des pertes en vies humaines considérables, et elles semblent s'aggraver dans le sous-continent asiatique et en Afrique²⁴.

11. Les pays en développement sont ceux qui souffrent particulièrement des inondations.

[...] Chaque année, en Asie du Sud-Est, des milliers de personnes meurent noyées et des millions d'hectares de cultures sont détruits. Les dégâts causés par les crues, qui sont déjà importants, ne cessent de s'aggraver en raison de l'installation, dans les plaines d'inondation, de populations de plus en plus nombreuses et d'activités économiques de plus en plus importantes. Le Bangladesh est un bon exemple de cette situation puisque ce pays est situé en majeure partie dans le delta du Gange et du Brahmapoutre. [...] ²⁵

Mais les inondations peuvent frapper les pays développés tout comme les pays en développement :

[...] dans des pays comme la Hongrie, l'Iraq, le Japon, la Malaisie, les Pays-Bas et le Sénégal, plus de 20 % de la population vit dans des régions qui risquent d'être inondées au moment des grandes crues²⁶.

12. On peut s'attendre, à l'avenir, à un accroissement des pertes causées par les crues dans la mesure où les plaines d'inondation, particulièrement dans les pays en développement, sont utilisées davantage pour le développement agricole, industriel et urbain²⁷.

Les activités humaines dans les plaines d'inondation posent un dilemme grave. D'une part, en effet, les plaines d'inondation offrent des emplacements qui se prêtent particulièrement bien à diverses de ces activités, notamment l'agriculture et les transports. Certaines des grandes civilisations se sont développées dans les lits des grands fleuves, car elles ont su profiter des riches terrains alluviaux qui s'y trouvent. Tel fut le cas le long des berges du Tigre et de l'Euphrate,

du Nil, de l'Indus et du Yang-Tseu-Kiang. Les plaines des vallées fluviales forment aussi des couloirs et des passages qu'utilisent les moyens de transport, et offrent des emplacements commodes où construire des habitations et des fabriques. [...] Il n'est donc pas surprenant que ce soit dans ces plaines que l'on trouve concentrée une partie considérable des installations et des activités des hommes.

Mais l'installation des activités humaines dans les vallées fluviales peut présenter de gros risques et provoquer parfois des désastres, car il arrive que le cours d'eau déborde et prélève un lourd tribut sous forme de dommages aux propriétés et aux biens, ainsi qu'aux revenus et, parfois même, de pertes en vies humaines. [...] ²⁸

13. Le déboisement des aires montagneuses d'alimentation a été reconnu comme étant l'une des causes majeures de l'aggravation des inondations dans les pays de l'Asie du Sud et du Sud-Est et d'Amérique latine²⁹. En Inde, par exemple, 20 millions d'hectares sont inondés, chaque année, en partie à cause du déboisement en montagne ; les dégâts causés par les inondations se chiffrent à plus d'un milliard de dollars par an dans la seule plaine du Gange³⁰.

14. On peut dire qu'il existe cinq types d'inondations. Ce sont : a) les inondations dues à la fonte des neiges ; b) les inondations dues aux embâcles ou aux débâcles de glace ; c) les inondations dues à des orages conventionnels ; d) les inondations provoquées par des tempêtes cycloniques ; e) les coulées de boues provoquées par les pluies³¹. Bien sûr, d'autres facteurs tels que l'endigement en amont (qui réduit la superficie totale de la plaine d'inondation) et les modes d'utilisation des sols, ainsi que le dépôt de grandes quantités d'alluvions (qui réduit la capacité de débit du lit), peuvent aussi contribuer à un cycle de crues plus régulier.

15. Lorsque le problème des crues affecte plus d'un pays, l'expérience montre que la méthode la plus efficace est celle du recours à la coopération internationale³². Cette coopération est nécessaire, ne serait-ce que pour le rassemblement et l'échange de données concernant les conditions hydrologiques³³. Toutefois une coopération plus intense est nécessaire pour l'élaboration de programmes efficaces de lutte contre les inondations et de prévention de catastrophes. On peut aboutir à ce type de coopération en renforçant les rapports qui président à l'échange de données, en les étendant progressivement à la mise en place de systèmes de prévision et

²² W. R. D. Sewell et H. D. Foster, « Flood loss management in developing countries: A model for identifying appropriate strategies », dans Nations Unies, *River Basin Development: Policies and Planning*, Ressources naturelles/Série Eau n° 6 (numéro de vente : E.77.A.4), vol. I, p. 84 [Actes du Séminaire interrégional de l'ONU sur la mise en valeur des bassins fluviaux et des territoires situés entre deux bassins (Budapest, 16-26 septembre 1975), dénommé ci-après « Séminaire de Budapest » (en anglais seulement)].

²³ Nations Unies, *Principes directeurs pour la prévention...* (v. supra n. 20).

²⁴ Voir supra par. 7 l'examen des relations qui peuvent exister entre le phénomène de réchauffement du globe et la recrudescence des inondations. Comme on l'a déjà indiqué, le Bangladesh a connu des inondations particulièrement graves en 1987 et en 1988. En 1988, les eaux ont recouvert près des trois quarts du pays. Selon les rapports officiels, on a enregistré plus de 2 000 décès, de nombreux cas de maladies d'origine hydrique et il y aurait eu au moins 30 millions de sans-abri (1989 *Britannica Book of the Year*, p. 154 et 159). D'une manière générale, voir le rapport établi en 1988 par l'Equipe spéciale mixte Gouvernement du Bangladesh/ONU, « The 1988 floods in Bangladesh : impact, relief and recovery » (SG/CONF.4/1). Les inondations qui se sont produites en 1988 dans de nombreuses régions du nord-ouest de l'Inde ont fait des milliers de morts et des centaines de milliers d'habitants des quatre Etats indiens affectés ont dû être évacués ; 9 000 villes et villages auraient été touchés (*The New York Times* du 3 octobre 1988, p. A1 ; voir aussi le reportage sur le typhon Gilbert dans *The New York Times* du 1^{er} octobre 1988, p. A3). « Des pluies torrentielles ont également causé de très graves inondations au Soudan en août 1988 », *Britannica Book of the Year*, p. 159.

²⁵ Nations Unies, *Principes directeurs pour la prévention...* (v. supra n. 20), p. iii.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Sewell et Foster, *loc. cit.* (supra n. 22), p. 84.

²⁸ Nations Unies, *Principes directeurs pour la prévention...* (v. supra n. 20), p. 1.

²⁹ Nations Unies, *Perspectives socio-économiques mondiales jusqu'en l'an 2000* (numéro de vente : F.90.II.C.2), par. 364.

³⁰ *Ibid.*, d'après Banque mondiale, Comité du développement, *Environment, Growth and Development*, Washington (D. C.), 1987, publication n° 14, p. 5.

³¹ Nations Unies, *Principes directeurs pour la prévention...* (v. supra n. 20), p. 14. Voir aussi la deuxième partie du rapport du Comité du droit international sur les ressources en eau, relative à la lutte contre les inondations (rapporteur F. J. Berber), présenté à la cinquante-cinquième Conférence de l'Association de droit international, voir ILA, *Report of the Fifty-fifth Conference*, New York, 1972, Londres, 1974, p. 44.

³² Cette conclusion se fonde sur les nombreux accords internationaux et autres textes faisant autorité examinés plus loin.

³³ Cette forme de coopération est en fait déjà exigée par l'article 10 (Echange régulier de données et d'informations), adopté provisoirement par la Commission à sa quarantième session (le texte et le commentaire de cet article figurent dans *Annuaire...* 1988, vol. II [2^e partie], p. 45 et suiv.).

d'alerte, et finalement à la conception et à l'exécution conjointes de travaux de prévention et de protection contre des inondations³⁴.

16. Le rapport sur les mesures de protection contre les inondations, présenté en 1972 à l'Association de droit international par le Comité du droit international sur les ressources en eau, donne un aperçu historique intéressant de la lutte de l'homme contre les inondations, décrit leurs causes et leurs effets et énumère des mesures préventives types :

Les inondations et leurs effets désastreux sur les terres où elles se manifestent ont préoccupé l'humanité depuis des temps immémoriaux. La nécessité d'irriguer en même temps que la nécessité d'endiguer les eaux ont été des facteurs décisifs de l'apparition des premières civilisations dans les vallées du Nil, du Tigre et de l'Euphrate, de l'Indus et de l'Hoang ho [...].

Les crues périodiques qui se produisent dans ces vallées fluviales ont transformé de vastes superficies de sol aride en champs fertiles, grâce à la canalisation de l'eau dans des systèmes d'irrigation. En même temps, ces crues peuvent causer des catastrophes dans de nombreuses parties du monde [...]. Chaque année, des sommes énormes sont consacrées à l'aide aux populations touchées par les inondations et aux travaux de réparation. Les inondations causent des dommages permanents lorsqu'elles laissent derrière elles des marécages qui peuvent être à l'origine de maladies et d'épidémies, ou lorsque l'eau stagnante et son évaporation pendant la saison sèche provoquent l'accumulation de sels nocifs, rendant incultes de vastes étendues de bonne terre.

Il semble à première vue que la lutte contre les inondations soit avant tout un problème de science et de technique et qu'elle relève de la législation et de l'administration internes.

Les causes d'inondation les plus importantes sont les suivantes : précipitations intenses et prolongées, orages, ouragans, cyclones, fonte des neiges, embâcles de glace, glissements de terrain, débordement et fissuration de réservoirs ou de digues, débordement de lacs causant le déversement soudain de grandes quantités d'eau, engorgement d'un affluent au confluent d'un cours d'eau principal, fortes précipitations se produisant en même temps que le débordement des cours d'eau, drainage insuffisant et inefficace dans les zones basses et plates, envasement du lit des cours d'eau dû à de grandes quantités d'alluvions charriées par le courant, tremblements de terre, glissements de terrain et érosion, inondations dans les zones basses et les deltas dues à un fort envasement de l'embouchure, synchronisation de marées hautes et de crues dans les chenaux ; création de barres dues à des dérives littorales et au manque d'installations de contrôle permettant de régler la distribution de l'eau dans les différents chenaux dans les régions deltaïques.

Parmi les méthodes les plus courantes qui ont été mises au point pour réduire les dégâts causés par les inondations, on peut citer :

- 1) La construction de digues, de levées ou de remblais pour protéger les terres et maintenir les eaux dans leur lit principal habituel ;
- 2) L'accroissement de la capacité du lit principal par des travaux visant à le redresser, à l'élargir ou à l'approfondir, ou par une combinaison des trois ;
- 3) La dérivation d'une partie ou de la totalité des eaux de crue qui dépassent la capacité d'écoulement du lit principal ;
- 4) La construction de réservoirs pour retenir temporairement les eaux de crue et les relâcher ensuite selon la capacité du lit ;
- 5) L'adoption de mesures visant à diminuer le débit en améliorant les modes d'utilisation des sols, par exemple par le boisement et le remplacement de cultures favorisant l'érosion par des cultures protégeant les sols ;

³⁴ Voir Sewell et Foster, *loc. cit.* (*supra* n. 22), p. 91. Concernant les stratégies visant à réduire les dégâts causés par les inondations, voir les méthodes exposées dans le rapport du Comité du droit international sur les ressources en eau (*infra* par. 16).

6) Le recours à des services de prévision et d'alerte avancée des crues afin de réduire au minimum les pertes en vies humaines et en biens³⁵.

17. Si les crues sont souvent associées à des conséquences nuisibles, il ne faut toutefois pas oublier que certains types de crues peuvent aussi avoir des effets bénéfiques. Dans certains pays, les crues qui se produisent annuellement, que ce soit depuis longtemps ou actuellement³⁶, peuvent servir à irriguer les terres agricoles et même à les enrichir par les dépôts d'alluvions (voir *infra* par. 46) :

Dans certains cas, l'homme a appris à vivre avec les crues périodiques des plaines inondables et en a tiré profit. Dans la plupart des cas, toutefois, les inondations sont considérées comme un risque plutôt que comme un avantage. Pour les pays du tiers monde, les risques associés aux inondations deviennent [sont devenus] un problème grave pour le développement général car il est beaucoup plus difficile pour ces pays de réparer les dégâts causés par les inondations³⁷.

1. LA PRATIQUE DES ÉTATS

a) La pratique des États telle qu'elle ressort des accords internationaux³⁸

18. La présence de dispositions similaires dans une gamme étendue d'accords internationaux constitue un élément de preuve de l'existence d'une coutume internationale³⁹. Il existe en effet un vaste éventail de traités

³⁵ ILA, *Report of the Fifty-fifth Conference...* (v. *supra* n. 31), p. 43 à 45.

³⁶ Le Bangladesh p. ex. est sujet chaque année à des inondations par débordement dû à un drainage défectueux, au ruissellement des eaux de pluie et à des raz de marée (Bhuiya, « Environmental aspects of floods and flood-control measures of Bangladesh », communication présentée au Séminaire de 1989 sur les inondations au Bangladesh [v. *supra* n. 8].)

Le nilomètre de l'ancienne Egypte servait à mesurer le bien-être de l'homme en fonction du niveau du Nil. Voir p. ex. Curry, « Questioning the nilometer », communication présentée au Séminaire de 1989 sur les inondations au Bangladesh, p. 2, figure 1. L'échelle allait de « famine » pour 12 « aunes » d'eau (une « aune » équivalait à 1,1 mètre ou 45 pouces), à « souffrances » (13 aunes), « bonheur » (14 aunes), « sécurité » (15 aunes) et « abondance » (16 aunes), enfin à « catastrophe » (18 aunes). Ainsi des niveaux très bas correspondaient à un approvisionnement insuffisant en denrées alimentaires, des niveaux élevés à la prospérité, et des niveaux extrêmement élevés à un malheur terrible.

³⁷ Kahn, *loc. cit.* (*supra* n. 8), p. 37.

³⁸ Pour plus de clarté, les références complètes des instruments internationaux cités dans le texte et dans les notes sont données en annexe au présent rapport.

³⁹ Cela est particulièrement vrai lorsque les accords bilatéraux « traitent de questions généralement réglées par le droit international », par opposition aux « traités concernant des questions qui sont clairement reconnues comme relevant du pouvoir d'appréciation des États ». A titre d'exemples de la première catégorie, on peut mentionner « les traités sur les droits riverains, étant donné que le droit international coutumier contient des prescriptions relatives aux devoirs des États riverains envers les tiers » (L. Henkin *et al.*, *International Law: Cases and Materials*, 2^e éd., St Paul [Minn.], West Publishing Co., 1987, p. 87 ; voir aussi G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, Washington (D. C.), 1940, vol. I, p. 17 ; et C. C. Hyde, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, Boston, Little, Brown and Co., 1945, vol. I, p. 10 et 11).

Au sujet de « la signification générale en droit international de dispositions similaires contenues dans de nombreux traités distincts », concernant en particulier le droit relatif aux cours d'eau internationaux, voir R. D. Hayton, « The formation of the customary rules of international drainage basin law », dans A. H. Garretson, R. D. Hay-

qui contiennent des dispositions relatives aux inondations. Nombre de ces instruments, souvent dans un seul et même article, traitent aussi des problèmes que crée la présence de glace, par exemple les embâcles (qui peuvent bloquer les cours d'eau, puis, lors du dégel, entraîner des inondations) et les glaces flottantes⁴⁰; d'autres instruments internationaux traitent aussi des problèmes de l'obstruction à l'écoulement des eaux, de l'envasement et de l'érosion.

i) Inondations

19. Les dispositions conventionnelles concernant les inondations ont été rassemblées et ordonnées systématiquement de la manière la plus utile dans la deuxième partie du rapport du Comité du droit international sur

(Suite de la note 39.)

ton et C. J. Olmstead, éd., *The Law of International Drainage Basins*, Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana Publications, 1967, p. 868 à 871. Voir aussi les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord, C.I.J., Recueil 1969*, p. 3. La CIJ y reconnaissait la possibilité qu'une règle incorporée dans un ou plusieurs traités se soit intégrée à l'ensemble du droit international général et soit

« [...] acceptée à ce titre par l'*opinio juris*, de telle sorte que désormais elle s'imposerait même aux pays qui ne sont pas et n'ont jamais été parties à la Convention. Certes, cette situation est du domaine des possibilités et elle se présente de temps à autre : c'est même l'une des méthodes reconnues par lesquelles des règles nouvelles de droit international coutumier peuvent se former. Mais on ne considère pas facilement ce résultat comme atteint. [...] » (*Ibid.*, p. 42, par. 71.)

Dans son opinion dissidente, le juge Lachs a déclaré que

« [...] la pratique générale des Etats devrait être reconnue comme un commencement de preuve de ce que la règle est acceptée comme étant le droit. Cette preuve peut, naturellement, être contestée sur le plan de la pratique elle-même, si celle-ci comporte beaucoup « d'incertitude et de contradictions » (affaire du *Droit d'asile*, arrêt, *C.I.J., Recueil 1950*, p. 277), et sur le plan de l'*opinio juris* en ce qui concerne « les Etats en question » ou les parties à l'affaire. » (*Ibid.*, p. 231.)

Le Mémoire du Département d'Etat des Etats-Unis d'Amérique, du 21 avril 1958, relatif aux aspects juridiques de l'utilisation des systèmes de cours d'eau internationaux vient à l'appui de l'utilisation de dispositions similaires de certains traités comme preuve de l'existence d'une règle générale du droit relatif aux cours d'eau internationaux :

« Il est conforme à la doctrine juridique reconnue que l'existence de règles coutumières de droit international, c'est-à-dire de pratiques reconnues comme constituant des règles de droit, peut être déduite de dispositions similaires figurant dans un certain nombre de traités.

« Il existe nettement plus d'une centaine de traités conclus dans le monde entier qui ont régi ou régissent actuellement les systèmes de cours d'eau internationaux. Ces traités montrent qu'il existe des principes restreignant le pouvoir des Etats d'utiliser des systèmes de cours d'eau internationaux sans tenir compte des effets nocifs exercés sur les Etats voisins. [...] » (*Legal aspects of the use of systems of international waterways with reference to Columbia-Kootenay river system under customary international law and the Treaty of 1909*, Sénat, 85^e Congrès, 2^e session, doc. n° 118, Washington [D. C.], 1958, p. 63.)

D'une manière générale, voir M. Akehurst, « Custom as a source of international law », *The British Year Book of International Law, 1974-1975*, vol. 47, p. 42 ; R. R. Baxter, « Treaties and custom », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1970-I*, Leyde, Sijthoff, 1971, t. 129, p. 25 ; I. F. I. Shihata, « The treaty as a law-declaring and custom-making instrument », *Revue égyptienne de droit international*, Le Caire, vol. 22, 1966, p. 51 ; et H. W. A. Thirlway, *International Customary Law and Codification*, Leyde, Sijthoff, 1972.

⁴⁰ Ainsi qu'il a déjà été indiqué (*supra* par. 14), les embâcles suivies de débâcles constituent l'une des cinq causes d'inondation.

les ressources en eau, présenté en 1972 à l'Association de droit international⁴¹. Les dispositions mentionnées ci-après ne sont que quelques exemples donnés à titre d'illustration.

20. Un certain nombre d'accords prescrivent la consultation, la notification, l'échange de données et de renseignements, l'utilisation de systèmes d'alerte, la préparation d'enquêtes et d'études, la planification et la mise en œuvre de mesures de lutte contre les inondations, et portent aussi sur l'exploitation et l'entretien d'installations. Les dispositions sans doute les plus fréquentes sont celles qui prescrivent la surveillance du niveau des cours d'eau, la présentation périodique de rapports et l'alerte chaque fois qu'il se produit un changement soudain qui peut créer un danger d'inondation. On peut citer à titre d'exemple l'article 20 du traité de 1963 entre la Hongrie et la Roumanie relatif au régime de la frontière d'Etat hongaro-roumaine et à la coopération en ce qui concerne les questions de frontières, qui dispose ce qui suit :

Article 20

Les autorités compétentes des Parties contractantes se communiqueront mutuellement, en temps utile, sur le niveau des eaux frontalières qui les intéressent, ainsi que sur l'état de la glace, tous renseignements leur permettant de se prémunir contre les inondations ou la débâcle. Au besoin, ces autorités conviendront également d'un système de signalisation en période de crue ou de débâcle [...].

Une autre disposition, prescrivant l'échange de renseignements en vue d'éviter les risques d'inondation, figure dans la première phrase de l'article 17 du Traité de 1958 entre l'URSS et l'Afghanistan relatif au régime de la frontière soviéto-afghane :

Article 17

Les autorités compétentes des Parties contractantes se communiqueront aussi régulièrement que possible, sur le niveau et le débit des cours d'eau frontalières ainsi que sur les précipitations dans l'arrière-pays, tous renseignements permettant d'éviter les dangers et les dégâts dus aux inondations. [...] ⁴².

⁴¹ La deuxième partie de ce rapport traite de la lutte contre les inondations, voir ILA, *Report of the Fifty-fifth Conference...* (*supra* n. 31), p. 43 et suiv. Voir aussi « Coopération internationale en matière de lutte contre les inondations », rapport de synthèse établi par P. Chaperon pour le Comité des problèmes de l'eau de la CEE (WATER/R.143), 22 octobre 1986 ; et « Dispositions juridiques des accords sur les eaux transfrontières se rapportant à la lutte contre les inondations », note complémentaire du Secrétariat (WATER/R.143/Add. 1), 3 décembre 1986, où se trouvent réunies des dispositions pertinentes d'accords internationaux se rapportant à la lutte contre les inondations.

⁴² Le Traité de 1957 entre l'URSS et l'Iran relatif au régime de la frontière soviéto-iranienne et au mode de règlement des conflits et incidents de frontière contient, à l'article 14, une disposition identique. On trouvera d'autres exemples de dispositions concernant les échanges de données et d'informations en vue de prévenir le danger d'inondation dans les instruments suivants :

Le Traité de 1961 entre le Canada et les Etats-Unis d'Amérique relatif à la mise en valeur des ressources hydrauliques du bassin du fleuve Columbia dispose que « les renseignements hydrométéorologiques seront communiqués aux organismes en question dans les deux pays pour qu'ils puissent en bénéficier sans retard et constamment » (Annexe A, par. 2) ;

L'Accord de 1964 entre la Bulgarie et la Grèce pour la coopération dans l'utilisation des eaux des fleuves traversant les deux pays prévoit

21. Un certain nombre d'accords soulignent la nécessité de prévoir une alerte rapide en cas de danger d'inondation. C'est ainsi que l'article 17 du Traité de 1944 entre les Etats-Unis d'Amérique et le Mexique relatif à l'utilisation des eaux du Colorado, de la Tijuana et du Rio Grande (Rio Bravo) depuis Fort-Quitman (Texas) jusqu'au golfe du Mexique, dispose :

Article 17

[...] Chaque gouvernement s'engage à fournir à l'autre, aussi longtemps à l'avance que possible, tout renseignement dont il disposera concernant les évacuations exceptionnelles d'eaux provenant des réservoirs et les crues qui se produisent sur son propre territoire et qui risquent de provoquer des inondations sur le territoire de l'autre.

[...]

De même, conformément au paragraphe 8 de l'article IV du Traité de 1960 entre l'Inde et le Pakistan sur les eaux de l'Indus, chaque Partie

[...] communiquera à l'autre, aussitôt que possible, tout renseignement qu'elle pourrait avoir au sujet de lâchures exceptionnelles d'eaux de retenue ou de crue qui pourraient avoir des répercussions pour l'autre Partie.

L'article 8 de l'Accord de 1955 entre la Yougoslavie et la Hongrie⁴³ dispose également ce qui suit :

Article 8

Les autorités locales des Parties contractantes s'avisent mutuellement, par les moyens les plus rapides, de tout danger résultant de hautes eaux ou de glaces et de tout autre danger qui peut se produire sur les cours d'eau frontières et les cours d'eau et systèmes de cours d'eau que coupent les frontières nationales.

22. L'Accord de 1952 entre la Pologne et la République démocratique allemande concernant la navigation sur les eaux frontières ainsi que l'utilisation et la conservation de ces eaux prévoit que les parties prennent les mesures nécessaires pour se protéger contre les inondations et s'aviser mutuellement en cas de danger d'inondation ; en outre, elles mènent une action conjointe pour remédier à toute rupture de digue. Le titre III de l'Accord intitulé « Principes régissant la défense commune contre les inondations et les glaces », dispose, à l'article 21, ce qui suit :

Article 21

Chacune des Parties contractantes organisera la défense contre les inondations sur son propre territoire, conformément aux dispositions

des échanges de données et d'informations « afin que soient prises à temps des mesures destinées à prévenir l'inondation de terres cultivées » (art. 4) ;

L'Accord de 1948 entre la Pologne et l'URSS relatif au régime de la frontière polono-soviétique prévoit, dans la première phrase de l'article 19, ce qui suit :

« Article 19

« Les autorités compétentes des Parties contractantes se communiqueront mutuellement des renseignements sur le niveau et le volume des eaux et sur l'état de la glace dans les eaux frontières, si ces renseignements peuvent servir à prévenir les dangers causés par les inondations ou la débâcle. [...] »

Voir aussi l'Accord de 1927 entre l'Allemagne et la Pologne concernant l'administration du secteur frontière de la Warthe et le trafic sur ce secteur.

⁴³ Cet accord comprend le statut de la Commission hungaro-yougoslave d'hydroéconomie. Voir aussi l'article 1^{er}, par. 2, al. m et n, du statut.

qui y sont en vigueur ; en cas de besoin, elle avisera l'autre Partie de tout danger de rupture de digue.

En cas de rupture de digue, les deux Parties procéderont immédiatement, de concert, à la réparation des dégâts et fourniront à cet effet les moyens techniques et la main-d'œuvre nécessaires.

Les frais seront à la charge de la Partie qui sollicitera l'assistance.

23. Certains accords comprennent des prescriptions très précises au sujet de la surveillance du niveau des eaux en période de crue. C'est ainsi que, dans le Traité d'amitié et de bon voisinage de 1946 entre l'Iraq et la Turquie, le Protocole annexe n° 1 relatif à la régularisation des eaux du Tigre et de l'Euphrate et de leurs affluents dispose à l'article 3 ce qui suit :

Article 3

[...]

Pendant les périodes de crue, les niveaux d'eau observés tous les jours à 8 heures du matin par les stations où la communication téléphonique est possible, comme, sur le Tigre, Diyarbakir, Cizre, etc., et Keban, etc., sur l'Euphrate, seront communiqués par télégramme aux autorités compétentes que l'Iraq désignera à cet effet.

Les niveaux d'eau observés en dehors des périodes de crue seront communiqués par bulletins bimensuels aux mêmes autorités.

Les frais des communications seront payés par l'Iraq.

Le Traité de 1956 entre la France et la République fédérale d'Allemagne sur le règlement de la question sarroise contient une disposition similaire. Aux termes de l'article 9 de l'annexe 8, les autorités des deux pays assurent un service d'annonce du niveau des eaux de la Sarre, en particulier,

Article 9

[...]

2. La transmission d'une cote d'alerte prise sur le cours supérieur de la Sarre par la station de Sarrebourg déclenche le fonctionnement du service d'annonce des crues de la Sarre à Sarrebruck. A partir de ce moment, les services d'annonce compétents restent constamment en relations jusqu'à transmission, par la station de Sarrebruck, de l'avis de fin d'alerte.

3. En vue d'assurer la transmission rapide des avis, la République fédérale d'Allemagne maintient entre le service compétent de Sarreguemines et le service de la navigation de Sarrebruck une ligne téléphonique spéciale. Celle-ci, placée sous forme de câble le long du chemin de halage, se trouve donc en amont du point kilométrique 75,617 (kilométrage rive gauche) sur le sol français.

24. Certains accords, tenant compte de l'importance que les Etats attachent au fonctionnement satisfaisant des systèmes de surveillance et d'alerte, autorisent une des parties à inspecter les stations hydrométriques se trouvant sur le territoire de l'autre partie. Par exemple, l'article 3 du Protocole annexe n° I susmentionné au Traité de 1946 entre l'Iraq et la Turquie dispose notamment ce qui suit :

Article 3

La Turquie procédera à l'installation de stations permanentes d'observation et en assurera le fonctionnement et l'entretien. Les frais de fonctionnement de ces stations seront assumés à parts égales par l'Iraq et la Turquie, à partir de l'entrée en vigueur du présent Protocole.

Les stations permanentes d'observation seront inspectées, à intervalles déterminés, par des techniciens iraqiens et turcs.

[...]

25. Un certain nombre d'accords prévoient la prise de mesures conjointes par les parties en vue de prévenir les dommages causés par les inondations. Parmi les traités de ce type, on peut citer par exemple la Convention de 1969 entre la France et la République fédérale d'Allemagne au sujet de l'aménagement du Rhin entre Strasbourg/Kehl et Lauterbourg/Neuburgweier, dont l'article 9 dispose notamment :

Article 9

1. Sur la base des résultats des travaux de la Commission d'études des crues du Rhin, les Parties contractantes concluront aussitôt que possible un accord sur les mesures à prendre pour la protection contre les crues et sur la répartition des dépenses qui en résulteront, compte tenu des participations de toutes natures à attendre des autres Etats concernés.

26. De même, l'Accord de 1964 entre la Pologne et l'URSS relatif à l'hydroéconomie des eaux frontières dispose que les parties conviendront « d'une action commune en vue d'éliminer ou de réduire les dangers en cas d'inondations, de débâcle ou d'autres phénomènes analogues » (art. 8, par. 2)⁴⁴.

27. L'Accord de 1958 entre la Tchécoslovaquie et la Pologne relatif à l'hydroéconomie des eaux frontières dispose, à l'article 8, que non seulement les parties « se communiqueront réciproquement des rapports sur les crues, la débâcle et autres dangers » (par. 1, al. c), mais qu'elles « conviendront, s'il y a lieu, d'une action commune en vue d'éliminer ou de réduire les dangers en cas d'inondation ou de débâcle, ainsi que du mode de financement des dépenses ainsi engagées » (par. 2).

28. De nombreux accords prévoient la coopération entre Etats du cours d'eau en vue de la préparation d'enquêtes et d'études ayant trait notamment à la protection contre les inondations et des échanges d'informations y relatifs. C'est ainsi que le Traité de 1961 entre le Canada et les Etats-Unis d'Amérique, relatif à la mise en valeur des ressources hydrauliques du bassin du fleuve Columbia⁴⁵, contient les dispositions pertinentes ci-après :

Article XV. — Commission d'ingénieurs permanente

[...]

2. La Commission d'ingénieurs permanente devra :

a) recueillir les données relatives aux débits du fleuve Columbia et de la rivière Kootenay à la frontière entre le Canada et les Etats-Unis d'Amérique ;

b) présenter un rapport au Canada et aux Etats-Unis d'Amérique chaque fois qu'il y aura un changement notable des programmes de production hydroélectrique et de lutte contre les inondations et, le cas échéant, formuler dans le rapport des recommandations relatives à des mesures correctives et à des ajustements compensatoires ;

[...]

⁴⁴ Cf. l'Accord de 1955 entre la Yougoslavie et la Hongrie et le statut de la Commission hungaro-yougoslave d'hydroéconomie, qui habilite la Commission à établir des règlements pour la protection contre les inondations et les effets de la glace et tous autres règlements qui peuvent être nécessaires (art. 4, par. 2).

⁴⁵ Voir aussi le Traité de 1944 entre les Etats-Unis d'Amérique et le Mexique, art. 6, 12 (al. d), 13 et 16.

ANNEXE A

RÈGLES D'UTILISATION

Enoncé général

[...]

2. Un système hydrométéorologique, comprenant des zones nivométriques, des stations pluviométriques et des débitmètres, sera établi et utilisé avec l'accord des organismes désignés et en consultation avec la Commission d'ingénieurs permanente, de façon à recueillir les données de programmes détaillés de maîtrise des crues et de production d'énergie hydroélectrique. [...]

[...]

29. Parmi les nombreux autres exemples de traités contenant ce type de dispositions, on peut citer l'Accord conclu en 1956 entre l'URSS et la République populaire de Chine sur des recherches communes en vue de déterminer les ressources naturelles du bassin de l'Amour et de dégager les possibilités de mise en valeur de son potentiel de production, ainsi que sur les opérations de planification et les enquêtes destinées à la préparation d'un programme d'exploitation à fins multiples de l'Argoun et de l'Amour supérieur⁴⁶. Au sujet des questions traitées ici, les annexes n^{os} I et II de l'Accord contiennent les dispositions pertinentes ci-après :

ANNEXE N^o 1

[...]

Les travaux de recherche seront menés selon les indications figurant dans les sections ci-après :

1. ETUDE DES CONDITIONS NATURELLES

[...]

3. ETUDE DES RESSOURCES EN EAU ET EN ÉNERGIE HYDROÉLECTRIQUE

Etude du potentiel hydroélectrique du fleuve Amour et des principaux cours d'eau du bassin de l'Amour et préparation de propositions préliminaires relatives à des plans envisageables pour la régularisation et l'utilisation de ces eaux, en vue de la construction de centrales hydroélectriques, de l'amélioration de la navigation, de la lutte contre les inondations, de l'exécution de projets d'amélioration des sols et du développement de l'industrie des pêches.

[...]

ANNEXE N^o 2

[...]

Les opérations de planification et les études seront menées selon les indications figurant dans les sections ci-après :

A. — Etudes

1. Etude hydrométrique du régime de l'Argoun et de l'Amour, depuis la source jusqu'à la chaîne du Maly Khingan, ainsi que de leurs principaux affluents des deux rives.

⁴⁶ Voir aussi l'Accord de 1959 entre la République arabe unie et le Soudan relatif à la pleine utilisation des eaux du Nil (art. 4, par. 1 et 2) et le Protocole de 1960 concernant la création de la Commission technique mixte permanente ; l'Accord de 1926 entre l'Union sud-africaine et le Portugal concernant l'utilisation des eaux de la rivière Kunene en vue d'installations de forces hydrauliques, d'inondation et d'irrigation dans le territoire sous mandat du Sud-Ouest africain (art. 8, 9 et 10) ; l'Accord de 1959 entre le Népal et l'Inde relatif au projet d'utilisation des eaux du Gandak pour l'irrigation et la production d'énergie (art. 1 et 3).

Les travaux hydrométriques auront pour objet de fournir des données permettant de déterminer les variations de niveau et de débit des cours d'eau, leur débit hivernal, leur débit en glace et la composition chimique de l'eau.

2. Travaux géodésiques et topographiques :

[...]

c) Etudes, à l'échelle 1/25 000, de zones inondables de réservoirs relevant de projets prioritaires...

3. Etudes techniques et géologiques :

[...]

g) Exploration de zones inondables en vue de l'établissement de projets prioritaires ;

[...]

B. — Travaux de planification

[...]

4. Evaluation des conséquences économiques de la régularisation du débit destinée à réduire la fréquence et l'importance des inondations de territoires économiquement importants, sur les deux rives, à la suite d'élévations soudaines du niveau du cours d'eau, et à créer des conditions favorables à l'amélioration des sols.

[...]

6. Evaluation des pertes dues aux inondations, selon les diverses variantes du projet.

[...]

ii) *La glace*

30. On a pu constater que, dans leurs accords, les Etats traitent souvent des inondations en même temps que des problèmes créés par la glace. On trouvera dans la présente section quelques autres exemples de dispositions concernant la glace.

31. La glace peut provoquer des risques d'inondation ou créer des dangers spécifiques, par exemple en faisant obstacle à la navigation ou en menaçant des constructions telles que les embarcadères et les ponts. La manière dont la glace provoque des inondations est expliquée comme suit dans une étude de l'ONU :

[Les] inondations dues aux embâcles ou aux débâcles de glaces se produisent également au début du printemps, en des endroits où le lit du cours d'eau est resserré (courbe brusque, défilé, pont, passage, etc.). Elles peuvent se produire aussi dans les endroits où le cours devient subitement moins abrupt, ou encore là où un cours d'eau se jette dans un lac. Au Canada et en URSS, des inondations de ce type interviennent en général quand la fonte des glaces et des neiges dans les cours d'eau qui coulent vers le nord est plus rapide en amont qu'en aval⁴⁷.

32. Le titre III de l'Accord de 1952 entre la Pologne et la République démocratique allemande concernant la navigation sur les eaux frontalières — déjà mentionné à propos de la défense commune contre les inondations (*supra* par. 22) — prévoit expressément la défense commune contre les glaces :

Article 19

Les deux Parties contractantes s'engagent à faire preuve de vigilance et à agir de concert en vue de prévenir tout amoncellement de glaçons qui pourrait présenter un danger. La direction technique des travaux de défense contre les glaces sera confiée à la Partie polonaise.

La Partie polonaise avisera la Partie allemande, en temps utile, du lieu et de la date des travaux de dégagement dans le secteur frontière de l'Oder, sur le cours moyen et inférieur de l'Oder et sur la Neisse de Lusace.

⁴⁷ Nations Unies, *Principes directeurs pour la prévention...* (v. *supra* n. 20), p. 14.

Les travaux de dégagement commenceront à l'embouchure de l'Oder et se poursuivront vers l'amont. En cas de besoin, et à condition de ne pas mettre en péril les secteurs du fleuve situés en aval, on pourra faire sauter les amoncellements de glaces locaux.

La Partie polonaise tiendra compte, dans les travaux de dégagement, des désirs et besoins de la Partie allemande de façon à prévenir tout danger pour le territoire allemand. A la demande de la Partie polonaise, la Partie allemande mettra à sa disposition des moyens techniques pour les travaux (brise-glace, équipes de dynamitage). Les autorités compétentes des deux Parties contractantes s'entendront sur l'importance des moyens que chacune aura à fournir.

Article 20

En cas de dommage ou d'accident se produisant pendant les travaux de dynamitage, les deux parties s'engagent à se prêter mutuellement secours ; les frais encourus à cette occasion seront remboursés.

Article 22

Les frais de fonctionnement des brise-glace incomberont à la Partie propriétaire des engins.

Si, à la demande de l'une des Parties, il est fait appel à des équipes de dynamitage de l'autre Partie, chacune des Parties assumera la moitié des frais.

33. On trouvera à l'article 8 de l'Accord de 1958 entre la Yougoslavie et la Bulgarie relatif aux questions de l'hydroéconomie un exemple de disposition conventionnelle concernant le problème posé par les glaces⁴⁸ :

Article 8

Les organes frontaliers et locaux des Parties contractantes s'informeront, par le moyen le plus rapide, sur les dangers de crues et de glaces ainsi que sur tous les autres dangers menaçants pouvant apparaître sur les rivières et leurs affluents qui constituent la frontière d'Etat ou qui sont coupés par la frontière d'Etat.

34. Certaines conventions invitent les parties à prendre des mesures concrètes, notamment la construction de divers types d'ouvrages, en vue d'assurer une protection contre les dangers que constituent les glaces. Tel est le cas du Traité de 1967 entre l'Autriche et la Tchécoslovaquie sur le règlement des questions économiques relatives aux eaux frontalières, dont l'article 4 dispose notamment que

2. Conformément à leur réglementation nationale, les Etats contractants encourageront sur leur territoire la construction d'ouvrages et d'installations hydrauliques de nature à assurer, le long des eaux frontalières, une protection contre les crues et l'embâcle ; [...].

iii) *Problèmes de drainage*

35. Comme les glaces, les problèmes de drainage peuvent être étroitement liés aux crues. Après avoir évoqué d'autres effets néfastes du mauvais drainage, on passera brièvement en revue dans la présente section les dispositions conventionnelles consacrées à la question.

⁴⁸ Voir également la Convention de 1956 entre la Hongrie et l'Autriche réglementant les questions d'hydroéconomie dans la zone frontière, qui dispose que les parties « s'informeront mutuellement, par les voies les plus rapides, des dangers de crue ou de glace [...] concernant les eaux frontalières dont elles auront connaissance » (art. 11) ; le Traité de 1960 entre la Finlande et l'URSS (art. 17) ; le Traité de 1956 entre l'URSS et la Tchécoslovaquie relatif au régime de la frontière soviéto-tchécoslovaque et au mode de règlement des incidents de frontière (art. 19) ; et le Traité (et Protocole final) de 1950 entre la Hongrie et l'URSS concernant le régime de la frontière d'Etat soviéto-hongroise.

36. Dans son troisième rapport⁴⁹, M. Schwebel donne un aperçu utile des types de problèmes qui peuvent résulter d'un drainage insuffisant :

Le drainage adéquat des eaux excédentaires est un problème très ancien [l'auteur cite des conventions remontant à 1816]. L'absence de drainage endommage les sols, maintient les nappes aquifères souterraines à des niveaux trop élevés et cause des inondations localisées ou l'apparition d'eau stagnante⁵⁰. Il n'est pas surprenant, dans ce contexte, que le drainage et la prévention des inondations aient souvent été liés dans la pratique des Etats, étant donné qu'un meilleur drainage accroît le débit des eaux des cours d'eau dans lesquels se déversent les canaux de drainage. Un déversement incontrôlé des eaux de drainage peut entraîner une inondation du territoire des Etats d'aval. Le drainage a donc fait l'objet d'accords entre les Etats visant à contrôler ou à prévenir des inondations⁵¹.

37. On peut citer notamment le Traité de 1928 entre l'Autriche et la Tchécoslovaquie concernant la réglementation des questions juridiques relatives à la frontière décrite par l'article 27, alinéa 6, du Traité de Saint-Germain-en-Laye de 1919, dont l'article 29 dispose notamment ce qui suit :

Article 29

1. Les Etats contractants encourageront la construction d'ouvrages ayant pour objet la protection des cours d'eau frontières et du lit de grande crue de ces cours d'eau contre les dommages causés par les hautes eaux, le drainage et l'irrigation de la zone avoisinante et, éventuellement, la régularisation du régime des eaux, l'alimentation en eau des communes de la frontière et, enfin, l'utilisation des forces hydrauliques des cours d'eau frontières.

2. Pour permettre que lesdits travaux soient exécutés d'une manière rationnelle et conforme aux règles de l'art, les Etats contractants conviennent des principes suivants :

[...]

b) Lors de la régularisation systématique d'un cours d'eau frontière [...], on aura soin d'assurer, dans la mesure du possible, un écoulement normal des hautes eaux [...]. On doit également veiller [...] à éviter un assèchement excessif des terrains situés sur l'une ou l'autre rive et à rendre possible l'épandage d'eau limoneuse sur ces terrains et leur irrigation dans les périodes de sécheresse.

[...]

Outre qu'il leur fait obligation d'assurer une protection contre les crues et l'embâcle, le traité conclu en 1967 entre les mêmes parties (v. *supra* par. 34) stipule que celles-ci « encourageront aussi le maintien de la propriété des eaux frontalières et la construction des ouvrages et des installations hydrauliques ayant pour but le drainage ou l'irrigation du territoire adjacent [...] » (Art. 4, par. 2.)

⁴⁹ Doc. A/CN.4/348 (v. *supra* n. 16), par. 356.

⁵⁰ M. Schwebel indique en outre (*ibid.* note 620) que « la saturation et la « salinisation » de sols jadis fertiles est une conséquence bien connue d'un drainage inadéquat. Tel est le cas dans le bassin de l'Indus... », et il se réfère à la résolution VII de la Conférence mondiale de l'alimentation, intitulée « Aménagement scientifique des eaux : irrigation, drainage et maîtrise des crues » (*Rapport de la Conférence mondiale de l'alimentation*, Rome, 5-16 novembre 1974) [publication des Nations Unies, numéro de vente : 75.II.A.3], p. 11 et 12).

Lors du Séminaire de 1989 sur les inondations au Bangladesh, on a fréquemment évoqué les problèmes créés par les « eaux stagnantes » résultant d'un drainage insuffisant à la suite d'inondations, qui non seulement détruisent les cultures mais peuvent être aussi à l'origine de maladies transmises par l'eau et de leurs vecteurs.

⁵¹ M. Schwebel cite notamment l'article 8 de la Convention de 1843 entre la Belgique et les Pays-Bas pour régler l'écoulement des eaux des Flandres ; et les articles I, par. 4, IV, par. 2, et V de la Convention de 1905 entre les Pays-Bas et la Prusse concernant la Dinkel et la Vechte.

38. Le Traité de frontière de 1960 entre les Pays-Bas et la République fédérale d'Allemagne traite également des problèmes de drainage⁵². Il montre comment l'obligation générale de prendre en considération les intérêts de l'Etat voisin et d'éviter d'y porter atteinte peut comporter, entre autres modalités, le devoir d'assurer un drainage adéquat :

Article 58

1. Dans l'exécution de leurs tâches relatives à l'exploitation des eaux, les Parties contractantes s'engagent à tenir dûment compte des intérêts de l'Etat voisin dans les eaux frontières⁵³. A cette fin, elles prendront ou appuieront toutes les mesures nécessaires pour créer et maintenir, dans la partie des eaux frontières située sur leurs territoires respectifs, des conditions propres à sauvegarder leurs intérêts mutuels et elles ne prendront ni ne toléreront aucune mesure susceptible de causer un préjudice notable à l'Etat voisin.

2. Lorsqu'elles s'acquitteront des obligations mentionnées au paragraphe 1 ci-dessus, les Parties contractantes prendront ou appuieront, dans un délai convenable, toutes les mesures nécessaires pour :

a) Assurer et maintenir le drainage adéquat des eaux frontières, pour autant que l'exige l'intérêt de l'Etat voisin ;

b) Prévenir les inondations et autres dégâts des eaux qui pourraient résulter d'une mauvaise manœuvre des écluses et barrages ;

[...]

3. En outre, dans le cadre de leurs moyens financiers, les Parties contractantes s'efforceront [...] de contribuer financièrement, lorsqu'une telle contribution sera équitable, aux mesures intéressant les eaux frontières qui seront prises sur le territoire de l'Etat voisin.

Ces dispositions illustrent la façon dont les problèmes interdépendants posés par le drainage insuffisant et les inondations ou crues peuvent être réglés ensemble, et témoignent de la volonté d'établir le type de coopération nécessaire pour résoudre ces problèmes communs.

39. La Convention de 1956 entre la Yougoslavie et l'Albanie réglementant les questions d'hydroéconomie⁵⁴ contient, à l'article 1^{er}, les dispositions pertinentes ci-après :

Article premier

[...]

2. Les dispositions de la présente Convention s'appliquent à toutes les questions d'hydroéconomie [...] et en particulier :

[...]

c) A l'évacuation des eaux, au drainage et aux opérations similaires ;

d) A la protection contre les crues ;

[...]

i) A la protection des sols contre l'érosion ;

[...]

⁵² Voir aussi le paragraphe 4 de l'article 1^{er} de la Convention de 1905 entre les Pays-Bas et la Prusse concernant les rivières Dinkel et Vechte, qui dispose que « le drainage des eaux excédentaires devra toujours être effectué de telle sorte qu'on évite autant que possible les débordements dans le cours inférieur de la Dinkel ».

⁵³ L'article 56 du Traité définit les « eaux frontières » comme étant « les eaux de surface [...] qui traversent ou, en certains endroits, constituent la frontière germano-néerlandaise ».

⁵⁴ Convention comprenant le statut de la Commission albano-yougoslave d'hydroéconomie et le Protocole concernant la pêche dans les cours d'eau et les lacs limitrophes.

40. Dans le Traité indo-pakistanaïse de 1960 sur les eaux de l'Indus, il est prévu, au paragraphe 4 de l'article IV, que le Pakistan « maintiendra en bon état les sections pakistanaises de [certains] canaux de drainage ». Le Traité dispose en outre, dans le même article, que :

5. Si l'Inde estime qu'un [desdits] canaux de drainage [...] doit être approfondi ou élargi en territoire pakistanais, le Pakistan se chargera des travaux en tant que travaux d'utilité publique, à condition que l'Inde prenne les frais à sa charge.

6. Chaque Partie s'efforcera de maintenir, à partir de la date de mise en application, les chenaux des rivières en bon état de façon à éviter, dans la mesure du possible, toute obstruction qui risquerait de causer un préjudice à l'autre Partie.

Ces dispositions prouvent une fois de plus que l'on reconnaît la corrélation qui existe entre les crues, le drainage et les obstructions à l'écoulement des eaux.

iv) Obstructions à l'écoulement des eaux

41. Ces obstructions, qui peuvent être causées par les glaces, peuvent empêcher l'écoulement des eaux ou entraîner l'érosion et, à terme, des inondations. Elles peuvent cependant ne pas être liées à ces phénomènes et constituer en soi un danger pour des activités telles que la production d'hydroélectricité et la navigation ; elles peuvent même causer le déplacement du lit des cours d'eau. Ces obstructions peuvent être le fait de l'homme, mais elles sont souvent provoquées par des événements tels que les glissements de terrain et les tremblements de terre, les barrages naturels de troncs d'arbres ou des phénomènes comme l'accumulation de sédiments ou de débris. La plupart des conventions concernant les autres dangers et phénomènes évoqués dans le présent chapitre prévoient aussi des mesures à prendre en cas d'obstruction. Outre les dispositions mentionnées plus haut, on citera à titre d'exemple les suivantes.

42. Dans le Traité de 1961 entre l'URSS et la Pologne relatif au régime de la frontière d'Etat soviéto-polonaise ainsi qu'à la coopération et à l'assistance mutuelle pour les questions de frontière, le paragraphe 3 de l'article 16 dispose que les parties s'engagent à prendre « de concert les mesures nécessaires pour éliminer les obstacles qui pourraient provoquer un déplacement du lit des rivières, ruisseaux ou canaux frontières, ou gêner l'écoulement naturel des eaux, la navigation ou le flottage » et que s'il est nécessaire d'effectuer conjointement des travaux à cet effet « les autorités compétentes en fixeront les modalités. Les dépenses occasionnées par ces travaux seront partagées également entre les deux Parties contractantes, à moins qu'un accord spécial ne soit conclu à ce sujet. »

43. Dans le Traité de 1963 relatif au régime de la frontière d'Etat hongaro-roumaine, la Hongrie et la Roumanie s'engagent, à l'article 16, à veiller à ce que leurs eaux frontières soient maintenues en bon état et à prendre « les mesures nécessaires pour éliminer les obstacles qui pourraient provoquer un déplacement du lit des rivières, des ruisseaux ou des canaux frontières ou gêner l'écoulement naturel des eaux » (par. 2). Elles sont en outre convenues que « si le lit d'une rivière, d'un ruisseau ou d'un canal frontières vient à se déplacer naturellement ou à la suite d'un phénomène naturel spontané, les Parties contractantes doivent procéder

conjointement et sur une base d'égalité aux travaux de correction du lit, si cela est jugé nécessaire » (par. 4).

44. Ces conventions témoignent de l'importance que les Etats attachent à la protection contre les dommages imputables aux obstacles à l'écoulement des eaux.

v) Envasement

45. Pour être moins spectaculaires, les accumulations de sédiments, qui peuvent aussi faire dévier entièrement les fleuves de leurs cours, sont parfois tout aussi dangereuses. De nombreux cours d'eau charrient des sédiments importants, comme le prouvent les vastes deltas formés par certains des plus grands fleuves du monde. Chaque année, le Paraná en Amérique du Sud et le Gange et le Brahmapoutre au Bangladesh charrient environ 250 millions de tonnes de dépôts solides chacun⁵⁵. Les alluvions peuvent être un danger, notamment pour la navigation, et détournent parfois les fleuves de leur cours normal. Les sédiments charriés par les cours d'eau risquent de combler progressivement les réservoirs, d'étouffer les frayères, d'obstruer ou d'endommager les prises d'eau et les usines de traitement et d'empêcher les utilisations récréatives⁵⁶. Les sédiments peuvent avoir une origine naturelle (par exemple, les ruissellements) ou résulter de l'activité humaine (entre autres, les modes d'exploitation des sols tels que le surpâturage ou le déboisement, entraînant l'érosion)⁵⁷, une cause n'excluant pas l'autre.

46. La sédimentation peut être à la fois une cause et une conséquence des inondations. Elle peut, en comblant leur lit, provoquer le débordement des cours d'eau et amoindrir ainsi leur capacité de transport. Or, si les sédiments charriés par les inondations peuvent causer de graves dommages, leurs effets peuvent être aussi bénéfiques :

Les transports catastrophiques de sédiments qui désorganisent l'agriculture et les moyens de communication sont l'une des principales conséquences des inondations graves. Les sédiments sont aussi un élément indispensable des sols auxquels ils apportent les oligo-éléments et les sels minéraux indispensables. Ils sont donc à la fois une source de danger et de richesse, et les plans d'intervention contre les inondations doivent prévoir des dispositions pour les gérer⁵⁸.

⁵⁵ Au sujet du Paraná, voir Hayton, « The Plata Basin », dans Garretson, Hayton et Olmstead, éd., *op. cit.* (*supra* n. 39), p. 440, note 374. Au sujet du Gange et du Brahmapoutre, voir J. Riddell, « The role of dredging in flood alleviation », communication présentée au Séminaire de 1989 sur les inondations au Bangladesh (v. *supra* n. 8).

⁵⁶ Ces effets nuisibles de l'envasement, ainsi que d'autres, sont exposés dans le troisième rapport de M. Schwebel, doc. A/CN.4/348 (v. *supra* n. 16), par. 366 et 367.

⁵⁷ « Le dragage et l'exploitation de métaux ou de pierres précieuses, ou le dragage visant à retirer des sables et des graviers du cours d'eau, peuvent introduire une quantité considérable de sédiments » (*ibid.*, note 631).

⁵⁸ Kranck, « Sediment movement associated with flood events », communication présentée au Séminaire de 1989 sur les inondations au Bangladesh (v. *supra* n. 8). Voir aussi le troisième rapport de M. Schwebel :

« [...] depuis toujours, les pratiques d'irrigation par inondation ont consisté à déposer annuellement des alluvions sur les terres agricoles pour assurer un renouvellement partiel de la fertilité ; si l'on interrompt le transport d'alluvions, on peut affecter considérablement un Etat d'aval qui dépend de ce « don » de la nature [...]. » (Doc. A/CN.4/348 [v. *supra* n. 16], par. 366.)

47. Il est encore plus difficile de résoudre le problème de l'envasement lorsque les sédiments viennent d'un autre pays. Qu'ils soient d'origine naturelle ou non, une gestion des bassins versants peut être nécessaire afin de stabiliser le sol des zones en amont et d'atténuer les conséquences nuisibles. Il est plus facile de prévenir que de guérir ; en outre, les sédiments peuvent être d'un volume tel qu'ils rendent inutiles les efforts pour les éliminer⁵⁹. Cela ne veut pas dire pour autant qu'éliminer le problème à sa source soit facile :

[...] Pour rectifier la situation, il faut souvent de vastes efforts incessants de la part, habituellement, d'un Etat en amont dont les propres utilisations du cours d'eau peuvent être insignifiantes ou ne pas se trouver affectées. Manifestement, une action concertée et des contributions des Etats membres du système qui tirent avantage des mesures prises sont indispensables. [...] ⁶⁰

48. L'un des premiers accords relatifs au problème de l'envasement est le Traité de 1892 entre la Suisse et l'Autriche-Hongrie pour le redressement du Rhin depuis l'embouchure de l'Ill, en amont, jusqu'à l'entrée du fleuve dans le lac de Constance, en aval. Il dispose ce qui suit :

Article XVII

Le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement austro-hongrois feront tous leurs efforts pour exécuter, dans les bassins de formation des affluents du Rhin, les corrections, barrages et autres travaux propres à retenir leurs galets, afin de diminuer, autant que possible, les charriages dans le lit du Rhin et d'entretenir, à l'avenir, un cours régulier à ce fleuve.

Chaque gouvernement se réserve, il est vrai, de fixer l'époque et l'étendue de ces diverses corrections de torrents ; toutefois, ces travaux doivent être attaqués le plus promptement possible et poussés activement, en commençant par les affluents causant les plus grands ravages par leur richesse en galets.

49. Dans la mesure où un envasement nuisible est le résultat direct ou indirect d'une action humaine, il entre dans la définition de la pollution proposée au paragraphe 1 de l'article 16 [17], soumis dans le quatrième rapport⁶¹. Certains effets de l'envasement ressemblent à ceux qui résultent du déversement de produits chimiques dans les cours d'eau mais d'autres sont beaucoup plus proches des conséquences des obstructions de courant. Ceci peut expliquer pourquoi les Etats ont parfois traité séparément les problèmes de l'envasement et de la pollution.

vi) Erosion

50. L'érosion des sols peut avoir un certain nombre d'effets nuisibles sur les cours d'eau et leur utilisation.

⁵⁹ Il est dit dans le troisième rapport de M. Schwebel :

« En Amérique du Sud, le système du cours d'eau international du Río de la Plata souffre beaucoup de l'envasement. [...] Les quantités de sédiments transportés annuellement par le Paraná sont environ de 250 millions de tonnes, deux des résultats étant l'envasement du delta où le Paraná rejoint l'Uruguay pour former le Río de la Plata et la nécessité, par ailleurs, de draguer constamment la région du port de Buenos Aires. [...] » (Doc. A/CN.4/348, par. 367.)

Voir aussi Riddell, *loc. cit.* (*supra* n. 55). Cet auteur fait observer que, bien qu'il semble improbable que l'élimination des sédiments puisse constituer une solution pratique dans tous les cas, et particulièrement dans celui du Bangladesh, le dragage peut être utile dans certaines régions exposées.

⁶⁰ Troisième rapport de M. Schwebel, doc. A/CN.4/348, par. 366.

⁶¹ Doc. A/CN.4/412 et Add.1 et 2 (v. *supra* n. 1), chap. III, sect. C.

Comme on l'a fait observer (*supra* par. 45 et 46), les produits de l'érosion peuvent se déposer et, entre autres effets nuisibles, causer des inondations et combler des chenaux. L'érosion peut aussi endommager les berges et le lit des cours d'eau. Conscients de ces problèmes, les Etats ont inclus dans leurs accords de cours d'eau des dispositions visant à prévenir ces érosions nuisibles.

51. L'Accord de 1958 entre la Yougoslavie et la Bulgarie relatif aux questions de l'hydroéconomie est un exemple d'instrument conçu expressément pour englober le problème de l'érosion⁶². L'article 1^{er} de cet accord dispose qu'il se rapporte à toutes les questions touchant à l'hydroéconomie et notamment :

[...]

h) à la protection du sol contre l'érosion des zones forestières et agricoles (reboisement, conservation du sol, construction de cloisons et lutte contre les alluvions) ;

52. Le Traité indo-pakistanaï de 1960 sur les eaux de l'Indus comprend une clause générale de sauvegarde relative aux activités conçues, entre autres, pour favoriser le drainage et protéger les sols contre l'érosion :

Article IV

[...]

3. Aucune disposition du présent Traité ne pourra être interprétée comme empêchant une des Parties d'entreprendre des travaux de drainage, de maîtrise des eaux, de conservation du sol (lutte contre l'érosion) ou de dragage, ou de procéder à l'enlèvement des pierres, du gravier ou du sable dans le lit des rivières ; toutefois,

a) Lorsqu'elle entreprendra de tels travaux, chaque Partie évitera autant que possible de causer un préjudice à l'autre Partie ;

[...]

53. Enfin, la Convention de 1969 entre la France et la République fédérale d'Allemagne, au sujet de l'aménagement du Rhin, témoigne de la volonté des Etats de protéger les chenaux contre l'érosion. Dans cette convention, les deux Etats s'engagent à aménager en commun « le cours du Rhin à l'aval de la chute d'Iffezheim en vue [...] d'éviter l'érosion du lit [...] ou d'y remédier » (art. 1^{er}, par. 1).

b) *Pratique des Etats telle qu'elle ressort de la correspondance diplomatique et d'autres documents officiels concernant des cas précis*

54. L'examen qui précède de la pratique des Etats, telle qu'elle ressort des accords, montre que les Etats veillent depuis longtemps à prévenir ou à régler les différents problèmes qui viennent d'être évoqués. Il n'est pas facile d'être renseigné sur la pratique des Etats d'après les communications diplomatiques ou les documents officiels, car ceux-ci sont rarement publiés. Néanmoins ceux dont on dispose confirment l'idée selon laquelle les Etats considèrent les risques et les dangers dus, par exemple, aux inondations comme des questions qui relèvent du droit international général.

⁶² Le mode d'approche est le même dans l'Accord de 1955 entre la Yougoslavie et la Roumanie relatif à la gestion des eaux sur les ouvrages hydrotechniques et les cours d'eau qui se trouvent à la frontière entre les deux pays ou sont traversés par celle-ci, avec en annexe le statut de la Commission yougoslavo-roumaine de gestion des eaux (art. 1^{er}, al. i).

55. La correspondance diplomatique échangée par les Etats-Unis d'Amérique et le Mexique à deux occasions différentes montre comment les Etats considèrent leurs droits et obligations réciproques dans ce domaine. Il s'agit, dans le premier cas, de l'affaire du canal de Rose Street, qui concernait l'écoulement, vers le Mexique, des eaux de pluie collectées à Douglas, en Arizona⁶³. L'affaire est exposée dans les extraits ci-après de la note adressée le 1^{er} octobre 1951 par l'ambassadeur du Mexique (de la Colina) au Secrétaire d'Etat des Etats-Unis (Acheson) :

J'ai l'honneur d'informer Votre Excellence que, depuis plusieurs années, sans la moindre autorisation, les eaux de ruissellement dues aux pluies sont en partie détournées artificiellement par un canal, construit entre les Etats-Unis et le Mexique, qui passe à l'est de Douglas (Arizona) et traverse l'est de la ville d'Agua Prieta au Mexique, en coupant des terrains autrefois extérieurs à cette ville mais qui ont été absorbés par suite de son expansion.

Les pluies de 1948 ont détruit une partie de la rive mexicaine du canal et endommagé des biens privés. Depuis, à chaque saison des pluies, les routes qui conduisent d'Agua Prieta à l'aéroport de cette ville et au cimetière municipal sont coupées par les eaux qui menacent les biens et même la vie de ceux qui vivent à proximité du canal.

Les autorités mexicaines proposent trois solutions pour remédier à ce problème :

La première, sans doute la plus efficace, consisterait à construire un nouveau canal de dérivation plus éloigné d'Agua Prieta. A cette fin, les deux sections de la Commission internationale des frontières et des eaux ont commencé les relevés topographiques nécessaires. Le canal ayant été construit par les Etats-Unis sans que mon pays donne le moindre accord, et son tracé étant la principale cause des dommages subis par nos ressortissants, mon gouvernement estime qu'il incombe au gouvernement de Votre Excellence de financer les travaux nécessaires et de verser les indemnités. La deuxième solution consisterait à ce que la rive endommagée soit reconstruite en territoire mexicain et à ce que le Gouvernement des Etats-Unis se reconnaisse dans l'obligation de payer les travaux. La troisième et dernière solution serait de fermer le canal et de construire un petit remblai pour protéger la ville d'Agua Prieta le long de la ligne de démarcation, mais il risquerait d'en résulter des dommages pour la ville de Douglas et ses habitants.

De toute évidence, la première de ces solutions est la plus équitable et la plus souhaitable, aussi mon gouvernement souhaiterait-il que le Gouvernement des Etats-Unis finance la planification et la construction du nouveau canal et indemnise les ressortissants mexicains des dommages qu'ils ont subis.

Mon gouvernement suggère que le gouvernement de Votre Excellence autorise le Commissaire américain à avoir des entretiens avec le Commissaire mexicain afin de parvenir à un accord sur les points énoncés ci-dessus.

56. Dans une note du 5 février 1952, les Etats-Unis répondirent à l'ambassadeur du Mexique en lui faisant part des résultats des négociations officieuses qui s'étaient déroulées entre les représentants de Douglas et ceux d'Agua Prieta :

[...] J'ai été informé qu'en 1919 la ville de Douglas avait entrepris de construire un canal de drainage connu sous le nom de « Rose Street Ditch », afin d'empêcher les dommages causés par des inondations. Les représentants d'Agua Prieta ayant manifesté de l'intérêt pour la question, tous les travaux de construction furent suspendus en attendant l'issue des entretiens entre les représentants des deux villes. Selon les renseignements qui m'ont été communiqués, les participants mexicains à ces discussions acceptèrent la reprise des travaux et obtinrent même de la ville de Douglas qu'elle prolongeât le canal d'environ 500 mètres vers le sud depuis la frontière pour lui permettre de se jeter dans l'important arroyo où se déverse maintenant le trop-plein. A l'époque, toutes les parties des deux côtés de la frontière semblèrent satisfaites de cette solution et — je pense que vous en

conviez — bénéficièrent dans la bonne entente et pendant de nombreuses années des avantages de ce canal. Il ne semble donc pas qu'il puisse être question de dommages.

La situation regrettable qui règne actuellement semble due à l'expansion de la ville d'Agua Prieta en direction de l'arroyo de drainage et au-delà. Par suite de l'expansion simultanée de la ville de Douglas, les canaux de drainage existants sont devenus insuffisants, et cette situation préoccupe les deux villes. En conséquence, la Commission internationale des frontières et des eaux a entrepris, en 1949 et 1950, des études et des enquêtes officieuses, dont il ressort qu'il serait souhaitable de construire de nouveaux ouvrages de protection contre les inondations dans chacun de nos deux pays.

Mon gouvernement estime lui aussi que la Commission internationale des frontières et des eaux devrait mener à bien ses études et soumettre cette année, aussi tôt que possible, un rapport conjoint. Ce rapport pourrait contenir des recommandations relatives non seulement aux mesures correctives à prendre, mais aussi à un partage équitable des coûts entre nos deux gouvernements. [...]

57. Dans une note du 24 mars 1955, l'ambassadeur du Mexique (Tello) informait le Secrétaire d'Etat des Etats-Unis (Dulles) que la situation n'était toujours pas rétablie et qu'afin de protéger Agua Prieta des inondations le Mexique avait l'intention de « commencer à construire certains ouvrages de protection pour empêcher les eaux de pluie collectées par le canal de Rose Street, à Douglas, d'entrer dans Agua Prieta. » L'ambassadeur du Mexique faisait observer que les autorités des Etats-Unis voudraient peut-être prendre des mesures pour « empêcher les effets que le refoulement de ces eaux pourrait avoir sur la ville de Douglas » et précisait que son gouvernement se « réservait le droit de demander des dommages et intérêts au nom des habitants d'Agua Prieta qui avaient été lésés ».

58. Le 12 mai 1955, le Secrétaire d'Etat adjoint des Etats-Unis (Holland) écrivait ce qui suit au maire de la ville de Douglas au sujet des inondations et des ouvrages de protection que le Gouvernement mexicain avait l'intention de construire :

Le Département d'Etat comprend que la situation est due au déversement artificiel, en territoire mexicain, d'eaux de ruissellement provenant des ouvrages construits par la ville de Douglas, dans ses environs. Il ne semble donc pas qu'un projet international soit indiqué ni justifié. De l'avis de la section tant américaine que mexicaine de la Commission internationale des frontières et des eaux, la solution consisterait à ce que chaque ville prenne des mesures tout à fait réalisables et relativement peu coûteuses pour empêcher le déversement artificiel des eaux d'une ville sur le territoire de l'autre. [...]

[...] Ni les Etats-Unis ni la ville de Douglas n'ayant le droit, sans le consentement du Gouvernement mexicain, de détourner des eaux de leur cours naturel aux Etats-Unis vers le Mexique, au détriment de ressortissants de ce dernier pays, il semble hors de doute que le Mexique a le droit d'empêcher ces eaux d'entrer sur son territoire par le canal de Rose Street en construisant, à tout moment, un remblai de son côté de la frontière internationale. D'un autre côté, le principe de droit international selon lequel tout Etat est tenu de respecter la pleine souveraineté des autres Etats et de s'abstenir de créer — ou d'autoriser ou d'approuver — sur son territoire un ouvrage, tel que le canal de Rose Street, qui cause un préjudice à un autre Etat ou à ses habitants, est universellement reconnu depuis longtemps.

Par la suite, le Mexique construisit un remblai de terre à travers le canal, du côté mexicain de la frontière, et la ville de Douglas prit des mesures suffisantes pour régler le problème des pluies d'orage, du moins dans des conditions normales⁶⁴.

⁶³ Voir M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington (D. C.), 1968, vol. 6, p. 262 à 265.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 265, d'après le mémorandum adressé, le 11 juillet 1955, au Commissaire américain auprès de la Commission internationale des frontières et des eaux par l'ingénieur Friedkin de la section américaine de la Commission.

59. Cet échange de notes témoigne de la reconnaissance du principe selon lequel un Etat ne peut pas, en modifiant le cours naturel des eaux de ruissellement (ou en « détournant des eaux de leur cours naturel »), causer des dommages appréciables à un autre Etat, et un Etat menacé par de tels dommages peut prendre des mesures préventives appropriées et raisonnables. L'autre affaire, postérieure de quelques années seulement, qui avait soulevé des principes analogues, avait trait à la construction d'une route à travers les canyons de Smugglers et de Goat, au Mexique⁶⁵.

60. Le 20 mai 1957, le Commissaire américain auprès de la Commission internationale des frontières et des eaux informait son homologue mexicain que la construction d'une autoroute au Mexique créait un danger d'inondation pour les Etats-Unis. Cette autoroute, parallèle à la frontière, traversait deux canyons dont les eaux s'écoulaient vers le nord, du Mexique aux Etats-Unis. Elle était construite sur une levée de terre « de 20 mètres de haut, sans cassis », qui, estimait le Commissaire américain, « risquait de s'effondrer [et] pouvait provoquer à l'entrée des canyons des écoulements d'un débit de très loin supérieur au débit normal. Des habitations et des terrains privés proches de l'entrée des canyons, aux Etats-Unis, risquaient d'être gravement endommagés par ces écoulements. » Le Commissaire américain concluait ainsi :

[...] Je saurais gré à votre section d'examiner ce problème et, si les conditions sont telles qu'elles m'ont été signalées, de prendre les dispositions voulues en accord avec les autorités mexicaines compétentes afin que les mesures correctives nécessaires soient prises pour éliminer le danger qui menace les intérêts dans mon pays.

61. L'Etat de Baja California, au Mexique, avait établi des plans pour construire des caniveaux qui furent jugés insuffisants par les ingénieurs de la section américaine de la Commission internationale et qui furent finalement abandonnés. Il établit alors de nouveaux plans que la section américaine jugea comme étant apparemment adéquats, sous réserve de quelques modifications.

62. Dans une note du 29 juillet 1959, adressée au Ministre mexicain des affaires étrangères (Tello) l'ambassadeur des Etats-Unis (Hill), faisait observer que les cassis qui avaient été installés étaient recouverts par de la terre provenant du remblai, ce qui faisait de plus en plus douter que les plans officiels aient été respectés. La note poursuivait ainsi :

De l'avis des ingénieurs du Gouvernement des Etats-Unis, qui ont suivi de près les récents travaux de construction, le remblai construit près de l'arroyo de San Antonio [Goat Canyon] ne résistera pas à certaines inondations, et les modifications apportées à l'arroyo de Las Cabras ne suffisent pas à assurer la sécurité de celui-ci. Là aussi des défaillances ne manqueront pas d'apparaître dans certaines conditions. La saison des pluies dans cette région commençant en général en novembre, époque à laquelle on doit s'attendre que les arroyos soient fortement grossis par les eaux de ruissellement, la question n'est pas seulement grave mais urgente.

En conséquence, mon gouvernement m'a chargé de prier instamment le Gouvernement mexicain de prendre des mesures appropriées pour empêcher qu'une construction défectueuse de l'autoroute ne cause des dommages matériels ou des accidents, comme cela risque d'être le cas. Je demande tout particulièrement que les travaux de construction près de l'arroyo de Las Cabras soient suspendus jusqu'à ce que le Gouvernement mexicain ait fait le nécessaire pour que le

remblai construit près de ce canyon présente toutes les garanties de sûreté et pour qu'une ouverture soit pratiquée dans le remblai près de l'arroyo de San Antonio afin d'éviter l'accumulation des eaux de ruissellement en attendant que des modifications similaires soient apportées là aussi.

Compte tenu de ce qui précède, j'ai pour instruction de réserver tous les droits que les Etats-Unis pourraient avoir en droit international en cas de dommage, sur leur territoire, résultant de la construction de l'autoroute.

63. Malgré les quelques mesures prises pour remédier à cette situation, ces craintes furent confirmées et une partie de l'autoroute fut emportée par les eaux accumulées derrière les remblais. Plus tard, le Secrétaire d'Etat fut autorisé à conclure un accord avec le Gouvernement mexicain en vue de la construction, de l'exploitation et de l'entretien en commun, par les deux Etats, d'un ouvrage international de protection contre les inondations. Cet accord a été conclu le 19 juin 1967⁶⁶.

64. Il arrive parfois que des chefs d'Etat ou d'autres responsables fassent des déclarations au sujet des droits et obligations, en droit international, de leur Etat ou d'autres entités dans des situations particulières. Bien que ces déclarations n'apportent pas autant de renseignements sur tel ou tel problème que les notes diplomatiques, elles indiquent la position du gouvernement intéressé dans le cas d'espèce.

65. A la séance d'ouverture du Séminaire international de 1989 sur les inondations au Bangladesh, le Président du Bangladesh a prononcé un discours dans lequel il a déclaré notamment ce qui suit au sujet des inondations dans son pays :

Ces problèmes nécessitent une coopération et une approche globale de tous les pays de la région. Dans aucun domaine, l'interdépendance n'est plus importante que dans celui de l'utilisation et de la gestion rationnelles des eaux partagées des cours d'eau internationaux. Ces cours d'eau sont l'un des cas par excellence où la coopération est nécessaire sur une base d'équité, de confiance et de respect mutuels [...]. Le Bangladesh a accepté que des équipes et des groupes de travail communs soient constitués pour proposer des solutions afin de maîtriser, de mettre en valeur et de gérer rationnellement ces ressources d'une importance vitale [...].

[...] La coopération n'est plus simplement une concession politique ou une exigence morale : elle est devenue un devoir international. Un acte contraire à cet ordre juridique constitue une violation des obligations internationales⁶⁷.

2. DÉCLARATIONS, RÉSOLUTIONS ET RECOMMANDATIONS ADOPTÉES PAR DES ORGANISATIONS, CONFÉRENCES ET RÉUNIONS INTERGOUVERNEMENTALES

66. La nécessité de coopérer pour régler les problèmes relatifs aux inondations est mise en relief non seulement dans les accords indiqués plus haut, mais aussi dans les activités de certaines organisations internationales, qui sont examinées dans la présente section.

67. Le Plan d'action de Mar del Plata, adopté en 1977 par la Conférence des Nations Unies sur l'eau, contient la recommandation E, qui concerne les catastrophes

⁶⁵ *Ibid.*, p. 260 à 262.

⁶⁶ Commission internationale des frontières et des eaux des Etats-Unis et du Mexique, doc. n° 225. Voir également la déclaration faite par le Président des Etats-Unis au sujet de cet accord dans *Weekly Compilation of Presidential Documents*, Washington (D. C.), vol. 3, n° 27, 10 juillet 1967, p. 981.

⁶⁷ Déclaration de Hussain Muhammad Ershad, président de la République populaire du Bangladesh, *loc. cit.* (*supra* n. 8), p. 8 et 9.

naturelles⁶⁸. Dans cette recommandation, la Conférence reconnaît que, dans de nombreux pays, il faudrait renforcer les programmes visant à réduire les pertes provoquées par les inondations, dans le cadre des programmes concernant la gestion des terres et des eaux, ainsi que la prévention des catastrophes et la préparation des collectivités en général. Les pays sont en outre appelés à assurer une protection efficace contre les inondations en adoptant des mesures d'ordre structurel et non structurel, à mettre en place des dispositifs de prévision des inondations et d'alerte ainsi que des mesures de lutte contre les inondations et d'évaluation, et à améliorer la collecte des données relatives aux dégâts causés par les inondations.

68. En 1987, à sa quarante-deuxième session, la Commission économique pour l'Europe a adopté un ensemble de principes relatifs à la coopération dans le domaine des eaux transfrontières⁶⁹ et a recommandé aux gouvernements des pays membres de la CEE d'appliquer ces principes dans l'élaboration et l'application de leur politique de l'eau. Selon le préambule, ces principes « concernent seulement les questions de lutte contre la pollution des eaux transfrontières et de prévention de cette pollution, ainsi que la protection contre les inondations causées par les eaux transfrontières ». Sous la rubrique « Coopération », les principes 2 et 2a disposent ce qui suit :

Coopération

2. Il est préférable que ce soient les pays immédiatement concernés qui conjuguent leurs efforts pour contrôler les effets transfrontières des phénomènes naturels et des activités humaines sur les eaux transfrontières. En conséquence, une coopération aussi pratique que possible devrait être établie entre pays riverains pour aboutir à un échange constant et complet d'informations, à des consultations régulières et à des décisions concernant des questions d'intérêt mutuel ; objectifs, normes, surveillance, planification, programmes de recherche et de développement et mesures concrètes, y compris l'application et la surveillance de ces mesures.

2a. Sur la base des principes de réciprocité, de bonne foi et de bon voisinage et dans l'intérêt d'une gestion rationnelle des ressources en eau et de la protection de ces ressources contre la pollution, il est demandé aux pays riverains d'engager des consultations, si l'un d'entre eux le désire, pour assurer une coopération dans les domaines suivants :

- protection des écosystèmes, en particulier de l'environnement aquatique ;
- prévention et lutte contre la pollution des eaux transfrontières ;
- protection contre des risques dangereux tels que la pollution accidentelle, les inondations et les dérives de glaces dans les eaux transfrontières ; et
- utilisation harmonisée des eaux transfrontières⁷⁰.

⁶⁸ Nations Unies, *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'eau, Mar del Plata, 14-25 mars 1977* (numéro de vente : F.77.II.A.12 et rectificatif), première partie, chap. 1^{er}, par. 62 à 65. Voir aussi le rapport du Secrétaire général, « Amélioration de l'efficacité de la gestion des ressources en eau et évolution des actions coopératives menées dans le domaine des ressources en eau partagées » (E/C.7/1989/6), première partie, sect. I.F. : « Amélioration de la gestion des risques naturels : les inondations ».

⁶⁹ Voir la décision I (42), adoptée par la CEE le 10 avril 1987, *Documents officiels du Conseil économique et social, 1987, Supplément n° 13* (E/1987/33-E/ECE/1148), chap. IV.

⁷⁰ Voir aussi la décision B (41) sur la coopération dans le domaine des eaux transfrontières, adoptée par la CEE à sa quarante et unième

69. Les recommandations concernant les questions suivantes : « Réduction des risques d'inondation », « Surveillance et traitement des données », « Echange d'informations » et « Systèmes d'alerte et d'alarme » sont formulées dans les principes 9 à 12, respectivement, et prévoient notamment ce qui suit :

Réduction des risques d'inondation

9. En ce qui concerne les eaux transfrontières sujettes à un risque d'inondation, les parties contractantes devraient élaborer des programmes, en commun le cas échéant, pour réduire ce risque et le risque des dérives de glaces.

9a. De tels programmes comportent des mesures harmonisées d'aménagement le long des cours d'eau et des mesures non structurelles. Ces dernières mesures peuvent comprendre une information et une notification mutuelles (systèmes d'alerte et d'alarme) avant et pendant les inondations causées par les précipitations et les accumulations glaciaires, la relocalisation et les cartes et le zonage des inondations. Lorsque des mesures d'aménagement sont envisagées, l'ensemble du bassin hydrographique qui peut être affecté doit faire l'objet d'une enquête, afin d'éviter de répercuter sur d'autres sections de cours d'eau les problèmes causés par des mesures prises ailleurs. En principe, les activités qui peuvent accroître le risque d'inondation devraient être compensées par des mesures conçues pour diminuer ces risques. L'établissement en commun de modèles mathématiques pour la simulation des inondations doit être recommandé, ainsi que l'application de ces modèles, pour mettre au point des mesures et des stratégies communes de lutte contre les inondations.

Surveillance et traitement des données

10. Les parties contractantes doivent élaborer et appliquer des programmes coordonnés de surveillance et d'observation de la qualité des eaux transfrontières, de la pollution de ces eaux, de la pollution accidentelle, des inondations et des dérives de glaces. De même, des méthodologies communes doivent être convenues pour le traitement des données et les procédures d'évaluation.

[...]

Echange d'informations

11. Les parties contractantes devraient, au moyen d'accords transfrontières ou d'autres arrangements pertinents, prévoir l'échange le plus large possible, dans les plus brefs délais, de données et de renseignements sur la qualité et la quantité des eaux transfrontières intéressants pour la lutte contre la pollution de l'eau, la pollution accidentelle, les inondations et les dérives de glaces dans les eaux transfrontières.

11a. Les parties contractantes devraient non seulement se fournir des renseignements sur les phénomènes, les mesures et les plans, au niveau national, qui affectent les autres parties contractantes et sur l'application de programmes harmonisés en commun, mais aussi assurer un échange permanent de renseignements sur leurs expériences pratiques et leurs recherches. Les commissions mixtes offrent de nombreuses possibilités d'échanges de ce genre, mais des confé-

session (1986), en particulier la recommandation 10 concernant la mise en place de systèmes d'alerte avancée et la conclusion d'accords sur les mesures à prendre pour prévenir les inondations et pour réduire leurs effets en aval (publiée dans Nations Unies, *Deux décennies de coopération dans le domaine de l'eau. — Déclarations et recommandations de la Commission économique pour l'Europe, 1988* [E/ENVWA/2], p. 28). En ce qui concerne les politiques nationales dans le domaine de l'eau, voir la Déclaration de principe de la CEE sur l'utilisation rationnelle de l'eau, adoptée par la CEE à sa trente-neuvième session (1984), dans sa décision C (XXXIX), dont le principe 3 stipule :

« 3. En formulant et en adoptant une politique nationale de l'eau axée sur l'avenir, [...] il faudrait insister spécialement sur les points suivants :

« [...] »

« f) mesures visant à combattre les effets nocifs de l'eau : inondations, érosion des sols, etc. » (*Ibid.*, p. 16.)

rences communes et des séminaires constituent aussi un moyen approprié de transmettre une grande quantité d'informations scientifiques et pratiques.

[...]

Systèmes d'alerte et d'alarme

12. Les parties contractantes concernées devraient installer et faire fonctionner des systèmes efficaces d'alerte et d'alarme pour faire face à des cas spéciaux de pollution, notamment dus aux accidents, à la négligence et aux infractions, et pour réduire les risques d'inondation et de dérives de glaces. Dans ces cas d'urgence, les parties concernées pourraient envisager la possibilité de s'aider mutuellement selon des modalités convenues.

12a. Les systèmes d'alerte et d'alarme devraient comprendre un nombre réduit de centres de communication principaux, disposant d'un personnel permanent ou susceptibles de devenir rapidement opérationnels qui, en s'appuyant sur le système national d'information, assurent la transmission la plus rapide possible des données et des prévisions selon des modèles préalablement définis.

12b. Des systèmes d'alerte et d'alarme sur les eaux transfrontière devraient en outre fonctionner efficacement pour permettre de prendre rapidement des mesures correctives et de protection, de limiter les dégâts et de réduire les risques provenant de phénomènes naturels et d'activités humaines sur les eaux transfrontière.

12c. A cet égard, les parties contractantes devraient s'informer des mesures prises sur leur territoire pour réduire ou éliminer les causes de pollution accidentelle, d'inondations et de dérives de glaces.

70. La Réunion interrégionale sur la mise en valeur des bassins fluviaux et lacustres, tenue à Addis-Abeba en 1988⁷¹, a mis l'accent, dans une de ses recommandations relatives aux aspects juridiques et institutionnels, sur l'importance d'une participation positive des Etats du cours d'eau, sur une base équitable, au maintien en bon état des cours d'eau internationaux :

[...] le droit d'un Etat du bassin à une part équitable des utilisations des eaux d'un bassin de drainage international peut être subordonné à la volonté de cet Etat de participer positivement et sur la base de la réciprocité aux mesures et programmes appropriés nécessaires pour maintenir en bon état le système des eaux (participation équitable)⁷².

71. Plus généralement, au paragraphe 3 de sa résolution 42/169, du 11 décembre 1987, intitulée « Décennie internationale de la prévention des catastrophes naturelles », l'Assemblée générale a décidé de désigner les années 90 comme « une décennie au cours de laquelle la communauté internationale, sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies, veillera en particulier à encourager la coopération internationale dans le domaine de la prévention des catastrophes naturelles »⁷³ et, au paragraphe 7, l'Assemblée a engagé « tous les gouvernements à participer au cours de la décennie à une action internationale concertée de prévention des catastrophes naturelles ».

72. Le Conseil de l'OCDE a adopté, le 8 juillet 1988, une décision sur l'échange d'informations concernant les accidents susceptibles de provoquer des dommages

transfrontières⁷⁴. Cette décision qui concerne essentiellement les accidents survenant dans des « installations dangereuses »⁷⁵ invite les Etats membres à « échang[er] des informations et à se consult[er], sur une base de réciprocité s'ils le souhaitent, en vue de prévenir les accidents susceptibles de causer des dommages transfrontières et de réduire les dommages que de tels accidents pourraient provoquer s'ils survenaient » (par. 1). Dans l'appendice I de la décision sont énoncées en détail les règles régissant les échanges d'informations sur les mesures de prévention et d'intervention relatives aux accidents qui peuvent survenir dans les installations dangereuses. Les Etats membres sont invités à tenir des consultations en vue d'établir des plans d'urgence (titre C, par. 9) et à transmettre immédiatement un message d'alerte aux pays exposés, « en cas d'accident ou de menace imminente d'accident susceptible de provoquer des dommages transfrontières » (titre D, par. 11). L'appendice III de la décision contient une liste des quantités limites de substances dangereuses, liste qui doit être périodiquement révisée et mise à jour (par. 5 de la décision).

3. RAPPORTS ET ETUDES ÉTABLIS PAR DES ORGANISATIONS INTERGOUVERNEMENTALES ET DES ORGANISATIONS NON GOUVERNEMENTALES INTERNATIONALES

a) Organisations intergouvernementales

73. Le Bureau du Coordonnateur des Nations Unies pour les secours en cas de catastrophe a établi une étude intéressante, intitulée « L'eau : une richesse et un danger », concernant la protection contre les catastrophes naturelles, en général, et contre les catastrophes provoquées par l'eau, en particulier⁷⁶. En ce qui concerne la prévention des catastrophes provoquées par l'eau, on trouve dans cette étude, sous le titre « La coopération et la coordination internationales », l'observation suivante :

Dans le cas de fleuves traversant plusieurs pays ou plusieurs Etats d'un même pays, tout défaut d'harmonisation ou de coopération entre les différentes autorités dans le cadre des projets d'aménagements fluviaux tels que l'agrandissement de barrages ou de canaux existants ou la construction de nouveaux canaux ou de berges dans

⁷⁴ *Annuaire européen*, 1988, vol. 36, p. 40. Voir aussi la décision-recommandation adoptée le 8 juillet 1988 par le Conseil de l'OCDE, concernant la communication d'informations au public et la participation du public au processus de prise de décisions visant les mesures de prévention et d'intervention applicables aux accidents liés aux substances dangereuses (*ibid.*, p. 47).

⁷⁵ L'expression « installation dangereuse » est définie comme suit à l'alinéa a de l'appendice II de la décision :

« a) [...] toute installation industrielle contenant l'une des substances dangereuses dans une quantité supérieure à la quantité limite indiquée en appendice III et dans laquelle sont utilisées, stockées ou produites de telles substances dangereuses susceptibles de provoquer, en cas d'accident, à l'extérieur du site de l'installation, des dommages graves à la santé humaine ou à l'environnement, y compris les biens, mais à l'exclusion des installations nucléaires ou militaires ; » (*ibid.*, p. 45).

⁷⁶ Doc. UNDRO/87/3. Voir aussi le projet de code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières, établi par des rapporteurs gouvernementaux, en vertu d'une décision prise par les conseillers des gouvernements des pays de la CEE pour les problèmes de l'environnement et de l'eau (ECE/ENVA.WP.3/R.1, 30 mars 1988).

⁷¹ Voir les Actes de la Réunion interrégionale sur la mise en valeur des bassins fluviaux et lacustres, plus particulièrement dans la région de l'Afrique, tenue par l'ONU à Addis-Abeba (Ethiopie), du 10 au 15 octobre 1988 [dénommée ci-après « Réunion d'Addis-Abeba »], dans Nations Unies, *Mise en valeur des bassins fluviaux et lacustres*, Ressources naturelles/Série Eau n° 20 (numéro de vente : F.90.II.A.10).

⁷² *Ibid.*, première partie, Rapport de la Réunion, recommandations B, par. 4.

⁷³ Voir aussi la résolution 43/202 de l'Assemblée générale, du 20 décembre 1988, sur le même sujet.

le cours supérieur du fleuve, ne manquera pas d'avoir des répercussions néfastes sur les habitants des régions inférieures. [...]»⁷⁷.

L'étude se poursuit par l'examen de la préparation à des catastrophes provoquées par l'eau et présente les suggestions ci-après concernant les systèmes d'alerte.

La prévision et l'alerte sont deux aspects importants de la préparation. Un bon système d'alerte en cas de crue doit se fonder sur des prévisions sûres, qui sont établies par des stations pluviométriques (mesure des précipitations), et à l'aide de débitmètres, de radars météorologiques, de réseaux météorologiques synoptiques, d'avions de reconnaissance et de satellites météorologiques. L'alerte est diffusée par la radio, la télévision, les moyens de communication locaux en cas d'urgence, des sirènes et des signaux visuels (par exemple, des lumières de différentes couleurs placées sur des hauteurs)⁷⁸.

74. Le rapport établi par l'Equipe spéciale mixte Gouvernement du Bangladesh/ONU sur les inondations de 1988 au Bangladesh⁷⁹ traite notamment des stratégies de lutte contre ces inondations sur le plan national, régional et international. Concernant le plan régional, le rapport indique ce qui suit :

La coopération entre les Etats riverains permettrait d'appliquer de façon optimale les techniques de lutte contre les inondations et donc de minimiser les dégâts. Il convient d'attirer l'attention à cet égard sur les travaux de planification préalable aux catastrophes réalisés par les pays participant au Groupe de travail du Bureau du Coordonnateur des Nations Unies pour les secours en cas de catastrophe et de l'OMM sur les cyclones tropicaux, car la plupart des dégâts provoqués par ces cyclones sont également dus à l'eau. On pourrait notamment étudier les aspects suivants :

- a) L'incidence sur l'écoulement des eaux de la dégradation de l'environnement et de l'accélération de l'érosion des sols dans l'Himalaya ainsi que les mesures — telles que le reboisement — qu'il serait possible de prendre pour réduire l'accumulation de sédiments et le ruissellement ;
- b) L'incidence des mesures destinées à régulariser le débit des cours d'eau dans les bassins, aussi bien pour lutter contre les inondations que pour accroître le débit pendant la saison sèche ;
- c) L'incidence des obstacles mis à l'écoulement naturel des eaux ;
- d) La mise en valeur et la planification des ressources en eau.

Etant donné que les bassins de réception des eaux recouvrent des zones situées au Bhoutan, en Chine, en Inde et au Népal, le Président du Bangladesh s'est rendu dans trois de ces pays en septembre/octobre (et devrait se rendre dans le quatrième sous peu) en vue d'obtenir leur coopération pour la recherche d'une solution régionale à long terme au problème des inondations. Ces visites ont conduit à la création de groupes de travail et d'équipes de recherche communs qui devraient remettre leurs rapports dans les six mois⁸⁰.

75. La Réunion interrégionale des organisations fluviales internationales, tenue à Dakar en 1981, a souligné dans l'une de ses conclusions sur le thème « Progrès réalisés dans le cadre des accords de coopération » l'importance d'une action concertée pour faire face aux risques et dangers provoqués par l'eau :

5. La prévention et la lutte contre les inondations, la sécheresse et autres catastrophes, naturelles ou causées par l'homme, préoccupent de plus en plus les Etats coopérants, en raison des changements nombreux et rapides qui se produisent dans les bassins versants. Ainsi, des activités nouvelles ou renforcées devraient être entreprises pour faire face, de manière efficace, aux conséquences dommageables des sinistres et des situations liées à l'eau. Les organisations fluviales et lacustres internationales sont des organismes auxquels il appartient

d'entreprendre des études, de recommander des mesures, d'élaborer des plans d'urgence et des systèmes d'alerte et de surveiller en permanence les situations créées et l'adéquation des mesures prises⁸¹.

76. La Commission économique pour l'Europe a publié, en 1976, un rapport élaboré sous les auspices du Comité des problèmes de l'eau de la CEE sur la base des réponses des gouvernements à un questionnaire établi par le Comité des problèmes de l'eau⁸². La conclusion ci-après a été tirée des réponses des gouvernements à la question portant sur le thème « Principes et grandes tendances des accords internationaux relatifs à la lutte contre les inondations » :

Les accords internationaux relatifs à la lutte contre les inondations conclus par les pays qui ont répondu au questionnaire visent à l'établissement d'une coopération qui se manifeste dans tous les cas par des échanges d'informations sur l'évolution des crues et, dans la plupart des cas, par l'établissement de plans communs et coordonnés prévoyant la construction d'ouvrages de protection, avec les obligations communes qui en découlent.

b) Organisations non gouvernementales internationales

77. Hormis les travaux des précédents rapporteurs spéciaux de la CDI, la série de sept articles sur la lutte contre les inondations adoptés en 1972 par l'Association de droit international⁸³ représente le seul effort important qui ait été fait jusqu'ici pour énoncer des règles juridiques générales régissant ces questions et pour formuler des recommandations s'y rapportant. Ces articles se lisent comme suit :

Article premier

Aux fins des présents articles,

1. On entend par « inondation » une montée du niveau des eaux qui aurait des effets préjudiciables pour la vie et les biens dans les Etats du bassin.
2. On entend par « lutte contre les inondations » l'adoption de toutes les mesures appropriées en vue de protéger les terres contre les inondations ou de réduire les dommages qui en résultent.

Article 2

Les Etats du bassin coopèrent dans le cadre de la lutte contre les inondations, dans un esprit de bon voisinage et compte dûment tenu de leurs intérêts et de leur bien-être mutuels en tant qu'Etats du bassin.

Article 3

La coopération en vue de la lutte contre les inondations peut notamment porter, selon que les Etats en seront convenus, sur les points suivants :

- a) Collecte et échange d'informations pertinentes ;
- b) Elaboration d'enquêtes, de recherches et d'études et échange mutuel de ces travaux de recherche ;
- c) Planification et élaboration de mesures pertinentes ;

⁷⁷ Nations Unies, *Expériences de mise en valeur et de gestion de bassins de fleuves et de lacs internationaux*, Ressources naturelles/Série Eau n° 10 [dénommé ci-après « Actes de la Réunion de Dakar »] (numéro de vente : F.82.II.A.17), première partie, Rapport de la Réunion, par. 49, conclusion 5.

⁷⁸ Nations Unies, *Méthodes rationnelles de planification de la lutte contre les inondations dans l'aménagement des bassins fluviaux* (numéro de vente : F.76.II.E.26).

⁸³ Ces articles et les commentaires y relatifs figurent dans la deuxième partie du rapport du Comité du droit international sur les ressources en eau ; voir ILA, *Report of the Fifty-fifth Conference...* (*supra* n. 31), p. 43 et suiv.

⁷⁷ Doc. UNDRO/87/3, par. 48.

⁷⁸ *Ibid.*, par. 49.

⁷⁹ Doc. SG/CONF.4/1 (*v. supra* n. 24).

⁸⁰ *Ibid.*, par. 115 et 116.

- d) Mise en œuvre des mesures de lutte contre les inondations ;
- e) Gestion et entretien des ouvrages de protection ;
- f) Prévision des inondations et communication des messages d'alerte en cas d'inondations ;
- g) Création d'un service permanent d'information chargé de diffuser des données sur le niveau et le débit des eaux.

Article 4

1. Les Etats du bassin doivent dès que possible entrer en communication les uns avec les autres chaque fois que se produisent sur leur territoire des phénomènes — précipitations abondantes ou fonte soudaine des neiges — susceptibles de provoquer des inondations [ou] une montée dangereuse des eaux.

2. Les Etats du bassin devraient mettre en place un système efficace de communication en vue d'appliquer les dispositions du paragraphe 1, et garantir que priorité sera donnée aux communications d'avis d'inondations dans les situations d'urgence. Au besoin, un système spécial de transmissions devrait être établi entre les Etats du bassin.

Article 5

1. Les cours d'eau et les lacs pourront être utilisés librement et sans limitation pour canaliser les eaux en excédent, à condition que cette utilisation ne soit pas incompatible avec les objectifs de la lutte contre les inondations.

2. Les Etats du bassin sont tenus d'assurer l'entretien des sections des cours d'eau traversant leur territoire, notamment des ouvrages de protection contre les inondations.

3. Rien ne s'oppose à ce qu'un Etat du bassin entreprenne des programmes de drainage, d'assèchement, de conservation des sols, de protection contre l'érosion et de désensablement, ou des activités d'extraction de cailloux, graviers et sables du lit des cours d'eau traversant son territoire, à condition que, dans l'exécution de ces programmes, l'Etat en question prenne toutes les mesures qui s'imposent pour ne pas entraver la lutte contre les inondations, et que ces programmes ne soient pas contraires aux restrictions qui pourraient être prévues par la législation en la matière.

4. Les Etats du bassin devraient garantir la prompte exécution des réparations et autres mesures d'urgence visant à réduire les dommages résultant des inondations en périodes de crue.

Article 6

1. Les dépenses au titre de la collecte et de l'échange d'informations, de l'élaboration des enquêtes, recherches et études, de la prévision des inondations et de la transmission des messages d'alerte, et de la création d'un service permanent d'information seront financées conjointement par les Etats du bassin qui coopèrent à ces activités.

2. Les dépenses au titre des travaux spéciaux entrepris d'un commun accord sur le territoire d'un Etat du bassin à la demande d'un autre Etat du bassin seront à la charge de l'Etat demandeur, à moins que l'accord entre les deux Etats concernés n'en dispose autrement.

Article 7

Un Etat du bassin n'est pas tenu de réparer les dommages causés à un autre Etat du bassin par des inondations ayant leur origine sur son territoire, à moins qu'il n'ait pas agi comme on pouvait raisonnablement s'y attendre vu les circonstances et que le dommage causé soit important.

78. La Commission mondiale pour l'environnement et le développement (souvent appelée « Commission Brundtland », du nom de sa présidente, Mme Gro Harlem Brundtland), organisme indépendant créé en 1983 par l'Assemblée générale afin d'étudier et de faire rapport sur des stratégies pour un développement durable, a présenté son rapport en 1987⁸⁴. Au chapitre 11, inti-

⁸⁴ Le rapport intitulé « Notre avenir à tous » a été transmis à l'Assemblée générale en annexe à une note du Secrétaire général, du 4 août 1987 (A/42/427).

tulé « Paix, sécurité, développement et environnement », de ce rapport, la Commission présente les observations pertinentes ci-après :

L'importance d'une alerte précoce

Etant donné que c'est souvent l'incertitude ou l'insécurité qui est à l'origine d'un conflit international, il importe au premier chef que les gouvernements prennent conscience d'une perturbation imminente de l'environnement avant que les dommages ne menacent effectivement des intérêts nationaux d'importance vitale. Les gouvernements ne sont généralement pas très bien équipés pour ce genre de prévisions.

Il serait hautement souhaitable que des organisations internationales appropriées, y compris les organismes compétents des Nations Unies et telles ou telles organisations régionales, mettent en commun leurs moyens — et fassent appel aux techniques de surveillance les plus perfectionnées dont on dispose — pour créer un système fiable d'alerte précoce en matière de risques ou de conflits intéressant l'environnement. [...] Ce système permettrait de surveiller les indicateurs de risques et de différents potentiels tels que l'érosion des sols, [...] et les utilisations de biens communs qui s'approcheraient des seuils de non-durabilité de ces ressources. Les organisations offriraient également leurs services pour aider les pays concernés à définir des principes et créer des organes de gestion commune⁸⁵.

L'extrait ci-après du chapitre 12, intitulé « Vers une action commune : propositions en vue d'une réforme institutionnelle et juridique », mérite aussi d'être cité ici :

Evaluer les risques mondiaux

L'avenir, même s'il s'agit d'un avenir viable, sera placé sous le signe de risques croissants. Les risques liés aux technologies nouvelles ne cessent de grandir. Les catastrophes naturelles ou causées par l'homme sont toujours plus nombreuses, rapprochées et dévastatrices. [...] ⁸⁶

Dans le même chapitre, la Commission énonce un certain nombre de principes juridiques de caractère général, dont les suivants concernent la présente étude :

[...] Envers leurs propres citoyens et envers les autres nations, les Etats assument les responsabilités suivantes :

[...]

- prévenir ou éliminer les sources de pollution ou de dégâts pour l'environnement ;

[...]

⁸⁵ A/42/427, annexe, p. 371 et 372, chap. 11, par. 42 et 43.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 396, chap. 12, par. 56. Voir aussi l'« Etude des perspectives en matière d'environnement jusqu'à l'an 2000 et au-delà », élaborée par le Comité préparatoire intergouvernemental intersessions sur l'Etude des perspectives en matière d'environnement jusqu'à l'an 2000 et au-delà, du PNUE, et adoptée par le Conseil d'administration, à sa quatorzième session, en juin 1987 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-deuxième session, Supplément n° 25 et rectificatif [A/42/25]*, annexe II ; également reproduite dans la résolution 42/186 de l'Assemblée générale, du 11 décembre 1987, annexe) ; voir notamment les sections III.D (Sécurité et environnement) et IV.A (Evaluation). Cette dernière section contient les recommandations ci-après :

« 92. Par la coopération internationale en matière de bilans écologiques, établis sous l'égide du Programme des Nations Unies pour l'environnement avec la participation des organismes des Nations Unies, on devrait aider les pays, en particulier les pays en développement, à installer des systèmes nationaux de surveillance et des systèmes d'information géographique efficaces, à se doter des moyens de procéder à des évaluations et à améliorer la compatibilité des données. *Il faut développer très largement cette coopération technique entre pays aux niveaux régional et mondial**. »

- procéder ou exiger que l'on procède à des évaluations préalables pour assurer que les politiques, les activités et les technologies nouvelles de quelque importance contribueront au développement durable [...]»⁸⁷;

79. La Commission Brundtland a créé un groupe international d'experts du droit de l'environnement, qui a établi en juin 1986 un rapport sur les principes juridiques et recommandations proposés pour la protection de l'environnement et pour un développement durable⁸⁸. Plusieurs des principes juridiques adoptés par le Groupe d'experts⁸⁹ présentent ici de l'intérêt. Ces dispositions ayant été citées dans le quatrième rapport du Rapporteur spécial⁹⁰, on se bornera à en donner des extraits ci-après. L'article 4, intitulé « Normes relatives à l'environnement et surveillance de l'environnement », dispose notamment à l'alinéa b que les Etats :

b) Mettent en place des systèmes de collecte et de diffusion de données et d'observation périodique des ressources naturelles et de l'environnement qui permettent de planifier judicieusement l'utilisation des ressources naturelles et de l'environnement, de détecter rapidement les atteintes aux ressources naturelles ou à l'environnement et d'intervenir en temps opportun [...].

L'article 14 porte sur l'obligation générale de coopérer en ce qui concerne les problèmes transfrontières liés à l'environnement, en particulier pour « prévenir ou réduire toute atteinte transfrontière à l'environnement ou tout risque important qui en découle » (par. 1). Cette opération vise dans toute la mesure possible à parvenir « à l'utilisation optimale de la ressource naturelle transfrontière ou à maximiser l'efficacité des mesures visant à prévenir ou à réduire toute atteinte transfrontière à l'environnement » (par. 2). Enfin, l'article 19 traite des situations d'urgence et dispose qu'en pareil cas :

1. [...] l'Etat sous la juridiction duquel [...] l'atteinte à son origine informe promptement les autres Etats intéressés, leur fournit tous renseignements pertinents de nature à leur permettre de minimiser l'atteinte transfrontière à l'environnement, les informe des mesures qu'il a prises pour réduire les causes de l'atteinte [...] et coopère avec ces Etats en vue de prévenir ou de minimiser les effets nocifs de cette situation d'urgence ou de tout autre changement de circonstances.

Au paragraphe 2 de l'article, il est prévu que les Etats sont tenus de mettre au point des plans d'urgence « en vue de prévenir ou de minimiser les effets nocifs de toute situation d'urgence ou de tout autre changement de circonstances ». Le commentaire de l'article 19 précise que « beaucoup de traités », nombre desquels ont trait à des cours d'eau internationaux, confirment l'obligation d'informer promptement « les Etats potentiellement victimes » lorsque de telles situations d'urgence se présentent, même si elles sont de celles qui ne menacent ni la santé ni la vie humaine⁹¹. Sont également cités, entre autres, à l'appui de l'obligation d'avertir et de coopérer pour prévenir et minimiser les situations d'urgence transfrontières, l'affaire du *Détroit de Corfou*⁹² et le principe 9 des Principes de conduite dans

le domaine de l'environnement pour l'orientation des Etats en matière de conservation et d'utilisation harmonieuse des ressources naturelles partagées, adoptés par le Conseil d'administration du PNUE, en 1978⁹³.

80. En résumé, les organisations intergouvernementales, de même que les organisations internationales non gouvernementales, ont reconnu la nécessité d'une coopération, voire d'une collaboration, pour prévenir et atténuer les risques et les dangers provoqués par les eaux, ainsi que les dangers et les autres « effets nuisibles » de l'eau (par exemple l'érosion, les sols engorgés et la glace). Quelques-uns des instruments examinés reconnaissent aussi un large éventail d'obligations, relevant le plus souvent de la procédure, dont l'objet et l'effet sont de prévenir et d'alléger les conséquences nuisibles et d'éviter les différends. Ainsi, selon plusieurs de ces instruments, les Etats du cours d'eau sont tenus non seulement de coopérer et d'échanger des renseignements en ce qui concerne les types de problèmes à l'examen, mais encore, afin de prévenir ces problèmes ou d'en atténuer les effets, d'entreprendre des consultations, de s'avertir mutuellement des dangers et de travailler conjointement à la préparation de dispositifs d'intervention, ainsi que de projeter et d'exécuter les mesures et les travaux.

4. ETUDES MENÉES PAR DES EXPERTS INDÉPENDANTS

81. Dans un article portant sur les catastrophes écologiques du point de vue du droit international⁹⁴, Edith Brown Weiss examine les obligations juridiques internationales concernant « les catastrophes écologiques causées par l'homme, qui ont des effets transfrontières notables, les catastrophes naturelles touchant des ressources naturelles partagées et les catastrophes qui ont des incidences sur des ressources naturelles et culturelles importantes liées aux éléments du patrimoine commun »⁹⁵. Traitant à la fois des catastrophes naturelles et de celles qui sont causées par des activités humaines, son examen porte sur les questions suivantes : « Prévention des catastrophes écologiques », « Nécessité de réduire les dommages et de fournir des secours d'urgence » et « Dédommagements pour les dégâts provoqués par des catastrophes écologiques ». Elle constate que « le devoir de prévenir des catastrophes écologiques [...] relève du principe de la responsabilité des Etats et constitue un élément du droit coutumier international », bien que « les efforts visant à définir des normes et des pratiques de sécurité acceptables aient fait défaut dans de nombreux domaines importants »⁹⁶. E. Brown Weiss souligne, par ailleurs, que « le devoir de réduire au minimum les dégâts causés à l'environnement en donnant promptement notification, en fournissant des renseignements [avertis-

⁸⁷ A/42/427, annexe, p. 405, chap. 12, par. 83.

⁸⁸ Voir *Environmental Protection and Sustainable Development: Legal Principles and Recommendations*, Londres, Graham & Trotman, 1987.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 25 à 33.

⁹⁰ Doc. A/CN.4/412 et Add.1 et 2 (v. *supra* n. 1), par. 75.

⁹¹ *Environmental Protection...*, *op. cit.*, p. 117.

⁹² *C.I.J. Recueil 1949*, p. 4.

⁹³ PNUE, *Droit de l'environnement. — Lignes directrices et principes*, n° 2, *Ressources naturelles partagées*, Nairobi, 1978.

⁹⁴ E. Brown Weiss, « Environmental disasters in international law », *Anuario Jurídico Interamericano*, 1986, Washington (D. C.), p. 141.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 141 et 142. L'auteur explique que le « patrimoine commun comprend les ressources naturelles et culturelles mondiales transmises, les banques internationales de gènes et les ressources analogues » (p. 142).

⁹⁶ *Ibid.*, p. 152.

sement] et en collaborant en vue de réduire au minimum les dégâts fait maintenant partie du droit coutumier international et qu'il est compris dans le principe de la responsabilité de l'Etat »⁹⁷. Quant au dédommagement, E. Brown Weiss déclare :

[...] On s'accorde généralement à penser qu'en droit international la violation de l'obligation [...] de prévenir les accidents et de réduire au minimum les dommages causés entraîne la responsabilité du fait des préjudices qui en résultent et que, même s'il n'y a pas violation de l'obligation, les Etats peuvent être tenus responsables des préjudices causés par des activités particulièrement dangereuses ou par le dégagement de substances présentant des dangers importants. La question de savoir si les Etats peuvent être tenus responsables, en droit international, des préjudices résultant d'autres types d'accidents n'est pas réglée⁹⁸.

Un ouvrage collectif relatif aux mesures d'aide en cas de catastrophe⁹⁹ contient un chapitre traitant de la pertinence du droit international en matière de prévention et d'atténuation des catastrophes naturelles ; dans sa conclusion, l'auteur de ce chapitre, J. W. Samuels, écrit, entre autres, ce qui suit :

[...] La responsabilité générale en matière de catastrophes naturelles relève de la législation internationale dans le domaine des droits de l'homme. En particulier, les Etats ont l'obligation de prévenir et d'atténuer les effets des désastres naturels de par la responsabilité qui leur incombe en vertu de l'article 11 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Le droit reconnu à toute personne « à un niveau de vie suffisant [...], y compris [une nourriture], un vêtement et un logement suffisants, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence » et l'obligation qui en résulte pour les Etats « [de prendre] des mesures appropriées pour assurer la réalisation de ce droit », devrait se traduire par une triple obligation :

Obligation juridique de l'Etat d'aider un autre Etat en cas de catastrophe naturelle ;

Obligation juridique de l'Etat de se préparer en vue des secours à apporter en cas de catastrophe sur son propre territoire et de prendre des mesures préventives afin de réduire au minimum les souffrances résultant de catastrophes naturelles ;

Obligation de l'Etat d'accepter les secours apportés à sa population par d'autres Etats après une catastrophe naturelle, si ses propres ressources sont insuffisantes¹⁰⁰.

82. L'importance de la coopération entre Etats d'un cours d'eau en cas de risques et de dangers provoqués par l'eau a été soulignée par W. R. D. Sewell et H. D. Foster dans une étude présentée au Séminaire de Budapest (16-26 septembre 1975)¹⁰¹. Au sujet des problèmes spéciaux qui se posent lorsque le cours d'eau causant des dommages par inondations est un cours d'eau international, les auteurs définissent des stratégies possibles en matière de prévention et offrent plusieurs exemples de cas où ces stratégies ont été appliquées :

Le rôle de la coopération internationale

Dans de nombreuses régions du monde, la gestion de l'eau se caractérise malheureusement par le fait que les pays ont tendance à adopter des stratégies indépendantes pour traiter des problèmes liés aux inondations. Or, l'expérience a montré que la coopération internationale peut offrir des avantages considérables. Il existe un très grand nombre de possibilités diverses, y compris des arrangements

bilatéraux ou multilatéraux, aux termes desquels les pays ayant un bassin fluvial commun décident de coopérer à un stade donné du processus de la planification, de l'élaboration des politiques ou de la mise en œuvre. Au minimum, ces pays peuvent coopérer pour le rassemblement des données sur les conditions hydrologiques. Tel est, par exemple, l'arrangement conclu entre l'Egypte et le Soudan. On peut pousser plus loin pour aboutir à l'élaboration de systèmes d'alerte, ce qui a été le cas dans le bassin du Danube. On se trouve en présence d'un niveau d'engagement plus élevé lorsqu'il s'agit d'entreprises de planification commune, comme celles du bassin inférieur du Mékong, où le Laos, le Cambodge, la Thaïlande et le Viet Nam pratiquent la coopération depuis près de trois décennies. Il peut aussi y avoir des possibilités de construction de dispositifs de lutte contre les inondations dans un pays donné, destinées à être utilisées principalement pour la protection des terres inondables dans un ou plusieurs autres pays. On en trouve un exemple dans la construction des digues sur le fleuve Columbia, au Canada, qui sont destinées aussi à protéger les collectivités dans la partie du bassin de ce fleuve se trouvant aux Etats-Unis.

Il est un deuxième type de coopération, qui est celui qu'assurent diverses institutions internationales, notamment celles qui sont rattachées au système des Nations Unies [...] ¹⁰².

83. Dans une communication présentée à la Réunion d'Addis-Abeba, en octobre 1988, Robert D. Hayton traite plusieurs questions qui intéressent la présente étude¹⁰³. Ce texte est consacré à un examen des mesures prises récemment sur le plan bilatéral et multilatéral dans un certain nombre de domaines, notamment l'échange de données et d'informations hydrométéorologiques et connexes, la prévention de la dégradation des sols et de la désertification et l'atténuation des risques d'inondation. S'agissant des risques d'inondation, Hayton décrit les mesures prises au cours des dernières années par les pays du bassin de la Plata, qui illustrent l'importance que les Etats attachent à l'échange de données et d'information et à la prévision des inondations :

En 1983, des fonctionnaires des services techniques paraguayens et argentins se sont rencontrés à Asunción pour conférer au sujet du problème posé par les crues du Paraguay et du Paraná. Ils ont conclu à la nécessité de compiler tous les renseignements disponibles sur les hautes vallées des deux bassins, y compris les modifications de niveau des retenues ; et de demander officiellement les informations requises au Brésil, où les deux fleuves prennent leurs sources. Ces informations devraient être traitées et servir à calculer un modèle pour permettre de prévoir les crues. Peu après, des représentants de l'Argentine et du Brésil se rencontraient pour débattre d'un élargissement de l'échange de renseignements météorologiques et hydrologiques à la suite des crues, en 1982 et 1983, des principaux fleuves du bassin¹⁰⁴.

Hayton examine des exemples de coopération dans la lutte contre les inondations dans diverses parties du monde :

Les récentes actions coopératives concernant le bassin du Zambèze, le Moyen-Paraná et le sous-bassin des Grands Lacs, évoquées plus haut, visent notamment à atténuer le risque d'inondation. Dans les autres bassins d'Afrique, ceux de l'Amazonie et de la Plata et les réseaux hydrographiques d'Europe, notamment, les gouvernements continuent d'inclure la lutte contre les inondations dans leurs efforts communs. Cette lutte est également l'un des objets du Traité sur le bassin du fleuve Columbia signé entre le Canada et les Etats-Unis d'Amérique. Le Canada (où se trouve en grande partie le cours supérieur) a droit à une part de l'électricité produite en aval en échange des obligations considérables qu'il assume dans la lutte contre les inondations. [...] ¹⁰⁵.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid.*, p. 150.

⁹⁹ L. H. Stephens et S. J. Green, éd., *Disaster Assistance: Appraisal, Reform and New Approaches*, New York University Press, 1979.

¹⁰⁰ J. W. Samuels, « The relevance of international law to the prevention and mitigation of natural disasters », *ibid.*, p. 262.

¹⁰¹ Sewell et Foster, *loc. cit.* (*supra* n. 22), p. 84 et suiv.

¹⁰² *Ibid.*, p. 91.

¹⁰³ Hayton, « Evolution des actions coopératives concernant les ressources en eaux partagées », *Mise en valeur des bassins fluviaux et lacustres* (v. *supra* n. 71), p. 328 et suiv.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 342.

¹⁰⁵ *Ibid.*

Résumant son aperçu des mesures coopératives récentes concernant les cours d'eau internationaux, Hayton note que les Etats prennent de plus en plus nettement conscience de l'interdépendance des divers éléments de la biosphère :

Dans de nombreux cas [...] les Etats concernés ont convenu de mesures concrètes, ou en ont adopté, pour étudier l'état et l'exploitation des ressources en eau partagées, ainsi que des terres et autres ressources naturelles qui s'y rattachent. Ces études sont présentement élargies pour inclure les aspects sociaux et économiques de l'utilisation et de la conservation des terres et des eaux. [Les incidences directes et indirectes des activités humaines sur les ressources naturelles d'une région donnée et le coût croissant de l'action corrective sont généralement reconnus.]

[Sur le plan diplomatique, on constate depuis longtemps que ceux qui n'ont pas appris à reconnaître les liens réciproques entre l'homme et son environnement hésitent à considérer la dégradation des sols et la protection des eaux comme faisant partie intégrante des tâches assignées au développement, à l'utilisation, à la protection et au contrôle, à un degré optimum, des ressources en eaux partagées. Il ne faut pas confondre le problème de l'eau douce avec ceux des terres, des précipitations ou des eaux maritimes (par exemple, celles des estuaires), car cela accroîtrait les dimensions de la réglementation, qu'il faudrait alors coordonner, voire partager, avec d'autres entités souveraines. Or, il ne peut plus y avoir d'hésitation devant les preuves irréfutables de l'action et des interactions du cycle hydrologique — source d'inquiétude pour certains — avec les ressources naturelles et humaines associées, qui ne connaissent pas les frontières établies par l'homme. Il est maintenant largement reconnu que la gestion de l'eau, cette « ressource fugace », ne peut être menée d'une manière satisfaisante sans l'exercice d'un certain contrôle sur l'utilisation des terres, par exemple, l'aménagement des parcours et les restrictions aux remblayages, ainsi que la protection de l'intégrité du lit des lacs et des cours d'eau, des bassins versants et d'autres caractéristiques géologiques, de même que celles des ouvrages hydrauliques créés par l'homme et des canaux des bassins hydrographiques. Les cours d'eau internationaux ne font pas exception¹⁰⁶.]

C'est précisément ce type de gestion coordonnée et globale qui est indispensable si l'on veut que les populations soient protégées contre les ravages des catastrophes provoquées par les eaux et d'autres formes plus subtiles de dommages.

84. Hayton a également examiné les problèmes causés par les inondations et l'envasement dans son étude sur le bassin de la Plata¹⁰⁷. Il y fait les observations suivantes au sujet des cours d'eau qui constituent le bassin de la Plata :

De vastes étendues le long des cours d'eau, voire des régions entières entre les cours d'eau du bassin, sont exposées à des inondations saisonnières ou imprévues. Le Paraná dépose chaque année d'énormes quantités de sédiments, qui encombrant son lit, repoussent constamment son delta vers l'embouchure de l'Uruguay et créent d'énormes bancs mouvants dans le Rio de la Plata ; les dragages constants à grande échelle effectués par l'Argentine suivent difficilement le rythme de l'accumulation. Le port de Buenos Aires, qui est d'ailleurs artificiel, est constamment menacé. Si des mesures considérables, loin en amont, dans au moins deux Etats du bassin ne sont pas entreprises, il ne sera possible d'éliminer ni les inondations ni l'envasement, ni même d'en réduire les effets. La nécessité urgente d'une collaboration à l'échelle du bassin, y compris les dédommagements et les contributions, ne saurait être démontrée avec plus de force¹⁰⁸.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 354. Les passages entre crochets sont tirés du texte original de la communication (ECA/NRD/IMRLBD/3), non reproduits dans la publication citée *supra* note 71.

¹⁰⁷ Hayton, « The Plata Basin », dans Garretson, Hayton et Olmstead, éd., *op. cit.* (*supra* n. 39), p. 298 et suiv.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 401. L'auteur précise en note à cet extrait que :

« La masse annuelle de sédiments charriés par le Paraná est d'environ 250 millions de tonnes, et c'est ce qui a constitué le large

Ces conclusions soulignent la nécessité de la coopération et même d'une « collaboration » active entre les Etats du cours d'eau afin de prévenir et d'atténuer les risques et les dangers provoqués par les eaux et les problèmes connexes.

85. Il faut mentionner enfin, dans ce bref aperçu, l'article de Thomas Bruha¹⁰⁹ qui, bien que traitant principalement des états d'urgence entraînés par les accidents industriels modernes, n'est pas sans rapport avec la présente enquête. Dans cet article, Bruha examine les règles de droit international « concernant la protection des êtres humains et de l'environnement contre les dangers liés au développement technologique »¹¹⁰. Retrarrant l'évolution dans ce domaine du droit, il fait observer que les règles relatives à la protection contre les dangers et aux secours humanitaires — notamment en ce qui concerne les catastrophes naturelles — ont leurs origines dans les écrits des théoriciens les plus éminents du droit naturel, remontant au début du XVII^e siècle¹¹¹. D'après Bruha, ces juristes — notamment Suárez, Grotius, Wolff et de Vattel — considèrent explicitement ou implicitement cet aspect du droit comme un élément indéniable d'un « droit social international »¹¹², orienté vers la promotion du *bonum commune generis humani*. L'œuvre d'Emer de Vattel est particulièrement intéressante à cet égard ; peu après le tremblement de terre de Lisbonne de 1755 qui fit 30 000 victimes, il déclarait au sujet de ce qu'il avait appelé le « principe général d'assistance mutuelle » du droit naturel :

[...] Un Etat doit à tout autre Etat ce qu'il se doit à soi-même, autant que cet autre a un véritable besoin de son secours, et qu'il peut le lui accorder sans négliger ses devoirs envers soi-même. Telle est la Loi éternelle et immuable de la Nature¹¹³.

Bruha passe en revue de nombreux instruments internationaux relatifs à des accidents écologiques. Il conclut que, même sans de tels devoirs contractuels, certaines obligations minimales sont devenues partie intégrante du droit international général. Il s'agit notamment du devoir d'éviter de causer des dommages graves à un autre Etat et de veiller à ce que d'autres Etats ne

delta qui étouffe l'écoulement du fleuve. Le Bermejo est le principal pourvoyeur de sédiments. Dans le Rio de la Plata, les bateaux s'échouent imperceptiblement dans une couche de limon épaisse de 10 mètres, dont la moitié est en suspension au-dessus du fond ; les bateaux ayant une admission d'eau sous la ligne de flottaison n'entrent pas [...]. (P. 440, note 374).

¹⁰⁹ T. Bruha, « Internationale Regelungen zum Schutz vor technisch-industriellen Umweltnotfällen [Règlements internationaux pour la protection contre les dangers liés à la technique industrielle], *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Stuttgart, vol. 44, 1984, p. 1.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 62 (citation tirée du résumé en anglais).

¹¹¹ *Ibid.*, p. 6.

¹¹² Bruha fait observer que le principe social de l'amour et de la solidarité réciproques (*das soziale Prinzip der « gegenseitigen Liebe und Hilfsbereitschaft »*) est au cœur même du droit naturel qui inspire le droit international moderne et cite, à cet égard, les œuvres de Francisco Suárez, d'Hugo Grotius, de Christian Wolff et, en particulier, d'Emer de Vattel (*ibid.*, p. 6 et 7, note 19).

¹¹³ E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Washington (D. C.), vol. I [reproduction des livres I et II de l'édition de 1758], livre II, chap. 1^{er}, par. 3 ; cité par Bruha, *loc. cit.*, p. 6 et 7, note 19, qui se réfère aussi aux paragraphes 2 et 5 du même chapitre 1^{er}.

courent pas de risques notables de dommages¹¹⁴ ; il s'agit aussi du devoir d'entreprendre, à sa demande, des consultations avec tout Etat potentiellement affecté afin de parvenir à un accord sur des mesures internationales de sécurité et les « moyens nécessaires pour éliminer ou réduire les risques provoqués par des activités dangereuses des Etats [auteurs] (système commun ou coordonné d'alerte et de surveillance, plans de secours d'urgence, etc.) »¹¹⁵. Ces principes sembleraient également applicables aux risques et dangers naturels, du moins à ceux qui sont dus en partie à l'intervention de l'homme. Quant aux mesures à prendre en cas de crise, Bruha

[...] déduit des droits de l'homme internationalement garantis une obligation juridique des Etats frappés par une crise de demander et de faciliter une aide internationale, chaque fois que cette aide est nécessaire pour prévenir ou réduire les atteintes à la santé de leur population¹¹⁶.

86. En résumé, les travaux examinés plus haut soulignent l'importance de la coopération internationale, lorsqu'il faut faire face à des inondations et à d'autres risques et dangers provoqués par les eaux. Les études confirment l'existence, en tant qu'élément du droit international général, d'un certain nombre d'obligations relatives à ces problèmes. Certaines de ces obligations découlent du droit international humanitaire et ont leur source dans les écrits des théoriciens du droit naturel, tels que Grotius et Suárez. Les plus importants des devoirs définis par les experts sont, dans une large mesure, compris dans l'obligation générale de prévenir ou, selon le cas, de réduire les dégâts. Il est admis que les éléments constitutifs de ce devoir général comprennent les obligations suivantes : échanger des renseignements sur les conditions auxquelles est lié le problème en jeu ; engager, à leur demande, des consultations avec les Etats potentiellement touchés, afin de déterminer des mesures de sécurité ; notifier le danger sans délai et coopérer afin de réduire l'importance des dommages causés. De plus, certains auteurs ont fait observer qu'en vertu de ses obligations découlant du droit humanitaire international l'Etat a, en ce qui concerne les catastrophes provoquées par les eaux, les devoirs suivants : être prêt à faire face aux besoins de secours en cas de catastrophe sur son propre territoire ; prendre des mesures préventives afin de réduire au minimum les souffrances humaines et demander et accepter les secours venant d'autres Etats (ou d'organisations internationales) si ses propres ressources ne suffisent pas à répondre de manière satisfaisante aux besoins de sa population. En outre, certains auteurs souscrivent au point de vue selon lequel un Etat peut être tenu de réparer les torts causés à un autre Etat en raison d'activités extrêmement dangereuses qu'il mène sur son territoire ou du dégagement de substances très nocives qui s'y produisent.

87. Plus généralement, on souligne dans les travaux précités la nécessité d'une collaboration active à l'échelle du bassin afin de prévenir et d'atténuer les risques, dangers et autres problèmes provoqués par les eaux. Il arrive trop souvent que des catastrophes ou

d'autres effets nuisibles dans un Etat du cours d'eau résultent de phénomènes qui se produisent dans un ou plusieurs autres Etats du même cours d'eau. Les chercheurs et autres spécialistes reconnaissent que la coopération et la collaboration nécessaires pour résoudre ces problèmes peuvent exiger, à titre de participation équitable, une contribution ou la fourniture d'une indemnisation par les Etats du cours d'eau qui bénéficient de mesures de protection prises en dehors de leurs frontières.

88. Il convient enfin d'ajouter à ce bref résumé que, selon des observateurs avertis, il est maintenant généralement reconnu que le type de gestion internationale des cours d'eau qui est nécessaire pour assurer la protection contre les inondations et d'autres effets nuisibles de l'eau doit comprendre une réglementation de l'utilisation des sols. Parmi les exemples que l'on peut citer, il y a les règlements relatifs à l'exploitation forestière, les restrictions à l'utilisation des pâturages et au remblayage et les prescriptions concernant la protection du lit des cours d'eau et des lacs, les ouvrages hydrauliques et les structures géologiques telles que les bassins versants. L'article 8 ci-après, adopté provisoirement à la quarantième session de la Commission¹¹⁷, devrait être interprété comme interdisant les pratiques d'utilisation des sols qui nuisent à d'autres Etats du cours d'eau (par des inondations, par exemple) ou qui créent des risques notables à cet égard¹¹⁸ :

Article 8. — Obligation de ne pas causer de dommages appréciables

Les Etats du cours d'eau utilisent le [système de] cours d'eau international de manière à ne pas causer de dommages appréciables aux autres Etats du cours d'eau.

L'interprétation proposée voudrait qu'une pratique d'utilisation des sols ayant les effets décrits soit considérée comme une « utilisation » d'un cours d'eau international. En effet, une utilisation des sols qui provoque, par exemple, une érosion entraînant des quantités anormalement élevées de sédiments dans un cours d'eau serait tout autant une « utilisation » du cours d'eau que le déversement, sur un terrain, de déchets toxiques qui aboutissent dans un cours d'eau ou dans une nappe aquifère transfrontière. Si l'on veut tenir compte convenablement de ce type d'utilisation des sols, il faut que les articles consacrés aux risques et aux dangers liés à l'eau les mentionnent expressément.

5. DÉCISIONS DES COURS ET TRIBUNAUX INTERNATIONAUX

89. Les décisions des cours et tribunaux internationaux qui intéressent la question à l'étude ont été examinées dans des rapports antérieurs¹¹⁹, aussi se bornera-t-on à rappeler brièvement dans la présente section certains aspects pertinents de ces décisions.

¹¹⁷ *Annuaire... 1988*, vol. II (2^e partie), p. 37 et suiv.

¹¹⁸ A l'exclusion des risques très faibles (même si les dégâts sont importants) que crée, par exemple, la construction d'un barrage techniquement bien conçu.

¹¹⁹ Voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial, *Annuaire... 1986*, vol. II (1^{re} partie), p. 116 et suiv., doc. A/CN.4/399 et Add.1 et 2, par. 102 à 133, et son quatrième rapport, A/CN.4/412 et Add.1 et 2 (*supra* n. 1), par. 83 à 87.

¹¹⁴ Bruha, *loc. cit.* (v. *supra* n. 109), p. 55.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 63 (citation tirée du résumé en anglais).

¹¹⁶ *Ibid.*

a) *Décisions judiciaires*

90. L'affaire du *Détroit de Corfou*¹²⁰ concernait, certes, le droit de passage innocent en mer, dans les détroits, et non les cours d'eau internationaux. Cependant l'une des principales questions posées à la CIJ était de savoir si l'Albanie avait l'obligation d'avertir le Royaume-Uni du danger, dont elle avait connaissance, qui menaçait les navires de guerre britanniques du fait de la présence de mines dans les eaux albanaises. La Cour a estimé que les navires britanniques exerçaient en fait leur droit de passage innocent en traversant le détroit de Corfou et a conclu que les mines ne pouvaient pas avoir été mouillées à l'insu de l'Albanie. Elle a ajouté :

Les obligations qui dérivent pour l'Albanie de cette connaissance ne sont pas contestées entre les parties. Il a été expressément reconnu par le conseil du Gouvernement albanais que « si l'Albanie avait été mise au courant de l'opération avant les accidents du 22 octobre, et en temps utile pour prévenir les navires britanniques et, de façon plus générale, la navigation, de l'existence de mines dans le détroit de Corfou, alors la responsabilité de l'Albanie serait engagée... »¹²¹.

Il convient peut-être de souligner que l'Albanie n'a pas contesté l'assertion selon laquelle elle avait le devoir d'avertir les autres Etats d'un danger dont elle avait connaissance. Ayant établi que l'Albanie connaissait l'existence du champ de mines, la Cour a estimé qu'en vertu du droit international celle-ci était responsable à l'égard du Royaume-Uni des pertes en vies humaines et des dégâts causés aux deux navires de guerre britanniques lorsqu'ils heurtèrent des mines dans le détroit, le 22 octobre 1946. Les commentaires de la Cour sur les obligations découlant, pour l'Albanie, du fait qu'elle connaissait le danger présenté par le champ de mines sont riches d'enseignement en ce qui concerne la question à l'étude :

Les obligations qui incombent aux autorités albanaises consistent à faire connaître, dans l'intérêt de la navigation en général, l'existence d'un champ de mines dans les eaux territoriales albanaises et à avertir les navires de guerre britanniques, au moment où ils s'approchaient, du danger imminent auquel les exposait ce champ de mines. Ces obligations sont fondées non pas sur la Convention VIII de La Haye, de 1907, qui est applicable en temps de guerre, mais sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre, [...] et l'obligation, pour tout Etat, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats.

En fait, l'Albanie n'a ni notifié l'existence du champ de mines ni averti les navires de guerre britanniques du danger vers lequel ils avançaient.

[...]

En fait, rien ne fut tenté par les autorités albanaises pour prévenir le désastre. Ces graves omissions engagent la responsabilité internationale de l'Albanie.

En conséquence, la Cour est arrivée à la conclusion que l'Albanie est responsable, selon le droit international, des explosions qui ont eu lieu [...] dans les eaux albanaises et des dommages et pertes humaines qui s'ensuivirent, et qu'il y a lieu pour l'Albanie de donner réparation au Royaume-Uni¹²².

Il est significatif que la Cour ait estimé que les obliga-

¹²⁰ Arrêt du 9 avril 1949 (fond), *C.I.J. Recueil 1949*, p. 4. Cette affaire est examinée dans les deuxième et quatrième rapports du Rapporteur spécial, doc. A/CN.4/399 et Add.1 et 2, par. 108 à 110 ; et doc. A/CN.4/412 et Add.1 et 2, par. 83.

¹²¹ *C.I.J. Recueil 1949*, p. 22.

¹²² *Ibid.*, p. 22 et 23.

tions de l'Albanie étaient fondées non sur le droit conventionnel, mais sur des principes qu'elle considérait, dès 1949, comme étant « généraux et bien reconnus ». Au premier rang de ces principes, la Cour a cité les « considérations élémentaires d'humanité », et ce principe s'applique également sans aucun doute aux risques et dangers provoqués par les eaux dont un Etat du cours d'eau aurait connaissance. La Cour a souligné que ces considérations étaient « plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre », renforçant ainsi l'applicabilité de ce principe aux dangers et situations d'urgence provoqués par les eaux en temps de paix. L'obligation, pour tout Etat, « de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats » s'appliquerait, naturellement, aux risques, dangers et autres « effets dommageables de l'eau » provoqués ou aggravés par une activité humaine.

91. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*¹²³, la Cour a réaffirmé l'obligation de signaler le danger que présente un champ de mines en citant à l'appui le passage de l'arrêt relatif à l'affaire du *Détroit de Corfou* qui a trait aux « considérations élémentaires d'humanité », évoquées plus haut¹²⁴.

b) *Sentences arbitrales*i) *Affaire relative au fleuve San Juan*

92. Dans cette affaire¹²⁵, le Costa Rica et le Nicaragua avaient soumis à l'arbitrage certaines questions concernant le Traité du 15 avril 1858 relatif à la délimitation de leur frontière commune. Dans sa sentence rendue le 22 mars 1888, l'arbitre¹²⁶ formula les opinions suivantes, qui ont trait à la question à l'examen :

La République du Costa Rica ne peut pas empêcher la République du Nicaragua d'exécuter [...] sur son propre territoire [...] des ouvrages d'aménagement, à condition toutefois que, du fait de ces ouvrages, le territoire costaricien ne se trouve pas occupé, inondé ou endommagé et à condition qu'ils n'empêchent ou n'entravent pas sérieusement la navigation sur le fleuve ou sur ses bras, partout où le Costa Rica a également les droits de navigation. La République du Costa Rica a le droit d'exiger une indemnisation si, du fait de la

¹²³ *Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique* (fond), arrêt du 27 juin 1986, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 4.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 112, par. 215. La décision de la Cour sur ce point a été prise par 14 voix contre une, le juge Oda ayant formulé une opinion dissidente (*ibid.*, p. 137 et 138, par. 292, al. 8). En fait, même le juge Oda n'a pas contesté l'obligation de signaler un danger connu. S'il a émis une opinion dissidente, c'est essentiellement parce qu'il estimait que la Cour, ayant reconnu la validité de la réserve relative aux traités multilatéraux formulée par les Etats-Unis, « n'aurait dès lors pas dû continuer à connaître de la requête du Nicaragua dans la mesure où celle-ci était fondée sur l'article 36, paragraphe 2, du Statut [de la Cour] » ; et comme, à son avis, la Cour ne pouvait demeurer saisie de cette affaire « qu'en ce qui concerne les violations du traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1956, conclu entre les deux parties », la décision de la Cour relative à la question des mines concernait « un manquement à des obligations *erga omnes* découlant du droit international coutumier [qui] n'a pas sa place dans l'arrêt » (*ibid.*, p. 214, par. 1 et 2).

¹²⁵ Voir J. B. Moore, *History and Digest of International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington (D. C.), 1898, vol. 11, p. 1964 ; résumé dans *Annuaire... 1974*, vol. II (2^e partie), p. 203, doc. A/5409, par. 1038 à 1041.

¹²⁶ L'arbitre était le Président des Etats-Unis d'Amérique, Grover Cleveland.

construction d'ouvrages d'aménagement, des lieux lui appartenant sur la rive droite du San Juan étaient occupés sans son accord et si des terrains lui appartenant sur la même rive étaient inondés ou endommagés de toute autre manière.

[...]

[...] Les droits naturels de la République du Costa Rica auxquels il est fait allusion [à l'article VIII du Traité] [...] doivent être considérés comme étant lésés dans tous les cas où le territoire appartenant à la République du Costa Rica est occupé ou inondé [...]¹²⁷.

La sentence confirme clairement qu'un Etat n'a pas le droit de causer des dommages à un autre Etat en provoquant des inondations, et qu'un tel acte internationalement illicite entraîne l'obligation envers l'Etat lésé de réparer.

ii) *Affaire du Barrage de Gut*

93. L'arbitrage entre le Canada et les Etats-Unis d'Amérique dans l'affaire du *Barrage de Gut* est un deuxième exemple d'arbitrage international en matière de dommages causés par les inondations¹²⁸. Le Tribunal des réclamations créé par les parties¹²⁹ a été saisi, pour le compte de citoyens des Etats-Unis, « de 230 demandes d'indemnisation du chef de dommages causés par des inondations et par l'érosion à des biens situés aux Etats-Unis, dommages qui seraient dus à un barrage canadien [le barrage de Gut] construit à cheval sur la frontière sur le tronçon international du Saint-Laurent »¹³⁰. Un bref aperçu de l'historique et du contexte de cet arbitrage donnera une idée plus précise de ses effets juridiques.

94. En 1900, le Canada avait demandé aux Etats-Unis, l'autorisation de construire la partie du barrage qui serait située sur le territoire des Etats-Unis. Ceux-ci donnèrent leur consentement en 1902, dans un texte législatif adopté par le Congrès, qui prévoyait toutefois que les travaux ne pourraient commencer sur le territoire des Etats-Unis qu'après approbation des plans par le Secrétaire à la guerre. Celui-ci, Elihu Root, approuva en 1903 les plans du Canada à deux conditions. La première était que, si le barrage avait des effets notables sur le niveau des eaux du lac Ontario ou causait un préjudice aux intérêts des Etats-Unis, le Canada serait tenu

d'apporter au projet toute modification « que le Secrétaire à la guerre pourrait ordonner ». La seconde condition était la suivante :

Si la construction et le fonctionnement dudit barrage causent un dommage ou un préjudice aux biens [...] de citoyens des Etats-Unis, le Gouvernement canadien versera une indemnité dont le montant sera fixé d'un commun accord entre ledit Gouvernement et les parties lésées, ou par décision du tribunal approprié des Etats-Unis qui aura été saisi des demandes d'indemnisation¹³¹.

Une lecture attentive de la seconde condition permet de constater que le Canada n'était pas, à proprement parler, tenu d'accorder réparation aux Etats-Unis pour un dommage causé par le barrage ; il était seulement prévu que le Canada devrait verser aux citoyens des Etats-Unis une indemnité dont le montant serait fixé soit d'un commun accord avec les citoyens des Etats-Unis lésés, soit par un tribunal « approprié » des Etats-Unis, ce qui signifiait probablement un tribunal ayant juridiction sur les parties (y compris le Canada) et compétence en la matière.

95. Le barrage, achevé en 1903, est resté en place jusqu'au début de 1953, date à laquelle il a été démantelé en vue de la mise en chantier du projet de voie maritime du Saint-Laurent. Or, de 1947 à 1952, « l'érosion et les inondations dues à une montée excessive des eaux du lac Ontario avaient causé des dégâts matériels considérables »¹³², surtout en 1951 et 1952 où les effets combinés du niveau élevé des eaux du lac Ontario et du Saint-Laurent et des orages et autres phénomènes naturels avaient provoqué des inondations et des dégâts importants dus à l'érosion, sur les rives nord et sud de tous les Grands Lacs, y compris le lac Ontario. Les citoyens des Etats-Unis propriétaires des biens affectés avaient estimé que les dégâts étaient imputables, du moins en partie, au barrage de Gut¹³³.

96. Après avoir tenté en vain de négocier avec le Gouvernement canadien un règlement de leurs réclamations, les propriétaires lésés ont intenté plusieurs procès au Canada devant des tribunaux des Etats-Unis¹³⁴. Dans chacune de ces instances, qui ont finalement abouti à des non-lieux, l'ambassadeur du Canada

¹³¹ *Ibid.*, p. 120.

¹³² Whiteman, *op. cit.* (*supra* n. 128), p. 769, citant un mémorandum du Département d'Etat des Etats-Unis, en date du 12 mai 1960.

¹³³ *ILM*, vol. 8, p. 121.

¹³⁴ Ces actions contre le Gouvernement canadien ont été portées devant le tribunal fédéral du district nord de New York. L'une d'entre elles était une action collective regroupant plus d'un millier de plaignants. C'est le consul général du Canada à New York qui était assigné. Les diverses instances ont été regroupées en vue d'un jugement et ont abouti à un non-lieu, le 24 mai 1956, pour défaut de compétence à l'égard de la personne du défendeur et pour défaut de signification de la citation, voir *Oster c. Dominion du Canada* (1956) [*Federal Supplement*, 1957, vol. 144, p. 746], jugement confirmé en appel sans exposé des motifs dans *Clay et al. c. Dominion du Canada* (1956) [*Federal Reporter, 2nd Series*, 1957, vol. 238, p. 400]. La Cour suprême des Etats-Unis a rejeté la demande de révision en 1957 (*United States Reports*, 1957, vol. 353, p. 936). Certains ressortissants des Etats-Unis ont en outre attaqué le Gouvernement des Etats-Unis en réparation, faisant valoir que le fait d'avoir autorisé la construction d'une partie du barrage sur le territoire des Etats-Unis rendait les Etats-Unis responsables des dommages imputables au fonctionnement du barrage. Cette action intentée en 1956 devant la Cour des réclamations des Etats-Unis s'est, elle aussi, conclue par un non-lieu, voir *Huther c. Etats-Unis* (*Federal Supplement*, 1957, vol. 145, p. 916). Les précisions ci-dessus sont tirées de Whiteman, *op. cit.* (*supra* n. 128), p. 769 et 770.

¹²⁷ Par. 6 à 10 de la sentence, Moore, *op. cit.*, p. 1965 et 1966.

¹²⁸ Voir le rapport de l'Agent des Etats-Unis d'Amérique devant le Tribunal des réclamations pour le lac Ontario, lequel a rendu, dans cette affaire, trois décisions : le 15 janvier, le 12 février et le 27 septembre 1968. Le rapport et des extraits des décisions sont reproduits dans *International Legal Materials*, Washington (D. C.), 1969, vol. 8, p. 118 et suiv. (publication désignée dans la présente section sous le sigle *ILM*). On trouvera aussi des analyses et des comptes rendus concernant cette affaire dans : « Arbitration of Lake Ontario (Gut Dam) Claims », *External Affairs*, Ottawa, vol. 20, 1968, p. 507 ; « The Gut Dam Arbitration », *Netherlands International Law Review*, Leyde, vol. 16, 1969, p. 161 ; M.M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington (D. C.), 1964, vol. 3, p. 768 à 771 ; *Annuaire... 1974*, vol. II (2^e partie), p. 324, doc. A/CN.4/274, par. 78 à 82. Voir aussi le quatrième rapport du Rapporteur spécial, doc. A/CN.4/412 et Add.1 et 2 (*supra* n. 1), par. 86 et note 187.

¹²⁹ Accord du 25 mars 1965 entre le Canada et les Etats-Unis d'Amérique concernant la création d'un tribunal international d'arbitrage chargé de régler les réclamations des Etats-Unis relatives au barrage de Gut. Le tribunal créé en vertu de cet accord était le Tribunal des réclamations pour le lac Ontario. On trouvera une carte indiquant l'emplacement du barrage de Gut dans *ILM*, vol. 4, 1965, p. 472.

¹³⁰ *ILM*, vol. 8, p. 118.

auprès du Gouvernement des Etats-Unis a adressé au tribunal une communication, invoquant l'immunité de son gouvernement pour défaut de consentement¹³⁵. Cette prise de position semblait rendre illusoire la seconde condition mentionnée plus haut, mais le Gouvernement canadien a accepté par la suite de soumettre les réclamations des citoyens des Etats-Unis à l'arbitrage. Le tribunal avait notamment à déterminer quelle était la catégorie de personnes à indemniser en vertu de l'accord de 1903, si les obligations du Canada étaient limitées dans le temps, si le barrage était bien la cause des dommages invoqués et quel serait le montant de l'indemnisation¹³⁶.

97. Au cours de la procédure d'arbitrage, le Canada a d'abord soutenu que l'accord de 1903, correctement interprété, l'obligeait seulement à indemniser le propriétaire de Galops Island¹³⁷. Dans sa première décision, en date du 15 janvier 1968, le tribunal a rejeté cet argument, estimant que « selon une interprétation véridique de l'accord, [...] le Canada avait des obligations non seulement à l'égard des propriétaires de Galops Island, mais à l'égard de tout citoyen des Etats-Unis »¹³⁸.

98. En fait, le Canada avait auparavant fait savoir au Secrétaire d'Etat des Etats-Unis, Dean Acheson, qu'il « reconnaissait en principe son obligation d'indemniser les ressortissants des Etats-Unis pour les dommages subis, à condition que ces dommages soient imputables à la construction ou au fonctionnement du barrage de Gut, conformément à la seconde condition énoncée dans les documents du 18 août 1903 [...], portant approbation du Secrétaire à la guerre [...] »¹³⁹. Dans cette déclaration, le Canada admettait donc qu'il avait l'obligation d'indemniser les propriétaires américains qui étaient en mesure de prouver que le barrage était la cause du préjudice qu'ils avaient subi. La question du lien de causalité était l'une des questions sur lesquelles le tribunal avait à se prononcer.

99. On a vu plus haut que l'affaire a été finalement réglée¹⁴⁰. Ce règlement, qui était l'aboutissement de

négociations entreprises sur la proposition du tribunal, « était sans préjudice des positions soutenues, en droit et en fait, par les parties »¹⁴¹.

100. Il convient de se montrer prudent pour juger de la valeur juridique de cet arbitrage, vu son caractère très particulier sur le plan des faits et du droit. Le Canada a effectivement admis qu'il avait l'obligation de verser une indemnité en réparation des dommages causés par le barrage mais, tel qu'il était formulé, son engagement ne valait qu'à l'égard de personnes privées et prévoyait uniquement le versement d'une indemnité dont le montant devait être fixé soit par accord entre les intéressés et le Gouvernement canadien, soit par décision du tribunal « approprié » des Etats-Unis. On ne peut donc pas dire que le Canada ait expressément accepté d'indemniser les Etats-Unis pour les dommages causés par le barrage, mais il faut aussi considérer que le Gouvernement des Etats-Unis n'avait pas subordonné son approbation du projet canadien à la conclusion d'un accord sur ce point, comme il aurait probablement pu le faire, puisqu'une partie du barrage devait être construite sur le territoire des Etats-Unis.

101. Pour évaluer les conséquences juridiques de cette affaire, il faut aussi tenir compte de plusieurs autres considérations. En premier lieu, selon la première « condition » énoncée dans le document portant approbation des Etats-Unis, le Canada s'engageait à prendre les mesures correctives que « pourrait ordonner » le Secrétaire des Etats-Unis s'il était constaté que le barrage avait modifié le niveau de l'eau ou avait causé « un préjudice aux intérêts des Etats-Unis ». De toute évidence, ces mesures ne devaient avoir d'effet que pour l'avenir ; il n'était pas fait mention d'un devoir de réparer un dommage survenu dans le passé ou de verser une indemnité à ce titre aux Etats-Unis. Le document portant approbation ne stipulait aucune obligation de prévention¹⁴² ou de réparation, mais il semble que, même sans cet accord, le Canada aurait été tenu, en vertu du droit international général, d'indemniser les Etats-Unis pour les dommages causés par la construction ou par le fonctionnement du barrage, et qu'il en serait ainsi même si le barrage avait été situé entièrement en territoire canadien¹⁴³. Du reste, on n'a rien trouvé qui donnait à croire que le Canada ait jamais nié que cette

¹³⁵ Whiteman, p. 769.

¹³⁶ *ILM*, vol. 8, p. 133 à 140. Cf. l'opinion exprimée par J. A. Beesley, au Colloque de 1973 de l'Académie de droit international de La Haye, selon laquelle les autorités canadiennes « avaient admis la responsabilité de fait et ne recouraient à l'arbitrage que pour déterminer le montant de la réparation » (A.-Ch. Kiss, éd., *La protection de l'environnement et le droit international*, Leyde, Sijthoff, 1975, p. 497).

¹³⁷ *ILM*, vol. 8, p. 133. « Le Gouvernement canadien ayant reçu, au début du xx^e siècle, une décharge de responsabilité de la part du propriétaire de cette île, cet argument entraînait nécessairement la conclusion que le Canada n'était aucunement responsable » (*ibid.*). L'interprétation de « l'accord » revêtait une importance particulière car,

« A la différence de la plupart des [...] accords internationaux, l'accord en vertu duquel le barrage du Gut avait été construit n'était pas formellement consigné dans un document bilatéral unique ni n'avait fait l'objet d'un échange conventionnel de documents, par exemple un échange de notes. [...] » (*ibid.*, p. 134.)

¹³⁸ *Ibid.*, p. 136.

¹³⁹ Lettre du 10 novembre 1952 adressée au Secrétaire d'Etat des Etats-Unis par l'ambassade du Canada à Washington, concernant une action judiciaire en cours intentée contre le Canada devant les tribunaux des Etats-Unis (*ibid.*, p. 139).

¹⁴⁰ Le Canada a accepté de verser aux Etats-Unis un montant de 350 000 dollars à titre de règlement intégral et définitif de toutes les

réclamations, dont le montant initial s'élevait à 653 386 dollars (*ibid.*, p. 140).

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 118.

¹⁴² La première condition pouvait impliquer une obligation de prévention, mais la seule conséquence expressément mentionnée d'un manquement à cette obligation était le devoir de procéder aux aménagements qui seraient demandés par les Etats-Unis.

¹⁴³ C'est ce qui résulte aussi bien des principes qui sont à la base de l'article 8, adopté provisoirement par la Commission à sa quarantième session (v. *supra* par. 88), notamment le principe *sic utere tuo ut alienum non laedas*, que des conclusions de l'affaire de la *Fonderie de Trail*, examinée plus loin. Faute de disposer d'autres éléments relatifs aux négociations qui ont abouti à l'« accord », on ne peut pas conclure que l'« acceptation » par les Etats-Unis de ces conditions équivalait à une renonciation à leur droit à réparation en cas de dommage appréciable pour les Etats-Unis causé par le barrage. En fait, il est très peu probable que le Gouvernement des Etats-Unis aurait renoncé à ce droit avant même la construction du barrage, sans avoir une quelconque idée du risque et de l'étendue des dommages que pourrait causer le barrage.

obligation lui incombait. Le fait que le Canada, en s'appuyant sur les faits de la cause, ait contesté son obligation d'indemniser les citoyens des Etats-Unis lésés n'a rien de surprenant, et ne doit pas être interprété comme un refus de reconnaître les obligations que le droit international général lui imposait à l'égard des Etats-Unis. Dans son argumentation devant le tribunal, le Canada a fait valoir, premièrement, que l'« accord » en vertu duquel le barrage de Gut avait été construit se composait de toute une série de pièces et de documents et que « la correspondance, considérée dans son ensemble, montrait que les deux gouvernements avaient convenu que seul le propriétaire de Galops Island devait être indemnisé en cas de dommage »¹⁴⁴. Deuxièmement, le Canada estimait que son obligation devait être limitée dans le temps, car les réclamations avaient été formulées quelque cinquante ans après la conclusion de l'accord¹⁴⁵. Enfin, il ne fallait pas oublier que le niveau général des eaux s'était élevé dans tous les Grands Lacs au cours de la période considérée (v. *supra* par. 95); l'établissement du lien de causalité semble donc avoir posé un très réel problème.

iii) *Affaire du Lac Lanoux*

102. Dans l'affaire du *Lac Lanoux*¹⁴⁶, il s'agissait de savoir si la France, l'Etat d'amont, pouvait exécuter un projet qui modifierait le régime naturel du bassin hydrographique du Lac Lanoux. Dans sa décision, le tribunal arbitral a considéré que la liberté d'action de la France était limitée par « un principe interdisant à l'Etat d'amont d'altérer les eaux d'un fleuve dans des conditions de nature à nuire gravement à l'Etat d'aval »¹⁴⁷. Par contre, le simple fait que le projet mettrait la France en mesure de causer un dommage à l'Espagne n'entraînerait pas, selon le tribunal, la responsabilité de la France, pas plus que ne le ferait le fait, pour la France, d'entreprendre une activité présentant un « risque technique » pour l'Espagne :

[...] Même si l'on se plaçait uniquement sur le terrain des relations de voisinage, le risque politique allégué par le Gouvernement espagnol ne présenterait pas un caractère plus anormal que le risque technique dont il a été parlé plus haut. En tout cas, on ne trouve ni dans le Traité ni dans l'Acte additionnel du 26 mai 1866, ni dans le droit international commun une règle qui interdise à un Etat, agissant pour la sauvegarde de ses intérêts légitimes, de se mettre dans une situation qui lui permette, en fait, en violation de ses engagements internationaux, de préjudicier même gravement à un Etat voisin¹⁴⁸.

Cette conclusion repose en partie sur le « principe général de droit bien établi selon lequel la mauvaise foi ne se présume pas »¹⁴⁹. Par analogie, on peut déduire de ces observations que le simple fait pour un Etat de construire, par exemple, un barrage, même si cela le met en mesure de causer un préjudice à un autre Etat

du cours d'eau, n'est pas « interdit » par le droit international et ne suffirait donc pas à entraîner la responsabilité du premier Etat. Cependant, si l'Etat où se trouve l'ouvrage, faute d'en garantir la sécurité ou de l'entretenir comme il convient, cause un dommage appréciable à un autre Etat, il est clair que sa responsabilité est engagée, au sens de l'article 8 du projet (v. *supra* par. 88). En outre, il existe de nombreux précédents montrant qu'un Etat qui envisage une telle activité ou qui a connaissance d'un tel danger a l'obligation de donner notification, ou de lancer un message d'alerte, et d'organiser des consultations concernant tout danger que la situation, existante ou future, peut présenter pour l'autre Etat¹⁵⁰. Aussi convient-il, pour bien les comprendre, de replacer dans leur contexte juridique les considérations ci-dessus du tribunal chargé d'arbitrer l'affaire du *Lac Lanoux*.

iv) *Affaire de la Fonderie de Trail (Trail Smelter)*

103. Dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*¹⁵¹, le litige avait trait à la pollution de l'air transfrontière; il n'y était pas question d'un cours d'eau international. Néanmoins le principe de base retenu par le tribunal avait une large portée, car il était fondé sur les principes généraux du droit international. Dans sa seconde sentence, le tribunal avait déclaré ce qui suit :

[...] selon les principes du droit international [...], aucun Etat n'a le droit d'utiliser son territoire ni de permettre que son territoire soit utilisé d'une façon telle que des fumées puissent causer des dommages sur le territoire ou au territoire d'un autre Etat ou aux biens ou aux personnes qui s'y trouvent quand il s'agit d'un cas grave et que l'existence des dommages a été établie de façon claire et convaincante¹⁵².

Cette déclaration peut être considérée comme une application de l'une des conclusions de l'affaire du *Détroit de Corfou* et du principe *sic utere tuo*, et comme l'une des bases du principe 21 de la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement (Déclaration de Stockholm)¹⁵³. Tous ces textes recon-

¹⁵⁰ Ces obligations sont en fait énoncées dans les dispositions de la troisième partie du projet d'articles à l'examen, ainsi que dans les sources servant de référence aux commentaires relatifs à ces articles, et dans celles qui figurent dans les rapports pertinents du Rapporteur spécial. Voir aussi p. ex. le deuxième rapport de M. Barboza sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (*Annuaire... 1986*, vol. II [1^{re} partie], p. 153, doc. A/CN.4/402, par. 14); l'« Etude sur la pratique des Etats en ce qui concerne la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international », établie par le Secrétariat (*Annuaire... 1985*, vol. II [1^{re} partie] / Add., p. 69, doc. A/CN.4/384, par. 280 à 283); American Law Institute, *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, Saint Paul (Minn.), 1987, vol. 2, p. 114 à 116, art. 601, note 4; et le rapport du Groupe d'experts du droit de l'environnement de la Commission Brundtland, *Environmental Protection...*, op. cit. (*supra* n. 88), p. 98 à 119, art. 16 à 19 et commentaires y relatifs.

¹⁵¹ Texte original anglais des sentences du 16 avril 1938 et du 11 mars 1941 dans Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1905 et suiv.; extraits dans *Annuaire... 1974*, vol. II (2^e partie), p. 205 et suiv., doc. A/5409, par. 1049 à 1054. Voir l'analyse de cet arbitrage dans les deuxième et quatrième rapports du Rapporteur spécial, doc. A/CN.4/399 et Add.1 et 2 (*supra* n. 119), par. 125 à 128, et doc. A/CN.4/412 et Add.1 et 2 (*supra* n. 1), par. 85, respectivement.

¹⁵² Nations Unies, *Recueil...*, vol. III, p. 1965.

¹⁵³ *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), chap. 1^{er}.

¹⁴⁴ *ILM*, vol. 8, p. 133 et 134. Voir aussi *supra* par. 97 et note 137.

¹⁴⁵ Sur ce point, le tribunal, dans sa deuxième décision, du 12 février 1968, a statué contre le Canada (*ibid.*, p. 138 à 140).

¹⁴⁶ Le texte original français de la sentence arbitrale figure dans Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (numéro de vente : 63.V.3), p. 281 et suiv.; extraits dans *Annuaire... 1974*, vol. II (2^e partie), p. 207 et suiv., doc. A/5409, par. 1055 à 1068.

¹⁴⁷ Par. 13 (premier alinéa) de la sentence (*Recueil...*, p. 308).

¹⁴⁸ Par. 9 (deuxième alinéa) de la sentence arbitrale (*Recueil...*, p. 305).

¹⁴⁹ *Ibid.*

naissent, implicitement ou explicitement, que les Etats doivent, selon les termes du principe 21 de la Déclaration de Stockholm, « 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 ». Ce principe s'applique tout autant aux activités comportant des risques, dangers ou autres problèmes provoqués par les eaux, qui causeraient ou menaceraient de causer un dommage dans d'autres Etats du cours d'eau.

104. Les décisions résumées plus haut sont, à beaucoup d'égards, riches d'enseignement sur les principes que les tribunaux et les Etats ont eux-mêmes admis comme étant applicables aux types de problèmes examinés ici. Tout d'abord, la CIJ a reconnu à deux reprises que tout Etat avait l'obligation d'avertir des dangers dont il avait connaissance les autres Etats qui risquent d'en être affectés. Elle a aussi invoqué le « principe général et bien reconnu », qu'exprime la maxime *sic utere tuo*, selon lequel un Etat ne doit pas « laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats »¹⁵⁴. Cela devrait s'appliquer aussi, semble-t-il, aux actes qui, directement ou indirectement, provoquent des risques, dangers ou autres problèmes engendrés par les eaux, qui causent des dommages dans d'autres Etats du cours d'eau. Le principe général *sic utere tuo* a été confirmé dans un certain nombre de sentences arbitrales, dont certaines visaient expressément des problèmes réels ou potentiels liés aux inondations. Par ailleurs, il a été admis que le droit international n'interdisait pas à un Etat, « agissant pour la sauvegarde de ses intérêts légitimes, de se mettre dans une situation qui lui permette, en fait, en violation de ses engagements internationaux, de préjudicier même gravement à un Etat voisin »¹⁵⁵. Ce même passage laisse entendre cependant que le fait de causer un préjudice grave à un Etat voisin, par exemple, par suite d'un défaut de construction ou de fonctionnement d'un barrage, pourrait constituer une « violation des engagements internationaux » de l'Etat dans lequel se trouve le barrage.

B. — Autres problèmes et conditions créés par les eaux

1. INTRUSION D'EAU SALÉE

105. L'expression « intrusion saline » ou « intrusion d'eau salée » désigne l'infiltration d'eau de mer dans de l'eau douce. Elle se produit le plus communément à l'embouchure des cours d'eau, mais elle peut aussi toucher la nappe aquifère. L'intrusion d'eau salée peut être causée par l'action de l'homme, par des phénomènes naturels ou par les deux à la fois. C'est ainsi qu'en faisant dériver, pour l'irrigation, de l'eau d'un cours d'eau en amont on peut modifier l'équilibre entre les pressions contraires d'eau douce et d'eau salée au point de rencontre entre le cours d'eau et l'océan, en entraînant

une pénétration accrue d'eau de mer en amont¹⁵⁶. Mais « [I]e plus souvent, cette infiltration est due à la nature, surtout pendant la saison sèche, où le débit est le plus faible »¹⁵⁷. Le problème peut aussi être aggravé par des tempêtes dans des régions côtières basses¹⁵⁸.

106. L'intrusion d'eau salée est un problème grave dont souffrent de nombreux cours d'eau internationaux¹⁵⁹, tels que le fleuve Gambie¹⁶⁰ et l'ensemble Gange-Brahmapoutre-Meghna, formant la Padma¹⁶¹. Les eaux fluviales qui, sans cela, pourraient être utilisées pour l'irrigation ou à d'autres fins doivent souvent servir à « la prévention d'incursions salines en provenance de la mer »¹⁶².

107. Qu'elle soit causée par l'intrusion d'eau salée ou par l'irrigation, la salinisation transforme effectivement l'eau douce en eau saumâtre, la rendant inutilisable pour la satisfaction d'un grand nombre de besoins de l'homme¹⁶³. Il existe une technologie du dessalement, mais, à l'heure actuelle, il s'agit d'un procédé assez coûteux.

108. L'intrusion d'eau salée causée par l'activité humaine, en modifiant la qualité de l'eau et en produisant des effets nuisibles notamment pour la santé, pour les utilisations de l'eau à des fins bénéfiques et pour l'environnement, constitue une forme de « pollution », au sens du paragraphe 1 de l'article 16 [17] proposé dans le quatrième rapport¹⁶⁴. Toutefois, comme cela n'est pas forcément évident, il peut être utile de mentionner expressément l'intrusion d'eau salée causée par le comportement de l'homme dans un article sur la

¹⁵⁶ M. Schwebel précise, dans son troisième rapport, que :

« Si une réduction du débit résulte de prises d'eau effectuées par un autre Etat membre du système, les Etats côtiers intéressés peuvent subir un préjudice appréciable de ce qui serait considéré comme une pollution, tel que ce terme a été défini [plus haut] [...] » (Doc. A/CN.4/348 [v. *supra* n. 16], note 640.)

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 370.

¹⁵⁸ Tel est p. ex. le cas du Bangladesh ; voir B. M. Abbas, « River basin development for socio-economic growth: Bangladesh », étude présentée au Séminaire de Budapest de 1975, *loc. cit.* (*supra* n. 22), vol. II, p. 188 à 190 ; et le document de synthèse des travaux du Séminaire de 1989 sur les inondations au Bangladesh (*supra* n. 8), *passim*.

¹⁵⁹ Le Traité de 1960 entre la Belgique et les Pays-Bas au sujet de l'amélioration du canal de Terneuzen à Gand et du règlement de quelques questions connexes prévoit, à l'article 32, le maintien d'un rapport déterminé entre l'eau douce et l'eau salée dans un canal frontière.

¹⁶⁰ Voir p. ex. les renseignements concernant le pont-barrage anti-sel de Yellitenda dans la communication présentée, à la Réunion de Dakar de 1981, par l'Organisation pour la mise en valeur du fleuve Gambie, « Note technique sur l'Organisation pour le développement du fleuve Gambie », Nations Unies, *Expériences de mise en valeur...* (v. *supra* n. 81), p. 456 ; et le rapport de Hayton sur le thème II de la Réunion de Dakar, « Progrès réalisés dans le cadre des accords de coopération », *ibid.*, p. 75.

¹⁶¹ Voir p. ex. la communication du Ministère bangladais de l'énergie, des ressources en eau et de lutte contre les inondations, « Organisations fluviales internationales », *ibid.*, p. 290 et 292.

¹⁶² *Ibid.*, p. 293.

¹⁶³ Dans son troisième rapport, M. Schwebel dit qu'« une salinité élevée rend les eaux impropres aux usages domestiques urbains et agricoles et à la plupart des utilisations industrielles » (doc. A/CN.4/348 [v. *supra* n. 16], par. 371).

¹⁶⁴ Doc. A/CN.4/412 et Add.1 et 2 (v. *supra* n. 1), chap. III, sect. C.

¹⁵⁴ Affaire du *Détroit de Corfou*, C.I.J. Recueil 1949, p. 22.

¹⁵⁵ Affaire du *Lac Lanoux*, voir *supra* note 148.

question des risques et dangers provoqués par les eaux. La nécessité d'une coopération et d'une solidarité internationales pour résoudre le problème de l'intrusion saline résultant de phénomènes naturels, tels que la sécheresse ou les basses eaux saisonnières, est tout aussi importante, sinon davantage. Il convient en conséquence de traiter aussi de cette situation dans le projet d'articles, d'autant qu'elle ne sera pas couverte par les articles sur la pollution.

2. SÉCHERESSE ET DÉSSERTIFICATION

109. La plupart des questions traitées dans la section A du présent chapitre se rapportent aux problèmes causés par une surabondance d'eau. Or, de nombreuses régions du monde souffrent précisément du contraire. Certaines régions peuvent connaître et la sécheresse et les inondations au cours d'une seule et même période de douze mois¹⁶⁵, cycle qui peut se répéter régulièrement.

110. Une sécheresse prolongée peut avoir pour conséquence l'aridité des terres agricoles et autres, ce qui, dans certaines régions, aboutit à la désertification. Ce dernier phénomène a été défini comme étant

l'extension ou l'empiètement d'une zone désertique dans des régions arides ou semi-arides, causé par des modifications climatiques, l'influence de l'homme ou les deux. Les facteurs climatiques comprennent les périodes de sécheresse temporaire mais grave et les modifications à long terme aboutissant à l'aridité. Les facteurs humains comprennent la modification artificielle du climat, par exemple la dégradation du milieu écologique dans les régions arides par la suppression de la végétation (ce qui peut entraîner une érosion anormalement élevée), la surexploitation agricole et l'épuisement des eaux de surface ou souterraines par l'irrigation ou l'industrie, l'exploitation minière à ciel ouvert, etc.

[...] le processus est caractérisé par la baisse de la nappe phréatique, la salinisation de la couche arable et de l'eau, la diminution des eaux de surface, l'érosion croissante et la disparition de la végétation indigène¹⁶⁶.

La sécheresse grave qui a sévi au Sahel entre 1968 et 1973 a eu pour conséquence une progression accélérée du désert du Sahara vers le sud, ce qui a attiré l'attention de l'opinion publique internationale sur le problème de la désertification¹⁶⁷. En 1977, une conférence sur la désertification s'est réunie à Nairobi sous les auspices de l'ONU. Dans un rapport établi en 1983 à la demande du Conseil économique et social, le Secrétaire général illustre éloquemment le problème : « [la] désertification est un phénomène mondial qui touche plus d'un tiers de la superficie totale des terres émergées des continents africain, sud-américain et asiatique »¹⁶⁸.

111. Les problèmes de la sécheresse et de la désertification s'aggraveront vraisemblablement dans l'avenir en raison de l'« effet de serre » et du réchauffement de la planète qui en résulte (v. *supra* par. 7). Actuellement,

plus d'un tiers des terres cultivables du globe sont situées dans des régions touchées par la sécheresse¹⁶⁹. C'est en Afrique que le problème est le plus grave ; on a estimé que, chaque année, 50 000 à 70 000 kilomètres carrés de sols arables sont perdus du fait de l'avancée des déserts¹⁷⁰.

112. Les conséquences de la sécheresse sont nombreuses et diverses. Elles vont du manque d'eau pour les besoins domestiques, agricoles et industriels aux dégâts causés à l'environnement et aux maladies provoquées par la contamination de l'eau potable ou un assainissement insuffisant. Dans le rapport de 1983 susmentionné (par. 110), le Secrétaire général, constatant que les catastrophes naturelles telles que les inondations et la sécheresse entravent le développement économique et social dans beaucoup de pays, demande que l'on intensifie et que l'on intègre les efforts visant à réduire les dégâts causés par ces phénomènes, en prenant des mesures d'ordre structurel et non structurel portant entre autres sur la mise en place de dispositifs d'alerte et de prévision avancée¹⁷¹. L'importance de ces mesures, associées à une planification appropriée avait déjà été soulignée au cours de la discussion générale que la Conférence des Nations Unies sur l'eau avait consacrée, entre autres, à la question des « catastrophes naturelles » :

101. On a reconnu que les mesures d'urgence ne sauraient remplacer la planification préalable et la prévention des catastrophes [...].

102. Un certain nombre de représentants ont appelé l'attention sur les effets dramatiques de la sécheresse qui avait récemment sévi dans la région du Sahel et qui avait, dans de nombreux cas, affecté l'écosystème de façon irréversible et déclenché le processus de désertification. Cette sécheresse, de caractère cyclique, avait duré fort longtemps, mais on a fait observer que l'ampleur de la catastrophe était due en grande partie à l'insuffisance de la structure socio-économique existante et l'absence, dans le domaine de l'eau, d'une infrastructure capable de faire face à l'absence de précipitations. On a également noté que contrairement à l'opinion généralement admise, le problème principal ne tenait pas à la pénurie fondamentale d'eau dans la région. Les études d'évaluation avaient en fait montré que les ressources potentielles, en particulier dans le cas des eaux souterraines, étaient loin d'être négligeables, tout au moins en ce qui concerne la satisfaction des besoins prévisibles¹⁷².

113. Ces considérations ont conduit la Conférence à formuler, dans le Plan d'action de Mar del Plata, une série de recommandations sur la question de la limitation des dégâts causés par la sécheresse¹⁷³. Après avoir déclaré que les mesures destinées à atténuer les effets de la sécheresse dans les régions atteintes ont « la priorité absolue », la Conférence a indiqué qu'il était « nécessaire d'améliorer les bases de la planification de la gestion des terres et des eaux [...] dans les régions sujettes à de graves sécheresses »¹⁷⁴. En conséquence, elle a recommandé aux pays :

¹⁶⁵ C'est p. ex. le cas du Bangladesh, qui a connu des inondations extrêmement graves vers la fin de l'été et au début de l'automne de 1988, puis la sécheresse au printemps de 1989.

¹⁶⁶ *The New Encyclopaedia Britannica*, 15^e éd., Chicago, 1987, vol. 4, p. 32.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ Rapport du Secrétaire général sur les « Ressources en eau : progrès réalisés dans l'application du Plan d'action de Mar del Plata » (E/C.7/1983/11), par. 165.

¹⁶⁹ Voir la déclaration faite le 27 septembre 1983 devant l'Assemblée générale par M. Pereira, président de la République du Cap-Vert, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-huitième session, Séances plénières*, vol. I, 7^e séance, par. 17.

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ E/C.7/1983/11, par. 261.

¹⁷² Nations Unies, *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'eau...* (*supra* n. 68), troisième partie, chap. V.

¹⁷³ *Ibid.*, première partie, chap. 1^{er}, par. 66 à 68.

¹⁷⁴ *Ibid.*, par. 66 et 67.

[...]

b) De faire l'inventaire de toutes les ressources en eau disponibles et d'élaborer des plans à long terme visant à assurer leur mise en valeur dans le cadre du développement des autres ressources naturelles [...]. Ces activités doivent être coordonnées avec les activités analogues entreprises dans les pays voisins ;

c) D'envisager de transférer de l'eau des zones où il existe un excédent vers celles qui connaissent la sécheresse ;

d) D'intensifier la prospection des eaux souterraines grâce à des recherches géophysiques et hydrologiques et d'exécuter à l'échelon régional des programmes à grande échelle [...];

e) De déterminer l'effet de la sécheresse sur les nappes aquifères [...];

[...]

k) De renforcer les arrangements institutionnels [...] pour ce qui a trait à l'établissement et à la diffusion des prévisions hydrologiques, hydrométéorologiques et agricoles ainsi qu'à l'utilisation de ces renseignements dans le cadre de la gestion des ressources en eau et des secours en cas de catastrophe ;

[...]

m) D'élaborer des plans spéciaux pour faire face aux situations d'urgence dans les zones touchées par la sécheresse ;

n) D'étudier quel pourrait être l'effet de l'intégration des bassins dans leur phase d'écoulement en surface et dans leur phase souterraine, cette intégration consistant à utiliser les stocks d'eau souterraine pour maintenir un approvisionnement minimum en cas de sécheresse¹⁷⁵.

114. La pratique des Etats situés dans les régions frappées par la sécheresse démontre leur volonté de collaboration pour venir à bout de ce problème. C'est ainsi que l'article 4 de la Convention de 1980 portant création de l'autorité du bassin du Niger dispose que l'autorité entreprendra des activités de « prévention et [de] lutte contre la sécheresse et la désertification » (par. 2, al. c, iv, et al. d, iv). On trouve un autre exemple de cette pratique dans la Convention portant création du Comité permanent inter-Etats de lutte contre la sécheresse dans le Sahel. Le Comité permanent a notamment pour fonction de coordonner toutes les mesures prises pour combattre la sécheresse et ses conséquences au niveau sous-régional et d'utiliser les ressources disponibles pour financer les opérations nécessaires dans le cadre de la coopération sous-régionale (art. 4, al. i et iv)¹⁷⁶.

115. Les problèmes de sécheresse et de désertification, surtout en Afrique, où ils sont particulièrement graves, ont fait l'objet d'une attention spéciale lors de la première Conférence africaine sur l'environnement (Le Caire, 16-18 décembre 1985), dont l'une des décisions a été de renforcer la coopération sous-régionale en matière d'environnement et d'écodéveloppement en s'attachant en priorité aux activités suivantes :

[...]

b) Efforts visant à combattre la désertification et à empêcher l'avancée du désert dans la zone au sud du Sahara et la Ceinture de la gomme arabique par des programmes de restauration écologique ;

[...]

e) Appui à l'Autorité du bassin du Niger en vue du développement intégré du bassin afin d'utiliser rationnellement ses eaux et ses écosystèmes et notamment d'arrêter le dessèchement de son delta intérieur (Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Côte d'Ivoire, Guinée, Mali, Niger, Nigéria et Tchad) ;

[...]

h) Lutte contre l'avancée des déserts d'Afrique australe, afin de favoriser la production vivrière ;

i) Etude et exécution d'un plan intégré de développement polyvalent pour le bassin du Zambèze (irrigation, navigation et production d'énergie), visant à utiliser rationnellement ses eaux, à lutter contre la désertification, [...];

[...]

l) Etude et exécution du plan directeur de mise en valeur des bassins des fleuves Gambie (Gambie, Guinée, Guinée-Bissau et Sénégal) et Sénégal (Mali, Mauritanie et Sénégal) en vue d'utiliser leurs eaux et leurs ressources énergétiques pour lutter contre la désertification et prévenir les dommages possibles causés à l'environnement ;

[...]

q) Formulation et exécution d'un programme de coopération régionale de lutte contre la désertification dans la région desservie par le Comité inter-Etats de lutte contre la sécheresse au Sahel, ainsi que dans le Maghreb, les Etats membres de la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest, l'Egypte et le Soudan [...];

[...]

u) Aide aux Etats membres de la Conférence de coordination pour le développement de l'Afrique australe par des programmes visant à enrayer à titre individuel et collectif les effets délétères de la sécheresse endémique qui sévit dans la région et à améliorer les techniques d'exploitation des ressources naturelles ;

[...] ¹⁷⁷.

116. A la Réunion d'Addis-Abeba, en 1988, La Commission économique pour l'Afrique a présenté un rapport sur « La gestion intégrée des bassins fluviaux et lacustres, vecteur de développement socio-économique en Afrique ». L'opinion générale qui s'est dégagée du débat qui a suivi la présentation du rapport était que, dans le contexte des zones sous-arides en Afrique, la gestion intégrée des grands bassins était considérée comme la seule stratégie de développement qui puisse engendrer la croissance économique rapide requise pour lutter contre les déficits alimentaires, la sécheresse et la désertification¹⁷⁸.

117. Ainsi qu'il ressort de l'étude qui précède, les problèmes de sécheresse et de désertification sont parmi les plus graves qui se posent à l'humanité. Les cours d'eau internationaux ne sont pas tous atteints, mais ces conditions existent ou pourraient exister dans la plupart des régions du monde : « Que ce soit à Djibouti, en Chine, au Portugal, aux Etats-Unis d'Amérique, en République-Unie de Tanzanie, ou dans bien d'autres régions, la sécheresse est une préoccupation majeure¹⁷⁹. » Comme ces problèmes doivent manifestement être abordés dans un esprit de coopération internationale et régionale, il semble indiqué de prévoir dans le projet d'articles à l'examen des règles régissant les sujets auxquels ils se rapportent.

¹⁷⁵ *Ibid.*, par. 68.

¹⁷⁶ Il y a d'autres exemples de dispositions contractuelles concernant le problème des pénuries potentielles d'eau mais n'utilisant pas le terme « sécheresse », entre autres, dans l'Accord de 1959 entre le Népal et l'Inde relatif à l'aménagement du Gandak (art. 10), et le Protocole n° 1 relatif à la régularisation des eaux du Tigre et de l'Euphrate et de leurs affluents, annexé au Traité de 1946 entre l'Iraq et la Turquie (quatrième alinéa du préambule).

¹⁷⁷ Programme du Caire concernant la coopération africaine (UNEP/GC.14/4/Add.6, annexe I), sect. E, par. 1.

¹⁷⁸ Nations Unies, *Mise en valeur des bassins fluviaux et lacustres* (v. *supra* n. 71), p. 60.

¹⁷⁹ Troisième rapport de M. Schwebel, doc. A/CN.4/348 (v. *supra* n. 16), par. 378.

C. — Articles proposés

118. Le Rapporteur spécial recommande que les problèmes abordés dans le présent chapitre, ainsi que le problème des situations d'urgence dues à la pollution ou à d'autres atteintes à l'environnement (qui fait l'objet du projet d'article 18 [19], présenté dans son quatrième rapport¹⁸⁰), soient traités selon le genre de mesures que les Etats du cours d'eau doivent prendre en fonction du problème particulier auquel ils ont à faire face. Les incidents, risques, dangers et conditions en cause se divisent en deux grandes catégories : ceux qui ont effectivement ou pourraient avoir un caractère d'urgence et ceux qui n'en ont pas. Les mesures requises pour faire face à la première catégorie de problèmes sont qualitativement différentes de celles qui sont requises pour faire face à la deuxième catégorie. La première exige, notamment, la fourniture de données et de renseignements, des mesures de prévention et de sécurité, des plans d'urgence, la notification de tout incident ou fait qui s'est effectivement produit ou risque de se produire, des mesures d'urgence pour prévenir et atténuer les dommages lors d'un incident ou d'un fait et des mesures propres à remédier à la situation après l'événement. Il est clair que toutes ces mesures doivent être fondées sur la coopération entre les Etats du cours d'eau, comme le prévoit l'article 9 (Obligation générale de coopérer) adopté provisoirement par la Commission à sa quarantième session¹⁸¹. Les mesures requises pour faire face à la seconde catégorie de problèmes sont généralement de nature moins urgente, mais elles peuvent néanmoins comprendre l'application de mesures préventives, l'échange de données et de renseignements et la coopération lorsqu'il faut prendre des mesures pour remédier à une situation ; elles peuvent comprendre aussi des formes de coopération continue, telles que la construction d'ouvrages de protection, l'enlèvement de sédiments et autres travaux d'entretien.

119. Compte tenu de ce qui précède, le Rapporteur spécial soumet les articles ci-après à l'examen de la Commission.

SIXIÈME PARTIE

RISQUES, DANGERS ET SITUATIONS
D'URGENCE PROVOQUÉS PAR LES EAUX*Article 22. — Risques, conditions dommageables
et autres effets préjudiciables provoqués par les eaux*

1. Les Etats du cours d'eau coopéreront, sur une base équitable, en vue de prévenir ou, selon le cas, d'atténuer les risques, conditions dommageables et autres effets préjudiciables provoqués par les eaux tels que les inondations, les glaces, les problèmes de drainage, les obstructions à l'écoulement des eaux, l'envasement, l'érosion, l'intrusion d'eau salée, la sécheresse et la désertification.

¹⁸⁰ Doc. A/CN.4/412 et Add.1 et 2 (v. *supra* n. 1), chap. III, sect. C.

¹⁸¹ *Annuaire... 1988*, vol. II (2^e partie), p. 43 et suiv.

2. Pour s'acquitter des obligations qui leur incombent en vertu du paragraphe 1 du présent article, les Etats du cours d'eau prennent, notamment, les mesures suivantes :

a) échange régulier et en temps opportun de toutes données et de tous renseignements propres à contribuer à prévenir ou à atténuer les problèmes visés au paragraphe 1 ;

b) consultations concernant la planification et l'application de mesures communes, structurelles et non structurelles, lorsque de telles mesures pourraient être plus efficaces que des mesures prises par les Etats du cours d'eau individuellement ; et

c) préparation d'études sur l'efficacité des mesures qui ont été prises et consultations à cet effet.

3. Les Etats du cours d'eau prennent toutes les mesures voulues pour que les activités relevant de leur juridiction ou de leur autorité qui influent sur un cours d'eau international soient menées de manière à ne pas engendrer de risques, de conditions dommageables et autres effets préjudiciables provoqués par les eaux de nature à causer un dommage appréciable à d'autres Etats du cours d'eau.

Commentaires

1) Le *paragraphe 1* énonce le devoir général de coopérer en ce qui concerne les risques, conditions dommageables et autres effets préjudiciables provoqués par les eaux. La coopération entre les Etats du cours d'eau est indispensable pour éviter les genres de problèmes auxquels s'applique le projet d'article 22.

2) Les précédents Rapporteurs spéciaux, M. Schwebel et M. Evensen, avaient fait figurer au paragraphe 1 de leur version respective du présent article les mots « selon qu'exigent les circonstances du cours d'eau international considéré » ou une formule équivalente¹⁸². Le Rapporteur spécial n'a pas retenu ces mots dans le texte proposé ci-dessus, estimant qu'ils sont implicites dans l'expression « sur une base équitable ». Il ne voit en principe pas d'inconvénient à leur présence dans l'article, mais il estime qu'il faut apporter le moins de réserves possible à une obligation déjà très générale.

3) La coopération « sur une base équitable » comprend aussi le devoir pour un Etat du cours d'eau qui a été effectivement lésé ou qui pourrait l'être de contribuer aux mesures de protection prises par un autre Etat du cours d'eau dont il bénéficie au moins en partie, ou de fournir une compensation appropriée en échange de ces mesures¹⁸³.

¹⁸² Voir l'article 11 (Prévention et atténuation des catastrophes), présenté par M. Schwebel dans son troisième rapport, doc. A/CN.4/348 (*supra* n. 16), par. 379 ; et l'article 26 (Contrôle et prévention des risques liés à l'eau), présenté par M. Evensen dans son premier rapport, doc. A/CN.4/367 (*supra* n. 16), par. 177.

¹⁸³ Voir p. ex. le Traité de 1961 entre le Canada et les Etats-Unis d'Amérique relatif à la mise en valeur des ressources hydrauliques du bassin du fleuve Columbia, par lequel le Canada, conformément aux plans établis dans le Traité, est tenu de fournir une capacité de retenue d'un volume d'eau déterminé aux fins de la lutte contre les inondations, et d'assurer le fonctionnement des barrages de retenue. En échange de ces mesures de protection, les Etats-Unis doivent fournir au Canada des avantages énergétiques d'aval et des indemnités monétaires (art. IV à VI).

4) L'article 8 adopté provisoirement à la quarantième session et le présent article s'appliqueraient aux effets dommageables des eaux sur les activités non directement liées au cours d'eau¹⁸⁴. Au nombre de ces effets, on peut citer les dommages causés par les inondations, l'envasement du lit des rivières et des ports et les maladies d'origine hydrique¹⁸⁵.

5) Le mot « notamment » a été utilisé au *paragraphe 2* pour indiquer que la liste des mesures indiquées n'est pas exhaustive. Il peut être parfois nécessaire que les Etats du cours d'eau prennent d'autres mesures ou collaborent sous d'autres formes pour remplir les obligations qui leur incombent en vertu du *paragraphe 1*.

6) Le *paragraphe 3* combine les formules qui se trouvent au *paragraphe 2* de l'article 194 de la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer, et à l'article 8, adopté provisoirement à la quarantième session. Peut-être suffirait-il aux fins du présent projet d'articles de se référer aux activités menées sur le « territoire » des Etats du cours d'eau et non à celles qui relèvent « de leur juridiction ou de leur autorité », mais on peut avancer que cette dernière expression a un sens suffisamment clair dans le présent contexte et qu'elle est juridiquement préférable. Il est concevable, en outre, que le mot « territoire » soit trop restreint dans certains cas et trop étendu dans d'autres. Le *paragraphe 3* s'appliquerait, par exemple, aux utilisations des sols ou des eaux qui sont de nature à causer des problèmes tels qu'inondations, envasement, érosion ou obstruction à l'écoulement des eaux dans d'autres Etats du cours d'eau. Comme il l'a déjà indiqué, le Rapporteur spécial est d'avis que l'obligation prévue ici n'est rien d'autre qu'une application concrète de l'article 8 (Obligation de ne pas causer de dommages appréciables). Le problème a été abordé, notamment, par l'Association de droit international dans son projet d'articles, adopté en 1980, sur la relation entre les eaux, les autres ressources naturelles et l'environnement, dont l'article 1^{er} prévoit ce qui suit :

Article premier

Conformément à l'article IV des Règles d'Helsinki, les Etats veilleront à ce que :

[...]

b) La gestion de leurs ressources naturelles (outre les eaux) et autres éléments environnementaux situés dans les limites de leurs

¹⁸⁴ Cf. l'article 1^{er} du projet d'articles sur la relation entre les eaux, les autres ressources naturelles et l'environnement, adopté par l'Association de droit international, à sa cinquante-neuvième Conférence, en 1980 :

« Article premier »

« Conformément à l'article IV des Règles d'Helsinki, les Etats veilleront à ce que :

« a) La mise en valeur et l'utilisation des ressources en eaux relevant de leur juridiction ne causent pas de dommages appréciables à l'environnement des autres Etats ou des régions situées au-delà des limites de leur juridiction nationale ; [...]

« [...] »

(ILA, *Report of the Fifty-ninth Conference*, Belgrade, 1980, Londres, 1982, p. 374 et 375.)

¹⁸⁵ Ces maladies sont, par exemple, la schistosomiase (bilharziose), la cécité des rivières, le paludisme et la leptospirose.

propres frontières ne causent pas de dommages appréciables à l'état naturel des eaux des autres Etats¹⁸⁶.

Le *paragraphe 3*, qui est proposé plus haut, va au-delà de cette disposition, puisque les atteintes contre lesquelles il est censé protéger ne se limiteraient pas aux dommages causés aux eaux.

Article 23. — Dangers et situations d'urgence provoqués par les eaux

1. Tout Etat du cours d'eau informe sans délai et par les moyens disponibles les plus rapides les autres Etats qui risquent d'être touchés ainsi que les organisations intergouvernementales compétentes de tout danger ou de toute situation d'urgence provoqué par les eaux survenant sur son territoire ou dont il a connaissance. L'expression « danger ou situation d'urgence provoqué par les eaux » comprend les dangers et situations qui sont essentiellement naturels, tels que les inondations et les dangers et situations résultant d'activités humaines, tels que les déversements de produits chimiques toxiques et autres incidents entraînant une pollution dangereuse.

2. Tout Etat du cours d'eau sur le territoire duquel survient un danger ou une situation d'urgence provoqué par les eaux prend immédiatement toutes les mesures pratiques voulues pour prévenir, neutraliser ou atténuer les risques ou dommages qu'entraîne, pour d'autres Etats du cours d'eau, le danger ou la situation d'urgence.

3. Les Etats situés dans la zone affectée par un danger ou une situation d'urgence provoqué par les eaux et les organisations internationales compétentes coopèrent en vue d'éliminer les causes et les effets du danger ou de la situation et de prévenir ou de réduire à un minimum les dommages qui en découlent, dans la mesure où les circonstances le permettent.

4. Pour s'acquitter efficacement des obligations qui leur incombent en vertu du *paragraphe 3* du présent article, les Etats du cours d'eau ainsi que les autres Etats qui pourraient être touchés doivent élaborer, promouvoir et exécuter conjointement des plans d'urgence pour faire face aux dangers ou aux situations d'urgence provoqués par les eaux.

Commentaires

1) Le présent article s'inspire du projet d'article 18 [19] intitulé « Situations d'urgence dues à la pollution ou à d'autres atteintes à l'environnement », présenté dans le quatrième rapport¹⁸⁷. Ainsi qu'il ressort clairement du *paragraphe 1*, il est conçu pour s'appliquer aussi bien aux situations naturelles qu'aux situations résultant d'activités humaines. Dans l'un ou l'autre cas, la situation ou le danger prendra normalement la forme d'un incident ou événement soudain. Peut-être la Commission voudra-t-elle, le moment venu, inclure une

¹⁸⁶ Voir *supra* note 184.

¹⁸⁷ Doc. A/CN.4/412 et Add.1 et 2 (v. *supra* n. 1), chap. III, sect. C.

définition des mots « dangers ou situations d'urgence provoqués par les eaux » dans l'article 1^{er} du projet d'articles.

2) Le *paragraphe 1* demande à tout Etat du cours d'eau d'informer immédiatement de tout danger ou situation survenu sur son territoire ou dont il a connaissance. Le mot « informer » dans ce contexte signifie à la fois avertir et donner tous les renseignements voulus pour permettre aux Etats qui pourraient être touchés de faire face à la situation. On notera qu'il y a lieu d'informer non seulement les Etats « du cours d'eau » mais aussi tous les Etats qui pourraient être touchés (par exemple des Etats côtiers, qui pourraient être touchés par un déversement massif de pétrole dans un cours d'eau).

3) Le *paragraphe 2* du projet d'article s'applique principalement aux dangers et situations qui résultent d'activités humaines. La principale obligation dans le cas de ceux qui sont d'origine naturelle est, entre autres, d'informer sans délai et de fournir rapidement des renseignements.

4) Les *paragraphes 3 et 4* sont largement inspirés de l'article 199 de la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer. Les obligations qu'ils énoncent ont été appuyées tant à la CDI qu'à la Sixième

Commission de l'Assemblée générale¹⁸⁸. Les mots « Etats situés dans la zone affectée » et « autres Etats qui pourraient être touchés » visent à inclure les Etats qui ne sont pas du cours d'eau mais qui pourraient cependant subir des dommages du fait d'un danger ou d'une situation auquel s'applique l'article.

5) Il a été suggéré à la Sixième Commission que les Etats qui bénéficient de mesures de protection ou autres mesures soient tenus d'indemniser les Etats tiers qui prennent ces mesures¹⁸⁹. Le Rapporteur spécial ne voit, en principe, pas d'inconvénient à prévoir une telle obligation, à condition que les Etats bénéficiaires soient tenus de contribuer uniquement sur une base équitable. Ce point mérite d'être examiné par la Commission.

6) Enfin, la Commission voudra peut-être examiner le point de savoir si l'article 23 devrait comprendre une disposition demandant à un Etat touché par une catastrophe d'accepter les offres d'assistance sans les considérer comme une ingérence dans ses affaires intérieures. Plusieurs ont insisté sur ce point.

¹⁸⁸ S'agissant de la Sixième Commission, voir « Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats de la Sixième Commission sur le rapport de la CDI durant la quarante-troisième session de l'Assemblée générale » (A/CN.4/L.431), sect. C, par. 144 à 146.

¹⁸⁹ *Ibid.*, par. 146.

CHAPITRE II

Rapport entre les utilisations à des fins autres que la navigation et les utilisations aux fins de la navigation

(Septième partie du projet d'articles)

A. — Introduction

120. Le sujet à l'étude concerne essentiellement les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, mais il est indéniable qu'il y a interaction, le cas échéant, avec les utilisations aux fins de la navigation. La navigation peut affecter, voire empêcher les utilisations à des fins autres que la navigation, et *vice versa*. Par exemple, il se peut qu'il faille limiter ou même suspendre l'irrigation en vue de maintenir l'eau à des niveaux suffisants pour la navigation ; au contraire, un barrage peut rendre un cours d'eau impraticable si des dispositions spéciales ne sont pas prises pour la navigation¹⁹⁰. M. Schwebel avait indiqué que, sur le plan pratique, les personnes chargées de

¹⁹⁰ Dans son premier rapport, M. Schwebel avait fait observer, à propos des interactions de la navigation et des autres utilisations des cours d'eau, que

« [...] Les besoins de la navigation ont une incidence sur la quantité et la qualité de l'eau disponible à d'autres fins. La navigation peut polluer et pollue souvent les voies d'eau et exige que l'eau soit maintenue à certains niveaux ; elle exige en outre que soient ménagés des passages à travers et autour des ouvrages barrant la voie d'eau. [...] » (*Annuaire... 1979*, vol. II [1^{re} partie], p. 168, doc. A/CN.4/320, par. 61.)

l'administration d'ensemble des ressources en eau devaient nécessairement se préoccuper de ces interactions :

[...] Les interactions de la navigation et des autres utilisations des voies d'eau sont tellement nombreuses que les ingénieurs et administrateurs chargés de la mise en valeur de n'importe quelle voie d'eau sur laquelle la navigation est pratiquée ou envisagée ne peuvent dissocier les besoins et les effets de la navigation et ceux d'autres projets d'exploitation des ressources hydrauliques. [...] ¹⁹¹.

B. — La navigation et la portée des projets d'articles

121. La Commission a reconnu le rapport qui existe entre les utilisations aux fins de la navigation et les utilisations à d'autres fins dans l'article 2, qu'elle a adopté provisoirement à sa trente-neuvième session¹⁹². Le paragraphe 2 de cet article est libellé comme suit :

Article 2. — Champ d'application des présents articles

[...]

2. Les présents articles ne s'appliquent à l'utilisation des eaux [des systèmes] de cours d'eau internationaux aux fins de la navigation que

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² *Annuaire... 1987*, vol. II (2^e partie), p. 26.

dans la mesure où d'autres utilisations des eaux ont une incidence sur la navigation ou sont affectées par elle.

Les commentaires, formulés tant à la CDI qu'à la Sixième Commission sur cette disposition et sur l'article 1^{er} adopté provisoirement à la trente-deuxième session¹⁹³, montrent que la nécessité de traiter des rapports entre les utilisations des cours d'eau aux fins de la navigation et à d'autres fins est généralement reconnue. Toutefois, comme ce sont les utilisations des cours d'eau à des fins autres que la navigation qui sont le thème principal des projets d'articles, la navigation ne doit y être traitée que pour autant que l'intégrité des dispositions du projet concernant ces utilisations soit préservée. Cette intention est exprimée par la formulation négative du paragraphe 2 ci-dessus de l'article 2.

C. — Solution des conflits entre les utilisations aux fins de la navigation et les autres utilisations

122. Lorsqu'un cours d'eau est utilisé pour la navigation ainsi qu'à d'autres fins, il peut arriver qu'il y ait conflit, voire incompatibilité, entre les deux types d'utilisation (v. *supra* par. 120). Il faut alors se demander s'il existe un ordre de priorité ou de préférence quelconque entre ces utilisations. Au début de ce siècle, il était sans doute exact de considérer que c'étaient les utilisations aux fins de la navigation qui étaient prioritaires. Cette position est illustrée par la Convention et Statut de Barcelone de 1921 sur le régime des voies navigables d'intérêt international ; l'article 10 du Statut dispose ce qui suit :

Article 10

1. Tout Etat riverain est tenu, d'une part, de s'abstenir de toutes mesures susceptibles de porter atteinte à la navigabilité ou de diminuer les facilités de la navigation, et, d'autre part, de prendre le plus rapidement possible toutes dispositions utiles afin d'écartier tous obstacles et dangers accidentels pour la navigation.

[...] ¹⁹⁴.

123. A mesure toutefois que d'autres types d'utilisations ont commencé à concurrencer la navigation par leur importance économique et sociale, les Etats ont reconnu en fait que l'attribution globale d'une priorité absolue à une utilisation particulière quelle qu'elle soit nuisait à l'utilisation optimale des cours d'eau. Une résolution adoptée en 1966 par le Conseil économique et social interaméricain, dans laquelle l'accent était mis sur un certain nombre des objectifs auxquels tendait la mise en valeur rationnelle des bassins hydrographiques,

témoigne de ce changement d'attitude. Ces objectifs sont :

[...] la régularisation et l'utilisation économique des voies d'eau, des bassins et des accidents hydrographiques [...] dans le but de promouvoir, moyennant des projets multinationaux, leur utilisation, pour le plus grand bien de tous, dans le domaine des transports, de la production d'énergie électrique, des travaux d'irrigation et autres et afin de contrôler et de prévenir les dégâts périodiques causés par les inondations de leurs eaux¹⁹⁵.

124. Devant l'importance croissante attachée aux utilisations autres que la navigation et la tendance qui s'est fait jour, en conséquence, dans la pratique des Etats, M. Schwebel avait conclu, dans son troisième rapport, qu'« il ne semble faire aucun doute qu'aujourd'hui la navigation a été privée de son statut préférentiel »¹⁹⁶. Cette position est exprimée dans l'article VI des Règles d'Helsinki sur les utilisations des eaux des fleuves internationaux, adoptées par l'Association de droit international, à sa cinquante-deuxième Conférence, en 1966¹⁹⁷ :

Article VI

Aucune utilisation ou catégorie d'utilisations ne doit recevoir de préférence *a priori* sur toute autre utilisation ou catégorie d'utilisations.

Dans le commentaire de l'article VI, l'Association de droit international a donné l'explication suivante :

[...] Au cours des vingt-cinq dernières années [...] la révolution technologique et l'explosion démographique qui ont provoqué l'essor rapide des utilisations à des fins autres que la navigation ont entraîné la disparition du statut préférentiel accordé précédemment aux utilisations aux fins de la navigation. Aujourd'hui, ni la navigation ni aucune autre utilisation n'a de statut préférentiel. [...] ¹⁹⁸.

125. Si, depuis l'extension et l'intensification des utilisations à des fins autres que la navigation, l'utilisation des fleuves aux fins de la navigation n'est plus privilégiée, on peut se demander comment résoudre maintenant, en droit international, un conflit entre les utilisations aux fins de la navigation et les autres utilisations. Il semblerait que la réponse découle clairement de l'esprit, sinon de la lettre, des articles déjà adoptés. Un tel problème serait résolu comme le serait un conflit entre des utilisations rivales à des fins autres que la navigation : en prenant en considération, comme prévu à l'article 7 du présent projet, tous les facteurs pertinents en vue d'arriver à une répartition équitable des utilisations et des avantages du système de cours d'eau international en question. Cette méthode serait appliquée non seulement pour déterminer si l'eau d'un cours d'eau doit être maintenue à des niveaux suffisants pour la navigation, mais aussi pour résoudre d'autres questions afférentes aux effets potentiels des utilisations aux fins de la navigation, telles que la pollution du cours d'eau en cause. Il ne faut pas oublier toutefois que les facteurs pertinents devant être pris en considération com-

¹⁹³ Le paragraphe 2 de l'article 2 est à peu près identique au paragraphe 2 de cet article 1^{er} (*Annuaire... 1980*, vol. II [2^e partie], p. 107).

¹⁹⁴ Voir aussi p. ex. art. 5 de la Déclaration de Montevideo sur l'utilisation des fleuves internationaux à des fins industrielles et agricoles, adoptée en 1933 par la septième Conférence internationale des Etats américains (texte reproduit dans *Annuaire... 1974*, vol. II [2^e partie], p. 229, doc. A/5409, annexe I.A) ; règle II.4 (sur laquelle se fonde l'article 5 de la Déclaration de Montevideo) de la résolution sur la réglementation internationale de l'usage des cours d'eau internationaux, adoptée par l'Institut de droit international à sa session de Madrid de 1911 (*Annuaire de l'Institut de droit international, 1911*, Paris, vol. 24, p. 366) ; et art. 5 du projet révisé de convention sur l'utilisation industrielle et agricole des cours d'eau et des lacs internationaux, établi en 1965 par le Comité juridique interaméricain (reproduit dans *Annuaire... 1974*, vol. II [2^e partie], p. 388, doc. A/CN.4/274, par. 379).

¹⁹⁵ Résolution 24-M/66, sur la régularisation et l'utilisation économique des cours d'eau, des bassins et des accidents hydrographiques de l'Amérique latine (*Annuaire... 1974*, vol. II [2^e partie], p. 380, doc. A/CN.4/274, par. 380).

¹⁹⁶ Doc. A/CN.4/348 (v. *supra* n. 16), par. 144. Il va de soi, comme le faisait remarquer M. Schwebel, que « les Etats membres d'un système peuvent cependant encore établir par voie d'accord un ordre de priorité des utilisations » (*ibid.*).

¹⁹⁷ ILA, *Report of the Fifty-second Conference, Helsinki, 1966*, Londres, 1967, p. 484 et suiv., notamment p. 491.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 491, premier alinéa du commentaire.

prendraient aussi l'obligation, énoncée à l'article 8 du présent projet, de ne pas causer de dommages appréciables à un Etat du cours d'eau¹⁹⁹, sauf s'il existe un accord par lequel les parties acceptent de tels dommages éventuellement contre une indemnisation ou d'autres concessions.

126. Etant donné que, dans chaque cas d'espèce, tous les facteurs pertinents doivent être pris en considération pour déterminer si une utilisation donnée (par exemple, la consommation des ménages) doit se voir attribuer un rang de priorité plus élevé que d'autres utilisations (par exemple, l'utilisation à des fins industrielles), il ne peut, semble-t-il, exister de règle générale privilégiant une utilisation par rapport aux autres²⁰⁰. L'adoption d'une autre position dans un instrument-cadre tel que le présent projet d'articles exclurait toute possibilité d'utilisation et de mise en valeur des cours d'eau internationaux à des fins multiples. Les Etats du cours d'eau peuvent, bien entendu, choisir de donner la priorité à certaines utilisations dans des accords de cours d'eau adaptés à leurs besoins et aux caractéristiques du système de cours d'eau international en question. Une telle formule qui n'était pas inusitée dans les accords plus anciens²⁰¹ est rare dans les instruments modernes.

D. — Article proposé

127. Compte tenu de ce qui précède, le Rapporteur spécial soumet à la Commission, pour examen, le projet d'article 24 ci-après, qui constituerait la septième partie du projet d'articles.

SEPTIÈME PARTIE

RAPPORT AVEC LES UTILISATIONS AUX FINS DE LA NAVIGATION ET ABSENCE DE PRIORITÉ ENTRE LES UTILISATIONS

Article 24. — Rapport entre les utilisations aux fins de la navigation et les utilisations à d'autres fins ; absence de priorité entre les utilisations

1. A moins qu'il n'en soit convenu autrement, ni la navigation ni aucune autre utilisation n'a priorité en soi sur d'autres utilisations.

¹⁹⁹ Dans le commentaire de l'article 8, la Commission précise que si les dispositions de l'article 6 (Utilisation et participation équitables et raisonnables) et de l'article 8 (Obligation de ne pas causer de dommages appréciables) doivent être considérées comme complémentaires, une utilisation qui causerait des dommages appréciables ne serait pas, du moins *a priori*, équitable (*Annuaire... 1988*, vol. II [2^e partie], p. 38, par. 2 du commentaire).

²⁰⁰ On retrouve la même position dans l'article VI des Règles d'Helsinki et le commentaire y relatif (v. *supra* par. 124).

²⁰¹ Voir p. ex. le Traité de 1909 relatif aux eaux limitrophes entre le Canada et les Etats-Unis d'Amérique.

2. En cas de conflit entre plusieurs utilisations d'un [système de] cours d'eau international, leur importance respective est évaluée en même temps que d'autres facteurs intéressant le cours d'eau en question, aux fins de déterminer l'utilisation équitable de celui-ci conformément aux articles 6 et 7 ci-dessus.

Commentaires

1) Le projet d'article 24 a deux fins. Premièrement, il dispose que, d'une manière générale, aucune utilisation ne doit avoir automatiquement priorité sur d'autres. Deuxièmement, il stipule expressément qu'il n'existe pas, à cet égard, de différence entre la navigation et les autres utilisations. Bien qu'à strictement parler il aurait suffi d'exprimer la première idée (la navigation étant visée implicitement), le Rapporteur spécial pense, comme ses prédécesseurs, que la navigation doit être mentionnée expressément. Si elle ne l'était pas, le titre du sujet pourrait inciter à croire que le projet d'articles ne concerne en rien cette utilisation particulière, nonobstant le paragraphe 2 de l'article 2. Par ailleurs et surtout, le fait que la navigation ait joui dans le passé d'un statut préférentiel est une raison de préciser que tel n'est pas le cas dans le présent projet d'articles.

2) La clause liminaire du *paragraphe 1* préserve la validité de tous les accords donnant la priorité à la navigation ou à une autre utilisation. Bien entendu, cette clause n'est pas absolument nécessaire, mais elle a été incorporée dans le texte pour tenir compte du statut préférentiel accordé à la navigation dans certains traités. L'expression « accords de cours d'eau » a été délibérément évitée parce qu'il arrive qu'il soit question de navigation dans d'autres types d'accords tels que les traités généraux d'amitié²⁰².

3) Le *paragraphe 2* dispose que tout conflit entre plusieurs utilisations d'un [système de] cours d'eau international doit être résolu en évaluant l'importance relative de tous les facteurs pertinents, ainsi qu'il est prévu dans les articles 6 et 7 du projet. Par souci de concision, l'expression « [système de] cours d'eau international » n'a pas été répétée en entier.

²⁰² Cette possibilité ressort du titre même « Amitié, commerce et navigation » que portent nombre de ces accords. Un tel accord ne lierait évidemment pas des Etats du cours d'eau qui n'y seraient pas parties (voir art. 34 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités). Toutefois, en vertu de l'article 5 du présent projet, un Etat du cours d'eau pourrait avoir le droit de participer à la négociation d'un tel accord entre d'autres Etats du cours d'eau et d'y devenir partie si l'accord était négocié et conclu après l'entrée en vigueur du présent projet.

CHAPITRE III

Régularisation des cours d'eau internationaux

(Huitième partie du projet d'articles)

A. — Introduction

128. Le plan d'ensemble du sujet, dans le quatrième rapport²⁰³, contient une série de « questions diverses » à examiner en vue de leur inclusion dans le projet d'articles. Il était dit dans le rapport qu'il s'agissait de questions qui pourraient être traitées dans le projet d'articles lui-même ou en annexe à celui-ci, et que les Etats des cours d'eau pourraient s'inspirer de ces textes pour la mise en valeur des systèmes de cours d'eau internationaux afin d'assurer la meilleure utilisation possible des ressources internationales en eau. Pour aider la Commission à examiner méthodiquement les éléments restants du projet d'articles, le Rapporteur spécial a proposé de traiter en 1989 la première de ces questions, à savoir la régularisation des cours d'eau internationaux²⁰⁴, qui est, en conséquence, abordée dans le présent chapitre. Les autres éléments du projet seront examinés dans le prochain rapport.

129. Dans le contexte du présent sujet, l'expression « régularisation des cours d'eau internationaux » a une signification précise, à savoir le contrôle des eaux d'un cours d'eau, par des ouvrages ou d'autres mesures, tant en vue d'éviter leurs effets nuisibles (tels que les inondations et l'érosion) que de tirer le plus grand parti possible des avantages que peut présenter le cours d'eau²⁰⁵. La présente question est donc plus vaste que celle qui est traitée plus haut, au chapitre I^{er}, car les mesures visées ici comprennent non seulement celles qui sont conçues pour prévenir les effets nocifs des eaux²⁰⁶, mais

aussi celles qui visent à créer et à renforcer les nombreux avantages que l'eau peut apporter. Par exemple, la régularisation du débit permet aux Etats du cours d'eau de tirer parti au maximum du cours d'eau pendant toute l'année, en emmagasinant de l'eau pendant la saison pluvieuse et en s'en servant durant les saisons sèches.

130. La régularisation des eaux par un Etat du cours d'eau présentera souvent des avantages pour les autres Etats. Par exemple, la régularisation du débit peut empêcher les inondations et les sécheresses, allonger les périodes durant lesquelles l'irrigation est possible, permettre ou améliorer la production d'énergie hydroélectrique, atténuer l'envasement, diluer des éléments polluants, empêcher la formation de mares stagnantes, dans lesquelles les moustiques vecteurs du paludisme peuvent se reproduire, et permettre la pêche. Toutefois, la régularisation peut avoir également des effets négatifs sur d'autres Etats du cours d'eau. Par exemple, des travaux effectués par un Etat situé en amont peut faire tomber le débit au-dessous de ce qu'il doit être pour bien curer le lit du fleuve dans un Etat situé en aval. A l'inverse, des mesures prises par un Etat situé en aval, telles que la construction d'un barrage, peuvent provoquer des inondations dans un Etat situé en amont et y causer des dommages aux terres arables et à l'habitat.

131. Etant donné que la régularisation des fleuves est autant nécessaire pour assurer leur utilisation optimale que potentiellement nocive, la coopération entre les Etats du cours d'eau est indispensable. Les nombreuses dispositions conventionnelles sur la question témoignent de l'importance que les Etats attachent à une collaboration en la matière.

B. — La pratique des Etats telle qu'elle ressort des accords internationaux

132. L'Accord conclu en 1959 entre l'URSS, la Norvège et la Finlande au sujet de la régulation du régime du lac Inari contient des dispositions détaillées qui sont instructives. L'Accord donne à l'URSS le droit de régler le régime du lac au moyen de la centrale hydroélectrique et du barrage de Kaitakoski, le niveau d'eau

²⁰³ Doc. A/CN.4/412 et Add.1 et 2 (v. *supra* n. 1), par. 7.

²⁰⁴ *Ibid.*, par. 8.

²⁰⁵ Voir également la définition contenue dans l'article I^{er} du projet d'articles sur la régularisation du débit des cours d'eau internationaux, adopté par l'Association de droit international à sa cinquante-neuvième Conférence, tenue à Belgrade en 1980. Dans le commentaire de cet article I^{er}, il est indiqué que la régularisation vise « à modérer, à accroître ou à modifier de toute autre manière le débit des eaux d'un cours d'eau » (voir le deuxième rapport du Comité du droit international sur les ressources en eau [président-rapporteur : E. J. Manner] relatif à la régularisation du débit des cours d'eau internationaux, ILA, *Report of the Fifty-ninth Conference, Belgrade, 1980*, Londres, 1982, p. 363, par. 2 du commentaire). Dans le même ordre d'idées, voir la définition des ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux, figurant à l'article 2 de la loi canadienne de 1955 sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux (*Statuts révisés du Canada, 1970*, Ottawa, vol. IV, chap. 1-22, cité dans le troisième rapport de M. Schwebel, doc. A/CN.4/348 [v. *supra* n. 16], par. 381).

²⁰⁶ Ces effets sont décrits au chapitre I^{er}. Comme l'indique le Comité du droit international sur les ressources en eau dans son premier rapport sur la régularisation du débit des cours d'eau internationaux, présenté à la cinquante-huitième Conférence de l'Association de droit international, un débit trop abondant non régularisé peut

causer des dommages considérables aux terres arables ainsi qu'aux rives du cours d'eau. En revanche, un débit trop faible peut accroître la pollution de l'eau ou interrompre des utilisations telles que la navigation et le flottage de bois. Un débit irrégulier peut également empêcher le bon fonctionnement de centrales hydroélectriques en les forçant à fermer lorsqu'il n'y a pas suffisamment d'eau. (ILA, *Report of the Fifty-eighth Conference, Manila, 1978*, Londres, 1980, p. 221.)

devant rester dans les limites prescrites²⁰⁷. L'URSS s'engage à veiller à ce que la centrale hydroélectrique et le barrage de Kaitakoski, ainsi que le cours du Paatsojoki, entre le lac Inari et la centrale hydroélectrique de Kaitakoski, permettent à tout moment l'écoulement de l'eau du lac Inari conformément au règlement joint en annexe à l'Accord (art. 2). D'après ce règlement, l'écoulement de l'eau du lac Inari doit s'effectuer de façon continue à raison d'un débit journalier moyen²⁰⁸. Afin de préparer le lac à recevoir les eaux des grandes crues, de prévenir tout dépassement du niveau maximal admis et de limiter le volume des eaux de crues et le niveau du Paatsojoki en aval de la centrale hydroélectrique de Kaitakoski, l'écoulement de l'eau du lac Inari sera réglé conformément aux prévisions et recommandations établies par la Finlande dans certaines conditions²⁰⁹.

133. Dans le Traité de 1944 relatif à l'utilisation des eaux du Colorado, de la Tijuana et du Rio Grande (Rio Bravo), les Etats-Unis d'Amérique et le Mexique sont convenus de construire en commun les ouvrages suivants pour la régularisation de ces cours d'eau :

Article 5

[...]

I. Les barrages nécessaires pour retenir, emmagasiner et régulariser la plus grande partie du débit annuel du fleuve [Rio Grande (Rio Bravo)] de manière à poursuivre les utilisations actuelles et à mettre à exécution le plus grand nombre possible de projets réalisables dans les limites imposées par les attributions d'eaux indiquées.

II. Les barrages et autres ouvrages communs nécessaires pour détourner le courant du Rio Grande (Rio Bravo).

[...]

134. L'Accord de 1959 entre la République arabe unie et le Soudan relatif à la pleine utilisation des eaux du Nil prévoit, à l'article 2, que l'Égypte peut construire le barrage de Sudd el Aali, à Assouan, en tant que premier ouvrage d'une série de travaux destinés à assurer l'emmagasinage interannuel des eaux du Nil (par. 1), et que le Soudan est autorisé à construire le barrage de Roseires, sur le Nil bleu, afin de pouvoir utiliser sa quote-part des eaux (par. 2).

135. L'Accord de 1971 entre la Finlande et la Suède relatif aux fleuves frontières contient, au chapitre 4, des « Dispositions spéciales relatives à la régulation des eaux ». L'article 1^{er} du chapitre 4 en particulier dispose que :

Article premier

L'autorisation de régler le débit des eaux d'un lac ou d'un cours d'eau peut être accordée à toute personne désireuse de réaliser une meilleure gestion des eaux, afin de faciliter la circulation, le flottage du bois, l'utilisation de l'énergie hydraulique, l'agriculture, la sylviculture, la pêche, l'approvisionnement en eau, la conservation des eaux ou de promouvoir tous autres intérêts publics notables.

Les dispositions pertinentes du chapitre 3 sont applicables aux projets qui relèvent des dispositions du premier paragraphe.

136. Un des principaux objectifs du Traité de 1969 du bassin du Río de la Plata, conclu entre le Brésil, l'Ar-

gentine, la Bolivie, le Paraguay et l'Uruguay, est d'« utiliser rationnellement les ressources en eau, en particulier en régularisant les cours d'eau et en assurant leur exploitation multiple et équitable » (art. 1^{er}, al. b). Le Traité indo-pakistanaï de 1960 sur les eaux de l'Indus traite en détail, dans son annexe E, de l'emmagasinement par l'Inde des eaux des rivières de l'Ouest et de la construction et de l'exploitation des ouvrages de retenue sur ces rivières. La Convention conclue en 1955 entre l'Italie et la Suisse concerne la régularisation du lac de Lugano.

137. Le Protocole annexe n° 1 du Traité d'amitié et de bon voisinage de 1946 entre l'Iraq et la Turquie se rapporte à « la régularisation des eaux du Tigre et de l'Euphrate et de leurs affluents ». Les parties soulignent, dans le préambule de ce protocole, l'importance de la construction d'ouvrages de conservation « afin d'assurer le maintien d'un approvisionnement régulier en eau et la régularisation du débit des deux fleuves, pour éviter le danger d'inondation pendant les périodes annuelles de crue » et, reconnaissant l'importance des utilisations multiples, elles acceptent également le principe selon lequel il convient d'adapter « autant que possible, et dans l'intérêt des deux pays, la construction des ouvrages de conservation sur ces eaux aux besoins de l'irrigation et de la production de force hydroélectrique ».

138. On trouvera ci-après quelques exemples, parmi beaucoup d'autres, de traités comportant des dispositions sur la régularisation des cours d'eau internationaux : le Traité de 1928 entre l'Autriche et la Tchécoslovaquie concernant la réglementation des questions juridiques relative à la frontière, en particulier l'article 19 ; le Traité de frontière de 1960 entre les Pays-Bas et la République fédérale d'Allemagne, dont l'annexe B est relative à la régularisation des ruisseaux et aux rectifications de frontière qui en découleront ; l'Accord de 1954 entre la Tchécoslovaquie et la Hongrie sur la réglementation de questions techniques et économiques concernant les cours d'eau limitrophes, en particulier les articles 2 à 7, 10 et 18 ; la Convention de 1950 entre l'URSS et la Hongrie relative aux mesures à prendre en vue de prévenir les inondations et de régulariser le régime des eaux de la Tisza à la zone frontière soviéto-hongroise, en particulier les articles 1 à 8 ; l'Accord de 1957 étendant les dispositions de la Convention roumano-soviétique de 1952 concernant les mesures à prendre en vue de prévenir les inondations et de régulariser le régime des eaux du Prut à la Tisza, à la Suceava et au Siret et à leurs affluents ainsi qu'aux canaux d'irrigation et de drainage formant la frontière roumano-soviétique, en particulier l'article 1^{er} ; et le Protocole de 1963 entre la Grèce et la Turquie aux fins d'une liquidation définitive des différends sur l'exécution des travaux hydrauliques d'aménagement du lit du fleuve Meriç-Evros sur les deux rives, en particulier l'article 20.

C. — Les travaux de l'Association de droit international

139. Comme dans le cas de la lutte contre les inondations et de leur prévention, la seule tentative de quelque envergure faite pour formuler des règles juridiques

²⁰⁷ L'article 1^{er} de l'Accord stipule un niveau minimal de + 115,67 mètres et un niveau maximal de + 118,03 mètres.

²⁰⁸ Voir par. 2 du règlement, qui figure à l'annexe 3 de l'Accord.

²⁰⁹ *Ibid.*

générales et des recommandations concernant la régularisation des cours d'eau — en dehors des travaux des précédents Rapporteurs spéciaux — a été le fait de l'Association de droit international. A sa cinquante-neuvième Conférence, tenue à Belgrade en 1980, l'Association a adopté neuf articles concernant la régularisation des cours d'eau internationaux²¹⁰. Ces articles se lisent comme suit :

Article premier

Aux fins des présents articles, on entend par « régularisation » les mesures de caractère continu visant à contrôler, à modérer, à accroître ou à modifier de toute autre manière le débit des eaux d'un cours d'eau international, à quelques fins que ce soit ; lesdites mesures peuvent comprendre l'emmagasinage, la libération et le détournement d'eau par des moyens tels que barrages, bassins de retenue et canaux.

Article 2

Conformément au principe de l'utilisation équitable, les Etats du bassin coopèrent dans un esprit de bonne foi et de bon voisinage pour évaluer les besoins et les possibilités et pour établir les plans de régularisation. Lorsqu'il y a lieu, la régularisation est entreprise de concert.

Article 3

Lorsqu'ils entreprennent une régularisation concertée, les Etats du bassin règlent toutes les questions concernant sa gestion et son administration par accord mutuel. En cas de besoin, il est créé une institution ou une commission mixte qui est autorisée à gérer tous les aspects pertinents de la régularisation.

Article 4

A moins qu'il n'en soit convenu autrement, tout Etat du bassin partie à la régularisation prend à sa charge une part des coûts proportionnelle aux avantages qu'il tire de la régularisation du débit.

Article 5

1. La construction de barrages, canaux, bassins de retenue ou autres ouvrages et installations et l'exploitation de ces ouvrages et installations aux fins de la régularisation par un Etat du bassin sur le territoire d'un autre Etat sont subordonnées à l'Accord entre les Etats du bassin intéressé.

2. A moins qu'il n'en soit convenu autrement, les coûts de ces ouvrages et de leur exploitation sont supportés par les Etats du bassin intéressés.

Article 6

Aucun Etat du bassin ne peut entreprendre une régularisation de nature à causer aux autres Etats du bassin un préjudice substantiel à moins que ces Etats ne soient assurés de pouvoir jouir des avantages auxquels ils ont droit en vertu du principe de l'utilisation équitable.

Article 7

1. Tout Etat du bassin a l'obligation de communiquer la notification et les informations et de suivre la procédure énoncée à l'article XXIX des Règles d'Helsinki.

2. Lorsqu'il y a lieu, chaque Etat du bassin invite les autres Etats concernés à participer à la régularisation.

Article 8

Si la régularisation proposée soulève des objections, les Etats intéressés s'efforcent de parvenir à un accord. Faute de parvenir à un accord dans un délai raisonnable, les Etats intéressés recherchent une solution conformément au chapitre 6 des Règles d'Helsinki.

Article 9

L'application des présents articles à la régularisation aux fins de la lutte contre les inondations est sans préjudice de l'application des articles pertinents sur la lutte contre les inondations adoptés par l'Association de droit international en 1972.

Les articles ci-dessus portent sur des questions traitées dans d'autres chapitres du présent projet d'articles, mais ils illustrent les interactions entre la question à l'examen et les autres.

D. — Article proposé

140. La place qu'occupe la régularisation des fleuves et des lacs dans les accords internationaux atteste l'importance que les Etats attachent à la question. Reconnaissant l'importance du rôle joué par la régularisation des cours d'eau internationaux, le Rapporteur spécial soumet l'article ci-après à l'examen de la Commission.

HUITIÈME PARTIE

RÉGULARISATION DES COURS D'EAU
INTERNATIONAUX

*Article 25. — Régularisation des cours d'eau
internationaux*

1. Les Etats du cours d'eau coopèrent afin d'identifier les besoins et les possibilités en matière de régularisation des cours d'eau internationaux.

2. En l'absence d'accord contraire, les Etats du cours d'eau participent, sur une base équitable, à la construction et à l'entretien ou, le cas échéant, au financement des ouvrages de régularisation qu'ils ont pu convenir d'entreprendre, individuellement ou conjointement.

Commentaires

1) Le *paragraphe 1* représente une application concrète de l'obligation générale de coopérer énoncée à l'article 9 du projet d'articles. En demandant aux Etats du cours d'eau de coopérer en matière de régularisation, cette disposition affirme le rôle essentiel de la régularisation dans la mise en valeur des cours d'eau internationaux.

2) Le *paragraphe 2* énonce une règle supplétive visant les cas dans lesquels les Etats du cours d'eau sont convenus d'entreprendre des travaux de régularisation, mais n'ont pas prévu comment les charges seraient réparties entre eux. Les mots « participent sur une base équitable » représentent une application de l'article 6 du projet d'articles et signifieraient, dans la pratique, que les Etats du cours d'eau tirant avantage de tel ou tel projet doivent contribuer proportionnellement aux

²¹⁰ Voir le deuxième rapport du Comité du droit international sur les ressources en eau, relatif à la régularisation du débit des cours d'eau internationaux, *loc. cit.* (*supra* n. 205), p. 362 et suiv.

travaux de construction et à l'entretien des ouvrages. De l'avis du Rapporteur spécial, le terme « équitable » signifie également que ces contributions ne seraient exigées que dans la mesure où l'Etat du cours d'eau concerné en aurait financièrement les moyens²¹¹.

3) La Commission souhaitera peut-être se demander s'il faudrait inclure à l'article 1^{er} du projet d'articles une définition du terme « régularisation ». On pourrait

prendre pour modèle la définition figurant à l'article 1^{er} des articles adoptés par l'Association du droit international (v. *supra* par. 139) ou le texte ci-après proposé par M. Schwebel, dans son troisième rapport :

Aux fins du présent article, on entend par « régulation » l'utilisation d'ouvrages hydrauliques ou l'application d'autres mesures de caractère continu visant à modifier le débit des eaux d'un cours d'eau international à des fins utiles²¹².

²¹¹ Les banques multilatérales de développement auraient souvent un rôle à jouer dans ces cas-là.

²¹² Doc. A/CN.4/348 (v. *supra* n. 16), par. 389, par. 3 du projet d'article 12 (Régulation des cours d'eau internationaux).

Conclusions

141. Ayant examiné dans le présent rapport les trois questions — risques et dangers liés à l'eau ; rapports entre les utilisations aux fins de la navigation et les utilisations à d'autres fins ; et régularisation des cours d'eau internationaux — qu'il a inscrites au calendrier des travaux prévus pour 1989, le Rapporteur spécial se propose de traiter dans son sixième rapport qu'il soumettra en 1990 les autres aspects du sujet. Le calendrier étant ainsi respecté, la Commission devrait être en mesure d'achever la première lecture de l'ensemble du projet d'articles d'ici à la fin du mandat actuel de ses membres, en 1991.

ANNEXE

Traités cités dans le présent rapport*

ABRÉVIATIONS

<i>BFSP</i>	<i>British and Foreign State Papers</i>
<i>Textes législatifs</i>	Nations Unies, Série législative, <i>Textes législatifs et dispositions de traités concernant l'utilisation des fleuves internationaux à des fins autres que la navigation</i> (numéro de vente : 63.V.4).
Doc. A/5409	« Problèmes juridiques posés par l'exploitation et l'utilisation des fleuves internationaux », rapport du Secrétaire général, reproduit dans <i>Annuaire... 1974</i> , vol. II (2 ^e partie), p. 37.
Doc. A/CN.4/274	« Problèmes juridiques posés par l'utilisation des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation », rapport supplémentaire du Secrétaire général, reproduit dans <i>Annuaire... 1974</i> , vol. II (2 ^e partie), p. 291.

* Les traités sont classés dans l'ordre chronologique, par continent.

AFRIQUE

Sources

<i>Union sud-africaine-Portugal</i>	SDN, <i>Recueil des Traités</i> , vol. LXX, p. 315 ; résumé dans A/5409, par. 96 à 99.
Accord concernant l'utilisation des eaux de la rivière Kunene en vue d'installations de forces hydrauliques, d'inondation et d'irrigation dans le territoire sous mandat du Sud-Ouest africain (Le Cap, 1 ^{er} juillet 1926)	
<i>République arabe unie-Soudan</i>	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 453, p. 51 ; résumé dans A/5409, par. 108 à 113.
Accord relatif à la pleine utilisation des eaux du Nil (Le Caire, 8 novembre 1959) et Protocole relatif à la création de la Commission technique mixte permanente de la République arabe unie et du Soudan (Le Caire, 17 janvier 1960)	<i>Textes législatifs</i> , p. 148.

Sources

- Haute-Volta, Mali, Mauritanie, Niger, Sénégal et Tchad* Doc. A/9178.
Convention portant création du Comité permanent inter-Etats de lutte contre la sécheresse dans le Sahel (Ouagadougou [Haute-Volta], 12 septembre 1973)
- Bénin, Cameroun, Côte d'Ivoire, Guinée, Haute-Volta, Mali, Niger, Nigéria et Tchad* Nations Unies, *Traité concernant l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation : Afrique*, Ressources naturelles/Série Eau n° 13 (numéro de vente : E/F.84.II.A.7), p. 56.
Convention portant création de l'Autorité du bassin du Niger (Faranah [Guinée], 21 novembre 1980)

AMÉRIQUE

- Grande-Bretagne-Etats-Unis d'Amérique* *BFSP 1908-1909*, vol. 102, p. 137; *Textes législatifs*, p. 260, n° 79; résumé dans A/5409, par. 154 à 167.
Traité relatif aux eaux limitrophes et aux questions relatives à la frontière entre le Canada et les Etats-Unis d'Amérique (Washington [D. C.], 11 janvier 1909)
- Etats-Unis d'Amérique-Mexique* Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 3, p. 313; résumé dans A/5409, par. 211 à 216.
Traité relatif à l'utilisation des eaux du Colorado, de la Tijuana et du Rio Grande (Rio Bravo) depuis Fort-Quitman (Texas) jusqu'au golfe du Mexique (Washington [D. C.], 3 février 1944), et Protocole complémentaire (14 novembre 1944)
- Canada-Etats-Unis d'Amérique* Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 542, p. 245; résumé dans A/5409, par. 188 à 200.
Traité relatif à la mise en valeur des ressources hydrauliques du bassin du fleuve Columbia (Washington [D.C.], 17 janvier 1961)
- Etats-Unis d'Amérique-Canada* Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 607, p. 141; résumé dans A/CN.4/274, par. 78 à 82.
Accord concernant la création d'un tribunal international d'arbitrage chargé de régler les réclamations des Etats-Unis relatives au barrage du Gut (Ottawa, 25 mars 1965)
- Brésil, Argentine, Bolivie, Paraguay et Uruguay* Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 875, p. 3; résumé dans A/CN.4/274, par. 60 à 64.
Traité du bassin du Río de la Plata (Brasília, 23 avril 1969)

ASIE

- Iraq-Turquie* Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 37, p. 227; résumé dans A/5409, par. 341 à 346.
Traité d'amitié et de bon voisinage et Protocole annexe n° 1 relatif à la régularisation des eaux du Tigre et de l'Euphrate et de leurs affluents (Ankara, 29 mars 1946)
- URSS-République populaire de Chine* *Textes législatifs*, p. 280, n° 87; résumé dans A/5409, par. 318 à 320.
Accord sur les recherches à entreprendre en commun en vue de déterminer les ressources naturelles du bassin de l'Amour et de dégager les possibilités de mise en valeur de son potentiel de production, ainsi que sur les opérations de planification et les enquêtes destinées à préparer un programme d'exploitation à fins multiples de l'Argoun et de l'Amour supérieur (Beijing, 18 août 1956)
- URSS-Iran* Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 457, p. 161.
Traité relatif à la frontière soviéto-iranienne et au mode de règlement des conflits et incidents de frontière (Moscou, 14 mai 1957)

Sources

- URSS-Afghanistan*
 Traité relatif au régime de la frontière soviéto-afghane (Moscou, 18 janvier 1958)
 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 321, p. 77 ; résumé dans A/5409, par. 386 à 398.
- Népal-Inde*
 Accord relatif au projet d'utilisation des eaux du Gandak pour l'irrigation et la production d'énergie (Katmandou, 4 décembre 1959)
Textes législatifs, p. 295, n° 96 ; résumé dans A/5409, par. 347 à 354.
- Inde-Pakistan-BIRD*
 Traité de 1960 sur les eaux de l'Indus (Karachi, 19 septembre 1960)
 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 419, p. 125 ; résumé dans A/5409, par. 356 à 361.
- EUROPE
- Belgique-Pays-Bas*
 Convention pour régler l'écoulement des eaux des Flandres (Gand, 20 mai 1843)
Textes législatifs, p. 541, n° 155 ; résumé dans A/5409, par. 701 à 706.
- Suisse-Autriche-Hongrie*
 Traité pour le redressement du Rhin dès l'embouchure de l'Ill, en amont, jusqu'à l'entrée du fleuve dans le lac de Constance, en aval (Vienne, 20 décembre 1892)
BFSP, 1891-1892, vol. 84, p. 690 ; *Textes législatifs*, p. 489, n° 141 ; résumé dans A/5409, par. 810 à 817.
- Pays-Bas-Prusse*
 Convention concernant la Dinkel et la Vechte (Berlin, 17 octobre 1905)
 E. Descamps et L. Renault, *Recueil international des traités du XX^e siècle, année 1905*, Paris, p. 865 ; résumé dans A/5409, par. 647 à 652.
- Allemagne-Pologne*
 Accord concernant l'administration du secteur frontière de la Warthe et le trafic de ce secteur (Poznan, 16 février 1927)
 SDN, *Recueil des Traités*, vol. LXXI, p. 369.
- Autriche-Tchécoslovaquie*
 Traité concernant la réglementation des questions juridiques relatives à la frontière décrite par l'article 27, alinéa 6, du Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Autriche, signé à Saint-Germain-en-Laye le 10 septembre 1919 (Prague, 12 décembre 1928)
 SDN, *Recueil des Traités*, vol. CVIII, p. 9 ; résumé dans A/5409, par. 891 et 892.
- Pologne-URSS*
 Accord relatif au régime de la frontière polono-soviétique (Moscou, 8 juillet 1948)
 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 37, p. 25 ; résumé dans A/5409, par. 953
- URSS-Hongrie*
 Traité relatif au régime de la frontière soviéto-hongroise (Moscou, 24 février 1950)
Textes législatifs, p. 823, n° 226 ; résumé dans A/5409, par. 597 à 606.
- URSS-Hongrie*
 Convention relative aux mesures à prendre en vue de prévenir les inondations et de régulariser le régime des eaux de la Tisza à la zone frontière soviéto-hongroise (Oujgorod, 9 juin 1950)
Textes législatifs, p. 827, n° 227 ; résumé dans A/5409, par. 866 à 870

Sources

- Pologne-République démocratique allemande*
Accord concernant la navigation sur les eaux frontières ainsi que l'utilisation et la conservation de ces eaux (Berlin, 6 février 1952)
Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 304, p. 131 ; résumé dans A/5409, par. 907 à 914.
- URSS-Roumanie*
Convention concernant les mesures à prendre en vue de prévenir les inondations et de régulariser le régime des eaux du Prut (Kichinev, 25 décembre 1952)
Textes législatifs, p. 923, n° 251 ; résumé dans A/5409, par. 791.
- Tchécoslovaquie-Hongrie*
Accord sur la réglementation de questions techniques et économiques concernant les cours d'eau limitrophes (Prague, 16 avril 1954)
Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 504, p. 234 ; résumé dans A/5409, par. 536 à 542.
- Yougoslavie-Roumanie*
Accord relatif à la gestion des eaux sur les ouvrages hydrotechniques et les cours d'eau qui se trouvent à la frontière entre les deux pays ou sont traversés par celle-ci ; avec en annexe le statut de la Commission yougoslavo-roumaine de gestion des eaux (Bucarest, 7 avril 1955)
Textes législatifs, p. 928, n° 253 ; résumé dans A/5409, par. 548 à 555.
- Yougoslavie-Hongrie*
Accord relatif au régime des eaux, avec en annexe le statut de la Commission yougoslavo-hongroise d'hydroéconomie (Belgrade, 8 août 1955)
Textes législatifs, p. 830, n° 228 ; résumé dans A/5409, par. 543.
- Italie-Suisse*
Convention au sujet de la régularisation du lac de Lugano (Lugano, 17 septembre 1955)
Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 291, p. 213 ; résumé dans A/5409, par. 721 à 728.
- Hongrie-Autriche*
Convention réglant les questions d'hydroéconomie dans la zone frontière (Vienne, 9 avril 1956)
Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 438, p. 123 ; résumé dans A/5409, par. 566 à 581.
- France-République fédérale d'Allemagne*
Traité sur le règlement de la question sarroise (Luxembourg, 27 octobre 1956)
Textes législatifs, p. 658, n° 179 ; résumé dans A/5409, par. 996 à 1001.
- URSS-Tchécoslovaquie*
Traité relatif au régime de la frontière soviéto-tchécoslovaque et au mode de règlement des incidents de frontière (Moscou, 30 novembre 1956)
Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 266, p. 244 ; résumé dans A/5409, par. 1013 à 1019.
- Yougoslavie-Albanie*
Accord réglant les questions d'hydroéconomie, avec, en annexe, le statut de la Commission albanoyougoslave d'hydroéconomie et avec le Protocole concernant la pêche dans les lacs et les cours d'eau limitrophes (Belgrade, 5 décembre 1956)
Textes législatifs, p. 441, n° 128, résumé dans A/5409, par. 498 à 502.
- URSS-Roumanie*
Accord étendant les dispositions de la Convention de 1952 concernant les mesures à prendre en vue de prévenir les inondations et de régulariser le régime des eaux du Prut à la Tisza, à la Suceava et au Siret et à leurs affluents, ainsi qu'aux canaux d'irrigation et de drainage formant la frontière roumano-soviétique ou la traversant (Bucarest, 31 juillet 1957)
Résumé dans A/CN.4/274, par. 156.

Sources

- Tchécoslovaquie-Pologne*
Accord relatif à l'hydroéconomie des eaux frontières (Prague, 21 mars 1958)
Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 538, p. 89 ; résumé dans A/CN.4/274, par. 157 à 163.
- Yougoslavie-Bulgarie*
Accord relatif aux questions de l'hydroéconomie (Sofia, 4 avril 1958)
Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 367, p. 89 ; résumé dans A/5409, par. 511 à 518.
- URSS-Norvège-Finlande*
Accord relatif à la régulation du lac Inari au moyen de la centrale hydroélectrique et du barrage de Kaitakoski (Moscou, 29 avril 1959)
Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 346, p. 167 ; résumé dans A/5409, par. 447 à 452.
- Pays-Bas-République fédérale d'Allemagne*
Traité concernant le tracé de la frontière terrestre commune, les eaux frontières, les biens fonciers situés à proximité de la frontière, le passage de la frontière sur terre et par les eaux intérieures, ainsi que d'autres questions frontalières (Traité de la frontière) [La Haye, 8 avril 1960]
Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 508, p. 15 ; résumé dans A/5409, par. 915 à 927.
- Belgique-Pays-Bas*
Traité au sujet de l'amélioration du canal de Terneuzen à Gand et du règlement de quelques questions connexes (Bruxelles, 20 juin 1960)
Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 423, p. 19 ; résumé dans A/5409, par. 1009 à 1012.
- Finlande-URSS*
Traité relatif au régime de la frontière d'Etat finlando-soviétique et au mode de règlement des incidents de frontière (Helsinki, 23 juin 1960)
Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 379, p. 277 ; résumé dans A/5409, par. 944.
- URSS-Pologne*
Traité relatif au régime de la frontière d'Etat soviéto-polonaise ainsi qu'à la coopération et l'assistance mutuelle pour les questions de frontière (Moscou, 15 février 1961)
Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 420, p. 161 ; résumé dans A/CN.4/274, par. 178 à 193.
- Grèce-Turquie*
Protocole aux fins d'une liquidation des différends sur l'exécution des travaux hydrauliques d'aménagement du lit du fleuve Meriç-Evros sur les deux rives (Ankara, 19 janvier 1963)
Résumé dans A/CN.4/274, par. 206 à 210.
- Hongrie-Roumanie*
Traité relatif au régime de la frontière d'Etat hongaro-roumaine et à la coopération en ce qui concerne les questions de frontière (Budapest, 13 juin 1963)
Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 576, p. 275 ; résumé dans A/CN.4/274, par. 216 à 227.
- Bulgarie-Grèce*
Accord pour la coopération dans l'utilisation des eaux des fleuves traversant les deux pays (Athènes, 9 juillet 1964)
Résumé dans A/CN.4/274, par. 269 à 272.
- Pologne-URSS*
Accord relatif à l'hydroéconomie des eaux frontières (Varsovie, 17 juillet 1964)
Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 552, p. 175 ; résumé dans A/CN.4/274, par. 273 à 278.

Sources

- Autriche-Tchécoslovaquie*
Traité sur le règlement de questions économiques relatives aux eaux frontalières (Vienne, 7 décembre 1967)
Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 728, p. 313 ;
résumé dans A/CN.4/274, par. 282 à 296.
- France-République fédérale d'Allemagne*
Convention au sujet de l'aménagement du Rhin entre Strasbourg/ Kehl et Lauterbourg/Neuburgweier (Paris, 4 juillet 1969)
Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 760, p. 305.
- Finlande-Suède*
Accord relatif aux fleuves frontières (Stockholm, 16 septembre 1971)
Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 825, p. 191 ;
résumé dans A/CN.4/274, par. 307 à 321.

Conventions générales

- Convention et Statut sur le régime des voies navigables d'intérêt international (Barcelone, 20 avril 1921)
SDN, *Recueil des Traités*, vol. VII, p. 35.
- Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969)
Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.
- Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer (Montego Bay, Jamaïque, 10 décembre 1982)
Documents officiels de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, vol. XVII (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.84.V.3), p. 157, doc. A/CONF.62/122.

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

[Point 7 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/423*

**Cinquième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables
déroulant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international,
par M. Julio Barboza, rapporteur spécial**

*[Original : anglais, espagnol, français]
[25 avril 1989]*

TABLE DES MATIÈRES

<i>Sections</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Pages</i>
I. INTRODUCTION	1-15	146
A. Considérations préliminaires	1	146
B. La notion de risque	2-15	146
II. ARTICLES RÉVISÉS PROPOSÉS POUR LE CHAPITRE I ^{ER} (DISPOSITIONS GÉNÉRALES) ET LE CHAPITRE II (PRINCIPES) DU PROJET	16	148
III. COMMENTAIRES RELATIFS AUX ARTICLES RÉVISÉS PROPOSÉS POUR LES CHAPITRES I ET II	17-71	150
A. Article 1 ^{er} (Champ d'application des présents articles)	18-26	150
B. Article 2 (Expressions employées)	27-34	151
C. Article 3 (Détermination d'obligations)	35-37	151
D. Article 4 (Relations entre les présents articles et d'autres accords internationaux)	38	152
E. Article 5 (Absence d'effets sur les autres règles du droit international)	39-54	152
1. Considérations préliminaires	39	152
2. Le jeu des deux responsabilités (responsabilité objective et responsabilité pour faits illicites)	40-54	152
F. Article 6 (La liberté d'action et ses limites)	55-59	154
G. Article 7 (La coopération)	60-63	154
H. Article 8 (La prévention)	64-68	155
I. Article 9 (La réparation)	69-71	156
IV. ARTICLES 10 À 12 PROPOSÉS POUR LE CHAPITRE III DU PROJET (NOTIFICATION, INFORMATION ET ENVOI D'UN AVERTISSEMENT PAR L'ÉTAT AFFECTÉ) — PREMIÈRE ÉTAPE DU PROCESSUS CONDUISANT À LA PRÉVENTION ET À L'ÉTABLISSEMENT D'UN RÉGIME	72	156
V. COMMENTAIRES GÉNÉRAUX RELATIFS AUX ARTICLES 10 À 12 DU CHAPITRE III	73-95	157
A. Considérations générales	73-78	157
B. La pratique internationale	79-95	158
VI. COMMENTAIRES PARTICULIERS AUX ARTICLES 10 À 12 DU CHAPITRE III	96-106	160
A. Article 10 (Evaluation, notification, information)	96-101	160
1. Alinéas <i>a</i> , <i>b</i> et <i>c</i>	97-98	160
2. Alinéa <i>d</i>	99-101	160
B. Article 11 (Procédure de protection de la sécurité nationale ou des secrets industriels)	102-105	161
C. Article 12 (Envoi d'un avertissement par l'Etat présumé affecté)	106	161
VII. ARTICLES 13 À 17 PROPOSÉS POUR LE CHAPITRE III DU PROJET — MESURES POSTÉRIEURES À LA NOTIFICATION	107	162

* Incorporant les documents A/CN.4/423/Corr.1 et Corr.2.

<i>Sections</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Pages</i>
VIII. COMMENTAIRES GÉNÉRAUX RELATIFS AUX ARTICLES 13 À 17 DU CHAPITRE III	108-121	162
A. Considérations générales	108	162
B. La mise en œuvre de la nouvelle activité doit-elle être ajournée ou non	109-116	163
C. Les activités existantes	117-121	163
IX. COMMENTAIRES RELATIFS À CHACUN DES ARTICLES 13 À 17 DU CHAPITRE III	122-148	164
A. Article 13 (Délai de réponse à la notification. Obligation de l'Etat d'origine)	122-123	164
B. Article 14 (Réponse à la notification)	124	164
C. Article 15 (Absence de réponse à la notification)	125	164
D. Article 16 (Obligation de négociation)	126-147	165
E. Article 17 (Absence de réponse à l'avertissement prévu à l'article 12)	148	167

I. — Introduction

A. — Considérations préliminaires

1. Le débat que la Commission du droit international a consacré au sujet à sa précédente session¹, ainsi que celui de la Sixième Commission, à la quarante-troisième session de l'Assemblée générale², ont été très fructueux. Le présent Rapporteur spécial estime qu'après ces deux importants débats la CDI pourra s'engager dans la bonne voie.

B. — La notion de risque

2. Dans son quatrième rapport³, le Rapporteur spécial proposait d'avoir recours à la notion de « risque » pour limiter la portée du projet. Il est naturel de chercher à circonscrire le sujet, faute de quoi il risquerait de se fragmenter et il serait alors difficile de lui appliquer une méthode uniforme.

3. Un texte juridique peut néanmoins combiner deux types distincts de responsabilité, pourvu que leurs limites internes soient claires. Cela se passe fréquemment en droit interne, lorsque, selon la voie choisie, deux types différents de responsabilité peuvent s'appliquer à un seul et même comportement. Dans le domaine des accidents du travail, par exemple, certaines législations internes prévoient un type de responsabilité objective de l'employeur, de sorte qu'en cas d'accident celui-ci doit verser, qu'il y ait eu faute ou non de sa part, une indemnité pour laquelle on fixe un certain plafond. Il arrive parfois que l'indemnité soit tout à fait insuffisante pour compenser le dommage effectivement subi par l'employé, auquel cas, si ce dernier estime disposer de preuves suffisantes pour démontrer la faute de son employeur, il peut choisir de suivre la voie ordinaire pour chercher à obtenir une indemnité

plus importante, étant entendu qu'il doit alors se soumettre aux règles du droit commun en matière de preuves.

4. La limite imposée par la notion de « risque » permettrait de circonscrire le sujet de façon à éviter en particulier l'écueil de diverses formes de responsabilité « absolue » qui impliqueraient que tout dommage transfrontière devrait donner lieu à indemnisation. Le Rapporteur spécial continue de penser que ce type de responsabilité exige un degré de solidarité qui ne se rencontre que dans des sociétés beaucoup plus intégrées que la communauté internationale actuelle.

5. C'est ce que l'on va examiner d'un peu plus près. Sur le terrain de la responsabilité, le droit, en dernière instance, se trouve contraint de trancher une question impossible à éluder : à qui incombe la responsabilité du dommage qui s'est produit ? Pour répondre à cette question, il faut commencer par chercher qui est le fautif, au sens large, car c'est à lui de réparer. Toutefois, si l'acte précis qui a entraîné le dommage n'implique aucune culpabilité, c'est celui qui a entrepris l'activité dans le cadre de laquelle s'insère l'acte en question qui sera tenu à réparation, normalement parce que c'est lui qui tire avantage de l'activité ou qu'il est le propriétaire de la chose dangereuse, et que c'est lui qui a introduit le danger. Telle est la base de la théorie du « risque » qui, telle que l'entend le Rapporteur spécial, fait intervenir une sorte de « faute originelle » — qu'il a appelée « péché originel » dans l'un de ses rapports⁴ —, car cette « faute » ou ce « péché » se situe *ab initio*, c'est-à-dire à l'origine même de l'activité. C'est à cause d'elle que l'entrepreneur assume la responsabilité de la réparation lorsque le risque créé par son activité se matérialise et qu'un accident se produit. On l'a appelée « faute conditionnelle » car de virtuelle elle ne devient effective que s'il y a survenance de l'accident dont on considère que l'entrepreneur est « fautif », parce qu'il est à l'origine de l'activité, même s'il n'y a eu aucune faute de sa part, en l'espèce.

¹ Voir le résumé du débat de la CDI à sa quarantième session dans *Annuaire... 1988*, vol. II (2^e partie), p. 9 et suiv., par. 21 à 102.

² Voir « Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats de la Sixième Commission sur le rapport de la CDI durant la quarante-troisième session de l'Assemblée générale » (A/CN.4/L.431), sect. B.

³ *Annuaire... 1988*, vol. II (1^{re} partie), p. 253, doc. A/CN.4/413.

⁴ Afin de ne pas utiliser la notion de « faute » qui risque de compliquer les choses en matière de responsabilité internationale. Voir le troisième rapport du Rapporteur spécial, *Annuaire... 1987*, vol. II (1^{re} partie), p. 52, doc. A/CN.4/405, par. 16.

6. Mais il existe un troisième cas de figure : il peut arriver que la balance ne penche ni d'un côté ni de l'autre quant à la faute, comme cela se passerait si le dommage était produit non pas par une activité mais par un acte isolé, indépendamment de la volonté de l'agent, ou par une chose qui n'est normalement pas dangereuse. Dans le cas de figure précédent, la faute (réelle ou fictive) associée à un acte était liée à une activité alors qu'ici ce lien n'existe même pas.

7. Néanmoins certaines législations internes cherchent à éviter qu'une victime innocente, qui n'a absolument rien fait pour écoper du dommage, subisse le préjudice. Une solution possible consiste à faire porter la responsabilité soit à celui qui a agi, même s'il n'y a eu aucune faute de sa part, soit au propriétaire de la chose qui a causé le dommage, bien que celle-ci ne soit normalement pas dangereuse. Même si la balance penche à peine d'un côté et même si le déséquilibre ne peut pas être mesuré en termes de faute, il suffit qu'il puisse être constaté pour entraîner l'imputation de la responsabilité. Or, c'est en fait cette dernière forme de responsabilité, que l'on pourrait appeler responsabilité « absolue », que le Rapporteur spécial a voulu éviter en introduisant la notion d'« activités à risque » dans son quatrième rapport.

8. Toutefois cette façon de circonscrire le sujet en faisant appel à la notion de risque laissait subsister une inconnue : faut-il ou non maintenir dans le champ du sujet les activités polluantes dont les effets cumulatifs finissent par causer un dommage transfrontière appréciable ? le Rapporteur spécial a traité cette question dans son quatrième rapport auquel il renvoie le lecteur⁵.

9. La difficulté avec ce type d'activités tient à ce que leurs effets polluants et, partant, le dommage qu'elles produisent sont normalement prévisibles puisqu'ils en sont une conséquence inéluctable. Si une industrie utilise certains produits notoirement polluants et s'il existe certaines conditions connues, elles aussi, le dommage transfrontière se produira inmanquablement. Or, si le dommage n'est plus une éventualité mais une certitude, on peut difficilement parler de risque.

10. Néanmoins, dans son quatrième rapport, le Rapporteur spécial tranchait en faveur de l'inclusion de ce type d'activités dans le champ du sujet, puisque si celui-ci englobait les activités à risque, ou susceptibles de causer des dommages, il devait *a fortiori* englober celles qui en causeraient inmanquablement un. Cette argumentation, qui prenait appui sur l'intitulé très général du sujet (« activités qui ne sont pas interdites... ») permettait de conclure que ces activités devaient être retenues, même s'il ne s'agissait pas à strictement parler d'activités « à risque », puisqu'elles ne faisaient l'objet en droit international général d'aucune interdiction qui aurait impliqué leur exclusion du sujet⁶.

11. La CDI et la Sixième Commission ont toutefois répugné à accepter la notion de « risque » sous la forme

employée dans le quatrième rapport⁷. Cette notion a néanmoins été retenue pour la prévention, car si une activité ne présente aucun danger, on voit mal comment on pourrait demander à un Etat de prendre des mesures de précaution à son égard.

12. Le Rapporteur spécial actuel ne peut, dans ce cas, méconnaître l'important courant d'opinion qui s'est manifesté à la CDI, jugeant préférable de ne pas avoir recours à la notion de « risque » pour limiter le champ du sujet, et il estime que ce point de vue peut être pris en compte dans les dispositions du projet. Il estime aussi que tout dommage ne donnera pas lieu à indemnisation en vertu du projet (même si cela peut être le cas en vertu d'un autre instrument) et qu'on ne tombera pas dans l'écueil de la responsabilité absolue si l'on s'en tient à certaines notions existant déjà dans le projet d'articles, par exemple, la notion d'« activité » par opposition à celle d'« acte ». La Commission s'est déjà montrée favorable, lors du débat sur le deuxième rapport du Rapporteur spécial⁸, à l'adoption de la terminologie figurant dans le titre français du sujet, c'est-à-dire au remplacement du terme « actes » par celui d'« activités »⁹.

13. Cette position n'est toutefois pas sans incidence sur la question de la portée du sujet, car, dans l'une de ses acceptions, le terme « responsabilité » vise les conséquences de certains comportements¹⁰. Dans ce sens, la notion de « responsabilité » ne s'applique pas aux activités, mais uniquement aux actes auxquels l'on peut

⁷ L'opinion exprimée par le représentant de l'Autriche devant la Sixième Commission est significative à cet égard :

« [...] Il ne faut pas oublier non plus que la notion de responsabilité pour des activités qui ne sont pas interdites par le droit international se rapporte en réalité à deux situations fondamentalement différentes, qui demandent à être abordées différemment. Il peut s'agir d'activités dangereuses comportant un risque de conséquences désastreuses en cas d'accident, mais dont le fonctionnement normal n'engendre pas d'effets préjudiciables pour d'autres Etats ou l'ensemble de la communauté internationale. Ce n'est donc qu'en cas d'accident que la question de la responsabilité se poserait. Par définition cette responsabilité doit être absolue et stricte et n'admettre aucune exception.

« Toutefois les travaux de la Commission se rapportent aussi à une situation foncièrement différente, à savoir les effets transfrontières à long terme sur l'environnement. Dans ce cas, le risque d'accident n'est qu'un aspect mineur du problème. C'est dans leur fonctionnement normal que certaines activités industrielles ou productrices d'énergie nuisent à l'environnement d'autres Etats. Par ailleurs, le dommage ne provient pas d'une seule source identifiable comme dans le cas d'activités dangereuses. Ces émissions ont été généralement acceptées pendant longtemps parce que tous les Etats en produisaient et que leurs conséquences nocives n'étaient ni bien connues ni évidentes. C'est parce qu'on s'est rendu compte de leur influence nocive que l'on a fini par ne plus les accepter. A cet égard, la responsabilité s'exerce sur deux plans : d'une part, comme dans le cas des activités dangereuses, elle doit couvrir le risque d'accident ; d'autre part, et c'est là sa fonction essentielle, elle doit aussi couvrir le dommage important que le fonctionnement normal d'une activité cause au territoire d'un autre Etat. La responsabilité pour risque doit donc être liée à la responsabilité pour activité préjudiciable. » (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-troisième session, Sixième Commission, 27^e séance*, par. 37 et 38.)

⁸ *Annuaire... 1986*, vol. II (1^{re} partie), p. 149, doc. A/CN.4/402.

⁹ *Annuaire... 1986*, vol. II (2^e partie), p. 61, par. 216.

¹⁰ Que ce soit en raison d'une violation (illicéité) ou parce que la condition nécessaire à sa mise en œuvre s'est produite (le dommage, dans la responsabilité objective).

⁵ Doc. A/CN.4/413 (v. *supra* n. 3), par. 8 à 15.

⁶ *Ibid.*, par. 10.

attribuer des conséquences juridiques, parce que la causalité trouve son origine dans des actes ponctuels et spécifiques, et non dans des activités. Un certain résultat concret, qui correspond à la notion juridique de dommage, peut, en remontant la chaîne causale, conduire à l'acte humain déterminé qui l'a provoqué¹¹. Cette notion ne peut cependant pas s'appliquer avec la même rigueur à une « activité », qui est un ensemble d'actes, une ou plusieurs séries de comportements humains orientés dans un certain sens.

14. Les conséquences susmentionnées ont, si l'on veut, l'acception classique du terme « responsabilité »¹². Mais en parlant de responsabilité du fait d'activités, on a à l'esprit quelque chose de très différent des conséquences d'actes¹³. La responsabilité est liée au caractère

¹¹ Dans son deuxième rapport le Rapporteur spécial s'exprime comme suit :

« [...] On en revient ainsi aux difficultés soulevées par l'intitulé du sujet et à la distinction entre « actes » et « activités ». Le Rapporteur spécial pense, comme il l'a déjà dit [...] que la version française est la bonne et que c'est elle qui donne au sujet sa portée véritable. Selon le mandat défini par l'Assemblée générale, la Commission doit traiter des conséquences préjudiciables découlant d'activités non interdites par le droit international. Les activités se manifestent par des comportements complexes et variés, qui s'imbriquent et finissent par se confondre [...]. » (Doc. A/CN.4/402 [v. *supra* n. 8], par. 68.)

Une activité licite peut aussi bien donner lieu à des actes licites susceptibles de causer un dommage et d'entraîner certaines conséquences que des actes illicites violant certaines obligations ; on pense à cet égard aux actes, commis dans le cadre d'activités licites, qui violent des obligations de prévention. Mais cela est une autre histoire.

¹² De plus, selon une thèse qui se veut rigoureuse, la notion de « responsabilité » (*liability*) ne peut s'appliquer qu'à la branche du droit traitant des conséquences de la violation d'obligations, et il est préférable d'appeler « garanties » les obligations que le droit impose aux entrepreneurs pour leurs activités à risque. Selon le Rapporteur spécial, c'est ce qui a incité dans le passé certains membres de la Commission à soutenir que la responsabilité était indissociable de l'illicéité. Or, si tel était le cas, toutes les branches du droit interne de nombreux pays portant sur la responsabilité pour risque, responsabilité sans faute, responsabilité objective, *strict or absolute liability*, etc., reposeraient sur une erreur monumentale. Malgré leur intitulé, elles ne traiteraient pas en fait de la responsabilité, attendu qu'il n'existe aucune violation d'obligation donnant naissance à cette responsabilité.

¹³ Le terme « responsabilité » a une autre acception qui est capitale pour le sujet à l'étude. Goldie dit, à propos de ses diverses acceptions :

« La notion de *responsibility* implique donc que l'on supporte les conséquences de sa conduite telles qu'elles résultent des devoirs de

de l'activité, de sorte que les actes isolés du troisième cas de figure commenté plus haut (par. 6) n'entreraient pas dans le champ du sujet. Pour que le régime envisagé dans les présents articles s'applique à certains actes, ceux-ci doivent être indissociablement liés à une activité qui, comme on le verra, doit être une activité à risque ou avoir des effets nocifs (art. 1^{er}). Les dommages causés par des actes isolés échappent au champ du projet, et l'on évite, en fin de compte, l'écueil de l'« omniresponsabilité » contre lequel on achoppait dans le troisième cas de figure.

15. L'intitulé du sujet signifie donc « obligations liées aux conséquences préjudiciables d'activités non interdites par le droit international », et englobe les deux acceptions du terme « responsabilité ». Pour que ces activités puissent être poursuivies, il est nécessaire de convenir d'un régime qui prévoie pour les Etats d'origine et les Etats affectés des obligations et des garanties qui établissent un juste équilibre entre les intérêts en jeu et, en l'absence d'un régime particulier applicable à telle ou telle activité, un régime général qui serait celui prévu dans les présents articles et qui poserait l'obligation d'informer, de notifier, de négocier un régime et de négocier en vue d'une éventuelle réparation, sur la base de certains critères, des dommages produits.

l'homme vivant en société. En second lieu, elle permet de situer le rôle du défendeur qui est la « partie à laquelle est imputable » le dommage subi. [...] » (Extrait cité dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial, doc. A/CN.4/402 [v. *supra* n. 8], note 10.)

Le terme *responsibility* est pris dans ces deux acceptions aux paragraphes 1 et 2 de l'article 139 de la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer. Il a été considéré comme équivalent au français « responsabilité », au sens de « responsabilités et obligations qui en découlent », le terme *liability* correspondant à l'« obligation de réparer ». L'expression *responsibility and liability* a été rendue en français par « obligation de veiller au respect de la Convention et responsabilité en cas de dommages ». Voir le rapport préliminaire du précédent Rapporteur spécial, R. Q. Quentin-Baxter, *Annuaire... 1980*, vol. II (1^{re} partie), p. 246 et 247, doc. A/CN.4/334 et Add.1 et 2, note 17.

Dans la première acception, le terme « responsabilité » renvoie à l'ensemble des obligations primaires qui régissent une activité. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que, dans l'optique de la responsabilité objective, on préfère prendre comme élément de référence non pas l'acte mais l'activité, afin de soumettre cette dernière à une réglementation qui en permette la poursuite grâce à l'établissement d'obligations primaires à la charge de ceux qui la mènent. Ces obligations primaires entrent en jeu, comme on l'a vu à plusieurs reprises, lorsque le dommage se produit.

II. — Articles révisés proposés pour le chapitre I^{er} (Dispositions générales) et le chapitre II (Principes) du projet

16. Le Rapporteur spécial propose donc, pour remplacer les dix premiers projets d'articles renvoyés au Comité de rédaction¹⁴, de nouveaux textes qui tiennent compte des observations les plus importantes, faites lors des débats susmentionnés (par. 1) de la CDI et de la Sixième Commission.

CHAPITRE I^{ER}

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. — Champ d'application des présents articles

Les présents articles s'appliquent aux activités qui s'exercent sur le territoire d'un État ou en d'autres lieux

¹⁴ Voir *Annuaire... 1988*, vol. II (2^e partie), p. 9, par. 22.

placés sous sa juridiction, reconnue par le droit international, ou en l'absence d'une telle juridiction, sous son contrôle, lorsque les conséquences physiques de ces activités causent ou comportent un risque appréciable de causer des dommages transfrontières pendant la période où elles s'exercent.

Article 2. — Expressions employées

Aux fins des présents articles :

a) i) Le terme « risque » s'entend du risque résultant de l'utilisation de choses qui, de par leurs propriétés physiques, qu'elles soient considérées en elles-mêmes ou du fait du lieu, du milieu ou de leur mode d'utilisation, sont susceptibles, pendant la période où elles sont utilisées et quelles que soient les précautions prises à leur sujet, de causer un dommage transfrontière ;

ii) L'expression « risque appréciable » désigne un risque pouvant être décelé par un simple examen de l'activité et des choses utilisées aux fins de cette activité, du fait du lieu, de l'environnement ou du mode d'utilisation, et s'entend aussi bien d'une faible probabilité de dommage transfrontière très important [désastreux] que d'une forte probabilité de dommages mineurs appréciables ;

b) On entend par « activités à risque » les activités visées à l'alinéa a, dans lesquelles le dommage est contingent, et par « activités ayant des effets nocifs » celles qui produisent des dommages transfrontières appréciables pendant la période où elles s'exercent ;

c) L'expression « dommage transfrontière » désigne les effets qui sont la conséquence physique des activités visées à l'article 1^{er} et qui causent un préjudice appréciable, sur le territoire d'un autre Etat ou en des lieux placés sous sa juridiction ou son contrôle, à des personnes ou à des choses, à l'usage ou à la jouissance de zones données, ou à l'environnement, que les Etats concernés aient ou non des frontières communes. Aux fins des présents articles, l'expression « dommage transfrontière » s'entend toujours d'un « dommage appréciable » ;

d) L'expression « Etat d'origine » désigne l'Etat dont relève le territoire ou sous la juridiction ou le contrôle duquel se trouvent les lieux où s'exercent les activités visées à l'article 1^{er} ;

e) L'expression « Etat affecté » désigne l'Etat sur le territoire ou sous la juridiction duquel des personnes ou des choses, l'usage ou la jouissance de zones, ou l'environnement font ou risquent de faire l'objet de dommages appréciables.

Article 3. — Détermination d'obligations

1. L'Etat d'origine est tenu des obligations que prévoient les présents articles dès lors qu'il sait ou possède les moyens de savoir qu'une activité visée à l'article 1^{er} s'exerce ou est sur le point de s'exercer sur son territoire ou en d'autres lieux placés sous sa juridiction ou son contrôle.

2. Sauf preuve contraire, l'Etat d'origine est présumé savoir ou posséder les moyens de savoir comme prévu au paragraphe 1 ci-dessus.

Article 4. — Relations entre les présents articles et d'autres accords internationaux

Si les Etats parties aux présents articles sont aussi parties à un autre accord international relatif aux activités visées à l'article 1^{er}, les présents articles s'appliquent entre lesdits Etats, sous réserve des dispositions de cet autre accord international.

Article 5. — Absence d'effets sur les autres règles du droit international

VARIANTE A

Le fait que les présents articles ne visent pas expressément les cas où un dommage transfrontière se produit en conséquence d'un acte ou d'une omission illicite de l'Etat d'origine est sans préjudice de l'application de toute autre règle du droit international.

VARIANTE B

Les présents articles sont sans préjudice de toute autre règle du droit international qui pose la responsabilité à raison de dommages transfrontières résultant d'un fait illicite.

CHAPITRE II

PRINCIPES

Article 6. — La liberté d'action et ses limites

La liberté souveraine des Etats d'exercer ou de permettre que soient exercées des activités humaines sur leur territoire ou en d'autres lieux placés sous leur juridiction ou leur contrôle doit être compatible avec la sauvegarde des droits qui découlent de la souveraineté des autres Etats.

Article 7. — La coopération

Les Etats coopèrent de bonne foi entre eux et avec l'aide des organisations internationales compétentes pour tenter d'éviter que les activités visées à l'article 1^{er} qui s'exercent sur leur territoire ou en d'autres lieux placés sous leur juridiction ou leur contrôle ne causent des dommages transfrontières. Si de tels dommages se produisent, l'Etat d'origine doit coopérer avec l'Etat affecté afin d'en minimiser les effets. En cas de dommage causé accidentellement, l'Etat affecté coopère également, si possible, avec l'Etat d'origine en ce qui concerne les effets nocifs survenus sur le territoire de ce dernier ou en d'autres lieux placés sous sa juridiction ou son contrôle.

Article 8. — La prévention

Les Etats d'origine prennent les mesures voulues pour éviter les dommages transfrontières ou, le cas échéant, pour en minimiser le risque. A cette fin, ils mettent en œuvre, en fonction de leurs capacités, les moyens les

mieux adaptés dont ils disposent en ce qui concerne les activités visées à l'article 1^{er}.

Article 9. — La réparation

Dans la mesure où cela est compatible avec les présents articles, l'Etat d'origine doit réparer le dommage

appréciable causé par une activité visée à l'article 1^{er}. Cette réparation est déterminée par voie de négociation entre l'Etat d'origine et l'Etat ou les Etats affectés, lesquels se fondent en principe sur les critères énoncés dans les présents articles, compte tenu en particulier du fait que la réparation doit viser à rétablir l'équilibre des intérêts affectés par le dommage.

III. — Commentaires relatifs aux articles révisés proposés pour les chapitres I et II

17. Les commentaires relatifs aux articles reproduits ci-dessus ont pour objet principal d'expliquer les modifications apportées.

A. — Article 1^{er} (Champ d'application des présents articles)

18. Les mots « sur le territoire d'un Etat » indiquent le retour à la notion de territoire s'ajoutant aux notions de juridiction et de contrôle. Cela n'est pas, à strictement parler, nécessaire, car si une activité a lieu sur le territoire d'un Etat, elle relèvera normalement de sa juridiction. Il peut cependant être utile de souligner que la notion de « juridiction » utilisée dans les articles se réfère également à d'autres lieux situés hors du territoire de l'Etat.

19. On a utilisé les mots « juridiction, reconnue par le droit international » pour ne pas aller à l'encontre de la position selon laquelle la juridiction sur le territoire n'est pas « octroyée » par le droit des gens, mais qu'elle est la conséquence de la souveraineté originaire de l'Etat. Certains ont été d'avis qu'il n'était pas nécessaire de préciser que la juridiction devait être conforme au droit international, mais le Rapporteur spécial préfère conserver cette expression pour différencier nettement ce cas de celui où, en l'absence de juridiction légitime, la totalité ou une partie du territoire d'un Etat se trouve sous le contrôle d'un autre Etat.

20. En espagnol, le mot *lugares* (« lieux ») remplace le mot *ámbitos* (« espaces »), surtout parce qu'il a été traduit en anglais par le mot *spheres*, qui n'est pas usuel. Le mot anglais *places* serait plus juste. En tout état de cause, le terme « lieux » est suffisamment souple pour inclure de petites superficies comme un navire, un avion ou un vaisseau spatial, à partir duquel une activité peut causer un dommage transfrontière.

21. On a supprimé l'adjectif « effectif » après le mot « contrôle », eu égard à l'opinion selon laquelle un contrôle qui ne serait pas effectif ne serait pas un contrôle.

22. Les mots *a lo largo de su desarrollo* (« pendant la période où elles s'exercent »), qui figuraient seulement à l'article 2, al. a, à propos du risque, sont introduits dans cet article parce qu'ils sont conformes à l'idée d'une responsabilité liée plus à des activités qu'à des actes. Dans le cas d'activités à risque, on est à peu près

sûr qu'un dommage appréciable peut se produire au bout d'un certain temps, et, dans le cas d'activités qui ont des effets nocifs, la formule utilisée permet de désigner, comme on le souhaite, un dommage qui peut commencer à se manifester dès le début et persister, ou bien un dommage cumulatif qui ne se produit pas immédiatement mais pendant la période où l'activité s'exerce.

23. La formule « causent ou comportent un risque appréciable de causer des dommages transfrontières » vise à englober les activités à risque et les activités qui produisent des effets nocifs. On a conservé l'idée de « risque appréciable » qui est acceptée dans la pratique internationale¹⁵. Il est difficile de comprendre l'exigence de prévention si le risque n'est pas « appréciable », ainsi qu'il est défini à l'article 1^{er}. En outre, quand il s'agit d'activités qui produisent généralement des effets nocifs, on considère que ces effets sont facilement prévisibles.

24. Il convient de souligner que la prévention ne peut être exigée que si le « risque appréciable » est susceptible de causer un « dommage appréciable ». On ne saurait se montrer trop strict dans un domaine où les limites ne sont pas très bien définies, comme c'est le cas pour les risques et les dommages « appréciables », mais il faut, en principe, que cet adjectif soit appliqué aux deux notions.

25. La notion de « dommage appréciable », formulée dès l'article 1^{er}, est le seul type de dommage méritant d'être pris en considération dans le projet à l'examen. Un dommage moindre est, comme on l'a vu, dépourvu de pertinence. On utilise l'adjectif « appréciable » tant pour le risque que pour le dommage parce qu'il semble exprimer un seuil de tolérance adéquat, compte tenu de l'incertitude qui existe, on le sait, quant à ses limites exactes. Avec cette même réserve, on pourrait préférer les adjectifs « significatif », « important » ou « substantiel », qui donnent l'idée de seuils plus élevés, mais cela, estime le Rapporteur spécial, n'est pas souhaitable ; toutefois le choix en revient à la Commission.

26. C'est aussi l'adjectif « appréciable » qui est utilisé à propos du « dommage » dans le projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (dénommé

¹⁵ Pour plus de précisions, voir le quatrième rapport du Rapporteur spécial, doc. A/CN.4/413 (v. *supra* n. 3), par. 24 à 31 et note 9.

ci-après « projet relatif aux cours d'eau internationaux »)¹⁶, et, même si l'uniformité n'est pas obligatoire, il semble que les ressemblances qui existent entre le sujet à l'étude et celui des cours d'eau justifient l'opinion selon laquelle il est souhaitable d'harmoniser leur terminologie.

B. — Article 2 (Expressions employées)

27. La formule, à l'alinéa *a*, i, « et quelles que soient les précautions prises à leur sujet » vise à exprimer la caractéristique essentielle de la responsabilité pour risque, c'est-à-dire l'absence de faute et le caractère non pertinent, dans ces cas-là, de la « diligence due ». Les observations faites au cours des débats sur la question de savoir s'il fallait inclure les activités dont il est peu probable qu'elles produisent un dommage important, sont prises en considération à l'alinéa *a*, ii, relatif au « risque appréciable ». On utilise l'expression « dommages mineurs appréciables » pour indiquer que les dommages, bien que mineurs, doivent cependant être appréciables. Le Rapporteur spécial est prêt à accepter que les dommages d'importance majeure soient qualifiés de dommages « très importants », « désastreux » ou même « catastrophiques », pour autant que les termes employés donnent l'idée d'un dommage de grande ampleur. En outre, il faut signaler qu'il existe des activités — les activités nucléaires par exemple — qui offrent les deux possibilités : risque élevé de dommages courants pendant l'exploitation normale, et faible risque d'accidents désastreux.

28. L'alinéa *b* énonce une réserve pour certaines activités qui produisent des dommages, comme des activités polluantes ayant des effets nocifs (*with harmful effects*, en anglais). Il s'agit donc d'activités qui ne sont pas purement nocives et qui sont finalement autorisées parce que leur utilité est plus grande que le dommage produit.

29. Il convient également d'apporter quelques précisions en ce qui concerne l'alinéa *c*.

30. Le « dommage transfrontière » est le préjudice que subit un Etat en tant que conséquence physique des activités visées à l'article 1^{er}. Les mots « causent un préjudice appréciable » expriment l'idée que le seul dommage qui entre en ligne de compte en la matière est celui qui dépasse le seuil de tolérance fixé par le terme « appréciable ».

31. Le mot « lieux » est à nouveau employé à l'alinéa *c* pour indiquer que le dommage transfrontière peut affecter non seulement le territoire d'un Etat mais aussi d'autres zones — qui, comme on l'a vu (par. 20), peuvent être de faibles dimensions — sur lesquelles cet Etat exerce une juridiction reconnue par le droit international. Dans la zone économique exclusive, par exemple, une plate-forme, ou une île artificielle, ou les navires de l'Etat côtier peuvent être endommagés par suite d'activités menées soit par des navires d'un autre Etat, soit à partir de la terre ferme (à partir du terri-

toire d'un autre Etat, bien entendu), soit encore à partir d'un avion enregistré dans un autre Etat, etc. Un cas de dommage transfrontière, mineur mais certain, serait celui du navire d'un Etat dont l'activité cause un dommage à un navire d'un autre Etat lorsqu'ils se trouvent en haute mer. Ce qui est important ici, c'est l'élément « interjuridictionnel ».

32. Le cas du lieu ou du territoire placé « sous contrôle » d'un autre Etat présente certaines difficultés. Une première réaction serait de refuser le caractère d'« Etat affecté » à l'Etat qui exerce un contrôle sur ce territoire en contravention du droit international, afin que l'on ne puisse établir aucune équivalence entre ce contrôle et la juridiction légale. Cela reviendrait toutefois à laisser les habitants du territoire sans protection internationale, même si un dommage était causé à leur santé ou à leurs biens, à l'usage ou à la jouissance de zones données ou à l'environnement. Il y a dans ce cas deux possibilités : l'une est de ne reconnaître la qualité d'« Etat affecté » à l'Etat qui exerce le contrôle que dans la mesure où il est responsable de certains devoirs internationaux à l'égard de la population, dans le domaine des droits de l'homme par exemple ; l'autre est de reconnaître cette qualité au titulaire de la juridiction, c'est-à-dire soit à l'Etat à qui elle revient légitimement, soit à l'organisme qui a été institué comme son représentant — tel le Conseil des Nations Unies pour la Namibie dans le cas de l'ancien territoire du Sud-Ouest africain.

33. Dans la définition du dommage, on a ajouté au préjudice causé à des personnes ou à des choses, à l'usage ou à la jouissance de zones données celui qui est causé à l'« environnement ». On pouvait bien sûr considérer que l'environnement était inclus dans la définition antérieure, mais on a jugé que l'environnement est un sujet de préoccupation si important aujourd'hui qu'il ne pouvait être absent de la définition du dommage ; on l'a donc mentionné afin qu'il ne subsiste aucun doute quant au fait qu'il est également protégé par le présent projet.

34. Quant à l'alinéa *d*, il confère la responsabilité non seulement à l'Etat du territoire, comme cela va de soi, mais aussi à l'Etat qui exerce la juridiction ou, en l'absence de juridiction, le contrôle sur un autre lieu. Il est naturel qu'il en soit ainsi, parce qu'on ne peut pas exempter de responsabilité celui qui est fautif en raison même de sa faute.

C. — Article 3 (Détermination d'obligations)

35. Le titre précédent de l'article 3 « L'attribution » est remplacé par le titre « Détermination d'obligations ». On fait observer qu'en employant ici le mot « attribution » on lui conférerait le sens qu'il a dans le projet d'articles sur la responsabilité des Etats, alors qu'il faut faire la distinction entre ces deux domaines.

36. Il semble que cette observation se justifie. Le mot « attribution » est utilisé dans la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats¹⁷ pour

¹⁶ Voir l'article 8 (Obligation de ne pas causer de dommages appréciables), adopté provisoirement par la Commission à sa quarantième session (*Annuaire... 1988*, vol. II [2^e partie], p. 37).

¹⁷ *Annuaire... 1980*, vol. II (2^e partie), p. 29 et suiv.

désigner l'imputation d'un fait à un Etat. Dans la deuxième partie de ce projet, où le protagoniste est l'Etat lésé — l'Etat auquel on attribue certains droits et facultés — le mot « attribution » n'est pas employé. Cela étant, si « attribution » signifie simplement « imputation de faits », il ne convient pas de l'utiliser dans le domaine à l'étude, parce qu'il ne paraît pas exact de dire que ce que l'on impute ou que l'on attribue à un Etat est une certaine activité, encore moins un fait, mais bien certaines obligations en tant que conséquence de la conduite d'une activité donnée sur son territoire ou dans des lieux placés sous sa juridiction ou son contrôle. En outre, ces obligations sont de caractère primaire, à la différence des obligations secondaires figurant dans la première partie du projet sur la responsabilité des Etats.

37. Le paragraphe 2 suppose qu'un Etat sait ou possède les moyens de savoir qu'une activité visée à l'article 1^{er} s'exerce sur son territoire ou en d'autres lieux placés sous sa juridiction ou son contrôle, et que c'est à lui qu'il appartient de prouver le contraire. Bien que la preuve *a contrario* ait été qualifiée en procédure de « preuve diabolique », car il est très difficile de prouver qu'un certain fait n'a pas eu lieu ou qu'une certaine chose ou qualité n'existe pas, elle n'est pas, en l'occurrence, si difficile à faire : il suffit qu'un Etat indique, par exemple le nombre et les caractéristiques des navires et des avions dont il dispose par rapport aux zones qu'il doit surveiller, afin que l'on puisse juger s'ils sont suffisants pour détruire la présomption contraire ; il ne faut pas oublier en effet que la connaissance que l'on attribue à un Etat de tout ce qui se passe sur son territoire n'est en soi qu'une présomption.

D. — Article 4 (Relations entre les présents articles et d'autres accords internationaux)

38. L'article 4 est l'un des cinq projets d'articles présentés à l'origine par le précédent Rapporteur spécial, le regretté R. D. Quentin-Baxter¹⁸. Il n'a pas donné lieu à des objections majeures et se réfère aux rapports existants entre la convention-cadre envisagée et les accords relatifs à des activités spécifiques, qui sont régis par des principes très semblables à ceux dont s'inspirent les présents articles. Le formule « sous réserve des dispositions de cet autre accord international » se fonde sur le paragraphe 2 de l'article 30 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités¹⁹, qui a trait à l'application de traités successifs sur un même sujet.

E. — Article 5 (Absence d'effets sur les autres règles du droit international)

1. CONSIDÉRATIONS PRÉLIMINAIRES

39. L'article 5, également rédigé par le précédent Rapporteur spécial, n'a pas suscité beaucoup d'observations. Toutefois le texte proposé à la quarantième session par un membre de la Commission²⁰ pourrait

exprimer peut-être plus clairement la même idée ; c'est pourquoi le Rapporteur spécial estime bon de soumettre ce texte, en tant que variante B de l'article 5, à l'examen de la Commission. En tout état de cause, la relation entre la responsabilité objective et la responsabilité pour faits illicites mérite d'être étudiée plus à fond, surtout à la lumière du débat intéressant qui a eu lieu, en 1988, sur le sujet du droit relatif aux cours d'eau internationaux comme il est indiqué ci-après (par. 41).

2. LE JEU DES DEUX RESPONSABILITÉS (RESPONSABILITÉ OBJECTIVE ET RESPONSABILITÉ POUR FAITS ILLICITES)

40. On a déjà vu que la coexistence au sein d'un même système d'un régime de responsabilité pour faits illicites et d'un régime de responsabilité objective est parfaitement concevable. Outre l'exemple des accidents de travail déjà cités (par. 3), il convient de mentionner l'affaire de la *Fonderie de Trail (Trail Smelter)*²¹, dans laquelle le tribunal arbitral avait imposé au Canada un double régime de responsabilité. D'une part, le tribunal avait prescrit certaines mesures de prévention que la fonderie devait prendre et qui, selon lui, devaient être suffisantes pour que les émissions de fumées cessent de causer des dommages dans l'Etat de Washington et, d'autre part, il avait décidé que, si ces mesures ne suffisaient pas et si un dommage appréciable se produisait, le Canada aurait à réparer le préjudice causé.

41. Lors de l'examen, à sa précédente session du projet d'articles relatif aux cours d'eau internationaux, la Commission a longuement débattu de l'article 16 [17] ayant trait à la pollution des cours d'eau²². Le paragraphe 2 de cet article se lisait comme suit :

2. Les Etats du cours d'eau ne causent ni ne permettent la pollution d'un [système de] cours d'eau international d'une manière ou dans une mesure susceptible de causer un dommage appréciable aux autres Etats du cours d'eau ou à l'écologie de ce [système de] cours d'eau international.

Ce texte a donné lieu à un débat sur la question de savoir s'il ne s'agissait pas, en l'occurrence, d'une responsabilité objective (*strict liability*) et sur l'argument selon lequel la ligne de démarcation entre les deux types de responsabilité n'était, de toute manière, pas bien fixée en droit²³.

42. Pour sa part, le Rapporteur ne pense pas qu'il en soit ainsi. Bien que la ligne de démarcation entre les deux régimes de responsabilité soit parfois ténue, la distinction reste claire : il suffit de garder à l'esprit les concepts qui régissent l'une et l'autre de ces responsabilités et qui sont nettement différents. Dans le cas présent, il s'agit de l'obligation d'empêcher la survenance d'un événement, comme prévu à l'article 23 de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats²⁴. La violation de telles obligations ne se produit,

²¹ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1905.

²² Cet article a été renvoyé en 1988 au Comité de rédaction, pour le texte, voir *Annuaire... 1988*, vol. II (2^e partie), p. 28, note 73.

²³ *Ibid.*, p. 30 et 31, par. 160.

²⁴ Voir le texte et le commentaire de l'article 23 (Violation d'une obligation internationale requérant de prévenir un événement donné) dans *Annuaire... 1978*, vol. II (2^e partie), p. 91 et suiv.

¹⁸ *Annuaire... 1984*, vol. II (2^e partie), p. 79, par. 237.

¹⁹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

²⁰ *Annuaire... 1988*, vol. I, p. 34, 2048^e séance, par. 8 (M. Eiriksson).

selon le même article, que « si, par le comportement adopté, l'Etat n'assure pas ce résultat ». Naturellement, si l'événement (c'est-à-dire le dommage appréciable causé par la pollution du cours d'eau) ne se produit pas, personne n'ira vérifier si les moyens employés pour le prévenir étaient ou non suffisants. Si le résultat voulu est atteint (la prévention de l'événement), il n'y a pas eu violation de l'obligation et il n'y a donc pas examen des moyens employés ou du comportement adopté.

43. Que se passera-t-il, en revanche, si le résultat n'est pas évité et si un dommage appréciable est causé ? C'est là qu'on retrouve la ligne ténue mais nette qui sépare les deux régimes de responsabilité. Dans ce cas — et selon le commentaire de l'article 23 susmentionné — il faudra examiner les moyens employés pour éviter l'événement donné, afin de déterminer s'il y a eu violation de l'obligation et, par conséquent, illicéité. Si l'on constate que l'Etat, par un comportement différent, aurait pu éviter le résultat, il y a eu violation de l'obligation ; sinon il n'y a pas eu une telle violation. Selon la Commission,

[...] L'Etat ne peut évidemment être tenu qu'à s'opposer par son action à l'éventualité d'un tel événement — qu'à faire échec, pour autant que cela dépende de lui, à la survenance de cet événement. [...] ²⁵

44. Cela est fondamental, et c'est là que réside la différence entre la responsabilité pour faits illicites et la responsabilité objective : dans le régime de cette dernière, quel que soit le degré de diligence, même le degré maximal, la réparation est la conséquence inévitable du dommage causé. C'est pourquoi le droit anglo-saxon l'appelle « responsabilité stricte » ou « absolue » (encore qu'il y ait, on le sait, des nuances entre la responsabilité « stricte » et la responsabilité « absolue »). Bien qu'il soit très dangereux de parler de « faute » dans ce domaine, les législations internes ont l'habitude d'appeler aussi ce régime celui de la responsabilité « sans faute » (au sens large), c'est-à-dire que le fait d'avoir agi conformément ou non aux règles de la prévention ne change pas l'attribution de la responsabilité.

45. Que se passerait-il si des Etats d'un cours d'eau étaient parties à la fois à l'accord intéressant ce cours d'eau et aux présents articles ? Si un dommage se produisait, il faudrait déterminer si les mesures que réclame ordinairement la « diligence due » ont été prises. Si elles ne l'ont pas été, il y aurait violation de l'obligation et, par conséquent, illicéité : la réparation serait donc exigée.

46. Si, par contre, les meilleurs moyens dont dispose l'Etat ont été mis en jeu, il n'y aurait pas de violation de l'obligation et, par conséquent, pas de fait illicite. On pourrait faire jouer ici la responsabilité objective, et comme, dans ce cas, la réparation relève plus de la « réparation des coûts » que de la *restitutio in integrum*, il conviendrait de réduire le montant à acquitter en tenant compte au premier chef des dépenses encourues. Dans le projet à l'étude, ces sommes peuvent être fixées par voie de négociation, c'est-à-dire en recourant au mécanisme prévu pour ce type de situation.

47. En réalité, dans les cas ordinaires de pollution, il n'est guère concevable de se retrancher derrière la

« diligence due » ; il serait en effet étonnant qu'un résultat indéniablement imputable à une activité déterminée, dont l'Etat d'origine aurait connaissance, se produise sans que l'on ait eu connaissance des causes provoquant le dommage. On sait habituellement que certains éléments entrant dans certaines opérations sont un facteur de pollution. S'agissant par exemple des cours d'eau, il n'y aurait donc en pratique que deux possibilités : soit *a*) que l'on ait omis d'user, pour une activité déterminée, de la diligence due afin de maintenir les effets polluants au-dessous du seuil de tolérance (dommage appréciable), auquel cas il y aurait violation de l'obligation et, partant, illicéité, soit *b*) que l'on ait utilisé tous les moyens voulus pour prévenir le dommage, mais qu'un accident se soit néanmoins produit et, en conséquence, un dommage appréciable ayant des effets nocifs pour l'Etat ou les Etats affectés du [système de] cours d'eau ; dans ces cas, il y a responsabilité objective et obligation de réparer.

48. Cet exemple illustre ce qui se passerait avec la convention projetée — en l'absence de toute autre convention imposant une responsabilité pour faits illicites dans certains cas —, suivant la forme que l'on donnerait à l'obligation de prévention prévue à l'article 8. S'il s'agissait d'une obligation de résultat, l'effet en serait analogue à celui qu'aurait l'existence des deux conventions, à cela près que les deux régimes (celui de la responsabilité pour faits illicites et celui de la responsabilité objective) coexisteraient au sein d'un même instrument. Il en résulterait qu'en cas de dommage né d'un manquement aux obligations de prévention on se trouverait en présence d'une responsabilité pour faits illicites avec tout ce qui en découle ; et qu'en cas de dommage survenu en dépit du respect desdites obligations la responsabilité objective entrerait en jeu, également avec toutes ses règles et conséquences.

49. D'aucuns ont considéré que cette solution était incompatible avec le mandat de la Commission, qui est de traiter de la responsabilité pour les actes « non interdits ». Outre que cette apparente contradiction a laissé indifférents de nombreux membres, il semble que ce raisonnement vaut lorsqu'on traite d'« actes » mais non lorsqu'on traite d'« activités » : il faudrait, dans le cadre de ce mandat, traiter des conséquences de certains actes illicites, qui se trouvent être inextricablement liés à une activité non interdite. L'activité resterait permise et seul l'« acte » dommageable devrait cesser.

50. La solution qui, paradoxalement, serait la moins dure pour l'Etat d'origine serait l'institution d'un régime unique, celui de la responsabilité objective (*strict liability*), fonctionnant comme suit : la prévention, au lieu de constituer une obligation distincte, serait une simple résultante de l'effet dissuasif de l'obligation de réparer qui est inhérente au régime de la responsabilité objective. Les dispositions de l'article 8 viendraient simplement compléter l'obligation de coopérer, et leur non-exécution n'aurait pas de conséquence (à cela près que si un dommage survenait, l'accomplissement des obligations de prévention vaudrait à ses auteurs une certaine réduction de la compensation due). Cette solution présenterait également l'avantage : *a*) de ne pas qualifier d'illicite un comportement étatique ; *b*) d'instituer un mécanisme de détermination

²⁵ *Ibid.*, p. 93, par. 6 du commentaire de l'article 23.

des obligations aisément utilisable; c) d'exiger une réparation qui viserait uniquement à rétablir l'équilibre des intérêts, au lieu de s'orienter vers un critère de réparation intégrale du dommage; d) de ne pas imposer, enfin, la cessation de l'acte — dont les effets seraient néanmoins réparés —, ce qui permettrait parfois de parvenir à une solution plus souple.

51. Si ce dernier avantage peut apparaître comme une licence accordée à l'Etat d'origine de continuer à causer le dommage moyennant paiement d'une redevance, on doit avoir présent à l'esprit le double fait que l'obligation d'indemniser lui imposera une certaine contrainte et que les présents articles prévoient aussi un système de consultation et la création d'un régime spécial régissant l'activité en cause qui pourront, le cas échéant, mener à l'interdiction de cette activité en application du principe de l'équilibre des intérêts.

52. Au lieu de l'obligation de « diligence due », qui semble être celle visée à l'article 16 [17] du projet relatif aux cours d'eau (v. *supra* par. 41), on aurait certes pu imposer une obligation de comportement. On aurait pu exiger l'application des « normes internationales acceptées » (*accepted international standards*), s'il en existait. On aurait également pu réglementer l'introduction de certaines substances toxiques dans les systèmes de cours d'eau, en liaison avec l'évacuation des déchets industriels par exemple, comme on l'a fait pour d'autres domaines dans divers instruments internationaux²⁶.

53. Bien que ses effets puissent se révéler tout autres dans la pratique, la violation de cette obligation de comportement entraînerait, théoriquement, du moins, et sans attendre que se produise le dommage, toutes les conséquences de l'illicéité et, partant, la cessation de l'acte qui est à l'origine du dommage, l'annulation de ses conséquences, le rétablissement du *statu quo ante* et, enfin, la mise en jeu de toutes les dispositions de l'article 6 de la deuxième partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats²⁷.

54. On ne peut pas non plus écarter la possibilité d'un recours, par les Etats affectés, à certaines mesures visant à contraindre l'Etat d'origine à s'acquitter de son obligation de comportement avant, bien entendu, que ne se produise un quelconque dommage matériel. L'imposition d'un pareil régime ne serait pas davantage incompatible avec celui de la responsabilité objective, qui pourrait être applicable en cas d'accident survenu en dépit du respect des « normes internationales acceptées ».

F. — Article 6 (La liberté d'action et ses limites)

55. On a simplement cherché à faire mention, à l'article 6, de la liberté de l'Etat d'autoriser les activités visées dans l'article, plutôt qu'à la stipuler parce que certains ont jugé qu'elle était évidente. La mention, dans le texte précédent, du seul territoire a été élargie

aux « lieux » placés sous la juridiction ou le contrôle de l'Etat, encore que, dans le quatrième rapport, cette interprétation ait été implicite dans l'énoncé d'un principe aussi général. Le reste de l'article est resté inchangé.

56. L'article 6 s'inspire du principe 21 de la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement (Déclaration de Stockholm)²⁸; on a toutefois recherché une formule plus large, qui ne soit pas liée à la notion d'exploitation des ressources naturelles. Le principe 21 énonce pour l'essentiel une certaine liberté et en définit les limites. L'article 6 exprime lui aussi les deux aspects de la souveraineté: d'une part, la liberté qu'a l'Etat de mener les activités de son choix à l'intérieur de son territoire et, d'autre part, l'intangibilité de ce territoire à l'égard des effets extérieurs. Le mot clef en l'occurrence est le mot « compatible », ce qui signifie qu'il n'y a ni liberté ni intangibilité absolue et qu'il faut rendre ces deux notions compatibles en trouvant un juste équilibre.

57. Cette exigence permet de fixer le seuil au-dessous duquel le dommage doit être toléré; on concède à l'Etat la liberté d'agir sur son territoire, au détriment de l'intangibilité territoriale, mais cette liberté ne doit pas dépasser une certaine limite, à savoir qu'il ne doit s'agir que d'une simple nuisance ou d'un dommage non appréciable. C'est là une des manières d'harmoniser les deux notions en jeu.

58. Les obligations qui pèseront sur l'Etat d'origine sont une autre manière de rendre les deux éléments compatibles: à la liberté de mener ou d'autoriser des activités sur son territoire doivent s'opposer certaines obligations de prévention et de réparation.

59. Il va de soi aussi que parmi les droits découlant de la souveraineté des Etats figurent ceux qui touchent à l'intégrité des personnes et des choses, ainsi qu'à l'usage ou à la jouissance de zones déterminées et à l'environnement du territoire.

G. — Article 7 (La coopération)

60. L'article 7 tente d'énoncer de manière plus précise que le texte proposé dans le quatrième rapport les obligations qui découlent du principe de coopération, en disant qu'il y a obligation de coopérer pour prévenir tout effet nocif, ainsi que pour contrôler ces effets et pour les minimiser dès lors qu'ils se sont produits. Il ne fait pas mention de l'obligation de réparer, parce que celle-ci découle, non pas de l'obligation de coopérer, mais de celle de rétablir l'équilibre entre les intérêts qui a été détruit.

61. L'article 7 se réfère aux deux types d'activités visés à l'article 1^{er}. En cas d'activités à risque, la coopération prévue devra viser à minimiser le risque pour essayer d'empêcher l'accident qui causerait le dommage; en cas d'activités ayant des effets nocifs, elle devra tendre à ce que ces effets restent en dessous du seuil du dommage

²⁶ P. ex. le Protocole de Montréal du 16 septembre 1987, relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, PNUE, Nairobi, 1987.

²⁷ *Annuaire...* 1985, vol. II (2^e partie), p. 20, note 66.

²⁸ *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), 1^{re} partie, chap. 1^{er}.

appréciable. Un texte qui consacre le principe de la coopération ne peut manquer de faire mention des organisations internationales, qui ont pour objet principal de promouvoir la coopération entre les Etats pour atteindre les fins en vue desquelles elles ont été créées. On sait que plusieurs d'entre elles, ou certains de leurs programmes, seraient particulièrement aptes à aider les Etats dans les domaines de leur compétence. Au sein du système des Nations Unies, il convient de citer à titre d'exemple des organisations telles que l'OMI, l'AIEA, l'OMS, l'OMM, le PNUE, et d'autres encore, telles que l'OCDE, auxquelles l'Etat d'origine devrait obligatoirement s'adresser pour obtenir leur concours. Il va de soi que l'obligation ainsi faite à l'Etat d'origine ne jouerait pas automatiquement, mais seulement dans les cas où elle s'imposerait. C'est pour cette raison que le Rapporteur spécial a préféré en faire mention dans le cadre d'un principe général, celui de la coopération, plutôt que sous forme d'obligation précise.

62. On ne pourra en fait considérer que l'Etat d'origine a satisfait à l'obligation de coopérer pour essayer d'éviter un dommage appréciable s'il a omis de demander le concours d'une organisation déterminée dans le cas particulier où ce concours aurait pu se révéler utile. La coopération devra également viser à pallier les effets d'un dommage appréciable lorsqu'il est déjà survenu. Elle devra s'exercer, autant que possible, dans les deux sens : de l'Etat d'origine vers l'Etat affecté, et inversement. Cela signifie que si l'Etat affecté en a les moyens — si, par exemple, il dispose d'une technologie plus avancée — il devra lui aussi aider l'Etat d'origine à pallier les effets nocifs d'une activité déterminée sur son territoire. Cette coopération, comme il est indiqué dans le quatrième rapport²⁹, ne sera pas nécessairement gratuite ; ce qui importe, c'est que les moyens de remédier aux dommages causés par l'accident sur son propre territoire ou de les minimiser ne soit pas refusés à l'Etat d'origine du simple fait qu'il est l'Etat d'origine. La notion de coopération suppose donc que l'on ne saisira pas l'occasion pour rechercher des avantages politiques ou pour donner libre cours à une quelconque rivalité.

63. C'est sur la première partie de l'article que se fondent les obligations d'information, de notification et de consultation à l'égard de l'Etat affecté. Comme on l'a déjà dit, ces obligations ont une fin de prévention, puisque la participation de l'Etat affecté permettra de coordonner les efforts des deux parties. Elles servent aussi et peut-être même davantage à encourager la création éventuelle d'un régime régissant l'activité considérée. Informer l'Etat présumé affecté et lui donner notification équivaut à le faire participer à l'appréciation conjointe de la nature et des effets de l'activité en cause, appréciation qui permettra de décider s'il est nécessaire de créer un régime pour rétablir l'équilibre des intérêts. Il s'agit donc d'obligations « tendant à » l'institution d'un régime, pour autant que ce dernier soit nécessaire afin d'éviter qu'une partie ne soit lésée tandis que l'autre partie bénéficie du « transfert » (externalisation) des coûts « internes » d'une entreprise, c'est-à-dire les frais engagés pour prévenir les dommages.

H. — Article 8 (La prévention)

64. L'article 8 (ancien article 9) énonce le principe de la prévention³⁰. Le texte précédent disait que les Etats « prennent toutes les mesures de prévention raisonnables pour éviter ou minimiser les dommages... », alors que, selon le libellé actuel, les Etats sont tenus de prendre « les mesures voulues pour éviter les dommages transfrontières ou, le cas échéant, en minimiser le risque ».

65. Cette obligation n'est pas absolue puisqu'il est dit dans la phrase suivante que « A cette fin, ils mettent en œuvre, en fonction de leurs capacités, les moyens les mieux adaptés dont ils disposent... ». C'est à ceux qui mènent l'activité en cause, qu'il s'agisse de particuliers ou de l'Etat, qu'il appartiendra de mettre en œuvre les moyens les mieux adaptés dont ils disposent. Cette formule nouvelle remplace l'expression « toutes les mesures de prévention raisonnables » qui a été jugée vague ou insuffisante.

66. Les Etats devront en outre promulguer les lois et règlements administratifs nécessaires pour transformer cette obligation en règles de droit interne et assurer le respect des normes pertinentes du droit interne. Cela signifie que, lorsque les activités en cause sont le fait de l'Etat ou de l'un de ses organes ou entreprises, c'est à eux qu'il incombera de prendre les mesures de prévention nécessaires. Si, en revanche, les activités sont menées par des personnes physiques ou morales privées, c'est aux particuliers, et non à l'Etat, qu'il appartiendra de prendre concrètement les mesures de prévention requises, l'Etat étant tenu pour sa part de poser l'obligation de prévention en droit interne et d'en assurer le respect.

67. Il faut enfin tenir compte d'un point extrêmement important, à savoir la situation spéciale des pays en développement, lesquels ont, à ce jour, le plus souffert de la pollution généralisée de la planète, alors qu'ils y ont le moins contribué. C'est dans cet esprit que le Rapporteur spécial a jugé bon de préciser, à propos des moyens à mettre en œuvre en vue de l'adoption des mesures nécessaires, que les Etats les prendront « en fonction de leurs capacités » et qu'il s'agira de moyens « dont ils disposent ».

68. On a déjà vu, à propos de l'article 5, que trois possibilités s'offrent au projet en matière de prévention. Si l'on opte pour une responsabilité objective, les obligations de prévention se confondent avec celles de réparation. Dans ce cas, les dispositions de l'article 8 devraient être considérées comme une forme de coopération, sans que la violation des obligations y énoncées entraîne de sanctions judiciaires.

³⁰ On retrouve un énoncé analogue au paragraphe 1 de l'article 194 de la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer (*Documents officiels de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer*, vol. XVII [publication des Nations Unies, numéro de vente : F.84.V.3], p. 157, doc. A/CONF.62/122) ; au paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1985 pour la protection de la couche d'ozone (PNUE, Nairobi, 1985) ; de l'article 3 du projet de convention d'Aix-les-Bains sur la pollution transfrontière, élaboré en mai 1988 par l'Institut international de gestion et de génie de l'environnement (reprographié).

²⁹ Doc. A/CN.4/413 (v. *supra* n. 3), par. 100.

I. — Article 9 (La réparation)

69. L'article 9 est, quant à son contenu, le pendant de l'ancien article 10. Sans en modifier le sens, on a supprimé la mention du « dommage... [qui] ne doit pas être laissé exclusivement à la charge de la victime innocente ». Cette formule a été contestée parce qu'elle donnait l'impression que la victime innocente devrait supporter la majeure partie du dommage. Tel n'était pas bien entendu le sens de cette disposition. L'idée qui devait en ressortir était que la réparation ne serait pas rigoureusement conforme au principe de la *restitutio in integrum* qui régit la responsabilité pour faits illicites, ou du moins qu'elle n'y serait pas conforme en ce qui concerne le dommage considéré séparément dans chaque cas d'espèce.

70. Il en est ainsi tout d'abord parce que le dommage ne résulte pas d'un fait illicite, mais il est le résultat prévisible d'une activité licite et que dans son appréciation entrent en jeu des critères complexes. L'un d'eux est, par exemple, le bénéfice que l'Etat affecté lui-même peut tirer, en particulier ou en général, de cette activité. Un autre critère est l'interdépendance du monde moderne qui fait que tous les individus sont à la fois victimes et fautifs ; un autre encore concerne les dépenses que l'Etat d'origine peut avoir encourues au titre de la prévention, et il faut tenir compte pour finir

de tous les facteurs énumérés, sous une forme non exhaustive, dans la section 6 de l'ébauche de plan³¹, qu'il conviendra peut-être d'élaborer davantage. Dans les présents articles, la réparation semble devoir relever davantage de la « répartition des coûts », ce qui permet d'éviter qu'un Etat ne tire injustement parti de la situation en « externalisant » les coûts d'une activité dont il est le principal bénéficiaire et en faisant supporter ces coûts à la victime innocente.

71. La réparation devra faire l'objet d'une négociation, dans laquelle tous ces facteurs seront pris en compte et d'où ressortira le montant que l'Etat d'origine devra acquitter ou les mesures qu'il devra prendre en faveur de l'Etat affecté. Peut-être jugera-t-on exact de dire que la réparation « doit viser à rétablir l'équilibre des intérêts affectés par le dommage », parce que cette définition du dommage est sans doute la mieux appropriée pour le sujet à l'examen, à savoir un certain effet qui, en causant un préjudice excessif à l'Etat affecté, altère l'équilibre entre les intérêts mis en jeu par l'activité qui le produit, de sorte que la réparation, sans être nécessairement équivalente à la totalité du dommage considéré dans chaque cas d'espèce, devra être de nature à rétablir l'équilibre entre lesdits intérêts.

³¹ *Annuaire... 1982*, vol. II (2^e partie), p. 86 et suiv., par. 109.

IV. — Articles 10 à 12 proposés pour le chapitre III du projet (Notification, information et envoi d'un avertissement par l'Etat affecté)

Première étape du processus conduisant à la prévention et à l'établissement d'un régime

72. Le Rapporteur spécial propose pour le chapitre III les trois premiers articles suivants :

CHAPITRE III

NOTIFICATION, INFORMATION ET ENVOI D'UN AVERTISSEMENT PAR L'ÉTAT AFFECTÉ

Article 10. — *Evaluation, notification, information*

Quand un Etat a des motifs raisonnables de croire qu'une activité visée à l'article 1^{er} s'exerce ou est sur le point de s'exercer sur son territoire ou en d'autres lieux placés sous sa juridiction ou son contrôle, il doit :

a) examiner cette activité pour en évaluer les effets transfrontières éventuels ; s'il estime qu'elle peut causer ou comporte le risque de causer un dommage transfrontière, il doit déterminer la nature du dommage ou du risque engendré ;

b) notifier en temps utile les conclusions de cet examen à l'Etat ou aux Etats affectés ;

c) joindre à cette notification les données techniques et les informations dont il dispose pour que les Etats auxquels la notification est adressée puissent évaluer les effets éventuels de l'activité en question ;

d) informer lesdits Etats des mesures qu'il entend prendre en application de l'article 8 et, s'il le juge utile, de celles qui pourraient servir de base à l'établissement entre les parties d'un régime juridique régissant l'activité considérée.

Article 11. — *Procédure de protection de la sécurité nationale ou des secrets industriels*

Si l'Etat d'origine invoque des raisons touchant la sécurité nationale ou la protection de secrets industriels

pour ne pas révéler certains renseignements qu'il aurait dû normalement communiquer à l'Etat affecté :

a) il informera ledit Etat qu'il retient certains renseignements en précisant celle des deux raisons susmentionnées sur laquelle il se fonde pour le faire ;

b) il lui communiquera si possible tous les renseignements qui ne touchent pas les domaines réservés invoqués, et indiquera notamment les types de risques et de dommages qui sont à son avis prévisibles et les mesures qu'il propose pour établir un régime régissant l'activité considérée.

Article 12. — Envoi d'un avertissement par l'Etat présumé affecté

Quand un Etat a des raisons sérieuses de croire qu'il est ou pourrait être affecté par une activité visée à l'article 1^{er} et que cette activité s'exerce sur le territoire ou en d'autres lieux placés sous la juridiction ou le contrôle d'un autre Etat, il peut demander à ce dernier d'appliquer les dispositions de l'article 10. Cette demande devra être accompagnée d'un exposé technique et documenté des raisons sur lesquelles se fonde son opinion.

V. — Commentaires généraux relatifs aux articles 10 à 12 du chapitre III

A. — Considérations générales

73. Il est clair que la procédure examinée ci-après comporte trois fonctions intimement liées, dont aucune d'elles ne peut être séparée des deux autres. Il s'agit de l'évaluation, de la notification et de l'information se rapportant à une activité visée à l'article 1^{er}. Parfois, l'une ou l'autre de ces fonctions est sous-entendue parce qu'elle est implicite : comment un Etat peut-il être avisé de l'existence de certains risques ou effets nocifs d'une activité si l'Etat d'origine n'a pas procédé au préalable à une évaluation des effets éventuels de cette activité dans d'autres territoires ? Comment peut-on donner des informations sur l'activité considérée sans donner en même temps ou sans avoir donné auparavant notification à l'Etat affecté de ce dont il s'agit ? Comment peut-on donner notification de certains dangers sans communiquer en même temps les renseignements que l'on a pu réunir à leur sujet ?

74. De plus, la consultation avec les Etats affectés est également liée aux trois fonctions susmentionnées. A quoi servirait-il d'évaluer, de notifier et d'informer si l'on ne doit pas consulter l'Etat affecté pour connaître son opinion ? On a déjà vu que la liberté de l'Etat d'origine comporte des limites en ce qui concerne la conduite des activités visées à l'article 1^{er}, et que ces limites se situent au point où un dommage appréciable est causé aux droits qui s'attachent à la souveraineté d'autres Etats, en l'occurrence les Etats affectés. Dans la mesure où ces droits sont ou peuvent être atteints, les Etats affectés ont leur mot à dire au sujet d'activités telles que celles qui sont visées à l'article 1^{er}. En outre, quelles seraient les consultations possibles si les mesures susmentionnées n'étaient pas prises au préalable ?

75. Il en va de même de la négociation, qui se confond souvent avec les consultations. Les décisions faisant jurisprudence, les traités, les résolutions des organisations internationales et autres instruments analogues, que l'on cite comme fondement de l'obligation de négocier, confirment également les obligations d'évaluer, de notifier, d'informer et de consulter. C'est une observation dont il convient de tenir compte pour

apprécier la mesure dans laquelle cette pratique apporte un appui aux articles proposés.

76. Il découle, semble-t-il, de ce qui précède que l'un des fondements et peut-être le plus important de ces obligations est l'obligation de coopérer, telle qu'elle est énoncée à l'article 7, notamment en ce qui concerne la participation. Le devoir de coopérer crée, en premier lieu, le devoir pour l'Etat de s'assurer qu'une activité qui, d'après ses caractéristiques externes, semble devoir susciter des risques ou produire des effets nocifs, les suscite ou les produit effectivement. Il devra, à cette fin, soumettre cette activité à un examen suffisamment approfondi pour parvenir à des conclusions fermes à son sujet. Si, par contre, l'activité ne présente pas une telle apparence, c'est-à-dire s'il n'y a pas, à en juger de l'extérieur, de risque « appréciable » qu'elle puisse causer un dommage transfrontière, si l'Etat ne reçoit pas non plus d'avertissement en ce sens de la part d'autres Etats et, bien entendu, s'il n'en est pas informé d'une autre manière, cette activité se trouverait au-dessous du seuil à partir duquel l'exigence de prévention prévue par le présent projet n'entre pas en jeu.

77. Le Rapporteur spécial dit que la notification découle de l'obligation générale de coopérer parce qu'il est parfois nécessaire de prévoir une action conjointe des deux Etats, l'Etat d'origine et l'Etat affecté, pour que la prévention puisse être plus efficace. Certaines mesures prises sur le territoire de l'Etat affecté pourraient peut-être servir de protection et éviter que ce territoire ne soit affecté par des effets produits sur le territoire de l'Etat d'origine. Il se peut aussi que la coopération de l'autre Etat soit utile du fait de l'échange de données qui peut intervenir entre les parties, en particulier si cet autre Etat possède une technologie intéressant le problème en cause. Cela peut être utile aussi parce qu'un effort conjoint d'investigation est ordinairement plus fructueux que des tentatives individuelles. Cela revient à dire que la participation de l'Etat affecté est nécessaire pour assurer une prévention réelle et efficace, et l'on peut donc affirmer que les obligations de l'Etat d'origine, en vertu desquelles il doit accepter cette participation, servent aussi ce but.

78. Le devoir de coopérer étant ainsi l'un des fondements des obligations considérées, l'autre fondement serait exprimé par la règle générale qui se dégage de la jurisprudence internationale couramment citée en la matière, à savoir que l'utilisation délibérée par un Etat de son territoire pour causer un préjudice à un autre Etat n'est pas autorisée en droit international. On rappellera, en premier lieu, l'affaire de la *Fonderie de Trail*, dans laquelle le tribunal arbitral avait déclaré :

[...] aucun Etat n'a le droit d'utiliser son territoire ni de permettre que son territoire soit utilisé d'une façon telle que des émissions de fumées puissent causer des dommages sur le territoire ou au territoire d'un autre Etat ou aux biens ou aux personnes qui s'y trouvent³².

De même dans l'affaire du *Détroit de Corfou* (fond), la CIJ affirmait « l'obligation, pour tout Etat, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats »³³.

B. — La pratique internationale

79. Il serait très long de récapituler les nombreux accords bilatéraux et multilatéraux qui, dans des circonstances analogues à celles qui sont visées dans le sujet à l'examen, établissent les obligations d'évaluation, de notification et d'information qui sont énoncées à l'article 10. On en citera quelques exemples précis.

80. En ce qui concerne l'évaluation, il convient de noter que la Convention régionale de Koweït de 1978 pour la coopération en vue de la protection du milieu marin contre la pollution³⁴ dispose ce qui suit à l'article XI :

Article XI. — Evaluation de l'état de l'environnement

a) Chaque Partie contractante s'efforce d'inclure l'évaluation des effets possibles sur l'environnement dans des opérations de planification lorsque celles-ci comportent des projets, en particulier se rapportant aux zones côtières, pouvant causer des risques significatifs de pollution dans la zone maritime ;

[...]

81. Pour sa part, la Convention de 1979 sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance³⁵ prévoit à l'article 8 que :

Article 8

Les Parties contractantes échangeront, dans le cadre de l'Organe exécutif visé à l'article 10 ou bilatéralement, et dans leur intérêt commun, des informations :

[...]

b) sur les principaux changements survenus dans les politiques nationales et dans le développement industriel en général, et leurs effets possibles, qui seraient de nature à provoquer des modifications importantes de la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance ;

[...]

82. De même, la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer³⁶ dispose à l'article 200 ce qui suit :

Article 200. — Etudes, programmes de recherche et échange de renseignements et de données

Les Etats [...] s'efforcent de participer activement aux programmes régionaux et mondiaux visant à l'acquisition des connaissances requises pour déterminer la nature et l'ampleur de la pollution, l'exposition à la pollution, les voies qu'elle emprunte, les risques qu'elle comporte et les remèdes possibles.

83. D'autre part, l'Accord de coopération de 1983 entre les Etats-Unis d'Amérique et le Mexique pour la protection et l'amélioration de l'environnement dans la zone frontalière³⁷ prévoit à l'article 7 :

Article 7

Conformément à leurs législations, réglementations et politiques nationales respectives, les Parties étudient, lorsqu'il y a lieu, les projets pouvant avoir un impact significatif sur l'environnement de la zone frontalière de sorte que des mesures appropriées puissent être envisagées pour éviter ou atténuer leurs effets écologiques néfastes.

84. Concernant la notification et l'information, il convient de signaler qu'il existe de nombreux instruments prévoyant des obligations de notification, d'information et de consultation qui s'appliquent aux nouvelles utilisations des cours d'eau internationaux, et que les dispositions pertinentes sont applicables *mutatis mutandis* au domaine à l'étude ; des exemples de cet ordre figurent dans le troisième rapport de M. McCaffrey, sur les cours d'eau internationaux³⁸. On trouve dans ce rapport deux exemples qui ne se réfèrent pas expressément aux cours d'eau, mais qui ont un caractère plus général.

85. Le premier exemple, particulièrement intéressant, est la recommandation C(74)224 du Conseil de l'OCDE³⁹, qui contient en annexe un « Principe d'information et de consultation » qui dispose ce qui suit :

6. Avant le début de travaux ou d'activités qui seraient susceptibles de créer un risque sensible de pollution transfrontière, le pays d'origine de ces travaux ou activités devrait informer assez tôt les autres pays qui sont ou qui pourraient être affectés par la pollution transfrontière. Il devrait fournir à ces pays des informations et données pertinentes dont la communication n'est pas interdite par les dispositions législatives ou réglementaires ou les conventions internationales applicables, et les inviter à faire connaître leurs commentaires.

7. Les pays devraient, à la requête du pays qui est ou pourrait être directement affecté, entrer en consultations sur un problème de pollution transfrontière existant ou prévisible et devraient poursuivre avec diligence dans un délai raisonnable de telles consultations sur ce problème particulier.

8. Les pays devraient éviter de mettre en œuvre des projets ou activités qui seraient susceptibles de créer un risque sensible de pollution transfrontière sans avoir préalablement informé les pays qui sont

³⁶ Voir *supra* note 30.

³⁷ *International Legal Materials*, Washington (D. C.), vol. 22, 1983, p. 1025.

³⁸ *Annuaire... 1987*, vol. II (1^{re} partie), p. 28 et suiv., doc. A/CN.4/406 et add.1 et 2, chap. III.

³⁹ Recommandation sur les « Principes relatifs à la pollution transfrontière », adoptée par le Conseil de l'OCDE, le 14 novembre 1974, *ibid.*, par. 79.

³² Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1965.

³³ *C.I.J. Recueil 1949*, p. 22.

³⁴ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1140, p. 133.

³⁵ E/ECE/1010, à paraître dans Nations Unies, *Recueil des Traités*, n° 21823.

ou qui pourraient être affectés et sans prévoir, à moins qu'il n'y ait urgence extrême, un délai raisonnable, compte tenu des circonstances, pour des consultations diligentes. De telles consultations, menées dans le meilleur esprit de coopération et de bon voisinage, n'habilitent pas un pays quelconque à retarder de manière déraisonnable ou à entraver les activités ou projets sur lesquels porte cette consultation.

86. On notera aussi, au passage, la mention du « risque sensible » aux paragraphes 6 et 8 du texte précité, qui vient à l'appui de l'utilisation, faite par le Rapporteur spécial, de la notion analogue de « risque appréciable ».

87. L'autre exemple intéressant est le projet de principes de conduite dans le domaine de l'environnement pour l'orientation des Etats en matière de conservation et d'utilisation harmonieuses des ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs Etats, élaboré en 1978 par le Groupe de travail intergouvernemental d'experts sur les ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs Etats⁴⁰. Comme M. McCaffrey le rappelle dans son rapport, ce projet de principes, après avoir été approuvé par le Conseil d'administration du PNUE qui l'a renvoyé à l'Assemblée générale pour adoption, a été soumis par le Secrétaire général aux Etats Membres pour observations, puis examiné par la Deuxième Commission. Il souligne que, dans sa résolution 34/186 adoptée sans vote le 18 décembre 1979, l'Assemblée générale « prend note » du rapport du Groupe de travail intergouvernemental d'experts et du projet de principes et prie tous les Etats d'utiliser ces principes comme des directives et recommandations lors de la formulation de conventions bilatérales ou multilatérales concernant les ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs Etats, de bonne foi et dans un esprit de bon voisinage.

88. Le principe 6 du projet susmentionné est particulièrement pertinent en la matière :

Principe 6

1. Il est nécessaire que chaque Etat partageant une ressource naturelle avec un ou plusieurs autres Etats :

a) notifie au préalable à l'autre Etat ou aux autres Etats les détails pertinents des plans visant à entreprendre la conservation ou l'utilisation de la ressource ou à apporter un changement à cette utilisation quand on peut raisonnablement attendre que cette utilisation affecte de façon sensible l'environnement du territoire de l'autre Etat ou des autres Etats ; et

b) entre en consultations au sujet des plans précités si l'autre Etat ou les autres Etats le demandent ; et

c) fournisse des renseignements supplémentaires spécifiques pertinents concernant ces plans si l'autre Etat ou les autres Etats les demandent ; et

d) entre en consultations au sujet de ces plans avec l'autre Etat ou les autres Etats, qui en feraient la demande au cas où la notification mentionnée à l'alinéa a ci-dessus n'aurait pas été effectuée.

2. Lorsqu'une législation nationale ou des conventions internationales interdisent la communication de certains renseignements, l'Etat ou les Etats qui ne peuvent communiquer ces renseignements coopéreront néanmoins avec l'autre Etat ou les autres Etats intéressés, sur la base notamment du principe de la bonne foi et dans un esprit de bon voisinage, dans le but de rechercher une solution satisfaisante.

⁴⁰ *Ibid.*, par. 87. Le texte définitif de ces principes de conduite figure dans PNUE, *Droit de l'environnement. — Lignes directrices et principes*, n° 2, *Ressources naturelles partagées*, Nairobi, 1978.

89. Quant au principe 7, il se réfère à la nécessité d'appliquer en temps voulu le principe 6 et à l'esprit dans lequel cela doit être fait. Il se lit comme suit :

Principe 7

Les échanges d'information, la notification, les consultations et les autres formes de coopération applicables aux ressources naturelles partagées sont entrepris sur la base du principe de bonne foi et dans un esprit de bon voisinage et de manière à éviter tout retard injustifié dans les formes de coopération ou dans l'exécution des projets de développement ou de conservation.

90. Outre ces précédents mentionnés dans le rapport de M. McCaffrey, il en existe d'autres relatifs à l'obligation de se consulter, celle-ci impliquant, bien entendu, une certaine forme de notification et d'information sans lesquelles il n'y a pas de consultation possible.

91. Un de ces précédents est l'article 5 de la Convention de 1979 sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance⁴¹ qui se lit comme suit :

Article 5

Des consultations seront tenues à bref délai, sur demande, entre, d'une part, la ou les Parties contractantes effectivement affectées par la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance ou qui sont exposées à un risque significatif d'une telle pollution et, d'autre part, la ou les Parties contractantes sur le territoire et dans la juridiction desquelles un apport substantiel à la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance est créé ou pourrait être créé du fait d'activités qui y sont menées ou envisagées.

Il convient de noter, ici aussi, l'utilisation de la notion de « risque significatif » qui correspond à celle de « risque appréciable » que le Rapporteur spécial a retenue dans d'autres articles.

92. Un autre précédent est le paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention de 1974 pour la prévention de la pollution marine d'origine tellurique⁴², qui est conçu comme suit :

Article 9

1. Lorsqu'une pollution de source tellurique causée, à partir du territoire d'une partie contractante, par des substances non énumérées dans la première partie de l'annexe A à la présente Convention risque de porter préjudice aux intérêts d'une ou de plusieurs des autres Parties à la Convention, les Parties contractantes intéressées s'engagent à entamer des consultations, sur la demande de l'une quelconque d'entre elles, afin de négocier un accord en coopération.

[...]

93. De même, le paragraphe 2 de l'article 142 de la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer⁴³ se réfère à l'exploitation par un Etat de ressources minérales des fonds marins au-delà des limites de la juridiction nationale d'un Etat côtier, et aux obligations à l'égard dudit Etat côtier ; il stipule ce qui suit :

⁴¹ Voir *supra* note 35.

⁴² PNUE, *Recueil des traités multilatéraux relatifs à la protection de l'environnement*, Série références 3, Nairobi, 1982, p. 446.

⁴³ Voir *supra* note 30.

*Article 142. — Droits et intérêts légitimes
des Etats côtiers*

[...]

2. Un système de consultations avec l'Etat concerné, notamment de notification préalable, est établi afin d'éviter toute atteinte à ces droits et intérêts. Dans les cas où des activités menées dans la Zone peuvent entraîner l'exploitation de ressources se trouvant en deçà des limites de la juridiction nationale d'un Etat côtier, le consentement préalable de cet Etat est nécessaire.

94. Il convient également d'appeler l'attention sur l'article III de la Convention internationale de 1969 sur l'intervention en haute mer en cas d'accident entraînant ou pouvant entraîner une pollution par les hydrocarbures⁴⁴, qui se lit comme suit :

Article III

Le droit d'un Etat riverain de prendre des mesures, conformément à l'article premier, est exercé dans les conditions ci-après :

- a) Avant de prendre des mesures un Etat riverain consulte les autres Etats mis en cause par l'accident de mer, en particulier le ou les Etats du pavillon ;
- b) L'Etat riverain notifie sans délai les mesures envisagées aux personnes physiques ou morales qui sont connues de lui ou qui lui ont été signalées au cours des consultations comme ayant des intérêts qui pourraient vraisemblablement être compromis ou affectés

⁴⁴ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 970, p. 211.

par ces mesures. L'Etat riverain prend en considération les avis que ces personnes peuvent lui soumettre ;

[...]

95. On citera également les articles IV et V de l'Accord de 1975 entre le Canada et les Etats-Unis d'Amérique concernant l'échange de renseignements relatifs aux activités visant à modifier le temps⁴⁵ :

Article IV

Outre qu'elle échangera des renseignements conformément aux dispositions de l'article II du présent accord, chaque partie convient d'aviser et de tenir dûment informée l'autre partie de toute activité visant à modifier le temps qu'elle prévoit d'exercer avant le début de ladite activité. La partie intéressée s'efforcera d'aviser l'autre partie le plus à l'avance possible du début de ladite activité en gardant présentes à l'esprit les dispositions de l'article V du présent accord.

Article V

A la demande de l'une ou l'autre partie, les deux parties conviennent de se consulter sur des activités particulières d'intérêt mutuel visant à modifier le temps. Lesdites consultations s'amorceront promptement à la demande d'une des parties ; dans les cas d'urgence, elles pourront se faire par téléphone ou par l'entremise de tout autre moyen de communication rapide. Les consultations se tiendront dans le cadre des lois, règlements et pratiques administratives des parties touchant la modification du temps.

⁴⁵ *Ibid.*, vol. 977, p. 385.

VI. — Commentaires particuliers aux articles 10 à 12 du chapitre III

A. — Article 10 (Evaluation, notification, information)

96. L'article 10 pose tout d'abord l'hypothèse qu'un Etat sait qu'une activité visée à l'article 1^{er} va commencer sur son territoire ou en d'autres lieux placés sous sa juridiction ou son contrôle.

1. ALINÉAS a, b ET c

97. Comme on l'a fait observer précédemment, il n'est guère nécessaire d'énoncer les fondements sur lesquels repose l'obligation de l'Etat présumé d'origine d'examiner l'activité considérée, parce que ledit Etat le fera normalement par mesure de précaution envers sa propre population, et parce que les activités du type envisagé ici doivent faire en général l'objet d'une autorisation.

98. Si l'examen de l'activité considérée conduit l'Etat d'origine à la conclusion que cette activité peut provoquer des dommages transfrontières, les principes fondamentaux déjà mentionnés (coopération et interdiction de causer délibérément un préjudice à un autre Etat à partir de son propre territoire) imposent l'obligation de notifier cette situation à l'Etat ou aux Etats affectés, et

celle de joindre à cette notification tous les renseignements qui ont pu être rassemblés au sujet de l'activité comportant un risque. Il convient de noter que l'on utilise les mots « les données techniques et les informations dont dispose [l'Etat d'origine] », ce qui signifie que l'on n'exigera pas dudit Etat qu'il recherche d'autres précédents, ou qu'il procède à un examen plus approfondi que celui qu'il a effectué pour évaluer les effets de l'activité considérée.

2. ALINÉA d

99. On a vu que l'obligation de notifier sert aussi d'autres buts, notamment qu'elle permet d'inviter l'Etat qui risque d'être affecté à participer à l'établissement d'un régime relatif à l'activité considérée ; l'expression « régime juridique » ne doit pas donner à penser qu'il s'agira dans tous les cas d'un instrument juridique complexe. Parfois, si la situation est simple, il suffira que l'Etat d'origine propose certaines mesures qui minimisent le risque (en cas d'activités comportant un risque) ou ramènent le dommage transfrontière à un niveau inférieur à celui du « dommage appréciable ». Evidemment, l'Etat d'origine peut aussi proposer certaines

mesures juridiques, par exemple déclarer qu'il est prêt à indemniser l'Etat affecté pour le dommage qui pourrait être causé. Les propositions tendant à adopter des mesures de ce type et leur acceptation par l'Etat affecté pourraient constituer le régime juridique qui régirait l'activité considérée entre les parties.

100. La première mesure en vue de l'adoption d'un régime est donc la notification et la proposition des mesures susmentionnées. La participation de l'Etat affecté à ce processus est également souhaitable pour l'Etat d'origine, qui a, on le présume, intérêt à ce que l'on trouve un régime juridique pour une activité comportant un risque ou ayant des effets transfrontières nocifs, et dont il est responsable. Il en serait ainsi, en tout cas, si l'incertitude actuelle du droit international général cédaît la place à la certitude que les dommages transfrontières éventuels doivent être indemnisés.

101. Le régime que l'on cherche à établir à travers l'obligation de notifier n'aurait pas seulement pour objet de prévenir les accidents, il servirait aussi à équilibrer les intérêts des parties en introduisant un certain ordre dans une véritable constellation de facteurs. On pourrait ainsi, par exemple, déterminer les mesures de prévention en tenant compte de leurs coûts par rapport aux coûts des accidents et aux avantages de l'activité considérée, à l'ampleur des risques que comporte cette activité, à son importance économique et sociale, à la participation éventuelle de chacun des Etats aux dépenses qu'entraînent les opérations — si l'on est convenu du partage de certaines dépenses —, aux exceptions que l'on peut invoquer à ces obligations, etc.

B. — Article 11 (Procédure de protection de la sécurité nationale ou des secrets industriels)

102. Il faut envisager les cas où, pour des raisons de sécurité nationale ou de protection de secrets industriels, le fait pour l'Etat d'origine de communiquer à l'Etat affecté tous les renseignements dont il dispose le place dans une situation dangereuse. On se trouve ici devant un problème d'équilibre entre les intérêts en jeu, qui est caractéristique de cette question. Il ne semble pas juste d'obliger un Etat à révéler des procédés industriels dont l'acquisition lui a peut-être coûté fort cher, et dont les concurrents bénéficieraient ainsi gratuitement. Parfois, la sécurité nationale peut exiger que certaines informations ne soient pas communiquées. Mais jusqu'où est-il possible de protéger juridiquement ces intérêts? Cela peut sans doute se faire jusqu'au point où une telle protection cause un préjudice à des Etats tiers. Lorsque ce préjudice se produit, il faudra rétablir l'équilibre en transférant certains éléments d'un plateau de la balance à l'autre.

103. D'autre part, comment éviter que le prétexte du secret industriel ou de la sécurité nationale ne serve, en fait, à dissimuler de la mauvaise volonté ou quelque

autre intérêt égoïste — n'ayant rien à voir avec la sécurité nationale ou avec le secret industriel — ou simplement le désir d'empêcher la participation de l'Etat affecté et le contrôle qui en résulterait?

104. Par conséquent, tout en respectant le droit de l'Etat d'origine de ne pas donner, en pareils cas, tous les renseignements nécessaires, il faut veiller à ce que subsiste le devoir de cet Etat de communiquer à l'Etat affecté les renseignements qui ne mettent pas sa sécurité nationale en danger ou les secrets industriels dont il s'agit.

105. Dans les cas où, faute de renseignements sur l'origine des dommages, il serait difficile de déterminer la cause du préjudice causé, il faut donner à l'Etat affecté la possibilité de recourir à des présomptions, à des preuves indirectes ou à des indices pour prouver que de tels dommages ont été causés par l'activité considérée. Cette règle repose d'ailleurs sur des fondements analogues à la règle retenue dans l'affaire du *Détroit de Corfou*⁴⁶, qui permet à l'Etat affecté de recourir à de telles procédures pour prouver que l'Etat d'origine était au courant de ce qui se passait sur son territoire et du dommage causé à l'Etat affecté.

C. — Article 12 (Envoi d'un avertissement par l'Etat présumé affecté)

106. L'article 12 complète la situation prévue à l'article 10. Il est possible qu'un Etat n'ait pas eu connaissance du déroulement, dans les circonstances visées à l'article 1^{er}, d'une activité comportant un risque ou ayant des effets nocifs. Il se peut aussi qu'au début l'Etat d'origine ait sous-estimé les caractéristiques de cette activité. Quelle qu'en ait été la raison, si un Etat se rend compte du danger que représente pour son propre territoire une activité menée dans un autre Etat, il a le droit de le faire savoir, en joignant à cet avertissement un exposé détaillé et technique des raisons sur lesquelles repose sa conviction. En somme, la disposition commentée ici lui donne le droit de demander à l'Etat d'origine qu'il s'acquitte des obligations prévues à l'article 10, à savoir *a)* qu'il examine l'activité pour en apprécier les effets; *b)* qu'il communique ses conclusions à cet égard; et *c)* qu'il communique les données techniques pertinentes. De même, si l'Etat d'origine constate que l'activité est effectivement l'une des activités visées à l'article 1^{er}, il doit informer l'Etat affecté des mesures unilatérales qu'il envisage de prendre conformément à l'article 8 et, le cas échéant, des mesures qui pourraient servir de base à un régime juridique régissant l'activité entre les parties.

⁴⁶ C.I.J. Recueil 1949, p. 18.

VII. — Articles 13 à 17 proposés pour le chapitre III du projet

Mesures postérieures à la notification

107. Le Rapporteur spécial propose pour le chapitre III les cinq autres articles suivants :

Article 13. — Délai de réponse à la notification. Obligation de l'Etat d'origine

A moins qu'il n'en soit convenu autrement, l'Etat qui adresse une notification à un ou plusieurs Etats leur laisse un délai de six mois pour étudier et évaluer les effets éventuels de l'activité projetée et pour lui communiquer leurs conclusions. Durant cette période, l'Etat auteur de la notification coopère avec les Etats auxquels la notification a été adressée en leur fournissant, sur demande, toutes autres données et informations nécessaires dont il dispose pour mieux évaluer les effets de l'activité.

Article 14. — Réponse à la notification

L'Etat auquel la notification a été adressée communique aussitôt que possible ses conclusions à l'Etat qui en est l'auteur en lui faisant savoir s'il accepte les mesures qu'il lui propose et en l'informant à son tour des mesures qu'il souhaiterait proposer pour compléter ou remplacer les mesures envisagées, en joignant un exposé technique et documenté qui explique les raisons sur lesquelles il se fonde.

Article 15. — Absence de réponse à la notification

1. Si, dans le délai visé à l'article 13, l'Etat auteur de la notification ne reçoit aucune communication conformément à l'article 14, il peut considérer que les mesures de prévention et éventuellement le régime juridique qu'il a proposé au moment de la notification sont acceptables pour l'activité en cause.

2. Si l'Etat auteur de la notification n'a pas proposé de mesure en vue de la création d'un régime juridique, le régime prévu par les présents articles s'applique.

Article 16. — Obligation de négocier

1. Si l'Etat auteur de la notification et l'Etat ou les Etats à qui la notification a été adressée sont en désaccord en ce qui concerne :

- a) la nature de l'activité ou ses effets ; ou
- b) le régime juridique régissant cette activité,

VARIANTE A

ces Etats se consultent sans retard en vue d'établir les faits avec certitude dans le cas visé à l'alinéa a, et de parvenir à un accord dans le cas visé à l'alinéa b.

VARIANTE B

ces Etats doivent, à moins qu'il n'en soit convenu autrement, créer un mécanisme pour déterminer les faits conformément aux dispositions figurant dans l'annexe aux présents articles, en vue d'évaluer les effets transfrontières probables de l'activité. Le rapport relatif à ce mécanisme a un caractère facultatif et n'a pas force obligatoire pour les Etats intéressés. Lorsque le rapport a été établi, les Etats intéressés se consultent pour négocier un régime juridique adéquat régissant l'activité.

2. Ces consultations et négociations sont menées conformément au principe de la bonne foi et au principe selon lequel chaque Etat doit tenir compte de façon raisonnable des droits et intérêts légitimes de l'autre ou des autres Etats.

Article 17. — Absence de réponse à l'avertissement prévu à l'article 12

Si l'Etat auquel un avertissement a été adressé conformément aux dispositions de l'article 12 n'a pas donné de réponse dans un délai de six mois après réception dudit avertissement, l'Etat présumé affecté peut considérer que l'activité visée dans la notification a le caractère qui lui est attribué dans ladite notification et dans ce cas l'activité est soumise au régime prévu par les présents articles.

VIII. — Commentaires généraux relatifs aux articles 13 à 17 du chapitre III

A. — Considérations générales

108. On a examiné jusque là une situation claire, pour laquelle il existe de très importants précédents dans la doctrine et dans la pratique internationale. Les pro-

blèmes qui restent à résoudre sont essentiellement au nombre de deux :

a) l'Etat d'origine doit-il ajourner la mise en œuvre de l'activité jusqu'à ce qu'un accord satisfaisant soit intervenu avec l'Etat ou les Etats affectés ?

b) Que se passe-t-il pour les activités déjà en cours depuis un certain temps ? Que se passera-t-il en ce qui concerne, entre autres, certains types de déchets industriels, l'utilisation de certains engrais dans l'agriculture, les gaz d'échappement des véhicules à moteur, le chauffage domestique, qui ont des effets nocifs, mais qui ont été tolérés jusque-là ?

B. — La mise en œuvre de la nouvelle activité doit-elle être ajournée ou non

109. S'agissant de l'ajournement ou non de l'activité considérée, on commencera par faire une comparaison avec la situation — proche sans être toujours analogue — des nouveaux ouvrages projetés, dont traitent les articles 11 et suivants du projet sur les cours d'eau internationaux⁴⁷.

110. Il existe quelques similitudes entre le sujet à l'étude et celui des cours d'eau. Une activité peut exiger des investissements considérables, comme c'est habituellement le cas pour les ouvrages projetés en ce qui concerne les cours d'eau. Il est normal qu'il faille attendre l'autorisation nécessaire avant d'entreprendre un ouvrage qui est fréquemment d'une certaine ampleur et dont les plans ou autres aspects techniques, importants et coûteux, devront peut-être être modifiés. Il en serait de même dans le domaine présentement à l'étude s'il s'agissait par exemple d'une nouvelle modalité de production exigeant que l'on transforme des installations existantes ou que l'on en construise de nouvelles ou que l'on modifie des procédés de production. Lorsque les dépenses nécessaires ont été faites, il est plus difficile d'interdire la mise en route de l'activité ou de lui imposer des conditions qui, si elles avaient été prévues dès le début, auraient pu être adoptées plus facilement. De même, si un préjudice quelconque peut être causé du fait de la construction du nouvel ouvrage, comme il peut l'être du fait de la conduite de la nouvelle activité, il vaut mieux en principe attendre le consentement de l'Etat affecté pour commencer les travaux.

111. Toutefois l'analogie s'estompe quelque peu si l'on tient compte du fait que les activités relatives à un cours d'eau, bien que variées, ne sont pas en nombre illimité et sont bien déterminées. Un Etat riverain peut accepter cette entrave sans que sa liberté d'action sur le territoire national en soit pas trop affectée. Il en va autrement cependant si l'on soumet les flux changeants et multiples des activités humaines à l'épreuve intolérable que représente l'obtention d'une autorisation internationale, outre le fait susmentionné que, dans la plupart des cas, l'effet transfrontière commencera par s'exercer contre la population du pays intéressé et que les activités à risque ou ayant des effets nocifs doivent être examinées au préalable avant d'être autorisées par l'autorité nationale⁴⁸.

112. Il apparaît donc nécessaire d'approfondir davantage l'analyse avant de proposer une solution analogue à celle qui a été adoptée provisoirement en ce qui concerne les cours d'eau, à savoir l'ajournement de la mise en route du nouvel ouvrage projeté. Il s'agit en somme de faire jouer de façon équilibrée le principe énoncé à l'article 6, qui concerne la liberté d'action sur le territoire national et les limites de cette liberté.

113. L'ajournement de l'activité reposerait sur une interprétation de l'article 6 qui mettrait l'accent sur la limitation ; l'activité ne commencera pas tant que l'on n'aura pas éliminé l'obstacle que constituent les droits découlant de la souveraineté de l'Etat affecté. L'avantage de cette solution est de se trouver dans la situation idéale où une activité comportant un risque ou ayant des effets nocifs ne sera pas entreprise tant qu'il n'y a pas eu accord sur tous les aspects relatifs à l'équilibre des intérêts en jeu, et que l'on n'aura pas pris de mesures de prévention maximale, ce qui, comme on l'a vu, ne peut se faire qu'avec la participation de l'Etat affecté.

114. L'autre solution, celle qui consiste à mettre en route l'activité sans attendre le consentement de l'Etat affecté, donne par contre la priorité à la liberté d'action. Il est évident que, dans ce dernier cas, l'Etat d'origine devra assumer immédiatement la responsabilité de tous les dommages qui pourront se produire. Les articles constitueraient en somme un régime intermédiaire dans le cadre duquel l'activité pourrait se poursuivre ; liberté et responsabilité iraient de pair dans ce cas, comme dans d'autres circonstances de la vie.

115. Cette solution sanctionne les effets *ex post facto*. Si l'Etat d'origine a de bonnes raisons de penser qu'il ne se trompe pas et qu'il n'y aura pas d'effets appréciables sur le territoire de l'autre Etat, il disposera de la tranquillité et du temps nécessaire pour négocier le régime le plus adéquat. Par contre, s'il se trompe, il paiera son erreur, ce qui l'incitera à être prudent et à ne pas s'opposer à la formulation aussi rapide que possible d'un régime spécifique pour l'activité considérée. Toutes ces questions seront examinées lorsqu'on abordera le chapitre relatif à la réparation.

116. Le Rapporteur spécial croit que, dans la mesure où il permet la mise en route de l'activité considérée, l'établissement de délais concernant la procédure serait peut-être moins contrariant, puisqu'il serait de l'intérêt des deux Etats de rechercher une solution négociée le plus rapidement possible.

C. — Les activités existantes

117. Il est évident qu'il existe certaines activités qui ont des effets nocifs, et qui sont néanmoins tolérées à l'heure actuelle. On en est peut-être arrivé à cette situation parce que les dommages causés sont communs à

⁴⁷ Voir le texte et le commentaire des articles 11 à 21 de la troisième partie (Mesures projetées) de ce projet, dans *Annuaire... 1988*, vol. II (2^e partie), p. 48 et suiv.

⁴⁸ Inversement on pourrait faire valoir qu'un Etat potentiellement affecté n'est pas obligé de s'en remettre à l'évaluation par un autre Etat des risques et dommages visant sa propre population, car

chaque Etat peut avoir une conception différente du traitement de ses propres ressortissants, c'est ce que montre la diversité des conceptions en matière de reconnaissance et d'application des droits de l'homme. En tout cas, l'argument ne manque pas de poids et doit être apprécié à sa juste valeur.

tous les Etats, parce qu'il n'est pas possible de détecter à coup sûr l'origine des effets préjudiciables, ou peut-être parce que ces effets ont augmenté graduellement et n'ont été constatés qu'au moment où il était déjà très difficile de les interdire directement et sans autre formalité, etc.

118. Il est clair aussi que la majeure partie de ces activités sont soumises à un examen attentif et font l'objet de négociations internationales dans le but d'atténuer leurs effets, de trouver des solutions de remplacement pour certains de leurs éléments particulièrement dommageables et finalement de libérer la planète de leurs effets aujourd'hui délétères. Il s'agit peut-être de la préoccupation principale de l'époque actuelle, aussi paraît-il assez superflu d'en discuter en grand détail.

119. Le projet actuel, y compris les lignes générales de l'ébauche de plan concernant les parties non encore rédigées, paraît convenir à une période de transition, puisque, à y bien regarder, la principale disposition énoncée est l'obligation de négocier : négocier un régime adéquat pour des activités qui appellent un tel régime et négocier les modalités de la réparation en cas de dommages. Peut-être une nouvelle réflexion sur ce point délicat amènera-t-elle la Commission à conclure qu'il conviendrait de modifier quelque peu la procédure

prévue dans ces articles pour tenir compte des activités qui existent déjà depuis longtemps ; c'est pourquoi le Rapporteur spécial, dans l'espoir que les membres de la Commission formuleront à cet égard des observations qui pourront lui être utiles, a cru devoir inclure le présent paragraphe dans son rapport.

120. Si les progrès de la science et de la technique permettent d'apporter des éléments ou des techniques de remplacement dans la conduite de certaines activités, il semble raisonnable aussi que l'Etat affecté ait le droit d'en informer l'Etat d'origine et de lui demander d'engager des négociations pour convenir des modalités possibles d'adoption de ces éléments ou techniques de manière à assurer l'équilibre des intérêts en jeu. Tout cela devrait se faire, bien entendu, en tenant compte de la situation spéciale des pays en développement, qui sont à ce jour ceux qui ont le moins contribué par leurs activités à l'aggravation du problème mais qui, par contre, ont souffert le plus de ses conséquences.

121. Le Rapporteur spécial espère pouvoir aborder ultérieurement ce problème difficile, mais il serait particulièrement reconnaissant aux membres de la Commission de toute opinion qu'ils auraient à formuler à cet égard afin de faciliter sa tâche.

IX. — Commentaires relatifs à chacun des articles 13 à 17 du chapitre III

A. — Article 13 (Délai de réponse à la notification. Obligation de l'Etat d'origine)

122. L'article 13 est conforme, *mutatis mutandis*, aux articles 13 et 14 du projet relatif aux cours d'eau internationaux⁴⁹. Il convient de noter ici aussi que l'on a préféré un délai fixe à un délai « raisonnable », étant donné que la certitude en ce qui concerne la période visée servirait autant les intérêts de l'Etat qui donne notification que ceux de l'Etat à qui elle est adressée. La formule « à moins qu'il n'en soit convenu autrement », qui figure déjà dans l'article 13 du projet relatif aux cours d'eau, indique que les Etats peuvent et doivent fixer d'un commun accord le délai qui convient dans chaque cas particulier. Le délai de six mois a donc un caractère supplétif. Dans la majorité des cas, il pourrait être avantageux pour les deux parties d'accélérer la procédure, étant donné qu'un régime particulier s'adapte mieux aux conditions spécifiques de l'activité faisant l'objet des négociations qu'un régime général conçu uniquement à titre supplétif et intérimaire.

123. La deuxième phrase de l'article 13 est calquée sur l'article 14 du projet relatif aux cours d'eau et impose une obligation de coopération à l'Etat d'origine, à savoir fournir tous les renseignements disponibles au sujet de la nouvelle activité qui peuvent lui être demandés par l'Etat à qui la notification a été adressée. On n'exige pas de l'Etat d'origine qu'il procède à des

enquêtes ultérieures, mais l'on prévoit seulement qu'il doit compléter les renseignements déjà communiqués avec ceux dont il dispose et qui peuvent être nécessaires pour mieux évaluer les effets de l'activité envisagée.

B. — Article 14 (Réponse à la notification)

124. L'Etat à qui la notification a été adressée doit répondre « aussitôt que possible » ; cela signifie que, si ses conclusions relatives à l'objet de la notification sont prêtes avant l'expiration du délai de six mois, il devra le faire savoir à l'Etat auteur de la notification. Bien que dans ce cas l'urgence ne soit pas aussi grande que dans le cas correspondant des cours d'eau, étant donné que l'Etat présumé d'origine a déjà mis en route l'activité, le libellé proposé se justifie cependant parce qu'il est de l'intérêt général que ces formalités soient accomplies avec diligence. Bien entendu, si l'Etat à qui la notification a été adressée ne partage pas l'avis de l'Etat auteur de la notification en ce qui concerne la nature de l'activité ou ses effets, ou en ce qui concerne les mesures qui pourraient lui fournir un cadre juridique, il devra justifier dûment sa position et indiquer les raisons techniques sur lesquelles il se fonde.

C. — Article 15 (Absence de réponse à la notification)

125. L'article 15 vise le cas où il n'y a pas eu de réponse dans le délai prévu, à condition, bien entendu,

⁴⁹ Voir *supra* note 47.

que ce délai n'ait pas été prorogé. L'absence de réponse dénote l'assentiment, et l'Etat auteur de la notification est autorisé à présumer qu'il en est ainsi, étant donné que l'Etat à qui la notification a été adressée était tenu de donner une réponse affirmative ou négative à ce qui lui était notifié et proposé. L'Etat auteur de la notification peut alors mettre en œuvre l'activité envisagée, à condition d'appliquer les mesures proposées pour prévenir les dommages et les risques. Si les propositions de l'Etat d'origine comportent des lacunes ou des omissions, les dispositions des présents articles seront appliquées à titre supplétif. Si aucun régime juridique n'a été proposé, les présents articles prendront directement effet entre les Parties.

D. — Article 16 (Obligation de négocier)

126. On a vu que la première étape de la procédure consistait à évaluer la nature et les effets de l'activité considérée et la seconde à notifier et à informer (devoir de prévenir et de minimiser les risques et également devoir de coopérer). Si l'Etat affecté souscrit à l'évaluation de la nature et des effets de l'activité que l'Etat d'origine en a donnée, ainsi qu'aux propositions qu'il a avancées à cet égard, il y a accord sur le régime applicable en l'espèce. En pareil cas, les deux Etats devraient entériner cette concordance de vues par un accord en bonne et due forme.

127. L'autre possibilité est que l'Etat présumé affecté notifie à l'Etat d'origine qu'une activité, qui peut être considérée comme visée à l'article 1^{er}, se déroule sur son territoire. Dans ce cas, il y a deux possibilités : ou bien l'Etat d'origine accepte cette analyse et formule les propositions voulues, ou bien il ne l'accepte pas et ne présente donc aucune proposition.

128. Dans la première hypothèse, on se trouve devant la situation envisagée précédemment : il se peut que l'Etat affecté accepte à son tour les propositions de l'Etat présumé d'origine, ou il se peut qu'il les juge insuffisantes. En bref, si les parties ne s'entendent pas, soit sur les caractéristiques et les effets de l'activité, soit sur les propositions faites pour lui donner un cadre juridique, on est en présence du premier désaccord.

129. C'est ainsi que l'obligation de négocier proprement dite apparaît pour la première fois, la notification et l'information étant des étapes préalables à la négociation et indispensables à celle-ci, mais non la négociation elle-même. Cette question a été longuement débattue, tant à la CDI qu'à la Sixième Commission et dans de nombreux organismes universitaires. Elle a déjà été traitée dans le cadre du sujet à l'examen, mais l'obligation de négocier avait été étudiée antérieurement en profondeur à propos du sujet relatif aux cours d'eau internationaux⁵⁰.

130. Le Rapporteur spécial estime que la Commission ne doit pas repartir à zéro — ce qui l'obligerait à refaire un chemin déjà parcouru —, mais qu'elle doit

plutôt se demander si les nombreux précédents concernant l'obligation de négocier s'appliquent au domaine à l'examen, c'est-à-dire si la jurisprudence relative à des affaires comme, entre autres, celles du *Trafic ferroviaire entre la Lituanie et la Pologne*, du *Lac Lanoux*⁵¹, du *Plateau continental de la mer du Nord* ou de la *Compétence en matière de pêcheries* (Royaume-Uni c. Islande) est applicable au sujet des conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international.

131. Or, si la pratique internationale est très variée en la matière, les décisions judiciaires et arbitrales, les conventions multilatérales et bilatérales qui posent l'obligation de négocier dans des cas analogues à ceux visés par des décisions antérieures, les résolutions d'organismes internationaux et les recommandations d'institutions scientifiques ont un dénominateur commun : toutes renvoient à des situations de conflit d'intérêts.

132. La négociation apparaît donc comme la première manière d'aborder un différend international. Rappelons le passage si fréquemment cité de l'arrêt rendu le 20 février 1969 par la CIJ dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* :

[...] La Cour rappelle que l'obligation de négocier [...] ne constitue qu'une application particulière d'un principe, qui est à la base de toutes relations internationales et qui est d'ailleurs reconnu dans l'Article 33 de la Charte des Nations Unies comme l'une des méthodes de règlement pacifique des différends internationaux ; il est inutile d'insister sur le caractère fondamental de cette forme de règlement sinon pour remarquer qu'il est renforcé par la constatation que le règlement judiciaire ou arbitral n'est pas généralement accepté [...]⁵².

133. Certes, l'Article 33 de la Charte des Nations Unies a trait aux différends qui menacent la paix et la sécurité internationales, mais la Charte contient également des dispositions dont procède implicitement l'obligation de négocier dans des types de litiges qui ne sont pas de cette seule nature. En tout état de cause, il découle du principe de l'égalité souveraine des Etats, stipulé au paragraphe 1 de l'Article 2, sur lequel repose l'Organisation, que si un Etat s'estime lésé dans ses droits ou si l'action d'un autre Etat porte atteinte à ses intérêts, ce dernier Etat doit écouter ses réclamations et chercher de bonne foi une manière de rétablir l'égalité si celle-ci a réellement été compromise. D'ailleurs, en vertu des dispositions du paragraphe 3 du même Article 2, il est fait obligation aux Etats de régler les différends internationaux de telle manière que la paix et la sécurité internationales, pas plus que la justice, ne soient mises en danger.

134. Cette obligation de négocier, qui paraît donc applicable à tout conflit d'intérêts, l'est spécialement en ce qui concerne les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, si l'on tient compte de l'opinion de la CIJ dans les affaires de la *Compétence en matière de pêcheries*⁵³, La Cour indique que :

[...] Ni dans un cas, ni dans l'autre, il ne s'agit de droits absolus : les droits préférentiels d'un Etat riverain sont limités par [...] son obliga-

⁵¹ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (numéro de vente : 63.V.3), p. 281.

⁵² C.I.J. *Recueil 1969*, p. 47, par. 86.

⁵³ Royaume-Uni c. Islande et République fédérale d'Allemagne c. Islande, arrêts du 25 juillet 1974, C.I.J. *Recueil 1974*, p. 3 et 175.

⁵⁰ Voir le commentaire de l'article 3 adopté par la Commission à sa trente-deuxième session, *Annuaire... 1980*, vol. II (2^e partie), p. 111 et suiv., par. 17 à 35.

tion de tenir compte des droits d'autres Etats et des nécessités de la conservation ; les droits établis d'autres Etats pratiquant la pêche sont à leur tour limités par la dépendance spéciale de l'Etat riverain à l'égard des pêcheries et par leur propre obligation de tenir compte des droits d'autres Etats, y compris ceux de l'Etat riverain, et des nécessités de la conservation⁵⁴. »

Elle ajoute un peu plus loin que :

L'obligation de négocier découle donc de la nature même des droits respectifs des Parties : leur ordonner de négocier est par conséquent une manière justifiée en l'espèce d'exercer la fonction judiciaire. Cela correspond aussi aux principes et dispositions de la Charte des Nations Unies concernant le règlement pacifique des différends [...]»⁵⁵.

La Cour cite ensuite le passage de son arrêt relatif au *Plateau continental de la mer du Nord* reproduit plus haut (par. 132).

135. L'analyse de la Cour dans les affaires des *Pêcheries* paraît applicable, presque textuellement, aux situations qui intéressent le présent sujet. L'obligation de négocier découle de la nature même des droits respectifs des parties : d'une part, le droit qui découle de la souveraineté territoriale de l'Etat d'origine d'utiliser librement son territoire ; d'autre part, celui de l'Etat affecté, également fondé sur sa souveraineté territoriale, de ne subir d'atteinte ni dans l'utilisation ni dans la jouissance de son territoire.

136. Tant que les applications de la technologie étaient de nature à ne causer des dommages transfrontières que très exceptionnellement, il n'y avait pas eu lieu de prévoir de réglementation, pas plus que dans le cas des pêcheries avant que les activités de pêche ne s'intensifient. Mais, lorsque le progrès scientifique a engendré des techniques qui pouvaient entraîner des dommages transfrontières, il s'est créé une situation d'interdépendance, impliquant certaines limitations aux droits de tous les Etats. C'est ainsi qu'il existe maintenant, comme l'indique la Cour, une « obligation de tenir compte des droits d'autres Etats et des nécessités de la conservation ». La phrase relative à la conservation s'applique particulièrement bien à toutes les obligations afférentes à l'environnement. Il convient toutefois d'observer que les obligations visées par le projet à l'examen ne se rapportent pas toutes à l'environnement, même si c'est le cas pour bon nombre d'entre elles.

137. Pour ne pas courir le risque d'être mal interprété, le Rapporteur spécial tient à préciser que, en aucune façon, les droits qui s'attachent à la souveraineté territoriale ne doivent être considérés comme étant des « droits préférentiels ». Ce ne sont pas davantage des droits absolus, comme le prouve l'existence même du droit international, lequel serait impossible — comme le serait toute vie civilisée — si les Etats essayaient de mettre en pratique la notion de souveraineté absolue. C'est là, il faut le répéter, que les droits afférents à la souveraineté territoriale de l'Etat d'origine entrent en conflit avec les droits, d'égale valeur, qui découlent de la souveraineté territoriale de l'Etat affecté.

138. Peut-être serait-il utile, pour mieux comprendre la nature de l'obligation de négocier, de faire une courte digression sur deux de ses limites manifestes, car, à l'évidence, cette obligation de négocier a des limites,

qui sont, semble-t-il, la bonne foi et la raison. Ce sont les deux grands principes directeurs dans ce domaine ; comme c'est fréquemment le cas lorsqu'ils sont en jeu, nul n'ignore ce qu'ils représentent, mais il est très difficile de les décrire ou de mesurer exactement à quel point ils interviennent dans les faits.

139. Y a-t-il obligation de négocier pour l'Etat A si, tout à coup, l'Etat B interprète à sa guise un traité conclu de nombreuses années auparavant au sujet de certaines limites territoriales, de sorte qu'une région qui a toujours été reconnue comme appartenant à l'Etat B est soudain revendiquée comme sienne par l'Etat A ? Le Rapporteur spécial pense que non, car une telle situation ne se fonderait pas sur la raison, ni sans doute sur la bonne foi. Il en va ainsi, parce que l'obligation de négocier n'est pas seulement d'écouter l'autre partie, « n'est pas seulement d'entamer les négociations, mais encore de les poursuivre autant que possible, en vue d'arriver à des accords », comme l'affirme la CPJI, dans son avis consultatif rendu le 15 octobre 1931 dans l'affaire du *Trafic ferroviaire entre la Lithuanie et la Pologne*⁵⁶. Et il ne saurait être question d'obliger quiconque à poursuivre les négociations de cette manière, si la position de l'autre partie n'est ni raisonnable ni de bonne foi.

140. L'arrêt rendu par la CIJ dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* illustre parfaitement ce qui précède⁵⁷. On rappellera que deux séries de négociations ont eu lieu entre les parties au litige : les premières entre 1965 et 1966 et les secondes après que la Cour eut décidé qu'il y avait lieu d'y procéder.

141. Les premières, d'après la Cour, n'ont pas été de véritables négociations, puisque le Danemark et les Pays-Bas ont agi « convaincus que le principe de l'équidistance était seul applicable et cela par l'effet d'une règle obligatoire pour la République fédérale »⁵⁸. Ces pays ne voyaient certainement aucun motif de ne pas respecter la règle de l'équidistance. Aussi peut-on penser qu'ils ont entamé les entretiens avec la République fédérale d'Allemagne sans s'engager à fond dans de véritables négociations, estimant que la plainte était dénuée de fondement en droit.

142. Les secondes négociations, en revanche, ont été de véritables négociations. Une fois le point de droit éclairci par la Cour, qui a établi que l'équidistance n'était pas en droit international la seule méthode pour fixer des frontières comme celles dont il s'agissait, les parties ont réellement négocié jusqu'à ce qu'une solution intervienne.

143. Le Rapporteur spécial n'attribue pas, au terme de son analyse, une grande importance au fait que la Cour a donné certains éléments pour guider la négociation, tels que le principe d'équité ou l'unité du gisement. Ce ne sont là que les particularités d'un cas d'es-

⁵⁶ C.P.J.I. série A/B n° 42, p. 108 ; voir aussi p. 116.

⁵⁷ On précisera, au passage, que, dans ce cas, la Cour va dans le sens de l'avis consultatif susmentionné en disant que les parties

« ont l'obligation de se comporter de telle manière que la négociation ait un sens, ce qui n'est pas le cas lorsque l'une d'elles insiste sur sa propre position sans envisager aucune modification ; » (C.I.J. Recueil 1969, p. 47, par. 85, a).

⁵⁸ *Ibid.*, p. 48, par. 87.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 31, par. 73, et p. 200, par. 63.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 32, par. 75, et p. 201, par. 67.

pèce ; ce qui est vraiment général, ce sont le fondement et les limites de l'obligation de négocier.

144. Le Rapporteur spécial considère donc qu'il existe dans le domaine à l'examen une obligation de négocier, parce qu'il s'agit ici de l'opposition d'intérêts divergents qu'il faut concilier pour les ramener dans les limites du raisonnable et parce que l'article 16 tient compte au paragraphe 2 des deux importants paramètres précédemment évoqués : la bonne foi et la raison.

145. Le désaccord peut porter sur deux aspects différents : la nature de l'activité ou ses effets et les mesures que comportera le régime juridique prévu.

146. Dans le premier cas, il s'agit d'un désaccord sur les faits, et la meilleure manière de régler le problème serait de créer un groupe d'experts chargé d'établir les faits. L'autre possibilité qui est offerte (variante A) serait la négociation entre les parties qui permet d'établir les faits, sans l'intervention d'experts, puisque l'expérience montre que les Etats répugnent notoirement à accepter l'intervention de tiers dans leurs différends. Peut-être serait-il plus facile d'accepter un organe chargé de l'établissement des faits — dont la composition, notamment, ferait éventuellement l'objet d'une annexe —, à condition que l'opinion d'un tel organe n'ait pas force obligatoire pour les parties. C'est la solution que propose le précédent Rapporteur spécial dans l'ébauche de plan⁵⁹ (sect. 3, par. 6). Selon ce plan, il n'y aurait obligation de négocier que : *a*) s'il est impossible de parvenir dans un délai raisonnable à un accord sur la création et le mandat de l'organe chargé d'établir les faits ; *b*) si l'un des Etats intéressés ne

jugeait pas les conclusions de l'organe satisfaisantes ou estimait que d'autres questions auraient dû être prises en considération ; et *c*) si le rapport dudit organe contenait une recommandation dans ce sens.

147. En pratique, la solution préconisée dans l'ébauche de plan est rationnelle : d'abord, il faut que les parties aient la même opinion sur la nature et les effets de l'activité pour pouvoir décider des mesures de prévention nécessaires et du régime juridique qui conviendrait le mieux. Par ailleurs, bien qu'il soit plus facile d'engager des consultations que de constituer un groupe d'experts et d'attendre que ces experts se mettent d'accord, on doit tenir compte du fait que, d'une part, l'Etat présumé d'origine peut mettre en route l'activité sans attendre le résultat de ces délibérations et que, d'autre part, le régime provisoire de responsabilité qu'établissent les articles doit être tel que l'Etat présumé affecté puisse compter sur un dédommagement éventuel : il n'y aurait donc pas, en principe, d'urgence oppressante.

E. — Article 17 (Absence de réponse à l'avertissement prévu à l'article 12)

148. Selon l'article 17, le silence de l'Etat auquel la notification a été adressée se retournera contre lui, car il a le devoir de se prononcer, en vertu de l'obligation qui lui est faite de négocier, de sorte que si l'Etat d'origine ne donne pas de réponse dans les six mois suivant la notification, on considérera qu'il accepte le caractère que l'autre Etat a attribué à l'activité en cause, laquelle sera, par conséquent, soumise au régime prévu par les présents articles, comme s'il s'agissait d'une des activités visées à l'article 1^{er}.

⁵⁹ Voir *supra* note 31.

**RELATIONS ENTRE LES ÉTATS ET LES ORGANISATIONS INTERNATIONALES
(DEUXIÈME PARTIE DU SUJET)**

[Point 8 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/424*

**Quatrième rapport sur les relations entre les États et les organisations internationales
(deuxième partie du sujet), par M. Leonardo Díaz González, rapporteur spécial**

*[Original : anglais/espagnol]
[24 avril 1989]*

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
<i>Note</i>	169
	<i>Paragraphes</i>
I. INTRODUCTION	1-5 170
II. DÉBAT DE LA SIXIÈME COMMISSION SUR LE SUJET, À LA QUARANTE-DEUXIÈME SESSION DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE	6-11 170
III. LA NOTION D'ORGANISATION INTERNATIONALE	12-18 171
IV. PREMIÈRE PARTIE DU PROJET D'ARTICLES : ARTICLES 1 À 4 PRÉSENTÉS PAR LE RAPPORTEUR SPÉCIAL	19-21 172
V. CAPACITÉ JURIDIQUE DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES	22 173
VI. DEUXIÈME PARTIE DU PROJET D'ARTICLES : ARTICLES 5 ET 6 PRÉSENTÉS PAR LE RAPPORTEUR SPÉCIAL	23 173
VII. PRIVILÈGES ET IMMUNITÉS ACCORDÉS AUX ORGANISATIONS INTERNATIONALES	24-116 174
A. L'immunité de juridiction : fondement	24-33 174
B. Classification des organisations internationales	34-49 175
C. Etendue de l'immunité de juridiction	50-76 176
D. Renonciation à l'immunité de juridiction	77-78 179
E. Biens, fonds et avoirs	79-87 179
F. Inviolabilité des biens et des locaux	88-116 180
VIII. TROISIÈME PARTIE DU PROJET D'ARTICLES : ARTICLES 7 À 11 PRÉSENTÉS PAR LE RAPPORTEUR SPÉCIAL	117 184

* Incorporant le document A/CN.4/424/Corr.1.

NOTE

Conventions multilatérales mentionnées dans le présent rapport

Sources

- Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies (New York, 13 février 1946) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1, p. 15.
Convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées (New York, 21 novembre 1947) *Ibid.*, vol. 33, p. 261.

Sources

- Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Vienne, 18 avril 1961) *Ibid.*, vol. 500, p. 95.
- Convention de Vienne sur les relations consulaires (Vienne, 24 avril 1963) *Ibid.*, vol. 596, p. 261.
- Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969) *Ibid.*, vol. 1155, p. 331.
- Convention de Vienne sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (Vienne, 14 mars 1975) [dénommée ci-après Convention de Vienne de 1975 sur la représentation des Etats] Nations Unies, *Annuaire juridique* 1975 (numéro de vente : F.77.V.3), p. 90.

I. — Introduction

1. Le Rapporteur spécial a soumis à la Commission du droit international, à sa trente-huitième session, en 1986, son troisième rapport sur les « Relations entre les Etats et les organisations internationales (deuxième partie du sujet) »¹.

2. La Commission a examiné ce troisième rapport, à sa trente-neuvième session, de ses 2023^e à 2027^e séances et à sa 2029^e séance².

3. Dans son troisième rapport, le Rapporteur spécial analysait les débats de la Sixième Commission sur le sujet, lors de la quarantième session de l'Assemblée générale, ainsi que ceux de la CDI, à sa trente-septième session, et en dégageait un certain nombre de conclu-

sions. Il exposait aussi diverses considérations touchant le champ du sujet, et présentait, ainsi que la Commission le lui avait demandé, un plan délimitant la matière dont devaient traiter les articles du projet qu'il se proposait d'élaborer.

4. Après avoir entendu l'exposé du Rapporteur spécial, la Commission a procédé à un échange de vues sur divers aspects du sujet, tels que le champ d'application du futur projet, la pertinence du plan présenté par le Rapporteur spécial et la méthode à suivre à l'avenir.

5. A l'issue de cet échange de vues, la Commission a décidé de demander au Rapporteur spécial de poursuivre l'étude du sujet, en suivant les grandes lignes tracées dans le plan contenu dans son troisième rapport et en tenant compte des opinions exprimées pendant le débat de la Commission sur le sujet à sa trente-neuvième session.

¹ *Annuaire... 1986*, vol. II (1^{re} partie), p. 167, doc. A/CN.4/401.

² Voir *Annuaire... 1987*, vol. I, p. 197 et suiv.

II. — Débat de la Sixième Commission sur le sujet, à la quarante-deuxième session de l'Assemblée générale

6. La Sixième Commission a examiné les travaux de la CDI sur le sujet au cours de la quarante-deuxième session de l'Assemblée générale³. Il y a lieu de relever, tout d'abord, que plusieurs représentants ont souligné la pertinence et l'importance du sujet, en rappelant le rôle joué par les organisations internationales. Ils ont accueilli avec satisfaction les travaux de la CDI dans ce domaine et l'ont approuvée d'avoir demandé au Rapporteur spécial de continuer d'étudier la question, conformément aux directives énoncées dans le plan contenu dans son troisième rapport et en tenant compte

des échanges de vues au sein de la CDI. Les mêmes représentants ont estimé, dans l'ensemble, que le plan du Rapporteur spécial approuvé par la Commission constituait une base satisfaisante et adéquate pour la suite des travaux.

7. Au sujet de la démarche générale adoptée, on a noté que le futur projet d'articles devrait aller au-delà du régime juridique existant et tenter d'en combler les lacunes en vue de mieux asseoir les privilèges et immunités des organisations internationales, ainsi que les garanties accordées à leurs fonctionnaires, tandis que le plan proposé par le Rapporteur spécial devrait être complété de façon à inclure la capacité et les moyens d'action dont les organisations internationales disposent pour défendre les immunités de leurs fonctionnaires conformément à la jurisprudence pertinente de la

³ Voir « Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats de la Sixième Commission sur le rapport de la CDI durant la quarante-deuxième session de l'Assemblée générale » (A/CN.4/L.420), sect. E.

CIJ. On a noté à cet égard que le projet examiné devrait énoncer le devoir du pays hôte d'assurer la protection juridique et le respect du statut, des privilèges et des immunités des organisations et de leurs fonctionnaires, afin que le pays hôte ne puisse pas prendre des mesures restrictives de caractère discriminatoire contre les fonctionnaires d'une organisation internationale, comme cela s'était produit dans certains pays.

8. Certains représentants se sont déclarés favorables à la méthode adoptée par la CDI, qui consiste à codifier les règles et la pratique en vigueur tout en identifiant les lacunes existantes. On a jugé que ces deux démarches étaient utiles et qu'elles devraient être considérées comme complémentaires et tout à fait compatibles.

9. A propos de la question de savoir à quelles organisations devait s'appliquer le projet d'articles, on a généralement estimé que seules les organisations internationales à caractère universel devraient être prises en considération. Les organisations régionales ne devraient être envisagées qu'à un stade ultérieur.

10. Au sujet de la notion d'organisation internationale, on a noté qu'il serait inutile d'entreprendre la rédaction d'une nouvelle définition de l'expression, car celle qui figurait dans la Convention de Vienne de 1975 sur la représentation des États restait valide ; la CDI devrait examiner la question de la personnalité internationale des organisations. A cet égard, on a noté que le

projet d'article 1^{er}, soumis par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport⁴, procédait d'une conception trop étroite. On a noté en particulier que le membre de phrase « pour autant qu'il est compatible avec l'instrument qui les a créées » semblait trop restrictif, et que les alinéas *a*, *b* et *c* du paragraphe 1 donnaient l'impression que les organisations internationales ne pouvaient pas avoir d'attributs autres que ceux visés dans ces alinéas. Les mots « et dans le droit interne de leurs États membres » ont été contestés, car le droit interne des États n'entraîne guère en ligne de compte. En revanche, on a accueilli favorablement la proposition du Rapporteur spécial tendant à présenter le paragraphe 2 dans un article distinct à condition d'ajouter à la fin de ce paragraphe les mots « et par le droit international ».

11. L'Assemblée générale, sur la base du rapport de la Sixième Commission, a adopté, le 7 décembre 1987, la résolution 42/156, au paragraphe 3 de laquelle elle recommande que la CDI poursuive ses travaux sur les sujets inscrits à son programme en cours. Elle a réitéré cette recommandation à sa quarante-troisième session, dans la résolution 43/169, du 9 décembre 1988.

⁴ *Annuaire... 1985*, vol. II (1^{re} partie), p. 112, doc. A/CN.4/391 et Add.1, par. 74.

III. — La notion d'organisation internationale

12. Le Rapporteur spécial ayant traité de la notion d'organisation internationale dans son deuxième rapport⁵, il rappellera donc ce qu'il a déjà dit sur cette question.

13. Dans ce document, le Rapporteur spécial indiquait que presque tous les membres de la Commission qui étaient intervenus dans le débat sur son rapport préliminaire avaient estimé qu'il n'était pas indiqué de tenter de mettre au point et de proposer une définition précise de ce qu'était une organisation internationale, d'autant plus qu'il ne s'agissait pas d'élaborer un traité sur ces organisations. Ils ont demandé au Rapporteur spécial « d'éviter les grands débats de caractère doctrinal et théorique »⁶.

14. Compte tenu des observations qui ont été formulées, le Rapporteur spécial est parvenu à la conclusion qu'il fallait conserver l'attitude pragmatique adoptée par la Commission lors de l'élaboration de trois de ses projets d'articles — qui sont aujourd'hui des conventions —, à savoir les projets sur le « Droit des traités », sur la « Représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel » (première partie du sujet actuellement à l'étude) et sur les « Traités conclus entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales ».

15. La définition de l'expression « organisation internationale » au paragraphe 1, al. i, de l'article 2 du projet d'articles sur les traités conclus entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, est identique à celle qui est donnée au paragraphe 1, al. i, de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités ; l'organisation internationale est assimilée purement et simplement à une organisation intergouvernementale. Au paragraphe 14 du commentaire de l'article 2 du projet d'articles sur le droit des traités, la Commission indique que l'expression « organisation internationale » est définie, à l'alinéa i du paragraphe 1, « comme s'entendant d'une organisation intergouvernementale, ce qui précise que les règles des organisations non gouvernementales n'entrent pas en ligne de compte »⁷.

16. Aux paragraphes 7, 8 et 9 du commentaire de l'article 2 (adopté en première lecture) du projet d'articles sur les traités conclus entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, la Commission a indiqué, de même, à propos de l'alinéa i du paragraphe 1 :

7) [...] Cette définition doit être entendue dans le sens que lui donne la pratique, à savoir celui d'une organisation formée à titre principal d'États, et comprenant éventuellement des membres associés

⁵ *Ibid.*, p. 105 et suiv., par. 15 à 30.

⁶ *Ibid.*, par. 15.

⁷ *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 207, doc. A/6309/Rev.1, 2^e partie, chap. II.

qui ne sont pas encore des Etats, ou peuvent même être d'autres organisations internationales. On a pu évoquer à ce sujet les situations particulières que sont celles de l'ONU au sein de l'UIT, de la Communauté économique européenne au sein du GATT ou d'autres organismes internationaux, ou même de l'ONU agissant, par l'intermédiaire du Conseil pour la Namibie, au nom de cette dernière au sein de l'OMS depuis que la Namibie est devenue membre associé de cette organisation.

8) Il convient toutefois de souligner que l'adoption, pour l'expression « organisation internationale », d'une définition identique à celle qui a été retenue pour la Convention de Vienne entraîne des conséquences beaucoup plus sensibles dans le présent projet que dans cette convention.

9) Le projet d'articles, par cette définition très souple, n'entend pas préjuger du régime auquel peuvent être soumises dans chaque organisation des entités qui, dans le cadre de l'organisation et suivant les règles en vigueur dans celle-ci, bénéficient d'une certaine autonomie (organes subsidiaires ou rattachés). On a également évité de préjuger de l'étendue de la capacité juridique nécessaire pour qu'une entité soit considérée comme une organisation internationale au sens du présent projet. En effet, et l'on reviendra sur ce point dans le commentaire de l'article 6, le projet d'articles n'a pas pour objet principal de régler le statut des organisations internationales, mais le régime

des traités auxquels une ou plusieurs organisations internationales sont parties. Le projet est destiné à s'appliquer à de tels traités, quel que soit par ailleurs le statut des organisations intéressées⁸.

17. Le Rapporteur spécial estime donc que, aux fins du projet, la Commission doit maintenir la position déjà adoptée, selon laquelle l'expression « organisation internationale » s'entend d'une organisation intergouvernementale ou interétatique.

18. De même, conformément aux opinions qui ont été exprimées à la CDI et à la Sixième Commission, il y a lieu de se limiter, pour le moment, aux organisations de caractère universel, avec les réserves qui ont été faites pendant les débats et signalées dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial.

⁸ *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 307, doc. A/9610/Rev.1, chap. IV, sect. B ; déjà cité dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial, *Annuaire... 1985*, vol. II (1^{re} partie), p. 106, doc. A/CN.4/391 et Add.1, par. 25.

IV. — Première partie du projet d'articles : articles 1 à 4 présentés par le Rapporteur spécial

19. Compte tenu des considérations précédentes, la première partie du projet d'articles serait libellée comme suit :

PREMIÈRE PARTIE

INTRODUCTION

Article premier. — Expressions employées

1. Aux fins des présent articles :

a) L'expression « organisation internationale » s'entend d'une organisation intergouvernementale de caractère universel ;

b) L'expression « règles pertinentes de l'organisation » s'entend notamment des actes constitutifs de l'organisation, de ses décisions et résolutions adoptées conformément à ceux-ci et de la pratique bien établie de l'organisation ;

c) L'expression « organisation de caractère universel » s'entend de l'Organisation des Nations Unies, des institutions spécialisées, de l'Agence internationale de l'énergie atomique et de toute organisation similaire, dont la composition et les attributions sont à l'échelle mondiale ;

d) L'expression « organisation » s'entend de l'organisation internationale en question ;

e) L'expression « Etat hôte » s'entend de l'Etat sur le territoire duquel :

i) l'organisation a son siège ou un bureau ; ou

ii) une réunion d'un de ses organes ou d'une conférence convoquée par elle a lieu.

2. Les dispositions du paragraphe 1 ci-dessus concernant les expressions employées dans les présents articles ne préjudicient pas à l'emploi de ces expressions ni au sens qui peut leur être donné dans d'autres instruments internationaux ou dans le droit interne d'un Etat.

Article 2. — Champ d'application des présents articles

1. Les présents articles s'appliquent aux organisations internationales de caractère universel dans leurs relations avec les Etats lorsque ceux-ci les ont acceptés.

2. Le fait que les présents articles ne s'appliquent pas aux autres organisations internationales est sans préjudice de l'application de toute règle énoncée dans les articles qui serait applicable en vertu du droit international indépendamment des présents articles [de la présente convention].

3. Aucune disposition des présents articles [de la présente convention] n'empêche la conclusion d'accords entre Etats ou entre Etats et organisations internationales ayant pour objet de rendre les articles [la convention] applicables [applicable] en tout ou en partie à des organisations internationales autres que celles qui sont visées au paragraphe 1 du présent article.

Article 3. — Rapport entre les présents articles [la présente convention] et les règles pertinentes des organisations internationales

Les dispositions des présents articles [de la présente convention] ne portent pas préjudice aux règles pertinentes de l'organisation.

Article 4. — Rapport entre les présents articles [la présente convention] et d'autres accords internationaux

Les dispositions des présents articles [de la présente convention] :

a) ne portent pas préjudice aux autres accords internationaux en vigueur entre Etats ou entre Etats et organisations internationales de caractère universel ; et

b) n'excluent pas la conclusion d'autres accords internationaux concernant les privilèges et immunités des organisations internationales de caractère universel.

20. Il y a lieu de rappeler deux observations faites antérieurement. Premièrement, la Commission est parvenue, on s'en souvient, à la conclusion qu'elle doit adopter, au stade initial de ses travaux sur la deuxième partie du sujet, une conception large, en ce sens que l'étude devra inclure les organisations régionales, et que la décision définitive d'inclure ces organisations dans

une éventuelle codification ne sera prise qu'à la fin de l'étude⁹. Deuxièmement, comme on l'a déjà indiqué, les autres termes qui pourraient être employés dans les projets d'articles ne seront définis qu'une fois l'étude du sujet terminée.

21. On observera enfin que la première partie du sujet, dont traite la Convention de Vienne de 1975, se limite aux organisations internationales de caractère universel. Toutefois, la Convention contient, au paragraphe 2 de l'article 2, une réserve indiquant que le fait de limiter le champ d'application de la Convention à la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations de caractère universel n'empêche pas que soit appliquée aux relations des Etats avec d'autres organisations toute règle énoncée dans la Convention qui serait applicable en vertu du droit international indépendamment de la Convention.

⁹ *Annuaire... 1983*, vol. II (2^e partie), p. 85, par. 277, c.

V. — Capacité juridique des organisations internationales

22. Dans son deuxième rapport, le Rapporteur spécial a examiné la capacité juridique des organisations internationales, et il a proposé un projet d'article 1^{er} qu'il a ensuite décomposé en projets d'articles 1 et 2¹⁰. En effet, les débats aussi bien de la CDI que ceux de la Sixième Commission ont montré que, de l'avis général, le paragraphe 2 du projet d'article 1^{er} devait constituer un article distinct, à la fin duquel il fallait ajouter les mots « et par le droit international ». Le Rapporteur spécial ne voit rien de plus à ajouter à ce qui a été dit dans le deuxième rapport.

¹⁰ Voir *supra* note 4.

VI. — Deuxième partie du projet d'articles : articles 5 et 6 présentés par le Rapporteur spécial

23. La deuxième partie du projet d'articles se lirait comme suit :

DEUXIÈME PARTIE

PERSONNALITÉ JURIDIQUE

Article 5

Les organisations internationales jouissent de la personnalité juridique en droit international et dans le droit interne de leurs Etats membres. Elles ont la capacité, pour autant que ce soit compatible avec l'instrument qui les a créées :

- a)* de contracter ;
- b)* d'acquérir des biens meubles et immeubles et d'en disposer ;
- c)* d'ester en justice.

Article 6

La capacité d'une organisation internationale de conclure des traités est régie par les règles pertinentes de cette organisation et par le droit international.

VII. — Privilèges et immunités accordés aux organisations internationales

A. — L'immunité de juridiction : fondement

24. Pour garantir l'autonomie, l'indépendance et le bon fonctionnement des organisations internationales, pour les protéger de toutes sortes d'abus, et parce que les tribunaux nationaux ne sont pas toujours l'instance la plus appropriée pour régler les différends auxquels elles peuvent être parties, il est sans conteste indispensable de leur octroyer une certaine immunité de juridiction suivant les fonctions de chacune d'elles.

25. Les raisons invoquées en faveur de l'immunité de juridiction des Etats, dont la plupart sont semblables à celles qui sont invoquées dans le cas des organisations internationales, peuvent donner à penser que les règles applicables dans le cas des Etats le sont également aux organisations internationales.

26. De nombreux auteurs considèrent qu'on ne doit pas mettre strictement en parallèle les immunités juridictionnelles des Etats et celles des organisations internationales, les motifs invoqués pour accorder l'immunité n'étant pas les mêmes dans les deux cas. Il n'est pas du tout évident, d'abord, que les immunités nécessaires aux Etats et les immunités nécessaires aux organisations internationales doivent avoir la même ampleur. De l'avis du Rapporteur spécial, il convient d'examiner dans quelle mesure l'immunité de juridiction devrait être accordée à une organisation internationale donnée selon les besoins de sa fonction. Tel est le critère qui doit prévaloir¹¹.

27. Si la véritable raison d'être d'une organisation internationale réside dans les fonctions et dans les buts pour lesquels elle a été créée, ce sont les besoins fonctionnels qui doivent être l'un des principaux critères, sinon le seul, pour déterminer l'importance et l'étendue des privilèges et immunités qui doivent être accordés à une organisation donnée. Son indépendance lui serait ainsi assurée dans la mesure qui lui est nécessaire pour exercer ses fonctions et atteindre ses objectifs.

28. L'octroi de privilèges et d'immunités aux organisations internationales trouve aussi sa justification dans le principe de l'égalité des Etats membres de l'organisation. En effet, les organisations internationales étant l'émanation d'Etats qui sont égaux entre eux, ceux-ci doivent se trouver sur un pied d'égalité vis-à-vis de l'organisation qu'ils ont créée et de laquelle ils sont membres. En particulier, aucun Etat ne doit obtenir des avantages fiscaux injustifiés pour les fonds mis à la disposition d'une organisation.

29. On a invoqué des précédents pour définir les privilèges et immunités des organisations internationales. Pour des raisons pratiques, bien compréhensibles, les privilèges qui ont été octroyés à quelques organisations internationales similaires ont utilement servi de référence lorsqu'on a étudié la question des privilèges et immunités à accorder à une nouvelle organisation.

30. Depuis que les premières organisations internationales ont été créées, il est apparu nécessaire de les faire bénéficier d'une certaine protection contre les pouvoirs publics locaux, en particulier les tribunaux et la police, susceptibles d'en entraver le libre fonctionnement. En effet, n'ayant pas de territoire propre, les organisations internationales sont contraintes d'avoir leur siège sur le territoire d'un Etat.

31. A l'origine, les privilèges et immunités ont été accordés aux fonctionnaires ou représentants de ces organismes, généralement en les assimilant aux diplomates. Très rapidement, avec le développement accéléré des organisations internationales, une nouvelle doctrine a prévalu. Solidement fondée, elle fournit les raisons justifiant l'octroi de privilèges et d'immunités aux organisations internationales, raisons qui sont indépendantes et différentes de celles invoquées à l'égard des Etats.

32. Les organisations internationales jouissent des privilèges et immunités *motu proprio*, parce qu'ils leur sont accordés dans des conventions, dans les accords de siège, éventuellement par la coutume, en leur qualité de personnes juridiques internationales, comme sujets de droit international. Elles en sont titulaires et peuvent les exiger des Etats. Une des différences fondamentales entre elles et les Etats tient à la réciprocité. La nature différente des parties empêche les organisations internationales d'offrir des avantages équivalents en échange des privilèges et immunités qui leur sont concédés. Comme le dit Christian Dominicé :

[...] Toutes les conventions sur les privilèges et immunités de ces organisations, notamment les accords de siège, n'auraient guère de sens si celles-ci n'étaient pas revêtues de la personnalité juridique internationale. Cela ne signifie pas, cependant, que les immunités soient un attribut nécessaire de cette personnalité. Elles découlent des règles spécifiques qui les prescrivent [...]¹².

33. Ne pouvant jouir de la protection que lui apporterait la souveraineté territoriale, comme c'est le cas des Etats, son unique protection est constituée par les immunités qui lui sont octroyées. L'ampleur de l'immunité qui leur est accordée, par rapport à celle de plus en plus restreinte qui est reconnue aux Etats, est largement justifiée par le fait déterminant que les Etats sont des corps politiques qui poursuivent leurs propres intérêts,

¹¹ Voir en particulier le rapport établi en 1968 dans le cadre du Conseil de l'Europe, par le sous-comité en matière de privilèges et immunités des organisations internationales et des personnes affectées à celles-ci, tel que modifié et complété par le Comité européen de coopération juridique : Conseil de l'Europe, *Privilèges et immunités des organisations internationales*, résolution (69) 29 adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, le 26 septembre 1969, et rapport explicatif, Strasbourg, 1970, p. 23, par. 31.

¹² Ch. Dominicé, « L'immunité de juridiction et d'exécution des organisations internationales », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1984-IV*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1985, t. 187, p. 164.

alors que les organisations internationales sont des organismes de service, qui agissent au nom de tous leurs Etats membres¹³.

B. — Classification des organisations internationales

34. Avant de poursuivre, il convient de se demander, comme on l'a fait dans le cas de la définition des organisations internationales, s'il est possible et, surtout, s'il est nécessaire et opportun de s'attacher à établir une classification de ces organisations, c'est-à-dire s'il est utile de classer les organisations internationales en catégories, afin de déterminer les privilèges et immunités qui devraient être accordés à chacune d'elles.

35. Les classifications proposées par la doctrine sont très variables. En général, elles n'ont d'autre objet que de faciliter l'énumération des organisations existantes. Ceci s'explique facilement. Comme on l'a déjà dit¹⁴, chaque organisation possède des caractéristiques qui lui sont propres conformément aux fonctions que lui impartit l'instrument juridique qui l'a créée. Si quelques organisations internationales ont des traits communs, elles se différencient aussi par toute une série de traits qui correspondent à l'objet pour lequel elles ont été créées par la volonté des Etats.

36. Dans ces conditions, toute tentative de classification ne peut que conduire à l'identification de types d'organisations internationales, ce qui constitue plutôt une classification systématique qu'une simple description de caractère théorique. Etant donné la diversité des fonctions confiées aux organisations internationales, comme on l'a fait observer, toute classification sera forcément insuffisante.

37. La doctrine, dans sa majeure partie, utilise communément, pour classer les organisations internationales, les critères suivants : a) la composition ; b) l'objet de l'activité ; et c) les pouvoirs¹⁵.

38. Dans la classification selon la composition, on distingue les organisations internationales à vocation universelle et les organisations internationales régionales. Les premières sont difficiles à définir, car aucune organisation internationale n'est totalement universelle. Parce qu'elles reposent sur une base volontariste, il est toujours possible à quelques Etats de s'en tenir à l'écart. Même l'emploi des termes « à vocation universelle », pour souligner que leur universalité est seulement virtuelle, n'est pas suffisant, puisqu'une organisation comme la Banque mondiale, qui repose sur des principes économiques précis, refuse la qualité de membre de façon durable aux Etats qui n'acceptent pas ces principes. Les organisations régionales sont plus faciles à définir en termes de composition. Mais il y a une troisième catégorie d'organisations internationales

qui ne trouvent pas place dans cette classification dualiste : celle des organisations sans vocation universelle, qui ne sont pas établies sur une base régionale, comme l'OPEP, l'OCDE ou les Conseils de produits de base.

39. Dans la classification selon l'objet de l'activité, on fait souvent la distinction entre organisations politiques et organisations techniques ; d'autres préfèrent parler d'organisations générales ou d'organisations spécialisées ; tout dépend du domaine de compétence de l'organisation. D'autres auteurs vont plus loin encore et distinguent organisations politiques, économiques, financières, sociales, culturelles, administratives, militaires, etc. Il n'y a pas de limite à cette liste, purement descriptive. C'est une énumération plus qu'une classification véritable.

40. Dans la classification selon les pouvoirs, on peut distinguer les organisations consultatives, normatives, exécutives, etc., suivant qu'elles ont ou non le pouvoir de prendre des décisions obligatoires pour leurs membres et peuvent ou non assurer elles-mêmes l'exécution de leurs décisions. Cette distinction paraît plus proche du plan juridique, mais elle n'est pas entièrement satisfaisante. A considérer la force obligatoire des décisions, par exemple, l'Assemblée générale des Nations Unies apparaîtrait comme un organe consultatif, parce que ses résolutions n'ont que la valeur de simples recommandations, alors que le Conseil de sécurité serait un organe normatif, parce qu'il peut prendre des décisions obligatoires¹⁶.

41. Le mieux serait d'essayer d'établir une classification plus systématique — ou, si l'on préfère, scientifique — à partir d'une caractéristique des organisations internationales qui soit aussi typique que possible mais qui, en même temps, varie de façon significative d'une organisation à l'autre¹⁷. Comme on l'a déjà relevé, la fonction impartie à une organisation internationale constitue sa véritable raison d'être. C'est en vue de cette fonction que les Etats l'ont créée et ils participent à son fonctionnement en acceptant les charges et les disciplines qui en résultent inévitablement. La structure de l'organisation est elle-même subordonnée aux besoins de sa fonction.

42. Les organisations internationales existantes se conforment à peu près toutes à un modèle unique à trois niveaux :

a) Un organe intergouvernemental plénier au niveau supérieur ;

b) Un secrétariat administratif au niveau inférieur ; et

c) Un organe intergouvernemental plénier (dans les organisations ne groupant qu'un nombre limité d'Etats) ou restreint (dans les organisations mondiales) au niveau intermédiaire.

43. Ce schéma très général se complique cependant d'un certain nombre d'adjonctions, extrêmement variées, suivant la nature des fonctions de l'organisation considérée, les circonstances auxquelles elle doit

¹³ *Ibid.*, p. 178 et suiv.

¹⁴ Voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial, *Annuaire... 1985*, vol. II (1^{re} partie), p. 107, doc. A/CN.4/391 et Add.1, par. 32.

¹⁵ Voir P. Reuter, *Institutions internationales*, Paris, Presses universitaires de France, 1975, coll. « Thémis », p. 240 et suiv. ; M. Virally, « Définition et classification des organisations internationales : approche juridique » in G. Abi-Saab, éd., *Le concept d'organisation internationale*, Paris, UNESCO, 1980, p. 57 et suiv.

¹⁶ Voir Reuter, *op. cit.*, p. 240 et suiv. ; Virally, *loc. cit.*, p. 58 et 59.

¹⁷ Voir Virally, *loc. cit.*, p. 59 et suiv.

faire face, l'orientation donnée à ses activités, etc. On voit donc qu'il est extrêmement difficile, pour ne pas dire impossible, de ramener la multiplicité de ces éléments institutionnels à quelques types bien définis ou significatifs.

44. Cela étant, et conformément à l'idée de fonction que la Commission a adopté comme base principale de son étude, la fonction des organisations internationales, comme principe de classification, peut être considérée principalement de trois points de vue :

a) D'après l'extension de la coopération que l'organisation est chargée de réaliser ;

b) D'après l'étendue du champ d'activité réservé ou assigné à cette coopération ; et

c) D'après les moyens utilisés pour réaliser cette coopération, le type de relations institué entre l'organisation et ses membres dans leurs rapports mutuels.

45. Au premier critère correspond la division en organisations mondiales ou universelles, ou encore globales, et organisations partielles, restreintes. Les organisations universelles sont, bien entendu, celles qui tendent à réaliser l'unification de la société internationale en faisant pénétrer en leur sein tous les Etats qui la composent et qui ont pour but de tenter de résoudre les problèmes qui se posent à l'échelle de la planète. Les organisations partielles ne comprennent qu'un groupe limité d'Etats, groupés sur la base d'intérêts particuliers qu'ils partagent et qui les distinguent du reste de la société internationale. En un sens, on peut dire que les organisations universelles sont édifiées sur le principe d'inclusion et que les organisations partielles reposent, au contraire, sur le principe d'exclusion. La distinction entre ces deux types d'organisations ne concerne pas seulement le nombre des membres et les règles relatives à leur admission, elle entraîne toute une série de conséquences sur la constitution de l'appareil d'organes, sur ses relations avec les Etats membres, sur la finalité de son action et sur l'ensemble de ses activités.

46. Le deuxième critère conduit à faire une distinction entre organisations internationales générales et organisations internationales sectorielles. Les premières sont les organisations internationales constituées en vue de permettre une coopération organisée dans tous les domaines où elle paraîtra utile, sans aucune limitation, ou en n'excluant que certains secteurs bien définis (les problèmes de défense nationale, par exemple). Ces organisations internationales générales peuvent être constituées au niveau mondial, comme l'ONU, ou sur une base régionale, comme l'OEA ou l'OUA, par exemple. Le second type d'organisations est constitué par les organisations internationales auxquelles est assignée une fonction limitée à un seul secteur d'activité ou, tout au moins, à un ensemble de secteurs strictement définis.

47. Le troisième critère permet de faire une distinction entre organisations internationales normatives et organisations internationales opérationnelles. Les premières sont celles qui ont pour fonctions essentielles d'orienter le comportement de leurs membres en vue d'éviter qu'il ne devienne conflictuel ou, s'il l'est devenu, de faire cesser cette situation, et de faciliter la réalisation d'objectifs communs par la coordination de leurs efforts. Les

méthodes utilisées pour atteindre ces objectifs peuvent toutefois varier d'une organisation à l'autre. Les organisations opérationnelles agissent elles-mêmes, par leurs propres moyens ou par des moyens mis à leur disposition par leurs membres, mais dont l'utilisation est décidée par l'organisation. Elles ont donc la direction opérationnelle. Bien entendu, dans la plupart des cas, les moyens utilisés par les organisations internationales proviennent des Etats membres. Mais il y a une différence notable de situation suivant qu'ils ont été définitivement transférés à l'organisation (comme dans le cas de contributions financières) ou qu'ils lui ont été seulement prêtés pour faire face à une situation déterminée (comme dans le cas de contingents militaires, par exemple).

48. Certaines organisations internationales ont une activité presque exclusivement opérationnelle. C'est le cas des organisations financières et, notamment, des banques internationales, comme la Banque mondiale. D'autres ont une activité mixte, à la fois normative et opérationnelle, comme l'ONU (dont l'activité reste cependant avant tout normative) et les institutions spécialisées (à l'exclusion des institutions financières).

49. Compte tenu des considérations qui précèdent, force est de constater qu'aucune des classifications proposées ne pourrait, à elle seule, fournir un critère général permettant de déterminer les privilèges et immunités qui doivent être accordés aux organisations internationales. Il n'est pas possible, en effet, de faire une nette distinction entre les diverses catégories. Il arrive qu'elles se superposent. Enfin, comme on l'a dit, il s'agit plutôt d'une énumération que d'une classification proprement dite. On ne peut établir avec précision que de la simple classification fondée sur les critères énumérés se déduisent automatiquement et pour chaque catégorie d'organisations internationales des conséquences juridiques particulières et distinctes.

C. — Etendue de l'immunité de juridiction

50. Il semble donc non seulement qu'il soit difficile d'établir une liste des privilèges et immunités qui s'appliquent uniformément à toutes les organisations internationales, mais encore qu'il ne soit pas souhaitable de le faire. En effet, chaque organisation internationale a ses caractéristiques propres, conformément à l'instrument qui l'a créée, et jouit, par suite, pour atteindre les buts et s'acquitter des fonctions qui lui ont été expressément assignés, d'un nombre bien défini de privilèges et d'immunités, qui n'ont pas à être — et ne sont d'ailleurs généralement pas — les mêmes que ceux dont a besoin une autre organisation internationale, aux buts et aux fonctions différents.

51. Etant donné qu'il est difficile de définir les principes ou les critères généraux d'après lesquels il serait possible d'accorder automatiquement à une organisation internationale donnée une série déterminée de privilèges et d'immunités, toute règle qui sera élaborée en la matière doit contenir des dispositions de caractère général, qui puissent être complétées ou modifiées suivant les données propres à chaque cas particulier, pour s'adapter aux besoins fonctionnels véritables de l'organisation internationale considérée, conformément à l'instrument juridique qui l'a créée.

52. Les accords généraux sur les privilèges et immunités des organisations internationales (Convention de 1946 sur les privilèges et immunités des Nations Unies et Convention de 1947 sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées¹⁸ par exemple) sont en général complétés par un accord de siège ou un accord bilatéral ou multilatéral dans lequel sont définis, limités ou étendus les privilèges et immunités accordés à l'organisation internationale considérée. Cette formule vise à concilier les intérêts des organisations internationales et ceux des Etats, qu'ils soient ou non le siège d'une ou de plusieurs organisations internationales.

53. L'examen des conventions relatives à ce sujet, ainsi que des accords de siège et autres instruments juridiques bilatéraux et multilatéraux actuellement en vigueur, permet de constater qu'un certain nombre de critères ont régi, de façon plus ou moins généralisée, l'octroi des privilèges et immunités aux organisations internationales existantes. Il s'agit des critères suivants :

a) La zone géographique du ressort de l'organisation internationale ;

b) Le caractère politique de l'organisation internationale ;

c) Le type de fonctions assignées à l'organisation internationale : commerciales, financières, ou même industrielles ;

d) L'importance de l'organisation internationale, ce qui est logique, car certains privilèges et immunités qui sont nécessaires, voire indispensables, dans le cas d'une grande organisation internationale, peuvent être omis sans inconvénients majeurs, lorsqu'il s'agit d'une petite organisation internationale aux attributions limitées.

54. Enfin, il ne faut pas oublier le cas de certaines organisations internationales auxquelles il n'y a pas nécessairement lieu d'accorder des privilèges et immunités, même si elles ont été créées dans le cadre d'un accord entre Etats. Il s'agit d'organisations internationales intergouvernementales constituées de telle manière qu'elles ne peuvent agir que comme personne morale de droit national de l'Etat de siège.

55. L'Assemblée générale des Nations Unies avait elle-même indiqué, dans sa résolution 22D(I), du 13 février 1946, en application de laquelle fut élaborée et adoptée la Convention de 1947, que :

Tout en reconnaissant que les institutions spécialisées n'ont pas toutes besoin des mêmes privilèges et immunités, et que certaines d'entre elles, en raison du caractère particulier de leurs fonctions, ont besoin de privilèges d'une nature spéciale, qui ne sont pas nécessaires à l'Organisation, l'Assemblée estime que les privilèges et immunités de celle-ci devraient être considérés, en règle générale, comme un maximum, dans les limites duquel les diverses institutions spécialisées ne jouiraient que des privilèges et immunités nécessaires à l'accomplissement de leurs fonctions respectives, et qu'on ne devrait réclamer aucune immunité et aucun privilège qui ne soient vraiment nécessaires*.

56. En conséquence, le seul critère qui semble prévaloir de façon générale, tant dans la doctrine que dans les instruments juridiques de caractère multilatéral, bilatéral ou unilatéral, ainsi que dans la pratique suivie par l'ONU et les autres organisations internationales

existantes, est celui du besoin fonctionnel. C'est là, bien entendu, le critère principal que la Commission a, elle aussi, retenu depuis le début de la présente étude.

57. En tout état de cause, il ne faut pas perdre de vue :

a) Que les privilèges et immunités sont un droit et non une faveur ;

b) Qu'ils sont étroitement liés aux fonctions de l'organisation internationale à laquelle ils sont accordés ;

c) Que l'usage qui en est fait ne doit aller à l'encontre ni de leur raison d'être, ni de la justice.

On reviendra sur ce point lors de l'examen de la question des privilèges et immunités des fonctionnaires internationaux.

58. Conformément aux dispositions de la plupart des textes en vigueur (conventions sur les privilèges et immunités, accords de siège, etc.), les organisations internationales échappent à la juridiction des tribunaux de droit commun, à moins de renoncer expressément à ce privilège. Même alors, la renonciation ne peut s'étendre à des mesures d'exécution.

59. En dépit de son caractère apparemment excessif, ce traitement exceptionnel est expressément limité par l'obligation imposée aux organisations internationales d'instituer un système judiciaire qui permette le règlement des conflits ou des différends auxquels elles peuvent se trouver mêlées, obligation que consacrent tous les accords de siège existants, tels l'Accord entre l'OMS et la Suisse¹⁹ (art. 23) ou l'Accord entre l'UNESCO et la France²⁰ (art. 28). Les Conventions générales de 1946 et 1947 contiennent des dispositions analogues (art. VIII, sect. 29, et art. IX, sect. 31, respectivement). L'Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe²¹ pose cette obligation de façon plus explicite à l'article 21, qui prévoit l'arbitrage administratif.

60. Dans leurs réponses au questionnaire que le Conseiller juridique de l'ONU avait adressé, le 13 mars 1978, aux institutions spécialisées et à l'AIEA, ainsi qu'au questionnaire qu'il avait adressé, le 5 janvier 1984, aux organisations régionales, conformément aux décisions prises par la Commission²², la plupart des institutions spécialisées et l'AIEA, tout comme l'ONU, ont déclaré que leur immunité de juridiction avait été pleinement respectée et reconnue par les autorités nationales compétentes²³.

61. Il ressort de l'analyse des réponses que le principe de l'immunité de juridiction des organisations interna-

¹⁹ Accord du 29 septembre 1955, voir Suisse, *Recueil systématique du droit fédéral*, Berne, 1970, sect. 0.192.120.281.

²⁰ Accord du 2 juillet 1954 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 357, p. 3).

²¹ Conseil de l'Europe, *L'Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe, du 2 septembre 1949*, Strasbourg [s.d.].

²² Voir *Annuaire... 1977*, vol. 11 (2^e partie), p. 127, par. 95 ; et *Annuaire... 1983*, vol. 11 (2^e partie), p. 86, par. 277, f.

²³ Voir « Pratique suivie par l'Organisation des Nations Unies, les institutions spécialisées et l'Agence internationale de l'énergie atomique en ce qui concerne leur statut juridique, leurs privilèges et leurs immunités : étude complémentaire du Secrétariat », *Annuaire... 1985*, vol. 11 (1^{re} partie/Add.1), p. 153, doc. A/CN.4/L.383 et Add.1 à 3.

¹⁸ Dénommées ci-après « Conventions générales de 1946 et 1947 ».

tionales s'est renforcé. A cet égard, il est intéressant de citer la réponse de l'ONU au questionnaire susmentionné :

a) *Reconnaissance de l'immunité de juridiction de l'ONU*

11. Les Etats-Unis d'Amérique sont devenus partie à la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies le 29 avril 1970. Cette adhésion a renforcé la position juridique de l'Organisation à l'égard de l'immunité de juridiction dont elle jouissait aux Etats-Unis, laquelle, jusqu'alors, lui était reconnue en vertu de la législation nationale et du droit international général découlant, en particulier, des Articles 104 et 105 de la Charte des Nations Unies. Cette décision a eu d'autant plus d'importance pour l'Organisation qu'elle est intervenue alors que la doctrine de l'immunité souveraine était en pleine évolution. Cette doctrine s'est infléchie dans un sens plus restrictif dans de nombreux pays et a débouché sur la promulgation de législations nationales telles que la loi de 1976 sur les immunités des Etats étrangers (*United States Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*) ; sans être directement applicable aux organisations internationales, la nouvelle doctrine de l'immunité souveraine, et en particulier, l'approche plus restrictive adoptée à l'égard des activités commerciales des Etats étrangers auront inévitablement des répercussions sur la manière dont les tribunaux nationaux considéreront les activités des organisations internationales. L'ONU, toutefois, continue de bénéficier d'une entière immunité de juridiction et ne rencontre aucune difficulté particulière à cet égard, à la différence d'autres organisations qui ne jouissent pas de la même protection juridique en vertu des accords en vigueur²⁴.

62. Il est particulièrement intéressant de citer la décision de la Cour suprême du comté de New York dans l'affaire *Menon* (1973), ce tribunal ayant son importance puisqu'il se trouve dans le pays où l'ONU a son siège. L'épouse séparée d'un fonctionnaire non résident de l'ONU contestait la décision par laquelle les juges de la Family Court avaient refusé d'enjoindre à l'Organisation d'exposer les raisons qui s'opposaient à la saisie-arrest du traitement de son mari pour assurer la subsistance de la demanderesse et celle de son enfant mineur. Cette demande a été rejetée par la Cour suprême, qui a déclaré que « la loi exempte expressément toute entité souveraine* de la juridiction [des] tribunaux [des Etats-Unis], à moins que cette entité souveraine consente elle-même à s'y soumettre ». La Cour a considéré, en outre, que l'ONU « jouit de la souveraineté* et peut faire bénéficier ses fonctionnaires et agents de cette protection », et que « ni la Cour suprême ni la Family Court n'ont compétence pour contester le statut souverain de l'ONU applicable à son personnel et à ses agents responsables de ses opérations financières »²⁵. On aura l'occasion de commenter cette décision, lorsqu'on examinera la question des privilèges et immunités des fonctionnaires.

63. On citera, enfin, comme autre exemple pertinent le jugement rendu dans l'affaire *Manderlie; c. Organisation des Nations Unies et Etat belge* (1966). Le demandeur avait intenté une action devant le tribunal de première instance de Bruxelles en vue d'obtenir de l'ONU ou du Gouvernement belge, ou de l'un et l'autre solidairement, des dommages-intérêts en raison du préjudice qu'il prétendait avoir subi « à la suite d'exactions commises au Congo par les troupes de l'Organisation ». Le tribunal a déclaré l'action non recevable en tant qu'intentée contre l'ONU, bénéficiaire d'une immunité

de juridiction en vertu de la section 2 de la Convention de 1946 sur les privilèges et immunités des Nations Unies²⁶.

64. Quant aux institutions spécialisées et l'AIEA, elles recourent à l'arbitrage pour régler les différends qui pourraient les opposer à des personnes privées de droit commun²⁷. Ainsi, les contrats d'achat et de vente avec les fournisseurs contiennent-ils généralement une clause compromissoire.

65. Par ailleurs, elles ont créé un tribunal administratif spécial, dont elles reconnaissent la juridiction, qui est compétent pour juger les litiges qui peuvent les opposer aux membres de leur personnel.

66. Une clause d'arbitrage figure généralement dans les contrats d'assistance technique que les institutions spécialisées passent avec les Etats et dans les accords de coopération qu'elles concluent entre elles ou avec l'ONU. L'acte constitutif de ces institutions prévoit un recours éventuel auprès de la CIJ pour avis consultatif en cas de controverse sur l'interprétation ou l'application de l'une des dispositions des instruments juridiques en question.

67. Certaines organisations à caractère financier acceptent d'être traduites devant un tribunal national dans certaines conditions. C'est le cas, ainsi qu'il est prévu dans leurs statuts, de la BIRD (art. VII, sect. 3), de l'IDA (art. VIII, sect. 3) et de la SFI (art. VII, sect. 3). Cependant, aucune action judiciaire ne peut être intentée contre elles par des Etats membres, ou par des personnes agissant en leur nom et pour leur compte. Les biens et avoirs de ces trois institutions, où qu'ils se trouvent, échappent à toute forme de saisie, d'opposition ou d'exécution en l'absence d'un jugement définitif.

68. Les réponses au questionnaire adressé le 13 mars 1978 par le Conseiller juridique de l'ONU aux chefs de secrétariat des institutions spécialisées des Nations Unies et de l'AIEA indiquent que l'immunité de juridiction de la plupart des institutions spécialisées et de l'AIEA a été pleinement reconnue par les autorités nationales compétentes.

69. Dans les jugements rendus lors d'actions intentées contre l'OIT et le FMI, l'immunité de juridiction a toujours été reconnue²⁸. Toutefois, plusieurs actions en justice ont été intentées contre la FAO, malgré l'existence d'accords internationaux qui lui concèdent l'immunité de juridiction. La FAO récusé la compétence des tribunaux locaux. Les décisions des tribunaux du pays hôte, l'Italie, ne reconnaissent pas l'immunité de la FAO, alors même que l'Accord de siège²⁹ prévoit « l'immunité de juridiction ». Les tribunaux italiens

²⁶ Voir Nations Unies, *Annuaire juridique 1966*, (numéro de vente : F.68.V.6), p. 299 ; cité dans doc. A/CN.4/L.383 et Add.1 à 3, partie A, chap. II, sect. 7, par. 13.

²⁷ Voir doc. A/CN.4/L.383 et Add.1 à 3, partie B, chap. I, sect. 1, par. 9.

²⁸ *Ibid.*, partie B, chap. II, sect. 7, par. 43.

²⁹ Accord du 31 octobre 1950, voir Nations Unies, *Textes législatifs et dispositions de traités concernant le statut juridique, les privilèges et les immunités d'organisations internationales*, vol. II (numéro de vente : 61.V.3), p. 187.

²⁴ *Ibid.*, p. 169, partie A, chap. II, sect. 7, par. 11.

²⁵ Voir Nations Unies, *Annuaire juridique 1973* (numéro de vente : F.75.V.1.), p. 215 et 216 ; cité dans doc. A/CN.4/L.383 et Add.1 à 3, partie A, chap. II, sect. 7, par. 12.

essaient d'établir une distinction, en faisant valoir que la FAO ne bénéficie de cette immunité que pour les questions ayant trait à des activités liées aux objectifs et aux fonctions de l'Organisation (actes *jure imperii*) et non pour les transactions de droit privé pouvant résulter d'autres activités (actes *jure gestionis*). De toute façon, aucune mesure d'exécution n'a été prononcée contre la FAO. Bien entendu, les organes directeurs de la FAO ne peuvent souscrire à cette interprétation et soutiennent que les dispositions de l'Accord de siège doivent être prises à la lettre. Sinon, la FAO, ainsi que d'autres organisations internationales, seraient exposées à des litiges qui seraient préjudiciables à l'exécution effective de leurs programmes d'action³⁰. On pourrait envisager la possibilité de demander à la CIJ un avis consultatif sur l'interprétation des dispositions pertinentes de l'Accord de siège.

70. Dans d'autres actions intentées contre la FAO, on est parvenu à des règlements extra-judiciaires. Dans certains cas, il n'a été prise aucune mesure pour exécuter le jugement.

71. La BIRD, l'IDA et la SFI ne jouissent pas d'une immunité de juridiction générale. L'immunité dont elles bénéficient ne concerne que les actions intentées par des Etats membres ou par des personnes agissant pour le compte d'Etats membres, ou tenant leurs droits de ceux-ci. Les autres personnes ne peuvent intenter des actions que devant un tribunal compétent sur le territoire d'un Etat membre où l'organisation possède un bureau, a désigné un représentant chargé d'accepter les assignations en justice ou a émis ou garanti des valeurs mobilières. Ni la BIRD, ni l'IDA, ni la SFI n'ont signalé de cas où leur immunité limitée n'a pas été reconnue.

72. Quant à l'« immunité de juridiction », prévue à l'article III, sect. 4, de la Convention de 1947, la plupart des institutions spécialisées et l'AIEA ont indiqué qu'elles n'avaient pas rencontré de difficultés particulières pour son interprétation. Le FMI a été d'avis qu'il fallait interpréter la formule dans un sens large, de manière qu'elle s'entende de l'exercice du pouvoir judiciaire sous toutes ses formes³¹.

73. Il est intéressant de noter que la loi des Etats-Unis de 1976 sur les immunités des Etats étrangers, *United States Foreign Sovereign Immunities Act of 1976*, dispose expressément que les biens des organisations internationales désignées par le Président des Etats-Unis d'Amérique (parmi lesquelles figurent la BIRD, l'IDA et la SFI) « ne font l'objet d'aucune saisie ni d'aucune autre procédure judiciaire entravant le versement de fonds à un Etat étranger ou sur ordre d'un Etat étranger à la suite d'une action intentée devant les tribunaux des Etats-Unis ou des Etats »³².

74. Il n'a pas été signalé de cas où la question de l'immunité à l'égard des mesures d'exécution se soit posée. Seule la FAO a signalé qu'à la réunion de son Conseil d'administration, en novembre 1984, le représentant du

pays hôte avait fait une déclaration sur l'immunité de juridiction de l'Organisation et sur son immunité à l'égard des mesures d'exécution dans le pays.

75. Dans cette déclaration, le représentant en question reprenait la distinction, déjà évoquée (*supra* par. 69) que font les tribunaux italiens entre les actes *jure imperii* et les actes *jure gestionis*, mais indiquait que « si une partie cherchait à faire exécuter des mesures contre la FAO [...] l'Organisation devrait comparaître devant le juge [d'exécution compétent] pour invoquer l'existence de son immunité de juridiction aux termes de [...] l'Accord de siège »³³.

76. Devant une interprétation aussi restrictive de l'expression « toute forme de juridiction » employée dans son accord de siège, la FAO considère et soutient que ladite expression vise aussi l'immunité à l'égard des mesures d'exécution.

D. — Renonciation à l'immunité de juridiction

77. Quelques cas se sont produits où des institutions spécialisées ont, dans des circonstances particulières, renoncé à leur immunité de juridiction. C'est ainsi que le FMI a renoncé à son immunité pour les besoins de certains prêts. Des clauses au porteur dont sont assortis certains accords d'emprunt du FMI prévoient la renonciation par le FMI à son immunité de juridiction et la compétence des tribunaux nationaux désignés à l'égard des actions et des mesures d'exécution. L'UPU a reconnu la juridiction des tribunaux suisses en cas de litige³⁴.

78. Par ailleurs, comme on l'a déjà indiqué (*supra* par. 64), la plupart des contrats passés par les institutions spécialisées et l'AIEA prévoient que les différends qui pourraient surgir devront être réglés par voie d'arbitrage.

E. — Biens, fonds et avoirs

79. Si l'on part du principe que les organisations internationales possèdent la personnalité juridique, il est facile de comprendre que le traitement ou le régime qu'il faut accorder aux biens d'une organisation internationale découle logiquement des droits inhérents à cette personnalité.

80. L'une des conditions essentielles pour qu'une organisation internationale puisse s'acquitter comme il convient des fonctions pour lesquelles elle a été créée est, comme on l'a déjà dit, qu'elle jouisse de l'autonomie la plus absolue. Or, on voit mal comment une autonomie pourrait exister si l'on ne reconnaît pas à l'organisation internationale le droit de disposer d'un patrimoine propre.

81. Sans un instrument adéquat pour agir, sans les moyens d'action voulus et sans un soutien matériel suffisant, les organisations internationales seraient dans l'impossibilité de mener à bien la mission qui leur a été

³⁰ Voir doc. A/CN.4/L.383 et Add.1 à 3, partie B, chap. II, sect. 7, par. 48, b.

³¹ *Ibid.*, par. 52.

³² *Ibid.*, par. 53.

³³ *Ibid.*, par. 54.

³⁴ *Ibid.*, par. 55.

dévolue par leur acte constitutif et d'autres instruments juridiques. Tout ceci, leur patrimoine le leur fournit. Le patrimoine contribue, en premier lieu, à donner à l'organisation une base permanente à partir de laquelle elle pourra mener la mission spécifique qui lui est confiée.

82. Le patrimoine des organisations internationales peut être comparé au patrimoine des personnes morales de droit public, dans la mesure où il sert exclusivement à la réalisation des objets de l'organisation. D'où le principe de l'intangibilité et de l'inaliénabilité du patrimoine des organisations internationales³⁵.

83. Certes, ces caractéristiques ne sont pas propres aux organisations internationales, et elles s'appliquent indifféremment aux services publics de droit interne ou de droit international. Le principe de l'inaliénabilité des biens et celui de l'immunité fiscale n'ont d'autre objet que de préserver le patrimoine des services publics pour garantir la continuité des prestations³⁶.

84. Selon Jean Duffar, l'affectation des biens des institutions publiques justifie, en droit interne, que ces biens ne puissent être détournés de leur fonction ; elle explique surtout l'inaliénabilité du domaine public³⁷. Les biens des organisations internationales bénéficient aussi d'un droit de protection, parce qu'ils sont affectés à une fin collective. Peut-être même le principe général est-il favorablement infléchi en faveur des organisations internationales, car qui dit domaine dit propriété, et les biens des organisations internationales sont protégés alors même qu'ils ne sont pas la propriété de l'organisation.

85. Tous les textes relatifs aux privilèges et immunités des organisations internationales mentionnent expressément les « locaux et immeubles ». C'est ainsi que la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques dispose, au paragraphe 3 de l'article 22 :

Les locaux de la mission, leur ameublement et les autres objets qui s'y trouvent, ainsi que les moyens de transport de la mission, ne peuvent faire l'objet d'aucune perquisition, réquisition, saisie ou mesure d'exécution.

Les deux Conventions générales de 1946 et 1947, les accords de siège entre l'ONU et les Etats-Unis d'Amérique³⁸ et l'ONU et la Suisse³⁹ contiennent des dispositions analogues.

86. Cela paraît logique. Même s'il ne fait aucun doute que les locaux et immeubles des organisations internationales jouissent du régime général applicable aux biens, il est évident que, sans locaux ni immeubles, il serait très difficile, voire impossible, pour une organisation de mener ses activités. D'où l'importance fondamentale et particulière qu'on accorde à ses biens, en leur réservant un régime juridique spécial.

87. Selon la pratique des Etats et les instruments juridiques relatifs aux diverses organisations internationales (actes constitutifs, accords de siège, conventions, etc.), on considère que les biens d'une organisation internationale, pris dans leur ensemble, ne relèvent pas du droit commun des biens. Ces biens étant affectés en permanence à des fins institutionnelles, ils ne peuvent être utilisés pour d'autres usages que ceux pour lesquels ils ont été prévus. C'est pourquoi on leur accorde un régime de droit public, qui en fait des biens inaliénables et insaisissables.

F. — Inviolabilité des biens et des locaux

88. Un des privilèges les plus importants des organisations internationales et qui est indispensable dans la pratique à leur plein fonctionnement est celui qui a trait à l'inviolabilité des locaux de l'organisation. C'est le principe qui garantit à une organisation internationale son autonomie, son indépendance et sa confidentialité. Ce principe est évidemment consacré dans la presque totalité des instruments juridiques relatifs aux privilèges et immunités des organisations internationales, soit dans les deux Conventions générales de 1946 et 1947, soit dans les accords de siège ou dans d'autres accords bilatéraux ou multilatéraux relatifs aux organisations internationales existantes.

89. En droit international, l'inviolabilité des locaux des organisations internationales est identique, par le contenu, à l'inviolabilité des locaux diplomatiques, telle qu'elle est prévue à l'article 22, par. 1, de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques. Toutefois, les principes sur lesquels repose ce contenu ne sont pas les mêmes dans les deux cas. Les Etats respectent l'inviolabilité des locaux diplomatiques en se fondant sur le principe de l'égalité souveraine et de la réciprocité. Dans le cas des organisations internationales, on ne saurait parler de réciprocité, puisqu'il ne peut y en avoir. L'inviolabilité se justifierait par l'impossibilité pour un ordre juridique subordonné, national, de soumettre ou de contraindre un ordre juridique supérieur, international⁴⁰.

90. Lorsque les premières organisations internationales ont été créées, on parlait, pour fonder l'inviolabilité, d'« exterritorialité ». C'est le terme employé dans les accords conclus par le Gouvernement fédéral suisse et certaines des organisations internationales qui ont leur siège en Suisse. On peut lire dans ces accords que le Conseil fédéral suisse reconnaît notamment l'exterritorialité des terrains et locaux de [l'organisation] et de tous les locaux occupés par elle à l'occasion de [ses assemblées] ou de toute autre réunion convoquée en Suisse par [l'organisation] (art. 4 des accords signés, entre autres, avec l'OIT, l'OMS et l'OMM).

91. Cette théorie a été pratiquement abandonnée. L'inviolabilité des locaux d'une organisation internationale ne repose pas sur une prétendue notion d'exterritorialité (doctrine, on l'a dit, dépassée) ; elle repose sur le droit de toute organisation internationale au respect et

³⁵ Voir J. Duffar, *Contribution à l'étude des privilèges et immunités des organisations internationales*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982, p. 235.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*, p. 237.

³⁸ Accord du 26 juin 1947, voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 11, p. 11.

³⁹ Arrangement provisoire des 11 juin et 1^{er} juillet 1946 (*ibid.*, vol. 1, p. 163), modifié par l'échange de lettres des 5 et 11 avril 1963 (*ibid.*, vol. 509, p. 308).

⁴⁰ Duffar, *op. cit.*, p. 101.

à l'inviolabilité de son intimité. Il s'agit d'un droit inhérent à la personnalité⁴¹.

92. Dans les accords les plus anciens, on mentionne uniquement les « locaux de l'organisation ». Dans les textes plus récents, on précise le sens de ces termes et, bien entendu, le contenu du privilège, sans en modifier pour autant la portée. C'est ainsi que la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques a retenu l'idée proposée par la Commission, lors de l'élaboration de cette convention, selon laquelle « les locaux comprennent, s'il s'agit d'un immeuble, le terrain qui l'entoure et les autres dépendances, y inclus le jardin et le parc à voitures »⁴². La Convention de Vienne stipule en effet, à l'alinéa i de l'article 1^{er}, que « l'expression « locaux de la mission » s'entend des bâtiments ou des parties de bâtiments et du terrain attenant qui [...] sont utilisés aux fins de la mission ».

93. Chaque fois qu'elle a conclu avec un Etat hôte un accord au sujet des installations permanentes, comme celles de New York ou de Genève ou des locaux abritant le siège des commissions économiques régionales, l'ONU s'est efforcée de délimiter avec précision, soit dans l'Accord de siège, soit dans un accord additionnel ou dans une annexe, la zone dans laquelle se trouvent ses locaux, sur laquelle elle exerce son autorité⁴³.

94. Cette notion d'inviolabilité, prise ainsi dans un sens large et général, n'est pas acceptée par tous. En particulier, les Etats sur le territoire desquels se trouve le siège de certaines organisations internationales tendent à la limiter. Dans le rapport établi en 1968 par un sous-comité du Comité européen de coopération juridique, le principe selon lequel les locaux d'une organisation internationale doivent être inviolables est reconnu, mais on objecte qu'il ne semble pas nécessaire, à première vue, de garantir l'inviolabilité des locaux quand il s'agit d'organisations internationales qui exercent des fonctions purement administratives ou techniques, et que, dans certains cas, il suffirait peut-être de s'en tenir à l'inviolabilité des archives. Selon ce rapport, le mot « locaux » devrait s'entendre des « terrains, bâtiments ou parties de bâtiments [qui], quel qu'en soit le propriétaire, [sont] utilisés exclusivement pour l'exercice des fonctions officielles de l'organisation* »⁴⁴.

95. Cette même restriction avait fait l'objet de débats au sein de la Commission, à sa dixième session, en 1958, lors de l'examen du projet d'articles relatif aux relations et immunités diplomatiques (qui est à l'origine de la Convention de Vienne de 1961). A cette occasion, M. Tounkine, membre de la Commission avait désapprouvé l'addition du mot « officiels », après le mot « locaux », car, disait-il, « les locaux de la mission sont ceux qui servent à la mission pour ses fonctions ; cette

addition ne ferait que créer des confusions et pourrait être interprétée comme signifiant que seuls des bureaux de la mission doivent être considérés comme locaux officiels »⁴⁵. Cependant, la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires a opté pour cette formule au paragraphe 2 de son article 31, lequel limite l'inviolabilité à « la partie des locaux consulaires que le poste consulaire utilise exclusivement pour les besoins de son travail ».

96. Bien que la tendance à limiter et à différencier l'inviolabilité ait ses partisans convaincus, il est au moins un cas dans lequel un tribunal — la Cour de justice des Communautés européennes — a confirmé la thèse de l'inviolabilité universelle et uniforme. La Cour a, en effet, statué que les locaux et édifices de la Communauté européenne de l'énergie atomique ne se limitent pas aux seuls locaux administratifs et que, par conséquent, « l'intervention d'une autorité administrative nationale dans la sphère d'intérêt d'une institution communautaire constitue une mesure de contrainte administrative »⁴⁶.

97. La Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques consacre, à l'alinéa i de son article 1^{er}, une autre des caractéristiques fondamentales de l'inviolabilité en droit international, à savoir que la protection conférée par l'inviolabilité ne dépend pas de la propriété des locaux mais de leur occupation. C'est pourquoi y sont employés les termes « quel qu'en soit le propriétaire ». Des termes analogues sont utilisés dans les deux Conventions générales de 1946 et 1947 (art. II, sect. 3, et art. III, sect. 5, respectivement), ce qui indique que les mêmes principes s'appliquent aux organisations internationales⁴⁷.

98. Dans la première étude, établie en 1967, par le Secrétariat, figure un commentaire des plus pertinents dans lequel il est dit que

Bien que la Convention de Vienne ne s'applique évidemment pas aux organisations internationales, il en ressort néanmoins qu'en matière d'inviolabilité aucune distinction n'est faite entre les locaux détenus en propriété et ceux qui sont loués ou détenus à un autre titre. A cet égard, la Convention est un instrument déclaratoire du droit international existant⁴⁸.

99. Il est évident que le principe énoncé sous la forme adoptée dans les Conventions de Vienne de 1961 et 1963, c'est-à-dire en tant que protection de l'occupation, implique l'existence de deux moments précis : celui à partir duquel l'inviolabilité est applicable et exigible et celui où elle cesse de l'être. Le premier moment est déterminé par le commencement de l'occupation effective des locaux par l'organisation internationale. Le second est déterminé, logiquement, par la cessation de l'occupation des locaux par l'organisation internationale qui les occupait. La Convention de Vienne de

⁴¹ *Ibid.*, p. 51 et suiv.

⁴² Voir *Annuaire... 1958*, vol. II, p. 98, doc. A/3859, chap. II, sect. II, par. 2 du commentaire de l'article 20 du projet d'articles relatif aux relations et immunités diplomatiques.

⁴³ Voir « Pratique suivie par l'Organisation des Nations Unies, les institutions spécialisées et l'Agence internationale de l'énergie atomique en ce qui concerne leur statut juridique, leurs privilèges et leurs immunités : étude du Secrétariat », *Annuaire... 1967*, vol. II, p. 252, doc. A/CN.4/L.118 et Add.1 et 2, 2^e partie, A, chap. II, par. 99.

⁴⁴ Voir Conseil de l'Europe, *op. cit.* (*supra* n. 11), p. 27 et 28, par. 44 et 45.

⁴⁵ Voir *Annuaire... 1958*, vol. I, p. 124, 455^e séance, par. 68.

⁴⁶ Affaire 2-68, *Ufficio Imposte di Consumo di Ispra c. Commission des Communautés européennes*, ordonnance du 17 décembre 1968, *Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Luxembourg, vol. 14, 1968, p. 639 ; cité par Duffar, *op. cit.* (*supra* n. 35), p. 102.

⁴⁷ Voir Ph. Cahier, *Le droit diplomatique contemporain*, Genève, Droz, 1962, p. 198 et 199.

⁴⁸ Voir doc. A/CN.4/L.118 et Add.1 et 2 (*supra* n. 43), 2^e partie, A, chap. II, par. 91 *in fine*.

1975 sur la représentation des Etats a adopté ce principe dans son article 70, relatif à la protection des locaux, des biens et des archives, dont le paragraphe 1 dispose que « Lorsque la réunion d'un organe ou d'une conférence prend fin, l'Etat hôte est tenu de respecter et protéger les locaux de la délégation tant que celle-ci les utilise [...] ».

100. La doctrine est quasi unanime à reconnaître que les principes relatifs à l'inviolabilité diplomatique sont applicables dans leur ensemble aux locaux des organisations internationales. La pratique suivie par les Etats le confirme. L'inviolabilité dépend de l'affectation des locaux aux fins de l'organisation internationale et de leur occupation effective par celle-ci.

101. Il semble toutefois exister une lacune en ce qui concerne la détermination précise des deux moments que l'on vient de signaler : le début et la fin de l'inviolabilité. Cela tient à l'absence, dans la plupart des instruments juridiques qui régissent les relations entre les Etats et les organisations internationales actuellement en vigueur, d'un processus établissant la notification obligatoire, tant au moment où commence l'occupation des locaux ou de tout autre espace occupé par une organisation internationale, qu'au moment où elle cesse. Une telle notification doit, bien sûr, être faite aux autorités compétentes de l'Etat hôte. Ainsi, l'ONU envoie une notification officielle aux autorités du pays hôte lorsqu'elle est sur le point d'occuper ou de cesser d'occuper certains locaux.

102. Une telle obligation avait été prévue à l'article 3 du projet de convention de la Harvard Law School relatif aux privilèges et immunités diplomatiques. Conformément à ce projet, l'inviolabilité des locaux occupés ou utilisés par la mission devait être respectée et garantie par l'Etat hôte « à condition que l'occupation ou l'utilisation ait été notifiée à l'avance à l'Etat hôte »⁴⁹. A la neuvième session de la Commission, M. Ago, faisant observer que l'Etat accréditant a coutume de notifier à l'Etat accréditaire qu'il va occuper certains locaux, avait proposé que l'inviolabilité commence à produire ses effets à la date où l'Etat accréditaire reçoit la notification de l'Etat accréditant⁵⁰. La Commission ne s'est pas prononcée sur cette proposition. L'Accord conclu entre l'ONU et les Etats-Unis, en 1966, à la suite de l'acquisition par l'Organisation de locaux situés en dehors du district administratif, tel qu'il avait été délimité à l'origine⁵¹, prévoit expressément, à l'article II, l'obligation de la notification tant au moment où commence l'occupation des locaux qu'au moment où elle cesse :

Article II

Au cas où le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies cesserait d'utiliser pour ses bureaux l'un quelconque des locaux décrits à

l'article premier, ou toute partie desdits locaux, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies en donnera immédiatement notification au Représentant permanent des Etats-Unis d'Amérique auprès de l'Organisation des Nations Unies. Ce local, ou cette partie desdits locaux, cessera d'être compris dans le district administratif à compter de la date de ladite notification.

Et l'Accord réaffirme cette obligation dans les termes suivants :

Article III

Dès qu'aura pris fin toute sous-location de toutes parties des locaux décrits à l'article premier et que l'Organisation des Nations Unies aura pris possession de ces parties desdits locaux, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies en donnera immédiatement notification au Représentant permanent des Etats-Unis d'Amérique auprès de l'Organisation des Nations Unies. Ces parties desdits locaux seront incorporées au district administratif à compter de la date de cette occupation.

103. Dans son rapport sur les privilèges et immunités des organisations internationales, le sous-comité du Comité européen de coopération juridique ne s'occupe que des limites précises des locaux, qui doivent figurer dans les accords de siège comme dans les accords relatifs à l'occupation temporaire d'un local⁵².

104. Il semble donc qu'il soit admis, de manière générale, que les locaux des organisations internationales, comme les locaux diplomatiques, sont inviolables. A cette inviolabilité est inhérente, par voie de conséquence, l'exemption de toute perquisition, réquisition, saisie, confiscation, expropriation et de toute autre forme de contrainte ou d'ingérence administrative, exécutive, judiciaire ou législative. Aucun agent des pouvoirs publics d'un Etat ne peut pénétrer dans les locaux d'une organisation internationale (telle qu'on l'a définie) sans avoir sollicité l'autorisation et sans avoir obtenu le consentement des responsables de l'organisation ayant qualité pour connaître de ladite demande ou donner ledit consentement, ou à moins que le texte juridique fondamental pertinent prévoit une dérogation au principe de l'inviolabilité⁵³.

105. La pratique des Etats, celle de l'ONU, ainsi que des institutions spécialisées et de l'AIEA sont conformes à la doctrine : l'inviolabilité ne consiste pas seulement à ce que les Etats s'abstiennent de pénétrer dans les locaux d'une organisation internationale, mais elle implique aussi l'obligation de les protéger contre toute menace ou perturbation qui pourrait avoir un effet préjudiciable. L'Etat est juridiquement tenu d'accorder aux locaux des organisations internationales la même protection spéciale qu'aux locaux diplomatiques. Concrètement, l'inviolabilité des locaux impose à l'Etat l'obligation non seulement de s'abstenir de certains actes, mais encore de protéger activement les locaux. Ces principes ont été reconnus dans de nombreux accords de siège ou ont été considérés comme s'imposant aux Etats. Il en est ainsi, par exemple, dans les accords conclus entre l'ONU et les Etats-Unis d'Amérique⁵⁴ (art. VI,

⁴⁹ Harvard Law School, *Research in International Law, I. Diplomatic Privileges and Immunities*, publié en tant que *Supplement to the American Journal of International Law*, Washington (D. C.), vol. 26, 1932, p. 50 et 51 ; cité dans Cahier, *op. cit.* (*supra* n. 47), p. 200 et 216, et dans Duffar, *op. cit.* (*supra* n. 35), p. 135.

⁵⁰ Voir *Annuaire...* 1957, vol. I, p. 56 et 57, 394^e séance, par. 25.

⁵¹ Voir doc. A/CN.4/L.118 et Add.1 et 2 (*supra* n. 43), 2^e partie, A, chap. II, par. 100.

⁵² Voir *supra* note 44.

⁵³ Voir doc. A/CN.4/L.118 et Add.1 et 2, 2^e partie, A, chap. II, par. 109.

⁵⁴ Voir *supra* note 38.

sect. 16) ; l'ONU et la France⁵⁵ (sect. II) ; la CEAE et la Thaïlande⁵⁶ (art. III, sect. 5) ; la CEA et l'Ethiopie⁵⁷ (art. III, sect. 4) ; la FAO et l'Italie⁵⁸ (art. IV, sect. 8) ; la FAO et l'Egypte⁵⁹ (art. II, sect. 4, c) ; la FAO et la Thaïlande⁶⁰ (art. V, sect. 7) ; l'UNESCO et Cuba⁶¹ (sect. B) ; l'UNESCO et la France⁶² (art. 7).

106. Pour sa part, le Gouvernement fédéral suisse a déclaré que la protection des locaux des organisations internationales constituait une obligation pour la Suisse, même lorsque les accords de siège conclus par la Confédération ne contenaient pas de dispositions particulières à cet égard⁶³. L'Etat doit donc mettre en œuvre les moyens voulus pour protéger les locaux de l'organisation internationale à l'extérieur et, éventuellement, à l'intérieur. Dans ce dernier cas, comme on l'a dit, l'autorisation d'intervenir doit être obtenue d'un représentant compétent de l'organisation intéressée. L'Accord de siège entre l'UNESCO et la France⁶⁴ énonce expressément ce principe à l'article 7.

107. Si l'inviolabilité est reconnue à l'organisation internationale, dans l'intérêt des fonctions qu'elle exerce, il est logique qu'en contrepartie les Etats n'admettent pas que les locaux occupés par une organisation internationale puissent être transformés en territoire d'asile. L'Accord de siège conclu entre l'ONU et les Etats-Unis d'Amérique⁶⁵ contient, à l'article III, sect. 9, al. b, une disposition expresse à ce sujet :

b) Sans qu'il puisse être porté atteinte aux dispositions de la Convention générale ou de l'article IV du présent accord, l'Organisation des Nations Unies empêchera que le district administratif ne devienne le refuge de personnes tentant à échapper à une arrestation ordonnée en exécution d'une loi fédérale, d'Etat ou locale des Etats-Unis, ou réclamées par le Gouvernement des Etats-Unis pour être extradées dans un autre pays, ou cherchant à se dérober à l'exécution d'un acte de procédure.

L'Accord de siège entre l'UNESCO et la France contient une disposition analogue au paragraphe 3 de l'article 6.

108. En général, il ressort des réponses au questionnaire, que le Conseiller juridique de l'ONU a adressé en 1978 aux institutions spécialisées et à l'AIEA, que l'inviolabilité des locaux est reconnue aussi bien aux institutions spécialisées et à l'AIEA qu'à l'ONU. Leurs locaux sont le plus souvent à l'abri des perquisitions et de toute forme d'intervention⁶⁶.

⁵⁵ Echange de lettres constituant l'accord du 17 août 1951 relatif à la tenue de la sixième session de l'Assemblée générale à Paris, voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 122, p. 191.

⁵⁶ Accord du 26 mai 1954, *ibid.*, vol. 260, p. 35.

⁵⁷ Accord du 18 juin 1958, *ibid.*, vol. 317, p. 101.

⁵⁸ Voir *supra* note 29.

⁵⁹ Accord du 17 août 1952, voir Nations Unies, *Textes législatifs...* (*supra* n. 29), p. 212.

⁶⁰ Accord du 6 février 1957, *ibid.*, p. 220.

⁶¹ Echange de lettres des 30 août et 9 septembre 1949, *ibid.*, p. 230.

⁶² Voir *supra* note 20.

⁶³ Voir *Annuaire suisse de droit international, 1969-1970*, Zurich, vol. 26, p. 170 et 171, ainsi que Ph. Cahier, *Etude des accords de siège conclus entre les organisations internationales et les Etats où elles résident*, Milan, Giuffrè, 1959 (thèse), p. 259 et 260.

⁶⁴ Voir *supra* note 20.

⁶⁵ Voir *supra* note 38.

⁶⁶ Voir doc. A CN.4 L 383 et Add.1 à 3 (*supra* n. 23), partie B, chap. II, sect. 9 et 10, par. 58 et suiv.

109. On voit donc que la plupart des organisations internationales actuelles, sinon toutes, telles qu'elles ont été définies, jouissent de l'immunité absolue de juridiction en ce qui concerne leurs biens. Les Conventions générales de 1946 et 1947 établissent, dans leurs articles II et III, respectivement, l'immunité juridictionnelle des biens et avoirs des organisations auxquelles elles se rapportent. Ces textes confèrent une immunité absolue aux biens et avoirs desdites organisations. La compétence des tribunaux nationaux est subordonnée à la renonciation expresse de l'organisation, qui, en tout cas, ne peut pas être de caractère général ni s'étendre à des mesures d'exécution.

110. Contrairement à ce qui se passe dans le cas des Etats, dans lequel l'étendue de l'immunité est généralement déterminée par la jurisprudence, l'immunité, dans le cas des organisations internationales, étant un principe absolu, les restrictions qui y sont apportées, ou qui y ont été apportées, résultent d'une disposition spéciale. Tel est le cas, on l'a vu, des organisations de caractère économique ou financier comme la Banque mondiale, l'IDA et la SFI, dont les instruments constitutifs prévoient la compétence des tribunaux nationaux dans les conditions fixées dans lesdits instruments. La compétence des tribunaux nationaux a été prévue, non sans une certaine réticence de la part des organisations internationales, dans les cas de litiges d'importance mineure ou dans les cas d'accidents occasionnés par des véhicules appartenant à une organisation internationale.

111. Dans son rapport, le sous-comité du Comité européen de coopération juridique a estimé que, même si une certaine immunité de juridiction est indispensable dans le cas des organisations internationales, cette immunité devrait faire l'objet de certaines exceptions et garanties. Il a énuméré les domaines dans lesquels ces exceptions devraient exister, à savoir :

a) Les activités commerciales ou financières exercées par les organisations internationales ;

b) La participation des organisations internationales dans des sociétés, associations ou autres personnes morales ;

c) Les brevets obtenus par les organisations internationales ;

d) Les droits réels sur un immeuble appartenant aux organisations internationales ou revendiqués par elles, ou l'usage qu'elles font d'un tel immeuble ;

e) Les successions, legs et dons en faveur des organisations internationales ;

f) Les dommages résultant d'un accident causé par un véhicule automobile ou d'autres moyens de transport appartenant à l'organisation internationale ou circulant pour son compte ;

g) Les demandes reconventionnelles fondées sur le même rapport de droit ou les mêmes faits sur lesquels reposent les éventuelles demandes de l'organisation⁶⁷.

112. Le principe de l'immunité des biens et avoirs utilisés par une organisation internationale pour exercer ses fonctions et pouvoir s'acquitter de ses activités offi-

⁶⁷ Conseil de l'Europe, *op. cit.* (*supra* n. 11), p. 24, par. 33.

cielles est admis, comme on l'a vu, tant par la doctrine que par la pratique des Etats, et il est amplement consacré dans de multiples instruments juridiques bilatéraux, multilatéraux et, même, unilatéraux actuellement en vigueur. Ce principe comporte l'immunité contre toute perquisition, réquisition, confiscation, expropriation, ou toute autre forme de contrainte ou d'ingérence administrative ou judiciaire, même si une telle immunité ne paraît pas essentielle dans le cas de toutes les organisations internationales. On admet toutefois une exception au principe de l'immunité, en ce qui concerne l'expropriation, si elle est nécessaire pour cause d'utilité publique. En pareil cas, l'organisation doit être prévenue et consultée avant l'exécution de la mesure et une indemnisation suffisante et juste lui être accordée.

113. L'autonomie et l'indépendance des organisations internationales seraient illusoires, si celles-ci n'avaient pas la faculté de gérer et de mobiliser librement, sans entrave d'aucune sorte, les fonds et avoirs mis à leur disposition pour qu'elles s'acquittent efficacement des fonctions qui leur ont été confiées.

114. Certains auteurs soutiennent que si l'on peut généralement reconnaître aux organisations internationales le droit de transférer des fonds sans être soumises au contrôle normal des changes, ce droit doit cependant se limiter aux transferts entre Etats membres. Il ne devrait, par contre, exister aucune restriction en ce qui concerne les monnaies dans lesquelles ces fonds peuvent être possédés ou transférés.

115. En définitive, aussi bien la doctrine que la pratique des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales admettent que les organisations internationales doivent être autorisées à posséder et à transférer des fonds et des devises, ainsi qu'à posséder des comptes en banque dans quelque monnaie que ce

soit et à convertir toutes les devises qu'elles possèdent, sans être astreintes à aucun contrôle, réglementation et moratoire financiers de quelque nature que ce soit. Il est évident qu'un privilège aussi étendu peut ne pas paraître indispensable aux organisations internationales qui ont un budget de peu d'importance et dont les fonds sont utilisés, en majeure partie, dans le pays où elles ont leur siège.

116. Les Conventions générales de 1946 et 1947 contiennent évidemment toutes deux des dispositions à ce sujet. La Convention de 1947 prévoit à l'article III :

Section 7

Sans être astreintes à aucun contrôle, réglementation ou moratoire financiers :

a) Les institutions spécialisées peuvent détenir des fonds, de l'or ou des devises de toute nature et avoir des comptes en n'importe quelle monnaie ;

b) Les institutions spécialisées peuvent transférer librement leurs fonds, leur or ou leurs devises d'un pays dans un autre ou à l'intérieur d'un pays quelconque et convertir toutes devises détenues par elles en toute autre monnaie.

Une disposition analogue figure en général dans les accords de siège, comme c'est le cas, par exemple dans l'Accord conclu entre l'UNESCO et la France (art. 17)⁶⁸. Dans tous les cas, il est formulé une réserve à l'exercice des droits accordés, à savoir que l'organisation intéressée devra tenir compte de toute représentation qui lui serait faite par le gouvernement d'un Etat membre « dans la mesure où elle estimera pouvoir y donner suite sans porter préjudice à ses propres intérêts ».

⁶⁸ Voir *supra* note 20.

VIII. — Troisième partie du projet d'articles : articles 7 à 11 présentés par le Rapporteur spécial

117. Compte tenu des considérations qui précèdent, le Rapporteur spécial propose de rédiger la troisième partie du projet d'articles comme suit :

TROISIÈME PARTIE

BIENS, FONDS ET AVOIRS

Article 7

Les organisations internationales, leurs biens, fonds et avoirs, en quelque endroit qu'ils se trouvent et quel qu'en soit le détenteur, jouissent de l'immunité de juridiction, sauf dans la mesure où elles y ont expressément renoncé dans un cas particulier. Il est entendu, toutefois, que la

renonciation ne peut s'étendre à des mesures d'exécution ou de contrainte.

Article 8

1. Les locaux que les organisations internationales utilisent exclusivement pour l'exercice de leurs fonctions officielles sont inviolables. Les biens, fonds et avoirs des organisations internationales, en quelque endroit qu'ils se trouvent et quel qu'en soit le détenteur, sont exempts de perquisition, réquisition, confiscation, expropriation ou de toute autre forme d'ingérence ou de contrainte exécutive, administrative, judiciaire ou législative.

2. Les organisations internationales notifient à l'Etat hôte la situation des locaux, leur description et la date à laquelle elles commencent à les occuper. De la même

manière, elles notifient à l'Etat hôte la cessation de l'occupation des locaux et la date à laquelle l'occupation prend fin.

3. Sauf s'il en est convenu autrement entre les parties intéressées, la date de la notification prévue au paragraphe 2 du présent article détermine le début et la fin de la jouissance de l'inviolabilité des locaux prévue au paragraphe 1 du présent article.

Article 9

Sans préjudice des dispositions des présents articles [de la présente convention], les organisations internationales ne permettront pas que leur siège serve de refuge à des personnes qui tentent d'échapper à une arrestation ordonnée en exécution d'une loi du pays hôte ou qui sont réclamées par les autorités dudit pays pour l'exécution d'une décision judiciaire ou qui sont poursuivies pour flagrant délit ou contre lesquelles un mandat judiciaire a été délivré ou qui font l'objet d'une mesure d'expulsion ordonnée par les autorités du pays hôte.

Article 10

Sans être astreintes à aucun contrôle, réglementation ou moratoire financiers :

a) Les organisations internationales peuvent détenir des fonds, de l'or ou des devises de toute nature et avoir des comptes en n'importe quelle monnaie ;

b) Les organisations internationales peuvent transférer librement leurs fonds, leur or ou leurs devises d'un pays dans un autre ou à l'intérieur d'un pays quelconque et convertir toutes devises détenues par elles en toute autre monnaie ;

c) Dans l'exercice des droits qui leur sont accordés en vertu des alinéas *a* et *b* du présent article, les organisations internationales tiennent compte de toutes représentations qui leur seraient faites par le gouvernement de tout Etat partie aux présents articles [à la présente convention] dans la mesure où elles estiment pouvoir y donner suite sans porter préjudice à leurs propres intérêts.

Article 11

Sans préjudice des dispositions des alinéas *a* et *b* de l'article 10, l'étendue des droits accordés pourra être limitée selon les besoins fonctionnels de l'organisation concernée par accord mutuel entre les parties intéressées.

RÉPERTOIRE DES DOCUMENTS DE LA QUARANTE ET UNIÈME SESSION

<i>Cotes</i>	<i>Titres</i>	<i>Observations et références</i>
A/CN.4/418	Ordre du jour provisoire	Reprographié. Pour l'ordre du jour adopté, voir <i>Annuaire... 1989</i> , vol. II (2 ^e partie), chap. 1 ^{er} , par. 7.
A/CN.4/419 [et Corr.1] et Add.1	Septième rapport sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, par M. Doudou Thiam, rapporteur spécial	Reproduit dans le présent volume (p. 87).
A/CN.4/420	Statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique non accompagnée par un courrier diplomatique : commentaires et observations des gouvernements	<i>Idem</i> (p. 81).
A/CN.4/421 [et Corr.2 et 4] et Add.1 et 2	Cinquième rapport sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, par M. Stephen C. McCaffrey, rapporteur spécial	<i>Idem</i> (p. 99).
A/CN.4/422 [et Corr.1] et Add.1 [et Add.1/Corr.1]	Deuxième rapport sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, par M. Motoo Ogiso, rapporteur spécial	<i>Idem</i> (p. 65).
A/CN.4/423 [et Corr.1 et 2]	Cinquième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, par M. Julio Barboza, rapporteur spécial	<i>Idem</i> (p. 145).
A/CN.4/424 [et Corr.1]	Quatrième rapport sur les relations entre les Etats et les organisations internationales (deuxième partie du sujet), par M. Leonardo Diaz González, rapporteur spécial	<i>Idem</i> (p. 169).
A/CN.4/425 et Add.1	Deuxième rapport sur la responsabilité des Etats, par M. Gaetano Arangio-Ruiz, rapporteur spécial	<i>Idem</i> (p. 1).
A/CN.4/L.431	Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats de la Sixième Commission sur le rapport de la CDI durant la quarante-troisième session de l'Assemblée générale	Reprographié.
A/CN.4/L.432	Projet d'articles sur le statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique non accompagnée par un courrier diplomatique. Titres et textes adoptés par le Comité de rédaction en deuxième lecture : articles 1 à 32 et projets de protocoles facultatifs I et II	Textes reproduits dans <i>Annuaire... 1989</i> , vol. I, comptes rendus des 2128 ^e (par. 16 et suiv.), 2129 ^e (par. 1 à 103) et 2130 ^e à 2132 ^e séances.
A/CN.4/L.433	Projets d'articles sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Titres et textes adoptés par le Comité de rédaction : articles 13, 14 et 15	<i>Idem</i> , comptes rendus des 2134 ^e (par. 49 et suiv.), 2135 ^e et 2136 ^e (par. 1 à 41) séances.
A/CN.4/L.434	Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante et unième session : chapitre 1 ^{er} (Organisation des travaux de la session)	Reprographié. Pour le texte adopté, voir <i>Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/44/10)</i> . Pour le texte définitif, voir <i>Annuaire... 1989</i> , vol. II (2 ^e partie).
A/CN.4/L.435 et Add.1 à 4	<i>Idem</i> : chapitre II (Statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique non accompagnée par un courrier diplomatique)	<i>Idem</i> .
A/CN.4/L.436 et Add.1 à 3	<i>Idem</i> : chapitre III (Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité)	<i>Idem</i> .
A/CN.4/L.437	<i>Idem</i> : chapitre IV (Responsabilité des Etats)	<i>Idem</i> .
A/CN.4/L.438	<i>Idem</i> : chapitre V (Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international)	<i>Idem</i> .
A/CN.4/L.439 et Add.1 et 2	<i>Idem</i> : chapitre VI (Immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens)	<i>Idem</i> .

<i>Cotes</i>	<i>Titres</i>	<i>Observations et références</i>
A/CN.4/L.440 [et Corr.1] et Add.1 et 2	<i>Idem</i> : chapitre VII (Droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation)	<i>Idem.</i>
A/CN.4/L.441	<i>Idem</i> : chapitre VIII [Relations entre les Etats et les organisations internationales (deuxième partie du sujet)]	<i>Idem.</i>
A/CN.4/L.442	<i>Idem</i> : chapitre IX (Autres décisions et conclusions de la Commission)	<i>Idem.</i>
A/CN.4/SR.2095- A/CN.4/SR.2148	Comptes rendus analytiques provisoires des 2095 ^e à 2148 ^e séances	Reprographié. Le texte définitif figure dans <i>Annuaire... 1989</i> , vol. I.

كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم . استلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب إلى : الأمم المتحدة ، قسم البيع في نيويورك أو في جنيف .

如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à : Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

COMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.
