

ANNUAIRE
DE LA
COMMISSION
DU DROIT
INTERNATIONAL

2006

Volume I

*Comptes rendus analytiques
des séances de la
cinquante-huitième session
1^{er} mai-9 juin et
3 juillet-11 août 2006*

NATIONS UNIES



ANNUAIRE
DE LA
COMMISSION
DU DROIT
INTERNATIONAL

2006

Volume I

*Comptes rendus analytiques
des séances de la
cinquante-huitième session
1^{er} mai-9 juin et
3 juillet-11 août 2006*



NOTE

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

Le titre de l'*Annuaire de la Commission du droit international* s'abrège en *Annuaire...* suivi de la mention de l'année (par exemple, *Annuaire... 2006*).

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.

*

* *

Le présent volume comprend les comptes rendus analytiques des séances de la cinquante-huitième session de la Commission (A/CN.4/SR.2867 à A/CN.4/SR.2913), avec les rectifications communiquées par les membres de la Commission et toutes autres modifications exigées par les travaux d'édition.

A/CN.4/SER.A/2006

PUBLICATION DES NATIONS UNIES

ISSN 0497-9877

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>		<i>Pages</i>
Membres de la Commission.....	vi	2873^e séance	
Bureau.....	vi	<i>Mercredi 10 mai 2006, à 10 heures</i>	
Ordre du jour.....	vii	Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de pertes liées à un dommage transfrontière résultant d'activités dangereuses) [suite]	52
Abréviations et sigles	viii	Troisième rapport du Rapporteur spécial (suite).....	52
Affaires citées dans le présent volume	ix	2874^e séance	
Instruments multilatéraux cités dans le présent volume....	xiii	<i>Jeudi 11 mai 2006, à 10 heures</i>	
Répertoire des documents de la cinquante-huitième session..	xvii	Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de pertes liées à un dommage transfrontière résultant d'activités dangereuses) [suite]	60
		Troisième rapport du Rapporteur spécial (suite).....	60
COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES 2867^e À 2913^e SÉANCES		2875^e séance	
<i>Comptes rendus analytiques des séances de la première partie de la cinquante-huitième session tenue à Genève du 1^{er} mai au 9 juin 2006</i>		<i>Vendredi 12 mai 2006, à 11 h 35</i>	
2867^e séance		Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de pertes liées à un dommage transfrontière résultant d'activités dangereuses) [suite]	64
<i>Lundi 1^{er} mai 2006, à 15 h 15</i>		Troisième rapport du Rapporteur spécial (fin)	64
Ouverture de la session	1	Responsabilité des organisations internationales	68
Élection du bureau.....	1	Quatrième rapport du Rapporteur spécial	68
Adoption de l'ordre du jour	1	2876^e séance	
Organisation des travaux de la session.....	2	<i>Mardi 16 mai 2006, à 10 heures</i>	
Nomination à des sièges devenus vacants après élection....	2	Responsabilité des organisations internationales (suite)	70
Protection diplomatique	2	Quatrième rapport du Rapporteur spécial (suite).....	70
Septième rapport du Rapporteur spécial	2	2877^e séance	
2868^e séance		<i>Mercredi 17 mai 2006, à 10 heures</i>	
<i>Mardi 2 mai 2006, à 10 h 5</i>		Responsabilité des organisations internationales (suite)	72
Protection diplomatique (suite)	8	Quatrième rapport du Rapporteur spécial (suite).....	72
Septième rapport du Rapporteur spécial (suite).....	8	2878^e séance	
Organisation des travaux (suite).....	17	<i>Jeudi 18 mai 2006, à 10 h 5</i>	
2869^e séance		Responsabilité des organisations internationales (suite)	78
<i>Mercredi 3 mai 2006, à 10 h 5</i>		Quatrième rapport du Rapporteur spécial (suite).....	78
Protection diplomatique (suite)	17	Ressources naturelles partagées	85
Septième rapport du Rapporteur spécial (suite).....	17	Rapport du Groupe de travail	85
2870^e séance		2879^e séance	
<i>Jeudi 4 mai 2006, à 10 heures</i>		<i>Vendredi 19 mai 2006, à 11 h 10</i>	
Protection diplomatique (suite)	21	Responsabilité des organisations internationales (suite)	87
Septième rapport du Rapporteur spécial (suite).....	21	Quatrième rapport du Rapporteur spécial (suite).....	87
2871^e séance		Ressources naturelles partagées (suite)	90
<i>Vendredi 5 mai 2006, à 10 heures</i>		Rapport du Groupe de travail (suite).....	90
Protection diplomatique (suite)	31	2880^e séance	
Septième rapport du Rapporteur spécial (fin)	32	<i>Mardi 23 mai 2006, à 10 heures</i>	
Organisation des travaux de la session (suite).....	45	Organisation des travaux de la session (suite).....	93
2872^e séance			
<i>Mardi 9 mai 2006, à 10 h 2</i>			
Organisation des travaux de la session (suite).....	46		
Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de pertes liées à un dommage transfrontière résultant d'activités dangereuses)	46		
Troisième rapport du Rapporteur spécial	46		

2881^e séance*Mardi 30 mai 2006, à 10 heures*

Protection diplomatique (<i>fin</i>).....	94
Rapport du Comité de rédaction	94
Organisation des travaux de la session (<i>suite</i>).....	107

2882^e séance*Vendredi 2 juin 2006, à 10 heures*

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de pertes liées à un dommage transfrontière résultant d'activités dangereuses) [<i>fin</i>].....	107
Rapport du Comité de rédaction	107

2883^e séance*Mardi 6 juin 2006, à 10 h 5*

Les réserves aux traités	112
Rapport du Comité de rédaction	112

2884^e séance*Jeudi 8 juin 2006, à 10 heures*

Responsabilité des organisations internationales (<i>suite</i>).....	115
Rapport du Comité de rédaction	115

2885^e séance*Vendredi 9 juin 2006, à 10 heures*

Ressources naturelles partagées (<i>suite</i>).....	118
Rapport du Comité de rédaction	118
Organisation des travaux de la session (<i>suite</i>).....	124

*Comptes rendus analytiques des séances
de la seconde partie de la cinquante-huitième session
tenue à Genève du 3 juillet au 11 août 2006*

2886^e séance*Lundi 3 juillet 2006, à 15 heures*

Actes unilatéraux des États	125
Neuvième rapport du Rapporteur spécial	125

2887^e séance*Mardi 4 juillet 2006, à 10 heures*

Actes unilatéraux des États (<i>suite</i>).....	127
Neuvième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	127

2888^e séance*Mercredi 5 juillet 2006, à 10 heures*

Actes unilatéraux des États (<i>suite</i>).....	134
Neuvième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	134
Les réserves aux traités (<i>suite</i>).....	135
Dixième rapport du Rapporteur spécial	135

2889^e séance*Jeudi 6 juillet 2006, à 10 heures*

Les réserves aux traités (<i>suite</i>).....	141
Dixième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	141

2890^e séance*Vendredi 7 juillet 2006, à 10 heures*

Les réserves aux traités (<i>suite</i>).....	145
Dixième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	145

2891^e séance*Mardi 11 juillet 2006, à 10 heures*

Les réserves aux traités (<i>fin</i>).....	152
Dixième rapport du Rapporteur spécial (<i>fin</i>).....	152
Responsabilité des organisations internationales (<i>suite</i>).....	159
Quatrième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	159

2892^e séance*Mercredi 12 juillet 2006, à 10 heures*

Responsabilité des organisations internationales (<i>suite</i>).....	162
Quatrième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	162

2893^e séance*Jeudi 13 juillet 2006, à 10 heures*

Responsabilité des organisations internationales (<i>suite</i>).....	169
Quatrième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	169

2894^e séance*Vendredi 14 juillet 2006, à 10 heures*

Responsabilité des organisations internationales (<i>suite</i>).....	176
Quatrième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	176
Organisation des travaux de la session (<i>suite</i>).....	184

2895^e séance*Mardi 18 juillet 2006, à 10 h 5*

Déclaration du Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique	184
Responsabilité des organisations internationales (<i>suite</i>).....	190
Quatrième rapport du Rapporteur spécial (<i>fin</i>)	190
Effets des conflits armés sur les traités.....	193
Deuxième rapport du Rapporteur spécial	193

2896^e séance*Mercredi 19 juillet 2006, à 10 heures*

Effets des conflits armés sur les traités (<i>suite</i>).....	195
Deuxième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	195

2897^e séance*Jeudi 20 juillet 2006, à 10 heures*

Effets des conflits armés sur les traités (<i>suite</i>).....	204
Deuxième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	204

2898^e séance*Vendredi 21 juillet 2006, à 10 heures*

Effets des conflits armés sur les traités (<i>fin</i>).....	213
Deuxième rapport du Rapporteur spécial (<i>fin</i>).....	213
Organisation des travaux de la session (<i>suite</i>).....	218
Coopération avec d'autres organismes	219
Déclaration du représentant de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique.....	219

2899^e séance*Jeudi 25 juillet 2006, à 10 h 5*

Coopération avec d'autres organismes (<i>suite</i>).....	221
Déclaration de la Présidente de la Cour internationale de Justice.....	221
L'obligation d'extrader ou de poursuivre (<i>aut dedere aut judicare</i>).....	230
Rapport préliminaire du Rapporteur spécial	230
Organisation des travaux de la session (<i>fin</i>).....	231

2900^e séance*Mercredi 26 juillet 2006, à 10 heures*

L'obligation d'extrader ou de poursuivre (<i>aut dedere aut judicare</i>) [<i>suite</i>].....	232
Rapport préliminaire du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	232

	<i>Pages</i>		<i>Pages</i>
2901^e séance		Actes unilatéraux des États (<i>fin</i>).....	284
<i>Jeudi 27 juillet 2006, à 10 heures</i>		Rapport du Groupe de travail	284
L'obligation d'extrader ou de poursuivre (<i>aut dedere aut judicare</i>) [<i>suite</i>]	239	2907^e séance	
Rapport préliminaire du Rapporteur special (<i>suite</i>).....	239	<i>Lundi 7 août 2006, à 10 heures</i>	
Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international... ..	248	Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-huitième session (<i>suite</i>).....	286
Rapport du Groupe d'étude.....	248	Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission	293
2902^e séance		Rapport du Groupe de planification	293
<i>Vendredi 28 juillet 2006, à 10 heures</i>		2908^e séance	
Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international (<i>fin</i>)	252	<i>Lundi 7 août 2006, à 15 heures</i>	
Rapport du Groupe d'étude (<i>fin</i>)	252	Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-huitième session (<i>suite</i>).....	294
L'obligation d'extrader ou de poursuivre (<i>aut dedere aut judicare</i>) [<i>suite</i>]	255	2909^e séance	
Rapport préliminaire du Rapporteur spécial (<i>suite</i>)	255	<i>Mardi 8 août 2006, à 10 heures</i>	
Responsabilité des organisations internationales (<i>fin</i>).....	257	Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-huitième session (<i>suite</i>).....	301
Rapport du Comité de rédaction	257	2910^e séance	
2903^e séance		<i>Mardi 8 août 2006, à 15 heures</i>	
<i>Mercredi 2 août 2006, à 10 heures</i>		Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-huitième session (<i>suite</i>).....	311
L'obligation d'extrader ou de poursuivre (<i>aut dedere aut judicare</i>) [<i>fin</i>]	260	2911^e séance	
Rapport préliminaire du Rapporteur spécial (<i>fin</i>)	260	<i>Mercredi 9 août 2006, à 10 heures</i>	
Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-huitième session	261	Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-huitième session (<i>suite</i>).....	318
2904^e séance		2912^e séance	
<i>Jeudi 3 août 2006, à 10 heures</i>		<i>Jeudi 10 août 2006, à 10 heures</i>	
Coopération avec d'autres organismes (<i>fin</i>)	266	Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-huitième session (<i>suite</i>).....	326
Déclaration de représentants du Conseil de l'Europe	266	2913^e séance	
Déclaration du représentant du Comité juridique inter-américain	272	<i>Vendredi 11 août 2006, à 10 heures</i>	
2905^e séance		Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-huitième session (<i>fin</i>).....	331
<i>Jeudi 3 août 2006, à 15 heures</i>		Remarques finales	336
Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-huitième session (<i>suite</i>)	275	Clôture de la session.....	337
2906^e séance			
<i>Vendredi 4 août 2006, à 10 h 15</i>			
Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-huitième session (<i>suite</i>).....	280		

**MEMBRES DE LA COMMISSION
et pays dont ils ont la nationalité**

M. Emmanuel Akwei ADDO	Ghana	M. Maurice KAMTO	Cameroun
M. Husain AL-BAHARNA	Bahreïn	M. James Lutabanzibwa KATEKA	République-Unie de Tanzanie
M. Ali Mohsen Fetaïs AL-MARRI	Qatar	M. Fathi KEMICHA	Tunisie
M. João Clemente BAENA SOARES	Brésil	M. Roman KOLODKIN	Fédération de Russie
M. Ian BROWNLIE	Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	M. Martti KOSKENNIEMI	Finlande
M. Enrique CANDIOTI	Argentine	M. William MANSFIELD	Nouvelle-Zélande
M. Choung Il CHEE	République de Corée	M. Michael MATHESON	États-Unis d'Amérique
M. Pedro COMISSÁRIO AFONSO	Mozambique	M. Teodor Viorel MELESCANU	Roumanie
M. Riad DAOUDI	République arabe syrienne	M. Djamchid MOMTAZ	République islamique d'Iran
M. Christopher John Robert DUGARD	Afrique du Sud	M. Bernd NIEHAUS	Costa Rica
M. Constantin ECONOMIDES	Grèce	M. Didier OPERTTI BADAN	Uruguay
M ^{me} Paula ESCARAMEIA	Portugal	M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA	Gabon
M. Salifou FOMBA	Mali	M. Alain PELLET	France
M. Giorgio GAJA	Italie	M. Pemmaraju Sreenivasa RAO	Inde
M. Zdzislaw GALICKI	Pologne	M. Víctor RODRÍGUEZ CEDEÑO	Venezuela
M. Peter KABATSI	Ouganda	M. Eduardo VALENCIA-OSPINA	Colombie
		M ^{me} Hanqin XUE	Chine
		M. Chusei YAMADA	Japon

BUREAU

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Premier Vice-Président: M. Giorgio GAJA

Second Vice-Président: M. Víctor RODRÍGUEZ CEDEÑO

Président du Comité de rédaction: M. Roman KOLODKIN

Rapporteur: M^{me} Hanqin XUE

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

ORDRE DU JOUR

À sa 2867^e séance, tenue le 1^{er} mai 2006, la Commission a adopté pour sa cinquante-huitième session l'ordre du jour suivant:

1. Organisation des travaux de la session.
2. Protection diplomatique.
3. Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (Responsabilité internationale en cas de pertes liées à un dommage transfrontière résultant d'activités dangereuses).
4. Responsabilité des organisations internationales.
5. Ressources naturelles partagées.
6. Actes unilatéraux des États.
7. Les réserves aux traités.
8. Expulsion des étrangers.
9. Effets des conflits armés sur les traités.
10. L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*).
11. Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international.
12. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission.
13. Coopération avec d'autres organismes.
14. Date et lieu de la cinquante-neuvième session.
15. Questions diverses.

ABRÉVIATIONS ET SIGLES

AALCO	Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique
AIEA	Agence internationale pour l'énergie atomique
CAHDI	Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (Conseil de l'Europe)
CDI	Commission du droit international
CEDEAO	Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CIJ	Cour internationale de Justice
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CPJI	Cour permanente de justice internationale
FAO	Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture
FMI	Fonds monétaire international
HCR	Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés
Interpol	Organisation internationale de police criminelle
Mercosur	Marché commun du Sud
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OEA	Organisation des États américains
OIT	Organisation internationale du Travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONU	Organisation des Nations Unies
OTAN	Organisation du Traité de l'Atlantique Nord
PNUE	Programme des Nations Unies pour l'environnement
SADC	Communauté de développement de l'Afrique australe
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture

*

* *

<i>C.I.J. Recueil</i>	CIJ, <i>Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances</i>
<i>C.P.J.I. série A</i>	CPJI, <i>Recueil des arrêts</i> (nos 1 à 24, jusqu'en 1930 inclus)
<i>C.P.J.I. série A/B</i>	CPJI, <i>Arrêts, ordonnances et avis consultatifs</i> (nos 40 à 80, à partir de 1931)

*

* *

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

*

* *

NOTE CONCERNANT LES CITATIONS

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

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

*

* *

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

AFFAIRES CITÉES DANS LE PRÉSENT VOLUME

<i>Affaire</i>	<i>Nature de la décision et source</i>
<i>Abbasi and Juma v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State for the Home Department</i>	England Court of Appeal, 6 novembre 2002, <i>International Law Reports</i> , vol. 126, p. 685.
<i>Activités armées sur le territoire du Congo</i>	(nouvelle requête: 2002) (<i>République démocratique du Congo c. Rwanda</i>), compétence et recevabilité, arrêt, <i>C.I.J. Recueil 2006</i> , p. 6. (<i>République démocratique du Congo c. Ouganda</i>), arrêt, <i>C.I.J. Recueil 2005</i> , p. 168.
<i>Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci</i>	(<i>Nicaragua c. États-Unis d'Amérique</i>), fond, arrêt, <i>C.I.J. Recueil 1986</i> , p. 14.
<i>Affaires du thon à nageoire bleue</i>	(<i>Nouvelle-Zélande c. Japon; Australie c. Japon</i>), mesures conservatoires, ordonnance du 27 août 1999, <i>TIDM Recueil 1999</i> , p. 280.
<i>Ahmed Ali Yusuf</i>	<i>Ahmed Ali Yusuf et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes</i> , affaire T-306/01, arrêt du Tribunal du 21 septembre 2005, <i>Recueil de jurisprudence 2005</i> , p. II-03533.
<i>Al-Adsani</i>	<i>Al-Adsani c. Royaume-Uni</i> [GC], n° 35763/97, CEDH 2001-XI.
<i>Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide</i>	Exceptions préliminaires, arrêt, <i>C.I.J. Recueil 1996</i> , p. 595.
<i>Arbitrage relatif aux navires finlandais</i>	<i>Réclamation au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre</i> , sentence du 9 mai 1934, Nations Unies, <i>Recueil des sentences arbitrales</i> , vol. III (numéro de vente: 1949.V.2), p. 1479.
<i>Association SOS Attentats et de Boëry c. France</i>	<i>Association SOS Attentats et de Boëry c. France</i> (déc.) [GC], 4 octobre 2006, n° 76642/01, CEDH 2006-XIV.
<i>Avena et autres ressortissants mexicains</i>	(<i>Mexique c. États-Unis d'Amérique</i>), arrêt, <i>C.I.J. Recueil 2004</i> , p. 12.
<i>Barcelona Traction</i>	<i>Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited</i> , deuxième phase, arrêt, <i>C.I.J. Recueil 1970</i> , p. 3.
<i>Belilos</i>	<i>Belilos c. Suisse</i> , n° 10328/83, 29 avril 1988, CEDH, série A n° 132.
<i>Branningan et McBride</i>	<i>Branningan et McBride c. Royaume-Uni</i> , CEDH, 26 mai 1993, série A n° 258.
<i>Center for Constitutional Rights c. Rumsfeld et al.</i>	Décision du parquet fédéral, 10 février 2005, <i>International Legal Materials</i> , vol. 45 (2006), p. 119.
<i>Certaines dépenses des Nations Unies (Art. 17, par. 2 de la Charte)</i>	Avis consultatif, <i>C.I.J. Recueil 1962</i> , p. 151.
<i>Certains emprunts norvégiens</i>	Arrêt du 6 juillet 1957, <i>C.I.J. Recueil 1957</i> , p. 9.
<i>Communautés européennes — Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques</i>	OMC, Organe d'appel, Rapports du Groupe spécial, documents WT/DS291-293/R, 29 septembre 2006.
<i>Concessions Mavrommatis en Palestine</i>	Arrêt n° 2, 1924, <i>C.P.J.I. série A n° 2</i> , p. 35.
<i>Conseil international de l'étain</i>	<i>J.H. Rayner (Mincing Lane) LTD v. Department of Trade and Industry and others</i> , England, High Court, Queen's Bench Division (Commercial Court), 24 juin 1987, <i>International Law Reports</i> , vol. 77, p. 55. <i>J.H. Rayner (Mincing Lane) LTD v. Department of Trade and Industry and other and related appeals McLaine Watson & Co LTD v. Department of Trade and Industry v. International Tin Council</i> , England, House of Lords, 26 octobre 1989, <i>International Law Reports</i> , vol. 81, p. 670.
<i>Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé</i>	Avis consultatif, <i>C.I.J. Recueil 2004</i> , p. 136.
<i>Corée — Mesures affectant les marchés publics</i>	OMC, Organe d'appel, rapport du Groupe spécial, document WT/DS163/R, 1 ^{er} mai 2000.
<i>Décision administrative n° V (États-Unis d'Amérique c. Allemagne)</i>	Décision du 31 octobre 1924, Nations Unies, <i>Recueil des sentences arbitrales</i> , vol. VII (numéro de vente: 1956.V.5), p. 119.
<i>Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République française [Mer d'Irlande]</i>	Décisions du 30 juin 1977 et du 14 mars 1978, Nations Unies, <i>Recueil des sentences arbitrales</i> , vol. XVIII (numéro de vente: E/F.80.V.7), p. 130.

<i>Différend frontalier Bénin/Niger</i>	Arrêt, <i>C.I.J. Recueil 2005</i> , p. 90.
<i>Différend territorial</i>	(<i>Jamahiriya arabe libyenne/Tchad</i>), arrêt, <i>C.I.J. Recueil 1994</i> , p. 6.
<i>Droit de passage sur territoire indien</i>	Exceptions préliminaires, arrêt du 26 novembre 1957, <i>C.I.J. Recueil 1957</i> , p. 125.
<i>Droits de minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires)</i>	Arrêt n° 12, 26 avril 1928, <i>C.P.J.I. série A n° 15</i> .
<i>ELSI</i>	<i>Eletronica Sicula S.p.A. (ELSI)</i> , arrêt, <i>C.I.J. Recueil 1989</i> , p. 15.
<i>Eschauzier</i>	<i>Minnie Stevens Eschauzier (Grande-Bretagne c. Mexique)</i> , sentence du 24 juin 1931, Nations Unies, <i>Recueil des sentences arbitrales</i> , vol. V (Publication des Nations Unies, numéro de vente: 1952.V.3), p. 209.
<i>Essais nucléaires</i>	(<i>Australie c. France</i>), arrêt, <i>C.I.J. Recueil 1974</i> , p. 253. (<i>Nouvelle-Zélande c. France</i>), <i>ibid.</i> , p. 457.
<i>F. c. R. et Conseil d'État du canton de Thurgovie</i>	Tribunal fédéral suisse, arrêt du 17 décembre 1992, <i>Journal des Tribunaux</i> , vol. I, «Droit fédéral», 1995, p. 523 à 537.
<i>Fernando Hernández de Agüero v. Secretary General of the Organization of American States</i>	Tribunal administratif de l'Organisation des États américains, décision n° 24, 16 novembre 1976 (OEA/Ser.R/TRIBAD/76) [disponible: http://www.oas.org/tribadm/].
<i>Fonderie de Trail (Trail Smelter)</i>	Nations Unies, <i>Recueil des sentences arbitrales</i> , vol. III (numéro de vente: 1949.V.2), p. 1905.
<i>Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria</i>	(<i>Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant)</i>), arrêt du 10 octobre 2002, <i>C.I.J. Recueil 2002</i> , p. 303.
<i>Furundzija</i>	<i>Le Procureur c. Anto Furundzija</i> , n° IT-95-17/1-T, Chambre de première instance II, jugement du 10 décembre 1998, et <i>International Legal Materials</i> , vol. 38, n° 2 (mars 1999), p. 317.
<i>Georges Pinson (France) c. United Mexican States</i>	Décisions du 19 octobre 1928, <i>Recueil des sentences arbitrales</i> , vol. V (publication des Nations Unies, numéro de vente: 52.V.3), p. 327 à 466.
<i>Incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie)</i>	Exceptions préliminaires, arrêt du 26 mai 1959, <i>C.I.J. Recueil 1959</i> , p. 127.
<i>Incident aérien du 3 juillet 1988</i>	(<i>République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique</i>), ordonnance du 22 février 1996, <i>C.I.J. Recueil 1996</i> , p. 9.
<i>Interhandel</i>	Arrêt du 21 mars 1959, <i>C.I.J. Recueil 1959</i> , p. 6.
<i>Jones v. Saudi Arabia</i>	<i>Jones v. Ministry of the Interior of the Kingdom of Saudi Arabia and another (Secretary of State for Constitutional Affairs and another intervening)</i> , Judgment of the House of Lords, 14 juin 2006, <i>International Law Reports</i> , vol. 129, p. 713.
<i>Kaunda and Others v. President of the Republic of South Africa and Others</i>	Constitutional Court, Case No. CCT 23/04, <i>The South African Law Reports</i> , 2005 (4), p. 235, ou <i>International Law Reports</i> , vol. 136, p. 452.
<i>LaGrand</i>	(<i>Allemagne c. États-Unis d'Amérique</i>), arrêt, <i>C.I.J. Recueil 2001</i> , p. 466.
<i>Licéité de l'emploi de la force</i>	(<i>Yougoslavie c. Belgique</i>), mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, <i>C.I.J. Recueil 1999</i> , p. 124. (<i>Yougoslavie c. Canada</i>), <i>ibid.</i> , p. 259. (<i>Yougoslavie c. France</i>), <i>ibid.</i> , p. 363. (<i>Yougoslavie c. Allemagne</i>), <i>ibid.</i> , p. 422. (<i>Yougoslavie c. Italie</i>), <i>ibid.</i> , p. 481. (<i>Yougoslavie c. Pays-Bas</i>), <i>ibid.</i> , p. 542. (<i>Yougoslavie c. Portugal</i>), <i>ibid.</i> , p. 656. (<i>Yougoslavie c. Espagne</i>), <i>ibid.</i> , p. 761. (<i>Yougoslavie c. Royaume-Uni</i>), <i>ibid.</i> , p. 826. (<i>Yougoslavie c. États-Unis d'Amérique</i>), <i>ibid.</i> , p. 916. (<i>Yougoslavie c. Belgique</i>), mesures conservatoires, ordonnance du 20 mars 2002, <i>C.I.J. Recueil 2002</i> , p. 192. (<i>Yougoslavie c. Canada</i>), <i>ibid.</i> , p. 195. (<i>Yougoslavie c. France</i>), <i>ibid.</i> , p. 198. (<i>Yougoslavie c. Allemagne</i>), <i>ibid.</i> , p. 201.

- (*Yougoslavie c. Italie*), *ibid.*, p. 204.
- (*Yougoslavie c. Pays-Bas*), *ibid.*, p. 207.
- (*Yougoslavie c. Portugal*), *ibid.*, p. 210.
- (*Yougoslavie c. Royaume-Uni*), *ibid.*, p. 213.
- (*Serbie-et-Monténégro c. Belgique*), exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 279.
- (*Serbie-et-Monténégro c. Canada*), exceptions préliminaires, arrêt, *ibid.*, p. 429.
- (*Serbie-et-Monténégro c. France*), exceptions préliminaires, arrêt, *ibid.*, p. 575.
- (*Serbie-et-Monténégro c. Allemagne*), exceptions préliminaires, arrêt, *ibid.*, p. 720.
- (*Serbie-et-Monténégro c. Italie*), exceptions préliminaires, arrêt, *ibid.*, p. 865.
- (*Serbie-et-Monténégro c. Pays-Bas*), exceptions préliminaires, arrêt, *ibid.*, p. 1011.
- (*Serbie-et-Monténégro c. Portugal*), exceptions préliminaires, arrêt, *ibid.*, p. 1160.
- (*Serbie-et-Monténégro c. Royaume-Uni*), exceptions préliminaires, arrêt, *ibid.*, p. 1307.
- Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*
- Lockerbie*
- Avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 226.
- Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 1998*, p. 9.
- Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 1998*, p. 115.
- Loewen*
- The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America* (ICSID), n° ARB (AF)/98/3, *International Legal Materials*, vol. 42, 2003, p. 811. Voir aussi *International Law Reports*, vol. 128, p. 334 et 716, et *Journal du droit international*, vol. 131, 2004, p. 219.
- Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (Yerodia)*
- (*République démocratique du Congo c. Belgique*), arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3.
- Matthews c. Royaume-Uni*
- [GC], n° 24833/94, CEDH 1999-I.
- Namibie*
- Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1971*, p. 16.
- North American Dredging Company*
- North American Dredging Company of Texas (U.S.A.) v. United Mexican States*, 31 mars 1926, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, p. 26 à 35.
- Nottebohm*
- (*Liechtenstein c. Guatemala*), deuxième phase, arrêt, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 4.
- «Patmos»
- Affaire du «Patmos» (Italie, 1985)*, Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, document FUND/EXC.38/2. Voir aussi «The Compensation for Ecological Damage in the "Patmos" case», in *International Responsibility for Environmental Harm*, 1991, Francesco Francioni and Tullio Scovazzi (dir. publ.), p. 381 à 394.
- Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*
- Arrêt, *C.I.J. Recueil 1980*, p. 3.
- Pinochet*
- R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No 3)*, England, House of Lords, 24 mars 1999, *International Law Reports*, vol. 119 (1999), p. 135.
- Plateau continental de la mer du Nord*
- Arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3.
- Plates-formes pétrolières*
- (*République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique*), arrêt, *C.I.J. Recueil 2003*, p. 161.
- Projet Gabčíkovo-Nagymaros*
- (*Hongrie/Slovaquie*), arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 7.
- Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*
- Avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 174.
- Réserves à la Convention sur le génocide*
- Avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 15.
- Right to information on Consular assistance in the framework of the guarantees of due process of Law*
- Cour interaméricaine des droits de l'homme, avis consultatif OC-16/99 du 1^{er} octobre 1999, *série A*, n° 16.

Affaire

Nature de la décision et source

«Saïga»	<i>Affaire du navire «Saïga» (n° 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée), arrêt, TIDM Recueil 1999, p. 10.</i>
<i>Selmouni</i>	<i>Selmouni c. France</i> [GC], n° 25803/94, arrêt du 28 juillet 1999, CEDH 1999-V, p. 245.
<i>Senator Lines</i>	<i>Senator Lines GmbH c. quinze États membres de l'Union européenne (déc.)</i> [GC], n° 56672/00, 10 mars 2004, CEDH 2004-IV, p. 347.
<i>Sud-Ouest africain</i>	<i>(Libéria c. Afrique du Sud), (Éthiopie c. Afrique du Sud)</i> , deuxième phase, arrêt du 18 juillet 1966, <i>C.I.J. Recueil 1966</i> , p. 6.
<i>Tadić</i>	<i>Le Procureur c. Duško Tadić alias Dule</i> , affaire n° IT-94-1-AR72, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, <i>Recueils judiciaires 1994-1995</i> , vol. 1, p. 428, par. 70. Voir aussi <i>International Law Reports</i> , vol. 105 (1995), p. 420 ou Nations Unies, <i>Annuaire juridique 1995</i> , III ^e partie, p. 501.
<i>Timor oriental</i>	<i>(Portugal c. Australie)</i> , arrêt, <i>C.I.J. Recueil 1995</i> , p. 90.
<i>Usine de Chorzów</i>	<i>Demande en indemnité (fond)</i> , <i>C.P.J.I. série A n° 17</i> .
<i>Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay</i>	<i>(Argentine c. Uruguay)</i> , mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 2006, <i>C.I.J. Recueil 2006</i> , p. 113.
<i>Vapeur «Wimbledon»</i>	<i>(France et al. c. Allemagne)</i> , arrêts, 1923, <i>C.P.J.I. série A, n° 1</i> .
<i>Waite et Kennedy</i>	<i>Waite et Kennedy c. Allemagne</i> [GC], n° 26083/94, arrêt du 18 février 1999, CEDH 1999-I, p. 429.
<i>Westland Helicopters</i>	<i>Westland Helicopters Ltd. c. Arab Organization for Industrialization</i> , <i>ILR</i> , vol. 108, p. 564 (England, High Court).

INSTRUMENTS MULTILATÉRAUX CITÉS DANS LE PRÉSENT VOLUME

Sources

Règlement pacifique des différends internationaux

- Traité américain de règlement pacifique (Pacte de Bogota) [Bogota, 30 avril 1948] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 30, n° 449, p. 83.
- Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Washington, 18 mars 1965) Ibid., vol. 575, n° 8359, p. 159.

Privilèges et immunités, relations diplomatiques et consulaires

- Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Vienne, 18 avril 1961) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 500, n° 7310, p. 95.
- Convention de Vienne sur les relations consulaires (Vienne, 24 avril 1963) Ibid., vol. 596, n° 8638, p. 261.
- Convention européenne sur l'immunité des États (Bâle, 16 mai 1972) Conseil de l'Europe, *Série des traités européens*, n° 074.
- Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (New York, 2 décembre 2004) *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 49 (A/59/49)*, vol. I, résolution 59/38.

Droits de l'homme

- Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (New York, 9 décembre 1948) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, n° 1021, p. 281.
- Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après dénommée Convention européenne des droits de l'homme) [Rome, 4 novembre 1950] Ibid., vol. 213, n° 2889, p. 221.
- Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention (Strasbourg, 13 mai 2004) Conseil de l'Europe, *Série des traités européens*, n° 194.
- Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (New York, 5 mars 1966) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 660, n° 9464, p. 195.
- Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (New York, 16 décembre 1966) Ibid., vol. 993, n° 14531, p. 3.
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966) Ibid., vol. 999, n° 14668, p. 171.
- Convention européenne en matière d'adoption des enfants (Strasbourg, 24 avril 1967) Ibid., vol. 634, n° 9067, p. 255.
- Convention américaine relative aux droits de l'homme (« Pacte de San José de Costa Rica ») [San José, 22 novembre 1969] Ibid., vol. 1144, n° 17955, p. 143.
- Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (New York, 18 décembre 1979) Ibid., vol. 1249, n° 20378, p. 13.
- Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 10 décembre 1984) Ibid., vol. 1465, n° 24841, p. 85.
- Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (Strasbourg, 26 novembre 1987) Ibid., vol. 1561, n° 27161, p. 363.
- Convention-cadre pour la protection des minorités nationales (Strasbourg, 1^{er} février 1995) Ibid., vol. 2151, n° 37548, p. 243.
- Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (Varsovie, 16 mai 2005) Conseil de l'Europe, *Série des traités européens*, n° 197.

Nationalité, réfugiés et apatrides

- Convention relative au statut des réfugiés (avec annexe) [Genève, 28 juillet 1951] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, n° 2545, p. 137.
- Protocole relatif au statut des réfugiés (New York, 31 janvier 1967) Ibid., vol. 606, n° 8791, p. 267.

- Convention de l'OUA régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique (Addis-Abeba, 10 septembre 1969) Ibid., vol. 1001, n° 14691, p. 46.
- Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention des cas d'apatridie en relation avec la succession d'États (Strasbourg, 19 mai 2006) Conseil de l'Europe, *Série des traités européens*, n° 200.
- Commerce international et développement**
- Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles, 27 septembre 1968) *Journal officiel des Communautés européennes*, n° L. 299, 31 décembre 1972, p. 32 à 42.
- Convention sur les accords d'élection de for (La Haye, 30 juin 2005) Conférence de La Haye de droit international privé, *Recueil des Conventions*, p. 476.
- Aviation civile**
- Convention relative à l'aviation civile internationale (Chicago, 7 décembre 1944) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 15, n° 102, p. 295.
- Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs (Tokyo, 14 septembre 1963) Ibid., vol. 704, n° 10106, p. 219.
- Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (La Haye, 16 décembre 1970) Ibid., vol. 860, n° 12325, p. 105.
- Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (Montréal, 23 septembre 1971) Ibid., vol. 974, n° 14118, p. 177.
- Questions pénales**
- Convention européenne d'extradition (Paris, 13 décembre 1957) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 359, n° 5146, p. 273.
- Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 (Strasbourg, 17 mars 1978) Ibid., vol. 1496, n° 5146, p. 328.
- Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (Strasbourg, 20 avril 1959) Ibid., vol. 472, n° 6841, p. 185.
- Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques (New York, 14 décembre 1973) Ibid., vol. 1035, n° 15410, p. 172.
- Convention internationale contre la prise d'otages (New York, 17 décembre 1979) Ibid., vol. 1316, n° 21931, p. 205.
- Protocole relatif à la Cour de justice de la Communauté [économique des États de l'Afrique de l'Ouest] (Abuja, 6 juillet 1991) Ibid., vol. 2375, n° 14843, p. 178.
- Convention sur l'entraide judiciaire en matière pénale (Dakar, 29 juillet 1992) Ibid., vol. 2329, n° 41737, p. 301.
- Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé (New York, 9 décembre 1994) Ibid., vol. 2051, n° 35457, p. 363.
- Protocole facultatif à la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé (New York, 8 décembre 2005) A/60/618.
- Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, n° 38544, p. 3.
- Convention pénale sur la corruption (Strasbourg, 27 janvier 1999) Ibid., vol. 2216, n° 39391, p. 225.
- Protocole additionnel à la Convention pénale sur la corruption (Strasbourg, 15 mai 2003) Conseil de l'Europe, *Série des traités européens*, n° 191.
- Convention sur la cybercriminalité (Budapest, 23 novembre 2001) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2296, n° 40916, p. 167.
- Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques (Strasbourg, 28 janvier 2003) Ibid., vol. 2466, annexe A, n° 40916, p. 205.
- Convention des Nations Unies contre la corruption (New York, 31 octobre 2003) Ibid., vol. 2349, n° 42146, p. 41.

Lutte contre le terrorisme international

Sources

- Convention pour la prévention ou la répression des actes de terrorisme qui prennent la forme de délits contre les personnes ainsi que de l'extorsion connexe à ces délits lorsque de tels actes ont des répercussions internationales (Washington, 2 février 1971)
- Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1438, n° 24381, p. 194.
- Convention européenne pour la répression du terrorisme (Strasbourg, 27 janvier 1977)
- Ibid., vol. 1137, n° 17828, p. 93.
- Protocole portant amendement à la Convention européenne pour la répression du terrorisme (Strasbourg, 15 mai 2003)
- Conseil de l'Europe, *Série des traités européens*, n° 190.
- Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (New York, 9 décembre 1999)
- Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2178, n° 38349, p. 197.
- Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme (Varsovie, 16 mai 2005)
- Conseil de l'Europe, *Série des traités européens*, n° 196.
- Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme (Varsovie, 26 mai 2005)
- Ibid., n° 198.

Droit de la mer

- Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982)
- Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1834, n° 31363, p. 3.

Droit des traités

- Convention de Vienne sur le droit des traités (ci-après dénommée Convention de Vienne de 1969) [Vienne, 23 mai 1969]
- Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n° 18232, p. 331.
- Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (ci-après dénommée Convention de Vienne de 1986) [Vienne, 21 mars 1986]
- Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales*, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.5), p. 91.

Droit applicable aux conflits armés

- Convention IV de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (La Haye, 18 octobre 1907)
- J. B. Scott (dir. publ.), *Les Conventions et Déclarations de La Haye de 1899 et 1907*, 3^e éd., New York, Oxford University Press, 1918, p. 100.
- Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, annexé à la Convention IV de La Haye
- J.B. Scott (dir. publ.), *Rapport fait aux Conférences de La Haye de 1899 et 1907*, Oxford, Imprimeries de l'université, 1920, p. 512.
- Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne (Traité de Versailles) [Versailles, 28 juin 1919]
- H. Triepel, *Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international – Continuation du grand recueil de G. Fr. Martens*, 3^e série, t. XI, Leipzig, Theodor Weicher, 1922, p. 323.
- Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (ci-après dénommées Conventions de Genève de 1949) [Genève, 12 août 1949]
- Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, nos 970 à 973, p. 31.
- Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (quatrième Convention)
- Ibid., n° 973, p. 287.
- Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) et Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) [Genève, 8 juin 1977]
- Ibid., vol. 1125, nos 17512 et 17513, p. 3 et 609.
- Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (La Haye, 14 mai 1954)
- Ibid., vol. 249, n° 3511, p. 215.
- Protocole d'assistance mutuelle en matière de défense (Freetown, 29 mai 1981)
- Ibid., vol. 1690, n° 29137, p. 51.
- Protocole relatif au mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité (Lomé, 10 décembre 1999)
- Journal of Conflict and Security Law*, vol. 5, n° 2, p. 231 à 259.

Environnement et ressources naturelles

- Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matières de dommages nucléaires (Vienne, 21 mai 1963) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1063, n° 16197, p. 265.
- Convention de Vienne pour la protection de la couche d’ozone (Vienne, 22 mars 1985) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1513, n° 26164, p. 293.
- Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d’ozone (Montréal, 16 septembre 1987) Ibid., vol. 1522, n° 26369, p. 3.
- Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d’eau internationaux à des fins autres que la navigation (ci-après dénommée Convention de 1997) [New York, 21 mai 1997] *Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 49 (A/51/49)*, vol. III, résolution 51/229, annexe.
- Protocole sur la responsabilité civile et l’indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d’accidents industriels sur les eaux transfrontières, se rapportant à la Convention de 1992 sur la protection et l’utilisation des cours d’eau transfrontières et des lacs internationaux et à la Convention de 1992 sur les effets transfrontières des accidents industriels (Kiev, 21 mai 2003) ECE/MP.WAT/11-ECE/CP.TEIA/9.
- Framework Convention for the Protection of the Marine Environment of the Caspian Sea (Téhéran, 4 novembre 2003) *International Legal Materials*, vol. 44 (2005), p. 1.

Droit international général

- Convention concernant les droits et les devoirs de l’État, adoptée par la septième Conférence internationale américaine (Montevideo, 26 décembre 1933) Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 165 (1936), n° 3802, p. 19.
- Charte de l’Organisation des États américains (Bogota, 30 avril 1948) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 119, n° 1609, p. 3.
- Traité de l’Atlantique Nord (Washington, 4 avril 1949) Ibid., vol. 34, n° 541, p. 243.
- Statut du Conseil de l’Europe (Londres, 5 mai 1949) Ibid., vol. 1120, n° 1168, p. 433.
- Traité de garantie (Nicosie, 16 août 1960) Ibid., vol. 382, n° 5475, p. 3.
- Acte constitutif de l’Union africaine (Lomé, 11 juillet 2000) Ibid., vol. 2158, n° 37733, p. 3.
- Protocole sur la coopération en matière de politique, de défense et de sécurité (Blantyre, 14 août 2001) Communauté de développement de l’Afrique australe, *Plan stratégique indicatif de l’organe de coopération en matière de politique, de défense et de sécurité*, Dar es-Salaam, 26 août 2003, annexe A, p. 53.
- Charte démocratique interaméricaine (Lima, 11 septembre 2001) *International Legal Materials*, vol. 40, n° 5 (septembre 2001), p. 1289.
- Traité établissant une Constitution pour l’Europe (Rome, 29 octobre 2004) *Journal officiel de l’Union européenne*, C-310, 47^e année, 16 décembre 2004.

RÉPERTOIRE DES DOCUMENTS DE LA CINQUANTE-HUITIÈME SESSION

<i>Cotes des documents</i>	<i>Titres</i>	<i>Observations et références</i>
A/CN.4/559	Ordre du jour provisoire	Reprographié. Pour l'ordre du jour adopté, voir <i>supra</i> , p. vii.
A/CN.4/560	Résumé thématique, établi par le Secrétariat, du débat tenu sur le rapport de la CDI par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixantième session	Reprographié.
A/CN.4/561 et Add.1 et 2	Protection diplomatique: Commentaires et observations reçus des gouvernements	Reproduit dans l' <i>Annuaire... 2006</i> , vol. II (1 ^{re} partie).
A/CN.4/562 et Add.1	Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (Responsabilité internationale en cas de pertes liées à un dommage transfrontière résultant d'activités dangereuses): Commentaires et observations reçus des gouvernements	<i>Idem.</i>
A/CN.4/563 et Add.1	Nomination à des sièges devenus vacants après élection: note du Secrétariat	A/CN.4/563 reproduit dans l' <i>Annuaire... 2006</i> , vol. II (1 ^{re} partie). A/CN.4/563/Add.1 reprographié.
A/CN.4/564 et Add.1 et 2	Quatrième rapport sur la responsabilité des organisations internationales, par M. Giorgio Gaja, rapporteur spécial	Reproduit dans l' <i>Annuaire... 2006</i> , vol. II (1 ^{re} partie).
A/CN.4/565 [et Corr.1]	Expulsion d'étrangers: Étude du Secrétariat	Reprographié.
A/CN.4/566	Troisième rapport sur le régime juridique de la répartition des pertes en cas de dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, par M. Pemmaraju Sreevinasa Rao, rapporteur spécial	Reproduit dans l' <i>Annuaire... 2006</i> , vol. II (1 ^{re} partie).
A/CN.4/567	Septième rapport sur la protection diplomatique, par M. John Dugard, rapporteur spécial	<i>Idem.</i>
A/CN.4/568 et Add.1	Responsabilité des organisations internationales: Commentaires et observations reçus d'organisations internationales	<i>Idem.</i>
A/CN.4/569 et Add.1	Neuvième rapport sur les actes unilatéraux des États, par M. Víctor Rodríguez Cedeño, rapporteur spécial	<i>Idem.</i>
A/CN.4/570 [et Corr.1]	Deuxième rapport sur les effets des conflits armés sur les traités, par M. Ian Brownlie, rapporteur spécial	<i>Idem.</i>
A/CN.4/571	Rapport préliminaire sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (« <i>aut dedere aut judicare</i> »), par M. Zdzislaw Galicki, rapporteur spécial	<i>Idem.</i>
A/CN.4/572 [et Corr.1]	Les réserves aux traités: Note du Rapporteur spécial sur le projet de directive 3.1.5 «Définition de l'objet et du but du traité»	<i>Idem.</i>
A/CN.4/573	Deuxième rapport sur l'expulsion des étrangers, par M. Maurice Kamto, rapporteur spécial	<i>Idem.</i>
A/CN.4/574	Onzième rapport sur les réserves aux traités, par M. Alain Pellet, rapporteur spécial	<i>Idem.</i>
A/CN.4/575	Protection diplomatique: Commentaires et observations reçus des gouvernements	<i>Idem.</i>
A/CN.4/L.682 [et Corr.1] et Add.1	Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international – Rapport du Groupe d'étude. Texte définitif établi par M. Martti Koskenniemi	Reprographié. Reproduit dans l' <i>Annuaire... 2006</i> , vol. II (1 ^{re} partie), additif.

<i>Cotes des documents</i>	<i>Titres</i>	<i>Observations et références</i>
A/CN.4/L.683	Groupe de travail sur les ressources naturelles partagées (Eaux souterraines): Rapport du Groupe de travail	Reprographié.
A/CN.4/L.684 [et Corr.1]	Protection diplomatique: Titres et textes des projets d'articles adoptés par le Comité de rédaction en deuxième lecture	Reprographié. Voir également le compte rendu analytique de la 2881 ^e séance, par. 1.
A/CN.4/L.685 [et Corr.1]	Les réserves aux traités – Intitulés et textes des projets de directive adoptés par le Comité de rédaction les 23 et 24 mai 2006	Reprographié. Voir également le compte rendu analytique de la 2883 ^e séance, par. 1.
A/CN.4/L.686	Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (Responsabilité internationale en cas de pertes liées à un dommage transfrontière résultant d'activités dangereuses): Titres et textes du préambule et des projets de principes relatifs à la répartition des pertes découlant d'activités dangereuses adoptés par le Comité de rédaction en deuxième lecture	Reprographié. Voir également le compte rendu analytique de la 2882 ^e séance, par. 1.
A/CN.4/L.687 et Add.1 [et Corr.1]	Responsabilité des organisations internationales: titres et textes des projets d'articles adoptés par le Comité de rédaction le 31 mai 2006 et le 19 juillet 2006	Reprographié. Voir également le compte rendu analytique des 2884 ^e , 2891 ^e et 2902 ^e séances.
A/CN.4/L.688 [et Corr.1]	Ressources naturelles partagées: Titres et textes des projets d'articles adoptés par le Comité de rédaction en première lecture	Reprographié. Voir également le compte rendu analytique de la 2885 ^e séance, par. 1.
A/CN.4/L.689	Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-huitième session: chapitre I (Organisation des travaux de la session)	Reprographié. Pour le texte adopté, voir <i>Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10 (A/61/10)</i> . Le texte définitif figure dans <i>l'Annuaire... 2006</i> , vol. II (2 ^e partie).
A/CN.4/L.690	<i>Idem</i> : chapitre II (Résumé des travaux de la Commission à sa cinquante-huitième session)	<i>Idem</i> .
A/CN.4/L.691	<i>Idem</i> : chapitre III (Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission)	<i>Idem</i> .
A/CN.4/L.692 et Add.1	<i>Idem</i> : chapitre IV (Protection diplomatique)	<i>Idem</i> .
A/CN.4/L.693 et Add.1	<i>Idem</i> : chapitre V [Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (Responsabilité internationale en cas de pertes liées à un dommage transfrontière résultant d'activités dangereuses)]	<i>Idem</i> .
A/CN.4/L.694 et Add.1 [et Corr.1]	<i>Idem</i> : chapitre VI (Ressources naturelles partagées)	<i>Idem</i> .
A/CN.4/L.695 et Add.1 [et Corr.1] et 2	<i>Idem</i> : chapitre VII (Responsabilité des organisations internationales)	<i>Idem</i> .
A/CN.4/L.696 et Add.1 [et Corr.1] à 3	<i>Idem</i> : chapitre VIII (Les réserves aux traités)	<i>Idem</i> .
A/CN.4/L.697 et Add.1 [et Corr.1] et 2	<i>Idem</i> : chapitre IX (Actes unilatéraux des États)	<i>Idem</i> .
A/CN.4/L.698	<i>Idem</i> : chapitre X (Effets des conflits armés sur les traités)	<i>Idem</i> .
A/CN.4/L.699	<i>Idem</i> : chapitre XI [L'obligation d'extrader ou de poursuite (<i>aut dedere aut judicare</i>)]	<i>Idem</i> .
A/CN.4/L.700	<i>Idem</i> : chapitre XII (Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et du développement du droit international)	<i>Idem</i> .

<i>Cotes des documents</i>	<i>Titres</i>	<i>Observations et références</i>
A/CN.4/L.701 et Add.1	<i>Idem</i> : chapitre XIII (Autres décisions et conclusions de la Commission)	<i>Idem</i> .
A/CN.4/L.702	Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international – Rapport du Groupe d'étude	Reprographié. Pour le texte adopté, voir <i>Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10 (A/61/10)</i> . Le texte définitif figure dans l' <i>Annuaire... 2006</i> , vol. II (2 ^e partie), par. 241 à 251.
A/CN.4/L.703	Actes unilatéraux des États: Rapport du Groupe de travail, conclusions de la Commission du droit international sur les actes unilatéraux des États	Reprographié. Pour le texte adopté, voir <i>Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10 (A/61/10)</i> . Le texte définitif figure dans l' <i>Annuaire... 2006</i> , vol. II (2 ^e partie), par. 176.
A/CN.4/L.704	Rapport du Groupe de planification	Reprographié. Pour le texte adopté, voir <i>Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10 (A/61/10)</i> . Le texte définitif figure dans l' <i>Annuaire... 2006</i> , vol. II (2 ^e partie), par. 253 à 270.
A/CN.4/SR.2867- A/CN.4/SR.2913	Comptes rendus analytiques provisoires des 2867 ^e à 2913 ^e séances	Reprographié. Le texte définitif apparaît dans le présent volume.

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

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

tenue à Genève du 1^{er} mai au 9 juin 2006

2867^e SÉANCE

Lundi 1^{er} mai 2006, à 15 h 15

Président sortant: M. Djamchid MOMTAZ

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Candioti, M. Chee, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Mansfield, M. Matheson, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M^{me} Xue, M. Yamada.

Ouverture de la session

1. Le PRÉSIDENT SORTANT déclare ouverte la cinquante-huitième session de la Commission du droit international, dernière session du quinquennat en cours, et souhaite chaleureusement la bienvenue aux membres.

2. Le rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-septième session¹ a été examiné par la Sixième Commission de l'Assemblée générale de sa 11^e à sa 20^e séance ainsi qu'à sa 22^e séance, du 24 octobre au 16 novembre 2005. Le résumé thématique des débats, établi par le Secrétariat, figure dans le document A/CN.4/560. Les États Membres ont manifesté leur intérêt pour les nouveaux sujets inscrits à l'ordre du jour de la Commission, à savoir «Expulsion des étrangers» et «Effets des conflits armés sur les traités», et se sont félicités de l'inclusion d'un point intitulé «L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)».

3. Conformément à la pratique établie en 2004, la première semaine de l'examen du rapport par la Commission a été désignée «Semaine du droit international»². Au

¹ Reproduit dans *Annuaire... 2005*, vol. II (2^e partie).

² Résolution 58/77 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 2003.

cours de cette semaine, les conseillers juridiques des États Membres ont échangé des vues avec les rapporteurs spéciaux sur les sujets de la responsabilité des organisations internationales et des effets des conflits armés sur les traités, et des échanges informels fructueux ont eu lieu entre les délégations et d'autres membres de la Commission. Le Président sortant a lui-même représenté la Commission à la quarante-quatrième et à la quarante-cinquième sessions de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique; la quarante-cinquième session coïncidait avec le cinquantième anniversaire de la création de cette organisation.

Élection du bureau

M. Pambou-Tchivounda est élu président par acclamation.

M. Pambou-Tchivounda prend la présidence.

4. Le PRÉSIDENT remercie les membres de la confiance qu'ils ont manifestée à son égard en lui accordant le privilège de présider la Commission. Il n'épargnera aucun effort pour se montrer digne de cette confiance, et fera tout son possible pour que la session soit réussie et productive.

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

M. Rodríguez Cedeño est élu deuxième vice-président par acclamation.

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

M^{me} Xue est élue rapporteur de la Commission par acclamation.

Adoption de l'ordre du jour (A/CN.4/559)

5. Le PRÉSIDENT invite la Commission à adopter l'ordre du jour provisoire.

L'ordre du jour est adopté.

Organisation des travaux de la session

[Point 1 de l'ordre du jour]

6. Le PRÉSIDENT suggère de suspendre la séance pour permettre au Bureau élargi d'examiner le programme de travail de la session.

La séance est suspendue à 15 h 35; elle est reprise à 16 h 40.

7. Le PRÉSIDENT appelle l'attention sur le programme de travail des deux premières semaines de la session de la Commission, qui a été établi pendant les consultations. En l'absence d'objection, il considérera que la Commission décide d'adopter le programme proposé.

Il en est ainsi décidé.

Nomination à des sièges devenus vacants après élection (art. 11 du statut) [A/CN.4/563 et Add.1³]

8. Le PRÉSIDENT annonce qu'il a été demandé à la Commission de pourvoir à un siège devenu vacant à la suite de l'élection de M. Bernardo Sepúlveda à la Cour internationale de Justice et de sa démission de la Commission qui s'est ensuivie. Il va suspendre la séance pour permettre aux membres de la Commission de tenir des consultations officieuses.

La séance est suspendue à 16 h 50; elle reprend à 16 h 55.

9. Le PRÉSIDENT annonce que la Commission a élu M. Eduardo Valencia-Ospina pour pourvoir au siège devenu vacant. Au nom de la Commission, il en informera le membre nouvellement élu et l'invitera à prendre place à la Commission.

Protection diplomatique (A/CN.4/560, sect. D, A/CN.4/561 et Add.1 et 2⁴, A/CN.4/567⁵, A/CN.4/575⁶, et A/CN.4/L.684 et Corr.1)

[Point 2 de l'ordre du jour]

SEPTIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

10. M. DUGARD (Rapporteur spécial), présentant son septième rapport (A/CN.4/567), dit que celui-ci consiste en un examen des projets d'article sur la protection diplomatique adoptés en première lecture⁷ qui tient compte d'événements récents, notamment les observations de 11 États figurant dans le document A/CN.4/561, celles de la Belgique et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, figurant dans le document A/CN.4/561/Add.1, et une observation de l'Italie publiée dans le document A/CN.4/561/Add.2. Le rapport répond également aux observations formulées par les États à la Sixième Commission (A/CN.4/560, par. 112

à 127) ainsi qu'aux commentaires de spécialistes cités dans la bibliographie annexée au rapport. En mars 2006, l'Institut universitaire européen de Florence a tenu un séminaire sur la protection diplomatique en s'appuyant sur le projet de rapport du Rapporteur spécial, et celui-ci a également tenu compte des observations qui y ont été émises. Certes, il est décevant qu'un si petit nombre d'États, développés ou en développement, aient réagi par écrit aux projets d'article adoptés en première lecture, mais les observations reçues ont été fort utiles. Il est intéressant de constater que plusieurs États ont reproché à la Commission d'être exagérément prudente et lui ont demandé instamment d'entreprendre un développement progressif plus radical.

11. Le rapport ne contient aucune proposition de disposition relative au règlement des différends ou à la question de la signature et de la ratification, en raison de l'incertitude qui régnait encore quant à la question de la forme finale du projet d'articles. Le Rapporteur spécial est d'avis que ce projet est étroitement lié au projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁸ et que son avenir dépendra largement du sort de celui-ci.

12. Le septième rapport contient des propositions tendant à modifier certains projets d'article. Celles qui portent sur des questions de principe devront être examinées en plénière; les propositions de caractère technique ou linguistique et celles qui portent sur des modifications du commentaire ne concernent que le Comité de rédaction. La Commission est également saisie d'une proposition entièrement nouvelle: un nouveau projet d'article 20 proposerait que les États soient contraints de remettre à une personne lésée toute indemnité reçue au nom de celle-ci – proposition formulée par M. Pellet à la session précédente⁹ et que le Rapporteur spécial, qui s'y était opposé dans un premier temps, est disposé à appuyer après réflexion. Une proposition en ce sens figure au paragraphe 103 du rapport.

13. Les commentaires sur l'article premier se divisent en trois catégories: ceux qui demandent davantage de clarté ou des modifications du texte, ceux qui demandent des ajouts au commentaire et ceux qui demandent une distinction nette entre la protection diplomatique et l'assistance consulaire. La troisième catégorie, certainement la plus importante, fera l'objet d'un examen exhaustif. Il est plus facile d'écarter les autres commentaires et suggestions.

14. Deux questions importantes doivent être examinées en ce qui concerne le projet d'article premier: la proposition de l'Italie, qui figure dans le document A/CN.4/561/Add.2, et celle du Rapporteur spécial, qui porte sur une disposition relative à l'assistance consulaire. Le Gouvernement italien estime que, dans sa définition du concept de protection diplomatique, le projet d'article premier est trop traditionnel, en particulier lorsqu'il parle d'un État «qui prend fait et cause, en son nom propre, pour l'une des personnes ayant sa nationalité». Selon le Gouvernement italien, ce libellé implique non seulement que le droit de protection diplomatique appartient uniquement à l'État qui exerce une telle protection, mais aussi que le droit qui a été violé par le fait internationalement

³ Reproduit dans *Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie).

⁴ *Idem.*

⁵ *Idem.*

⁶ *Idem.*

⁷ *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 18-20, par. 59.

⁸ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26, par. 76.

⁹ *Annuaire... 2005*, vol. I, 2846^e séance, p. 120, par. 27 à 30.

illicite appartient uniquement à ce même État. Il fait valoir que cette conception n'a plus cours dans le droit international actuel, compte tenu des décisions de la CIJ dans l'affaire *LaGrand* [par. 77 de l'arrêt] et dans l'affaire *Avena* [par. 40 de l'arrêt] et de l'avis consultatif OC-16/99 (*Right to information on Consular assistance in the framework of the guarantees of due process of Law*) de la Cour interaméricaine des droits de l'homme [par. 80 à 84 de l'avis], qui, selon le Gouvernement italien, ont établi que la violation de normes internationales concernant le traitement des étrangers pouvait entraîner à la fois la violation d'un droit de l'État de nationalité et la violation d'un droit de l'individu. L'Italie suggère donc de modifier le projet d'article premier pour qu'il se lise comme suit: «La protection diplomatique consiste dans le recours à une action diplomatique ou à d'autres moyens de règlement pacifique par un État qui soutient que ses propres droits et les droits de son national ont été violés à raison du préjudice causé à ce national par le fait internationalement illicite d'un autre État.» Le Rapporteur spécial pense que la proposition italienne mérite d'être examinée sérieusement. Il s'agit d'une question de principe qui ne peut être confiée entièrement au Comité de rédaction.

15. La deuxième question soulevée par le projet d'article premier est la différence entre la protection diplomatique et l'assistance consulaire. En droit international, les États peuvent exercer deux types de protection au profit de leurs nationaux: l'assistance consulaire et la protection diplomatique. Les différences fondamentales entre les deux donnent souvent lieu à des malentendus, en particulier en ce qui concerne la définition du terme «action» aux fins de la protection diplomatique. Les actions diplomatiques sont parfois considérées à tort comme relevant de l'exercice de l'assistance consulaire. Le problème est qu'on considère souvent que la protection diplomatique n'implique que des poursuites judiciaires; en d'autres termes, les interventions extrajudiciaires en faveur de nationaux sont parfois considérées comme relevant, non de la protection diplomatique, mais de l'assistance consulaire. Le Rapporteur spécial estime que cette conception de la protection diplomatique est trop étroite. Toute intervention, y compris la négociation au niveau interétatique en faveur d'un national vis-à-vis d'un État étranger, devrait être considérée comme relevant de la protection diplomatique et non de l'assistance consulaire, pourvu que les conditions générales de la protection diplomatique soient réunies, c'est-à-dire à condition qu'il y ait eu une violation du droit international dont l'État défendeur peut être tenu responsable, que les recours internes aient été épuisés et que l'individu concerné ait la nationalité de l'État qui intervient. Le projet d'article premier et son commentaire, adoptés en première lecture par la Commission à sa cinquante-sixième session, vont clairement dans le sens de cette interprétation large de l'action diplomatique. Le projet d'article premier dispose que la protection diplomatique consiste dans «le recours à une action diplomatique ou à d'autres moyens de règlement», et il est indiqué au paragraphe 5 du commentaire que l'«action diplomatique» s'entend de toutes les procédures licites employées par les États pour s'informer mutuellement de leurs vues et préoccupations, y compris la protestation, la demande d'enquête et les négociations visant à régler les différends. L'expression «autres moyens de règlement pacifique» englobe toutes

les formes licites de règlement des différends, qui vont de la négociation, la médiation et la conciliation à l'arbitrage et au règlement judiciaire¹⁰. Il est difficile de rédiger une disposition et un commentaire plus exhaustifs sur le sens de l'«action» diplomatique dans le contexte de la protection diplomatique. Il est donc proposé de ne pas reformuler le projet d'article. Cette disposition n'exclut toutefois pas expressément l'assistance consulaire, et c'est une question qui doit être examinée par la Commission.

16. Malheureusement, ni les représentants des gouvernements ni les publicistes n'établissent une distinction nette entre protection diplomatique et assistance consulaire. Il existe pourtant trois différences structurelles: premièrement, le caractère limité des fonctions consulaires, telles qu'énoncées dans la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires, par rapport à la fonction moins limitée des diplomates telle qu'énoncée dans la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques; deuxièmement, la différence en matière de niveaux de représentation entre l'assistance consulaire et la protection diplomatique; troisièmement, le caractère préventif de l'assistance consulaire qui s'oppose au caractère correctif de la protection diplomatique. L'action que les consuls peuvent engager pour protéger leurs ressortissants est très limitée. Leur principale fonction est d'aider leurs ressortissants en détresse, s'agissant par exemple de leur trouver un avocat, de leur rendre visite en prison ou de prendre contact avec les autorités locales; mais ils ne peuvent s'immiscer dans le processus judiciaire ou dans les affaires intérieures de l'État de réception. Cela signifie que les consuls sont autorisés à représenter les intérêts du national, mais non ceux qu'a l'État dans la protection de ce national. Cela relève des services diplomatiques. Il existe une autre distinction importante entre les deux: l'assistance consulaire a un caractère largement préventif et s'exerce avant que les voies de recours internes n'aient été épuisées ou qu'une violation du droit international n'ait eu lieu. Elle vise avant tout à protéger les droits de l'individu et exige le consentement de celui-ci. Par contre, une démarche diplomatique est destinée à porter l'affaire au niveau international ou interétatique et peut aboutir à une instance internationale. De plus, l'individu concerné ne peut empêcher l'État dont il a la nationalité de prendre fait et cause pour lui ou de poursuivre l'action engagée dans l'exercice de la protection diplomatique.

17. La question de la relation entre protection diplomatique et assistance consulaire a été soulevée dans les affaires *LaGrand* et *Avena*. Le fond de ces affaires concernait l'exercice de l'assistance consulaire, tandis que le mécanisme utilisé pour saisir la Cour était l'exercice de la protection diplomatique. Bien que le Rapporteur spécial ait quelque sympathie pour l'argument des États-Unis d'Amérique selon lequel dans ces affaires, les parties avaient confondu protection diplomatique et assistance consulaire, la CIJ a estimé que les deux pouvaient et devaient être distinguées et que le droit individuel à l'assistance consulaire pouvait être invoqué par le biais de la protection diplomatique. Il est inutile que la Commission tente d'éclaircir les décisions de la Cour: il lui suffit de dire que les deux décisions confirment l'importance de la distinction entre assistance consulaire et protection diplomatique.

¹⁰ *Annuaire...* 2004, vol. II (2^e partie), p. 21, par. 60.

18. Une autre source de confusion réside dans la disposition du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, dont l'alinéa c du paragraphe 2 de l'article I-10 dispose que «Les citoyens de l'Union ... ont le droit de bénéficier, sur le territoire d'un pays tiers où l'État membre dont ils sont ressortissants n'est pas représenté, de la protection des autorités diplomatiques et consulaires de tout État membre dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État.» Cette disposition suggère que tout État membre de l'Union européenne peut exercer la protection diplomatique au bénéfice de tout national de tout État membre de l'Union européenne. Il y a de nombreuses objections à cette disposition, la principale étant qu'elle va à l'encontre du principe *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, car une disposition contenue dans un traité de l'Union européenne ne lie pas les États qui ne sont pas membres de l'Union. Les États tiers ne sont pas tenus de respecter les dispositions des traités de l'Union européenne et ne sont pas obligés – et donc pas susceptibles – d'accepter qu'une protection soit exercée au profit d'un citoyen de l'Union européenne par des États qui ne sont pas l'État de sa nationalité.

19. Un «citoyen» de l'Union européenne n'est pas un national de tous les États membres de l'Union européenne, ce qui signifie que la citoyenneté de l'Union européenne ne satisfait pas à la condition de nationalité des réclamations aux fins de la protection diplomatique. Ainsi, les dispositions des traités de l'Union européenne visant à conférer à tous les citoyens de l'Union le droit à la protection diplomatique de tous les États membres de l'Union sont par conséquent gravement défectueuses, à moins qu'elles ne soient interprétées comme s'appliquant uniquement à l'assistance consulaire. Il a été affirmé que telle était en effet l'intention. Bien que l'assistance consulaire ne s'exerce habituellement qu'au profit d'un national, le droit international n'interdit pas qu'une assistance consulaire soit fournie à des nationaux d'un autre État. Étant donné que l'assistance consulaire ne consiste pas à protéger les droits d'un État ni à endosser une réclamation, il n'est pas nécessaire d'appliquer le critère de la nationalité de manière aussi stricte que dans le cadre de la protection diplomatique. Il n'est donc pas nécessaire d'établir le lien de nationalité en pareil cas.

20. En théorie, la distinction entre protection diplomatique et assistance consulaire est claire. La première est une intervention interétatique menée par des agents diplomatiques ou des représentants du gouvernement relevant du ministère des affaires étrangères qui a lieu lorsqu'un national lésé par le fait internationalement illicite d'un autre État a épuisé tous les moyens de recours internes. C'est une intervention visant à obtenir réparation pour le dommage causé par le fait internationalement illicite, tandis que l'assistance consulaire consiste, pour des consuls ou des consuls honoraires n'ayant aucune fonction de représentation politique, à prêter assistance à des nationaux qui se trouvent en difficulté dans un État étranger. Cette assistance est préventive en ce qu'elle vise à prévenir la commission d'un fait internationalement illicite. Des conseils et une assistance juridique sont dispensés au national pour qu'il bénéficie d'un procès équitable s'il est accusé d'une infraction pénale ou pour protéger ses intérêts personnels ou patrimoniaux dans l'État d'accueil. Malgré la distinction nette qui existe en théorie entre

les deux institutions, il arrive qu'elles se chevauchent (comme on a pu le constater avec les affaires *LaGrand* et *Avena*) ou soient confondues (comme le montrent les traités de l'Union européenne). Il faudrait peut-être préciser que la Commission est consciente de cette distinction et qu'elle souhaite la maintenir. C'est pourquoi il est suggéré (au paragraphe 21 du rapport) d'inclure au projet d'article premier un nouveau paragraphe qui se lirait comme suit: «2) La protection diplomatique ne s'entend pas de l'exercice de l'assistance consulaire conformément au droit international.» Ce point pourrait peut-être être traité dans le commentaire, mais le Rapporteur spécial le juge suffisamment important pour mériter une disposition supplémentaire. Le paragraphe 21 du rapport contient également une proposition de modification du paragraphe 1 du projet d'article premier visant à donner effet à la proposition du Gouvernement italien.

21. Le projet d'article 2 pose deux problèmes: premièrement, il y a la question, soulevée par le Gouvernement italien, de savoir si l'on devrait imposer aux États l'obligation d'exercer la protection diplomatique en cas de violation grave des droits de l'homme; deuxièmement, il y a l'observation générale formulée par le Gouvernement autrichien dans le document A/CN.4/561, selon laquelle l'État défendeur devrait être dans l'obligation de recevoir les actions en protection diplomatique.

22. En 2000, la Commission a examiné la question de savoir si, par la voie du développement progressif, les États devaient être tenus ou non d'exercer la protection diplomatique lorsque le national avait été victime d'une violation des droits de l'homme équivalente à une violation d'une norme de *jus cogens*. Cependant, cette proposition n'a suscité que peu d'enthousiasme auprès de la Commission et le Rapporteur spécial l'a retirée¹¹. Depuis lors, il y a eu plusieurs décisions nationales intéressantes à ce sujet. De plus en plus, les plaideurs tentent de contraindre leur État à exercer la protection diplomatique à leur bénéfice, les deux affaires les plus connues étant *Abbasi and Juma v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* et *Kaunda and Others v. President of the Republic of South Africa and Others*. Dans la première, M. Abbasi et consorts ont essayé de contraindre le Gouvernement britannique à exercer la protection diplomatique à leur profit contre les États-Unis à propos de leur détention dans la baie de Guantanamo. Le tribunal britannique a estimé qu'ils n'avaient aucun droit à la protection diplomatique. Il est intéressant de noter qu'il a examiné en détail les débats tenus à la Commission sur le sujet (par. 36 et 88 de l'arrêt). Il a abordé la question, dans une large mesure, du point de vue du droit interne et a estimé que dans les circonstances particulières de l'espèce, le Gouvernement britannique ne pouvait être contraint d'exercer la protection diplomatique parce qu'il s'efforçait d'aider les demandeurs. En fait, M. Abbasi et consorts ont été relâchés plusieurs mois après avoir été déboutés. Dans l'affaire *Kaunda*, qui portait sur la participation présumée d'un groupe de mercenaires sud-africains à une tentative de coup d'État contre le Gouvernement de Guinée équatoriale, la Cour constitutionnelle sud-africaine a également examiné la question de savoir s'il existait, en vertu du droit

¹¹ *Annuaire...* 2000, vol. II (2^e partie), p. 81 à 82, par. 447 à 456.

international, une obligation d'accorder la protection diplomatique, et a examiné en détail les débats tenus à la Commission, sur lesquels elle s'est appuyée. La Cour a estimé qu'en l'espèce le Gouvernement sud-africain avait fait quelque chose pour aider ses nationaux et qu'il n'était donc pas nécessaire qu'elle se prononce sur la question.

23. Compte tenu de cette évolution au niveau national, le Gouvernement italien suggère à la Commission de réexaminer la question. Il propose d'imposer aux États l'obligation juridique d'exercer la protection diplomatique lorsque l'intéressé a été victime d'une violation grave des droits de l'homme, et de contraindre les États à prévoir dans leur droit interne une procédure visant à faire respecter le droit à la protection diplomatique. C'est une suggestion radicale, mais elle n'est pas nouvelle, et le Gouvernement italien a bien précisé qu'elle était faite dans l'optique de la *lege ferenda* et non en vue d'une codification. Elle mérite donc d'être examinée avec attention par la Commission.

24. La proposition autrichienne est peut-être moins ambitieuse. Le Gouvernement autrichien déclare que «la Commission semble avoir concentré son attention sur un seul aspect de la protection diplomatique, à savoir le droit d'un État de présenter certaines réclamations dans l'intérêt de ses nationaux. Ce droit a toutefois pour contrepartie l'obligation correspondante des autres États d'accepter de telles réclamations de la part d'un État. Le régime juridique relatif à la protection diplomatique prévoit en outre les conditions à remplir pour qu'un État soit dans l'obligation d'accepter pareille intervention d'un autre État»¹². Le projet d'article 2 pourrait donc être amendé en conséquence par l'ajout d'un deuxième paragraphe qui se lirait comme suit: «Un État a l'obligation de recevoir les actions en protection diplomatique formées en conformité avec le présent projet d'articles.»

25. En ce qui concerne le projet d'article 3, le Rapporteur spécial dit que la proposition des Pays-Bas tendant à le formuler de manière plus élégante relève du Comité de rédaction. Il en va de même pour l'observation de l'Autriche concernant la formulation du projet d'article 4 (par. 29 du rapport).

26. Le projet d'article 5 est celui qui a suscité le plus grand nombre d'observations, en particulier de la part des États-Unis. Il serait préférable que celles qui concernent la nationalité continue soient examinées par le Comité de rédaction ou abordées dans le commentaire. Il y a ensuite les questions de savoir si l'on retient ou non le paragraphe 2, si l'on doit préciser que la période entre le *dies a quo* et le *dies ad quem* est couverte par la disposition et si la date ultime doit être celle de la présentation de la réclamation ou celle du jugement – le problème du *dies ad quem*.

27. Le Rapporteur spécial n'a aucune certitude quant à la marche à suivre à propos du paragraphe 2 du projet d'article 5. Les États-Unis suggèrent de le supprimer, faisant valoir qu'il a principalement pour objet de protéger les personnes dont la nationalité change en raison d'une succession d'États; les lois ne prévoient pas nécessairement la perte de la nationalité en cas de mariage ou d'adoption. Les États-Unis considèrent que le droit d'exercer la protection diplomatique se transmet par succession d'États;

il ne devrait pas être considéré comme une exception à la règle générale. Ils proposent donc de régler la question en ajoutant une référence à «l'État prédécesseur» dans le paragraphe 1 du projet d'article 5. Il convient toutefois de garder à l'esprit que le paragraphe 2 visait à introduire un élément de souplesse dans la règle de la nationalité continue. Comme cela est indiqué au paragraphe 177 du rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-troisième session:

... on s'est accordé à reconnaître que la règle devait être assouplie afin d'éviter certains résultats inéquitables... La plupart des membres ont exprimé leur préférence pour un moyen terme consistant à maintenir la règle traditionnelle mais en l'assortissant de certaines exceptions pour les cas où la personne ne disposerait par ailleurs d'aucune possibilité d'obtenir la protection d'un État.¹³

À la suggestion de M. Candioti, on a ajouté une clause disant que ces exceptions «devaient concerner les changements involontaires de nationalité de la personne protégée résultant d'une succession d'États, d'un mariage ou d'une adoption». Après mûre réflexion, le Rapporteur spécial est convaincu que c'était la meilleure chose à faire et il recommande de conserver le paragraphe 2. Cette position bénéficie de l'appui du Royaume-Uni, qui déclare que ses propres règles en matière de réclamation lui permettent d'exercer la protection diplomatique au bénéfice d'un national qui a cessé d'être ou est devenu un national après la date du préjudice. Dans la pratique, cependant, une telle démarche n'est adoptée qu'en concertation avec l'État de l'ancienne ou de la nouvelle nationalité. Le Royaume-Uni s'oppose à la recherche du for le plus favorable mais semble penser qu'il n'y a pas de problème si l'on inclut les mots «pour une raison sans rapport avec la formulation de la réclamation». La Commission devra décider si elle retient ou non le paragraphe.

28. En ce qui concerne la continuité de la nationalité, il n'existe pratiquement rien dans la pratique des États qui permette d'ériger en condition la continuité ininterrompue de la nationalité depuis la date du préjudice jusqu'à la date de présentation ou de règlement de la réclamation. Cela dit, comme le font observer les États-Unis, il y aurait une grande incohérence à rédiger une règle sur la continuité de la nationalité qui ne tiendrait pas compte de la période entre le *dies a quo* et le *dies ad quem*. Il est donc suggéré que le paragraphe 1 du projet d'article 5 soit modifié en conséquence. Les États-Unis considèrent que c'est peut-être un acte de développement progressif, mais il semble qu'il se justifie. En revanche, la Belgique et le Royaume-Uni sont opposés à cette disposition.

29. Le point le plus controversé de la règle de la continuité de la nationalité est celui du *dies ad quem* – la date ou la phase ultime de la procédure à laquelle l'individu lésé doit encore être national de l'État demandeur. La Commission, se fondant sur son interprétation de la pratique des États, a choisi la date de la présentation officielle de la réclamation. Cette position est appuyée par plusieurs États dans leurs observations écrites et dans leurs déclarations à la Sixième Commission. En revanche, elle fait l'objet d'une vigoureuse opposition de la part des États-Unis, qui préconisent de retenir la date de la décision concernant la réclamation – le moment où la sentence est prononcée.

¹² *Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/561.

¹³ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie), p. 212, par. 177.

30. Les États-Unis s'appuient largement sur la sentence du tribunal arbitral du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) dans l'affaire *Loewen*, selon laquelle d'après le droit international, la nationalité doit rester la même «de la date des événements donnant lieu à la réclamation, connue comme *dies a quo*, à la date de la résolution du différend connue comme le *dies ad quem*» [par. 225 de l'arrêt]. Les États-Unis considèrent que cette sentence est confirmée par un certain nombre d'autres sentences arbitrales et réclamations présentées par la voie diplomatique dans lesquelles la personne au nom de qui la réclamation a été introduite avait changé de nationalité après la présentation officielle de la réclamation mais avant la décision définitive. Selon les États-Unis, dans chacune de ces affaires, la réclamation internationale a été rejetée ou retirée au vu du fait qu'elle était présentée au nom d'un national d'un État qui n'était pas l'État réclamant. Les États-Unis prétendent que ces cas d'espèce indiquent clairement qu'il existe une pratique constante des États qui constitue une règle de droit international coutumier, et que cette règle serait préférable par principe, car elle permet d'éviter une situation où l'État défendeur a une obligation envers l'État réclamant pour un préjudice causé à une personne qui ne dépend plus juridiquement de celui-ci.

31. Les travaux universitaires n'éclairent guère la question. La plupart des auteurs reconnaissent que le *dies ad quem* est incertain. La pratique des États n'est pas plus claire, du fait que les traités ne donnent pas le même sens au *dies ad quem*. Les États-Unis citent la Conférence pour la codification du droit international de La Haye (1930) à l'appui de la date de la décision, mais il convient de rappeler que cet «appui» se fonde sur une enquête à laquelle ont répondu seulement 20 États, dont 8 ont rejeté la règle de la continuité de la nationalité, 3 se sont abstenus et 9 ont voté pour¹⁴. Parmi ces derniers figuraient quatre dominions de la Grande-Bretagne, qui avaient probablement suivi aveuglément celle-ci¹⁵.

32. Les décisions judiciaires sur cette question sont trop incertaines pour établir l'existence d'une règle de droit international coutumier. Les divergences que l'on constate entre elles peuvent être attribuées, dans une large mesure, aux divergences entre les conventions applicables aux réclamations en cause. Dans de telles circonstances, il n'est pas étonnant que certaines décisions retiennent la date de la présentation et d'autres la date du jugement, et que d'autres encore ne tranchent pas. Il importe toutefois de souligner qu'un grand nombre des décisions qui retiennent la date de la décision – et sur lesquelles les États-Unis s'appuient – concernent des affaires dans lesquelles le national a changé de nationalité et adopté celle de l'État défendeur après la présentation de la réclamation et avant

la sentence. Dans ce cas, on ne peut guère s'attendre à ce qu'il soit donné droit à sa réclamation, car cela voudrait dire que l'État défendeur indemniserait l'autre État à raison d'un préjudice causé à son propre national. Or, c'est ce qui est arrivé avec un grand nombre d'affaires sur lesquelles les États-Unis s'appuient.

33. Les États-Unis se reposent largement sur la sentence rendue dans l'affaire *Loewen* mais, alors que dans sa plus grande partie, elle s'appuie sur une recherche et des arguments solides, elle est très mal fondée en ce qui concerne le *dies ad quem*. Le tribunal se contente d'affirmer qu'il doit y avoir continuité de la nationalité, sans citer aucun précédent. Il se réfère de manière critique au premier rapport du Rapporteur spécial, dans lequel il est indiqué, aux paragraphes 200 à 204¹⁶, que la règle de la continuité de la nationalité n'est pas une règle acceptée de droit international coutumier [par. 235 et 236 de l'arrêt], mais il ne s'est pas référé à l'examen de la controverse dont le *dies ad quem* fait l'objet, qui figure dans le rapport. De plus, s'il s'était informé, avant de rendre sa sentence le 26 juin 2003, des travaux réalisés par la Commission sur le sujet, il aurait appris que celle-ci avait adopté en 2002 un projet d'articles sur la continuité de la nationalité selon lequel le *dies ad quem* était la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée¹⁷. Or, il s'est abstenu de le faire. S'il avait pris la peine de s'informer de ce que la Commission avait décidé, il aurait, selon toute probabilité, adopté une règle différente, ou du moins une démarche différente. Les observations du Rapporteur spécial peuvent paraître sévères, mais les réactions que la sentence *Loewen* a suscitées chez des auteurs tels que Jan Paulsson¹⁸ et M. S. Duchesne¹⁹ sont très critiques. On ne s'étonnera guère dans ces conditions que le Gouvernement néerlandais se demande si l'affaire *Loewen* reflète véritablement l'état actuel du droit.

34. Compte tenu des incertitudes qui entourent le *dies ad quem*, la Commission est appelée à faire un choix entre la date de la présentation officielle de la réclamation et celle de la décision la concernant. La doctrine et les précédents ne sont pas concluants, et les réponses des États, bien que peu nombreuses, penchent en faveur de la date de présentation de la réclamation. Le choix de la Commission doit être guidé par des considérations de principe et de politique. Les considérations de principe militent en faveur de la date de présentation de la réclamation, car c'est elle qui défend le mieux les intérêts de l'individu. Il en est de même des considérations de politique, si du moins on assimile la politique à l'équité. En effet, il peut s'écouler de nombreuses années entre la présentation d'une réclamation et le prononcé de la sentence définitive et ce serait manquer à l'équité que de refuser à l'individu le droit de changer de nationalité, que ce soit par mariage ou par naturalisation, pendant cette période. De surcroît, la date de la présentation est importante puisque c'est la date à laquelle l'État de nationalité manifeste clairement

¹⁴ Société des Nations, Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, vol. III (C.75.M.69.1929.V), *Responsabilité des États en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers*, Point XIII (Caractère national de la réclamation), p. 140 à 145, cité dans M. Duchesne, «The continuous nationality-of-claims-principle: its historical development and current relevance to Investor-State Investment disputes», *The George Washington International Law Review*, vol. 36, n° 4 (2004), p. 794.

¹⁵ Duchesne, loc. cit., p. 795.

¹⁶ *Annuaire...* 2000, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/506 et Add.1, p. 227.

¹⁷ *Annuaire...* 2002, vol. II (2^e partie), projet d'article 4 [9], p. 74 à 76.

¹⁸ Voir «Continuous nationality in *Loewen*», *Arbitration International*, vol. 20 (2004), p. 213, et *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, 2005.

¹⁹ Duchesne, loc. cit.

qu'il entend exercer sa protection diplomatique. C'est peut-être l'affaire *Eschauzier*, sur laquelle les États-Unis fondent leur position, qui fournit l'argument politique le plus fort.

35. Les considérations de politique qui s'appliquent sont différentes lorsque le national au nom de qui la réclamation est formée acquiert la nationalité de l'État défendeur après la présentation de sa réclamation, comme ce fut le cas dans l'affaire *Loewen* et plusieurs autres affaires sur lesquelles s'appuient les États-Unis. Dans ces conditions en effet, l'équité impose de choisir la date de la sentence comme *dies ad quem*, car une position contraire serait gravement injuste. Il est donc proposé que la Commission conserve la date de la présentation officielle de la réclamation comme *dies ad quem* pour la règle de la continuité de la nationalité, mais qu'une exception soit prévue dans les cas où le national au nom de qui la réclamation est formée acquiert la nationalité de l'État défendeur après la présentation de la réclamation. Dans ces cas, le *dies ad quem* serait la date de la sentence.

36. La Commission doit donc décider de conserver ou non le paragraphe 2 du projet d'article 5, d'étendre ou non la règle de la continuité de la nationalité à la période entre le *dies a quo* et le *dies ad quem*, et de retenir ou non la date de la présentation de la réclamation comme *dies ad quem* dans la plupart des cas, sous réserve de l'exception mentionnée auparavant. En bref, le projet d'article 5 nécessite encore un examen approfondi.

37. En ce qui concerne le projet d'article 6, il n'a pas suscité de forte opposition de la part des gouvernements, bien que le Royaume-Uni se soit demandé s'il constituait encore une règle de droit international coutumier.

38. Pour ce qui est du projet d'article 7, cette disposition a fait l'objet d'un vif débat à la Commission mais a été accueillie favorablement par les États, bien que certains aient posé des questions au sujet de l'emploi du mot «prépondérant». L'Italie, par exemple, a suggéré de revenir au critère du lien effectif. Aucun État n'ayant émis une objection de principe, les éventuelles modifications supplémentaires pourraient être apportées par le Comité de rédaction.

39. Le projet d'article 8 a également fait l'objet d'une vive controverse au sein de la Commission mais, de manière surprenante, il a été généralement bien accueilli par les États. Un certain nombre de suggestions ont été formulées à propos du libellé mais il n'y a pas eu d'objection au principe. Le libellé final devrait donc être confié au Comité de rédaction.

40. En ce qui concerne les réclamations présentées par des sociétés ou leurs actionnaires, visées aux projets d'articles 9 à 13, les observations des États soulèvent deux questions importantes: premièrement, celle de savoir si le membre de phrase «ou ... un lien similaire» doit être retenu, car il suggère qu'un lien effectif entre la société et l'État qui exerce sa protection diplomatique est nécessaire. Deuxièmement, il y a le problème de la société «établie» (constituée) dans un État mais ayant son siège dans un autre État. Cela pose la question de savoir quel État peut exercer sa protection diplomatique.

41. Consciente que ce membre de phrase risque d'être mal compris, la Commission, dans son commentaire du projet d'article 9, s'est donné du mal pour préciser qu'un «lien similaire» ne signifiait pas un lien effectif²⁰. Malgré cela, il semble que les États soient mécontents de ce membre de phrase car ils pensent, ce qui se conçoit sans peine, qu'il sera interprété comme étant synonyme de l'exigence d'un lien effectif. En conséquence, le Rapporteur spécial pense que cette exigence devrait être éliminée. Deuxièmement, la Commission devrait examiner la question d'une société ayant son siège dans un État autre que celui dans lequel elle est établie. Lors du processus de rédaction, la Commission était plutôt d'avis que l'État qui protège la société doit être tenu de montrer, non seulement que la société a été constituée sur son territoire, mais aussi qu'elle a son siège sur ce territoire. Dans le commentaire, il a été souligné que la Commission ne souhaitait pas donner à penser qu'une société pouvait avoir une double nationalité²¹. C'est une erreur qui doit être rectifiée. Dans le monde des affaires, il n'est pas rare qu'une société soit établie dans un État et ait son siège dans un autre. Le Guatemala a formulé une proposition utile, tendant à diviser le projet d'article 9 en trois paragraphes. Le paragraphe 2 se lirait comme suit: «Aux fins de la protection diplomatique des sociétés, une société a la nationalité de l'État sous la loi duquel elle a été établie et sur le territoire duquel elle a son siège ou sa direction.» Le paragraphe 3 se lirait comme suit: «Lorsque, en application du paragraphe 2, deux États sont habilités à exercer la protection diplomatique, l'État avec lequel la société a globalement le lien le plus étroit exerce cette protection.» C'est peut-être la meilleure solution; mais il est clair que la Commission devra de nouveau examiner en détail le projet d'article.

42. Quant au projet d'article 10, sur la continuité de la nationalité d'une société, le Rapporteur spécial a déjà examiné la question de la règle de la continuité de la nationalité à propos des personnes physiques. Il est donc inutile de répéter les arguments en faveur de l'exigence de continuité de la nationalité entre le *dies a quo* et le *dies ad quem*. Là encore, la Commission aurait intérêt à se référer à l'«État prédécesseur», comme le suggèrent les États-Unis à propos du projet d'article 5. De nouveau, le Rapporteur spécial est convaincu que le *dies ad quem* doit être la date de la présentation officielle de la réclamation.

43. Les États-Unis s'opposent toutefois au paragraphe 2 du projet d'article 10, arguant que la protection des sociétés qui ont cessé d'exister ne devrait pas exiger qu'il soit fait exception à la règle de la continuité de la nationalité. Ils soutiennent qu'«un État peut continuer d'exercer sa protection en épousant les réclamations d'une société tant que celle-ci conserve la personnalité morale, laquelle peut se limiter au droit d'ester en justice en droit interne». Ils affirment donc qu'une telle disposition est inutile. Malheureusement, ils ne tiennent pas compte des préoccupations soulevées à ce propos par des juges (notamment le juge américain Jessup, dans l'affaire *Barcelona Traction*), des tribunaux et des auteurs, dont il est fait état en détail dans le quatrième rapport du Rapporteur

²⁰ *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), par. 4 à 6 du commentaire, p. 30-31.

²¹ *Ibid.*, par. 7 du commentaire.

spécial sur la protection diplomatique²². Étant donné que les États-Unis n'ont pas contesté l'argumentation de ces autorités (voire ne l'ont pas examinée), et en l'absence d'une étude comparative élargie sur le droit et la pratique des sociétés visant à établir que de nombreux systèmes juridiques permettent aux sociétés d'ester en justice après leur dissolution, le Rapporteur spécial est porté à croire qu'il convient de retenir le paragraphe 2; cette position bénéficie de l'appui du Gouvernement britannique, qui souhaiterait toutefois supprimer le membre de phrase «du fait de ce préjudice». Le Rapporteur spécial est également disposé à accepter cette suggestion.

La séance est levée à 18 heures.

2868^e SÉANCE

Mardi 2 mai 2006, à 10 h 5

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Candioti, M. Chee, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Mansfield, M. Matheson, M. Momtaz, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M^{me} Xue, M. Yamada.

Protection diplomatique (suite) [A/CN.4/560, sect. D, A/CN.4/561 et Add.1 et 2, A/CN.4/567, A/CN.4/575 et A/CN.4/L.684 et Corr.1]

[Point 2 de l'ordre du jour]

SEPTIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à poursuivre la présentation de son septième rapport sur la protection diplomatique.

2. M. DUGARD (Rapporteur spécial) donne lecture du projet d'article 11 (Protection des actionnaires) et dit qu'il souscrit à la proposition de l'Autriche visant à supprimer à l'alinéa *a* le membre de phrase «pour un motif sans rapport avec le préjudice» pour les raisons indiquées au paragraphe 60 du rapport. Il ne peut en revanche appuyer la suppression de cet alinéa proposée par les États-Unis, compte tenu de l'argumentation de la CIJ en faveur de l'exception qu'il prévoit dans l'affaire *Barcelona Traction* [par. 64 à 68 de l'arrêt].

3. L'alinéa *b* a fait l'objet de vifs débats au sein de la Commission mais a été accepté de manière générale par les États, comme le montrent les commentaires qui ont été reçus des États et les commentaires qui sont parvenus à la Sixième Commission. Ainsi, la Fédération de Russie, l'Allemagne, la Grèce, et, plus surprenant peut-être, Cuba,

ont donné leur aval à ce projet de disposition. Seuls les États-Unis se sont opposés à cet alinéa pour des principes de droit et de bien public explicités au paragraphe 63 du rapport. Le Rapporteur spécial ne peut souscrire aux critiques formulées par les États-Unis pour les raisons énoncées aux paragraphes 64 et 65. D'une manière générale, les arguments avancés sont assez faibles et ne lui semblent pas acceptables; il recommande donc que la Commission conserve l'alinéa *b* de l'article 11. Les pays nordiques, le Royaume-Uni et la Belgique se sont opposés à la mention du fait que la société doit avoir été constituée en vertu de la loi de l'État concerné, considérant qu'une société peut être obligée de se constituer dans un État sous l'effet de pressions politiques. Le Rapporteur spécial souscrit à cette objection et propose de supprimer cette précision, qui ne figure pas non plus dans l'arrêt *Barcelona Traction*. Il propose donc de conserver l'article 11 tel que la Commission l'avait accepté, sous réserve de la suppression des membres de phrase «pour un motif sans rapport avec le préjudice» à l'alinéa *a* et «en vertu de la loi de cet État» à l'alinéa *b*. Il indique que le Royaume-Uni a par ailleurs soulevé les questions de la protection des parties intéressées autres que les actionnaires et des revendications multiples lorsqu'il y a des actionnaires de divers États, qui lui semblent pour sa part relever du commentaire mais dont la Commission pourra débattre si elle le juge utile.

4. Le projet d'article 12 (Atteinte directe aux droits des actionnaires) n'a pas suscité d'opposition, même si les États-Unis le considèrent comme superflu, et le Rapporteur spécial estime qu'il faut le conserver si l'on veut codifier exhaustivement les principes énoncés dans l'arrêt *Barcelona Traction* et donner une image complète du droit sur cet aspect de la protection diplomatique.

5. Enfin, en ce qui concerne l'article 13 (Autres personnes morales), le Rapporteur spécial pense que la proposition du Guatemala tendant à remplacer dans cette disposition les mots «articles 9 et 10» par «articles 9 à 12» de manière à inclure parmi les autres personnes morales les sociétés à responsabilité limitée devrait être renvoyé au Comité de rédaction.

6. M. GAJA dit que les rapports sur la protection diplomatique ont toujours mis en évidence une tension entre l'approche traditionnelle de la protection diplomatique en tant que prérogative de l'État et une préoccupation plus marquée pour la position des personnes. Le projet adopté en première lecture semble suivre l'approche traditionnelle, en particulier dans le commentaire de l'article 2, qui met l'accent sur le *dictum* de la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire *Concessions Mavrommatis en Palestine*. La définition qui figure à l'article premier est plus ambiguë. Son libellé, inspiré de l'arrêt *Interhandel*, ne met pas l'accent, à la différence de l'arrêt *Mavrommatis*, sur le droit de l'État exerçant la protection diplomatique. En même temps, il ne fait pas référence aux droits que des personnes peuvent avoir en vertu du droit international. Si la CIJ a estimé, dans les affaires *LaGrand* et *Avena*, que les nationaux des États parties à la Convention de Vienne sur les relations consulaires détiennent des droits en vertu du droit international découlant de ladite Convention, elle n'a toutefois pas dit que toutes les règles et tous les principes du droit international relatifs au traitement des étrangers confèrent aux personnes des droits en vertu

²² *Annuaire...* 2003, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/530 et Add.1.

du droit international. Dans l'arrêt *Avena*, elle a établi une distinction très importante entre l'action que l'État réclamant a engagée en faveur des droits d'individus découlant de la Convention, d'une part, et la protection diplomatique de ces mêmes individus, de l'autre.

7. C'est pourquoi la Commission devrait hésiter à adopter la proposition faite la veille par le Rapporteur spécial, tendant à considérer que la protection diplomatique concerne toujours les droits reconnus aux individus par le droit international qui sont violés. Il est clair que la protection diplomatique concerne essentiellement les préjudices subis par des personnes. Ces préjudices établissent les limites de la réclamation que peut présenter un État lorsque lui-même n'a subi aucun préjudice direct – on remarquera toutefois que le texte proposé semble indiquer qu'il existe toujours un préjudice direct pour l'État concerné. Traditionnellement, le préjudice subi par une personne n'a été considéré que comme un élément pouvant déclencher une action de la part de l'État de nationalité. La place actuelle de la personne en droit international, dans le contexte des règles primaires relatives au traitement des étrangers et des règles relatives aux droits de l'homme, nécessite une approche différente à l'égard des règles secondaires concernant la protection diplomatique, puisque celles-ci sont nécessairement liées aux règles primaires. Cela ne signifie pas que, contrairement à la pratique, l'État devrait être considéré uniquement comme un instrument de protection des droits des individus. L'idée selon laquelle l'État aurait l'obligation, en vertu du droit international, d'exercer sa protection diplomatique a été écartée en première lecture et il ne serait pas opportun d'y revenir à ce stade. Il en est de même dans le cas de violations du *jus cogens*, qui devraient appeler une réaction de tous les États et non créer une obligation expresse pour l'État de nationalité.

8. La place que la personne occupe actuellement dans le droit international suppose que d'autres changements soient apportés à une institution qui était traditionnellement considérée comme une prérogative de l'État. Le Rapporteur spécial a fait état d'une des conséquences de cette évolution dans sa proposition concernant le droit du national lésé à une indemnisation: étant donné que la réparation est accordée à l'État au nom de la personne lésée, l'indemnité versée devrait revenir à la personne en question. La Commission pourrait aussi se pencher sur la question de savoir: premièrement si un État aurait le droit de présenter une réclamation dans l'exercice de la protection diplomatique indépendamment de la volonté de la personne concernée – de tels cas sont rares, mais il en existe dans la pratique –, deuxièmement si la personne peut décider des modalités de réparation, lorsqu'il est possible de choisir entre restitution et indemnisation, et troisièmement si l'assentiment de la personne est requis pour que le règlement devienne effectif. Il serait difficile de trouver dans la pratique des exemples confirmant l'existence de règles de droit international sur ces questions et il se peut que l'on hésite à formuler de telles règles dans le contexte du développement progressif; pour autant, le projet d'articles pourrait contenir des recommandations aux États tendant à ce qu'ils appliquent dans leur pratique certains critères, qui tiendraient davantage compte de la position des personnes que cela n'a été le cas traditionnellement.

9. Passant à certains points soulevés par le Rapporteur spécial dans son rapport, M. Gaja note que, tout en essayant de définir la distinction qui existe entre la protection diplomatique et l'assistance consulaire, le Rapporteur spécial reconnaît que cette distinction est floue dans la pratique et que les deux se chevauchent parfois. Outre que ces chevauchements sont plus fréquents que le rapport ne semble l'indiquer, ni la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, ni les traités bilatéraux relatifs aux relations consulaires ne confortent l'idée, exprimée au paragraphe 19, qu'une assistance consulaire peut être accordée par un État au national d'un autre État indépendamment du consentement exprès ou implicite de l'État hôte. De même, contrairement à ce qui est affirmé au paragraphe 20, l'assistance consulaire n'est pas nécessairement préventive et ne prend donc pas fin dès lors qu'un préjudice est commis. Plus fondamentalement, faire référence à une institution indéterminée appelée «assistance consulaire» ne contribuerait pas pour M. Gaja à rendre le texte plus clair. Il faudrait donc définir cette notion et voir dans quelle mesure elle se distingue de la protection diplomatique.

10. En ce qui concerne le paragraphe 24, le nouveau paragraphe que le Rapporteur spécial propose d'ajouter à l'article 2 semble ambigu. Le membre de phrase «un État a l'obligation de recevoir les actions en protection diplomatique» donne à penser que l'État présumé responsable devrait accorder réparation, alors que tel n'est pas l'objectif visé. En effet, cette disposition signifie seulement que la réclamation devrait être considérée comme recevable, ce qui est implicite dès lors que l'on énonce des conditions de recevabilité et que celles-ci sont remplies.

11. Pour ce qui est de l'article 5, s'il est vrai qu'à première vue, l'expression «continuité de la nationalité» semble signifier que la nationalité doit être continue entre les deux dates critiques mentionnées au paragraphe 47 du rapport, ce n'est pas ainsi qu'elle a été comprise et appliquée dans la pratique. C'est un argument politique qui justifie que l'on fasse référence uniquement à ces deux dates critiques – à savoir, la difficulté d'apporter une preuve qu'aucun changement de nationalité n'est intervenu entre ces deux dates. On pourrait d'ailleurs se demander pourquoi il importe tellement que la personne n'ait pas changé de nationalité entre-temps, puisque l'important est que ce soit le même État qui présente la réclamation. Pour des considérations de politique également, M. Gaja a tendance à penser comme le Rapporteur spécial que la seconde date critique devrait être celle de la présentation de la réclamation et non la date de la décision la concernant, faute de quoi on risque d'encourager les retards dans le règlement de la réclamation. Il ne serait pas nécessaire, à son avis, de prévoir une exception pour les cas où la personne acquiert, après la présentation de la réclamation, la nationalité de l'État défendeur si l'on accepte la proposition du Rapporteur spécial tendant à ce que l'État requérant indemnise la personne lésée même si celle-ci n'a plus la nationalité de cet État. Des remarques analogues s'appliquent en ce qui concerne les propositions de modifications de l'article 10 relatif à la continuité de la nationalité d'une société.

12. Les propositions de modifications de l'article 9 relatif à l'état de nationalité d'une société, formulées au paragraphe 55 du rapport, ne sont pas non plus très convaincantes. L'exigence que la société soit à la fois constituée et ait son siège dans un État a été énoncée par la CIJ au paragraphe 70 de l'arrêt *Barcelona Traction*. La Cour n'a pas considéré que le siège constituait un lien effectif; elle n'a tranché la question de savoir si la société *Barcelona Traction* avait un lien effectif avec le Canada que dans un passage ultérieur, à la fin du paragraphe 70 et dans le paragraphe 71. Un siège peut donc être une simple boîte aux lettres. Lorsque les sociétés déplacent leur siège dans un autre pays, elles procèdent en général à une nouvelle constitution. La Commission devrait-elle encourager les sociétés à se constituer dans un pays puis à enregistrer leur siège dans un autre pays afin de bénéficier de la protection diplomatique de plusieurs États? Il est vrai que le Rapporteur spécial a indiqué que seul l'État de la nationalité prépondérante pourrait présenter une réclamation, mais cela créerait de l'incertitude car il n'est pas clairement établi quelle nationalité serait considérée comme prépondérante; en outre, cela serait incompatible avec la règle énoncée à l'article 6 en ce qui concerne les personnes ayant une double nationalité, à l'égard desquelles deux États peuvent exercer la protection diplomatique.

13. En conclusion, M. Gaja estime plutôt préférable de conserver le texte qui a été présenté en première lecture²³ et espère que la Commission pourra achever l'examen de la question de la protection diplomatique pendant la session en cours.

14. M. PELLET dit que le septième rapport du Rapporteur spécial pour la protection diplomatique est à la fois courageux et intéressant mais qu'il témoigne toutefois d'une certaine frilosité et suscite des déceptions à certains égards. C'est un rapport courageux car il expose avec honnêteté et rigueur les commentaires et observations reçus de gouvernements, malheureusement peu nombreux, concernant le projet d'articles sur la protection diplomatique; le Rapporteur spécial tient compte de l'ensemble des positions exprimées par certains États, n'hésitant pas à les critiquer vigoureusement lorsqu'il y a lieu, notamment l'invraisemblable attaque livrée par les États-Unis contre le paragraphe 1 de l'article 5 du projet. Ce rapport est aussi courageux car il traite enfin d'une question qui ne figurait pas dans le projet d'articles adopté en première lecture, celle du droit de la personne protégée à une indemnisation, l'expression «personne protégée» étant d'ailleurs pour M. Pellet plus exacte que celle de «national lésé» utilisée dans le rapport. Le septième rapport est d'autre part intéressant car il apporte un éclairage très utile sur certaines dispositions du projet d'articles en les abordant en profondeur et sous des angles qui avaient été négligés, voire oubliés jusque-là, comme l'analyse de la jurisprudence *Loewen*, la question des relations entre la protection diplomatique et la protection consulaire ou encore les problèmes soulevés par la notion de citoyenneté européenne, même si les développements de M. Dugard sur le sujet sont assez désespérément conservateurs. Malgré certains désaccords quant au fond, M. Pellet se réjouit des évolutions opportunes du projet d'articles tout

en faisant remarquer que ces problèmes ne sont pas nouveaux, que le projet a peut-être été rédigé de manière trop hâtive et qu'une réflexion plus approfondie aurait sans doute été plus utile.

15. Eu égard à la nature incomplète du projet adopté en première lecture et compte tenu de la facilité avec laquelle les États ont accepté les rares éléments de développement progressif qui ont été inclus dans le projet – notamment les articles 8 et 7 qui consacrent respectivement la possibilité d'exercer la protection diplomatique en faveur des apatrides et des réfugiés et le principe de la nationalité prépondérante, M. Pellet estime que la Commission a sans doute fait preuve d'une frilosité inutile. En écoutant les déclarations de ses membres sur ce sujet, on avait le sentiment que les dispositions transmises aux États pour observations étaient tellement révolutionnaires qu'elles ne pouvaient être que refusées, alors que force est de constater que cela n'a pas été le cas. Il vaudrait mieux à l'avenir ne pas anticiper les réactions des États et s'attacher davantage à faire de la bonne codification et du bon développement progressif du droit international. La Commission s'est donc montrée d'une prudence, d'un conservatisme et d'une frilosité excessifs dans l'établissement de ce projet d'articles et il est regrettable qu'elle n'ait pas été plus audacieuse dans ses propositions de codification des règles en vigueur. En effet, à l'exception de l'article 8 et de certains aspects de l'article 7 du projet, le texte proposé s'en tient seulement à des solutions consacrées ne concernant en outre que les conditions d'exercice de la protection diplomatique, c'est-à-dire la partie la moins intéressante ou la plus traditionnelle du sujet. M. Pellet regrette en conséquence l'autocensure dont la Commission a fait preuve et partage les observations faites en ce sens par le Rapporteur spécial. Bien qu'il soit trop tard pour pallier les graves lacunes du projet d'articles, il est toutefois possible d'atténuer ces inconvénients, et M. Pellet se propose dans un premier temps de passer en revue les propositions du Rapporteur spécial concernant le remaniement des articles 1 à 8 du projet, que d'une manière générale il approuve.

16. L'article premier (Définition et portée) appelle de nombreuses observations ayant trait, par ordre de généralité décroissante, au concept même de protection diplomatique, à la différence entre celui-ci et le concept de protection consulaire, et à l'incidence que pourrait avoir la notion de citoyenneté européenne sur la protection diplomatique. Pour ce qui est du concept même de protection diplomatique, M. Pellet est reconnaissant au Gouvernement italien d'avoir osé remettre en cause, même au stade actuel des travaux, les postulats, totalement dépassés à l'aube du XXI^e siècle, sur lesquels reposent la fiction *Mavrommatis* ou la fiction de *Vattel*²⁴. Il rappelle que l'institution traditionnelle de la protection diplomatique, au sens de ces fictions, se décompose en deux propositions bien différentes. La première proposition, que l'on peut d'ailleurs considérer comme étant la définition même de la protection diplomatique, est que l'État a le droit de protéger ses nationaux lésés par un fait internationalement illicite lorsque ceux-ci ne peuvent obtenir réparation par d'autres moyens. Ni le

²³ *Annuaire...* 2004, vol. II (2^e partie), p. 18-20, par. 59.

²⁴ Voir E. de Vattel, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle* (1758), Washington, Carnegie Institution, 1916, vol. I.

Gouvernement italien, sous réserve de ses propositions concernant l'article 2, ni lui-même, n'ont l'intention de revenir sur cet aspect: la protection diplomatique est bien un droit qu'il appartient à l'État d'exercer à sa discrétion. Selon la deuxième proposition, c'est-à-dire la fiction *Mavrommatis* proprement dite, qui est beaucoup plus discutable, lorsqu'il exerce son droit de protéger son ressortissant, l'État est censé exercer un droit qui lui est propre, c'est-à-dire, le droit qu'il a de faire respecter le droit international en la personne de ses ressortissants. Or, une telle fiction, si elle était nécessaire en 1924, lorsque l'État était le seul sujet de droit international, n'a plus lieu d'être dans un droit international où l'individu a reçu droit de cité. Comme l'a dit le Gouvernement italien, il n'est plus acceptable de considérer que le droit qui a été violé appartient uniquement à l'État qui exerce sa protection. En effet, dans le droit international contemporain, les individus ont des droits et ce sont ces droits qui appartiennent aux individus que l'État peut faire respecter par la protection diplomatique. Il est donc absurde de dire que lorsque l'État fait respecter les droits de l'individu, c'est en réalité son propre droit qu'il fait respecter, et M. Pellet ne comprend pas que la Commission en soit restée à cette conception qui date du début du XVIII^e siècle.

17. En d'autres termes, la protection diplomatique est bien un droit que l'État peut exercer ou non, en principe de manière discrétionnaire, mais les droits protégés par la protection diplomatique, qui n'est qu'un moyen, sont ceux des particuliers et non ceux de l'État, contrairement à ce qui ressort de la fiction *Mavrommatis* et, malheureusement, du projet d'article premier actuel du fait de l'incidente, tout à fait extraordinaire, qui y figure, soit «en son nom propre». Or, l'État n'agit pas en son nom propre mais au nom de son ressortissant et en vue d'assurer la protection des droits de ce ressortissant. M. Pellet constate que cette expression a été très opportunément retirée du nouveau texte proposé pour l'article premier au paragraphe 21 du septième rapport, ce qui a pour effet de rendre le projet acceptable à ses yeux, mais le Rapporteur spécial ne dit pas pourquoi, ce qui est très intrigant.

18. Le grand mérite de l'Italie est d'avoir précisément, dans ses observations sur le projet d'articles, apporté une explication à ce retrait, mais elle n'est malheureusement pas allée au bout de sa réflexion, effrayée sans doute par sa propre audace, et a, semble-t-il, mélangé deux choses différentes. En effet, pour contester l'approche de la Commission, l'Italie se fonde d'une part sur le fait, exact, que lorsqu'il exerce sa protection diplomatique, l'État défend les droits de son ressortissant lésé par le fait internationalement illicite d'un autre État, et d'autre part sur le fait, tout aussi exact bien que de portée très différente, qu'un État peut parfois défendre à la fois le droit de son ressortissant et un droit lui appartenant en propre, comme le Mexique et l'Allemagne dans les affaires *LaGrand* et *Avena*. Or, il s'agit là d'un tout autre problème qui ne relève pas de l'article premier mais de l'article 15 du projet. Le Gouvernement italien en tire des conséquences erronées. Le libellé proposé par l'Italie pour cette disposition de l'article premier du projet entretient la confusion car il inclut dans la protection diplomatique à la fois les droits du ressortissant lésé, lesquels sont en effet l'objet même de la protection diplomatique, et les droits

propres de l'État, lesquels sont, au contraire, exclus du champ de la protection diplomatique, l'État victime du fait internationalement illicite n'ayant aucun besoin de recourir à ce mécanisme pour faire respecter ses droits, comme le relève à très juste titre le Rapporteur spécial au paragraphe 18 de son rapport. Encore une fois, la protection diplomatique concerne les droits des particuliers et non les droits de l'État. La Commission a donc le choix entre adopter la nouvelle rédaction du paragraphe 1 de l'article premier du projet proposée par le Rapporteur spécial, qui a le mérite d'éviter la fiction *Mavrommatis*, en remaniant considérablement la version française du texte, et accepter le texte proposé par l'Italie à condition d'en omettre le membre de phrase «ses propres droits» et peut-être même également l'expression «à raison du préjudice causé à ce national» qui ne paraît pas indispensable; cette version serait presque idéale mais risquerait d'être assez lourde de conséquence pour la suite du texte. Ce paragraphe se lirait ainsi: «La protection diplomatique consiste dans le recours à une action diplomatique ou à d'autres moyens de règlement pacifique par un État qui soutient que les droits de son national ont été violés par le fait internationalement illicite d'un autre État.» Pour M. Pellet, la protection diplomatique n'est rien d'autre que cela. Une telle définition est amplement suffisante et conforme au système du droit international contemporain, contrairement à la définition actuelle.

19. L'article premier du projet pose un deuxième problème beaucoup moins grave, celui de la confusion qui résulterait du texte actuel entre la protection diplomatique et l'assistance consulaire. M. Pellet note tout d'abord que c'est la première fois que ce problème se présente dans les travaux de la Commission, ce qui montre peut-être qu'il n'est pas si grave et qu'il ne faut pas lui donner trop d'importance. Si le Rapporteur spécial semble avoir bien analysé les différences entre les deux institutions, il n'en tire pas des conséquences convaincantes. En effet, il ne paraît pas opportun d'inclure un nouveau paragraphe en ce sens dans le projet d'article premier lui-même, d'autant plus qu'aucune définition de l'assistance consulaire n'y est donnée. De plus, il paraît pour le moins étrange de définir la notion de protection diplomatique par ce qu'elle n'est pas, particulièrement après avoir dit ce qu'elle était dans le paragraphe 1. Il serait plus opportun d'expliquer ces différences dans le commentaire plutôt que dans un paragraphe qui affaiblit l'article premier.

20. Le dernier problème lié au projet d'article premier ne tient pas à son libellé même mais aux objections du Rapporteur spécial à l'encontre de l'article I-10 de feu le Traité établissant une Constitution pour l'Europe. La critique du Rapporteur spécial, qui figure à l'article 19 de son rapport, semble excessive dans la mesure où personne ne prétend, du moins pour le moment, que la citoyenneté européenne soit l'équivalent de la nationalité. Une telle affirmation ne figure dans aucun texte européen. La citoyenneté européenne se superpose aux nationalités des 25 États membres sans s'y substituer, et il est certain qu'aucun État tiers n'est obligé d'accepter une protection de citoyen européen qu'un État autre que l'État de nationalité ou l'Union européenne elle-même souhaiterait exercer en faveur d'un citoyen européen. Il n'y a donc pas de raison de s'indigner que l'Union européenne ou un autre État membre puisse essayer d'exercer une

protection en faveur de son citoyen, qu'elle soit consulaire ou diplomatique; les États non membres ne sont certainement pas tenus de répondre à cette tentative de protection. C'est une affaire qui ne concerne que les Européens et la Commission n'a pas à s'ériger en censeur d'une évolution qui peut se produire et n'a rien de scandaleux. C'est aussi la raison pour laquelle M. Pellet est très hostile à la rédaction très restrictive qui est proposée pour le paragraphe 1 de l'article 5 (par. 47 du rapport). Employer les mots «ne que» revient à faire inutilement injure à l'avenir des organisations d'intégration en général, et pas seulement l'Union européenne, et à les empêcher d'inventer de nouvelles formes de protection de leurs citoyens.

21. En ce qui concerne l'article 2 du projet, M. Pellet dit que tel que rédigé actuellement, cet article est assez anodin, voire totalement superflu et il n'est donc pas étonné qu'il n'ait guère retenu l'attention des États. Il n'en est pas de même des propositions faites par l'Autriche et par l'Italie à ce sujet. Le libellé proposé pour le nouveau paragraphe 2 de cet article 2 à l'instigation de l'Autriche (par. 24 du rapport) est très ambigu car il semble vouloir dire que l'État à l'égard duquel la protection diplomatique est exercée a l'obligation d'obtempérer, ce qui n'est pas une évidence, et M. Pellet appuie les observations faites en ce sens par M. Gaja. Un État est certainement tenu d'examiner une action en protection diplomatique, mais examiner ce n'est pas avoir l'obligation d'accepter car il s'agit là de deux choses différentes. Certes, si l'État est internationalement responsable, il doit tirer les conséquences de sa responsabilité mais la protection diplomatique est une étape en amont du processus qui consiste à réfléchir à l'existence ou non de la responsabilité et on ne peut pas en préjuger. Le projet à l'étude concerne une procédure pour mettre la responsabilité en œuvre quand la victime d'un fait internationalement illicite est une personne privée mais il ne faut pas confondre les effets de la protection diplomatique avec ceux de la responsabilité elle-même. C'est pourquoi M. Pellet pense en ce qui concerne cette innovation proposée par le Rapporteur spécial en suivant la suggestion autrichienne que le Comité de rédaction devra soigneusement réfléchir au vocabulaire à retenir même s'il est lui-même favorable à l'idée qui est sous-jacente du paragraphe 2 proposé, et ce d'autant plus que le projet est beaucoup trop centré sur la présentation des réclamations au titre de la protection diplomatique et néglige trop l'autre volet tout aussi important, celui des effets des réclamations.

22. M. Pellet appuie par ailleurs de manière générale la proposition italienne concernant l'article 2 du projet selon laquelle il y aurait obligation pour l'État d'exercer la protection diplomatique en cas de violation d'un droit absolument essentiel. En effet, s'il est vrai que le droit d'exercer la protection diplomatique est un droit de l'État que celui-ci peut exercer de manière discrétionnaire, et qu'il convient de respecter ce pouvoir d'appréciation dans lequel des considérations de haute politique peuvent intervenir, il ne paraît toutefois pas déraisonnable de considérer, au début du XXI^e siècle, que lorsqu'un individu est victime d'une violation de droits absolument fondamentaux, il devrait pouvoir compter sur la protection de son État national. Cela dit, M. Pellet souhaiterait nuancer son accord de principe à la proposition de l'Italie.

Il faudrait tout d'abord calquer le texte de cette nouvelle disposition sur celui des articles 40 et 41 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite²⁵, considérant que si une obligation de protection incombe à l'État, celle-ci ne devrait intervenir qu'en cas de violation grave d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général. M. Pellet se dit en second lieu catégoriquement opposé à l'idée de donner des exemples de faits internationalement illicites pouvant justifier l'exception envisagée à l'exercice discrétionnaire de la protection diplomatique par l'État. C'est dans les commentaires qu'il faudra illustrer l'idée incluse dans cette nouvelle disposition si elle est retenue. Troisièmement, il n'est pas certain que l'alinéa *b* de la proposition de l'Italie s'impose. Quatrièmement, il est très défavorable au paragraphe 3 de cette proposition aux termes duquel les États seraient contraints de prévoir dans leur droit interne une procédure devant une juridiction nationale. Il rappelle à cet égard que la Commission a vocation à établir des normes et non à imposer des obligations institutionnelles aux États.

23. Enfin, dès lors que l'on admet que les violations de normes impératives du droit international général, qui causent des dommages à des personnes privées, relèvent d'un régime spécial, il faudrait envisager la possibilité que, dans les cas de ce genre, des États autres que l'État de nationalité puissent exercer une protection en faveur de la personne lésée. Cela irait dans la ligne de l'article 48 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État²⁶, qui veut qu'en cas de violation grave d'une norme impérative du droit international l'État de nationalité perde son monopole de protection et que la communauté dans son ensemble soit intéressée. Sans nécessairement codifier cette idée, il faudrait au moins l'exprimer, et M. Pellet serait partisan de le faire dans un article, par exemple selon le procédé qui a été adopté pour l'article 54 du projet d'articles précité²⁷.

24. S'agissant de l'article 3 (Protection par l'État de la nationalité), M. Pellet dit qu'il n'a pas de commentaire particulier à faire hormis ceux déjà formulés au sujet des remarques, à son avis inopportunes, sur la citoyenneté européenne, faites par le Rapporteur spécial au paragraphe 26 de son rapport. Il approuve le libellé du nouvel article 4 (État de nationalité d'une personne physique), en se demandant cependant pourquoi la version française parle d'«ascendance» plutôt que de «filiation».

25. À propos de l'article 5, M. Pellet rappelle qu'il a toujours considéré comme absurde et illogique la règle de la continuité de la nationalité, la pratique étant en outre trop incertaine pour lui conférer un caractère coutumier. Selon la fiction *Mavrommatis*, la nationalité pertinente est celle qui était en vigueur au jour où le dommage a été causé. Selon la fiction plus réaliste défendue par M. Pellet, c'est la nationalité en vigueur au jour de la réclamation qui importe, car l'État ne défend pas son propre droit mais celui du particulier lésé. Dans aucun de ces deux cas, l'exigence de la continuité de la nationalité ne se justifie.

²⁵ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 29, et p. 120 à 124 pour le commentaire relatif à ces projets d'article.

²⁶ *Ibid.*, p. 30, et p. 135 à 137 pour le commentaire.

²⁷ *Ibid.*, p. 31, et p. 147 à 149 pour le commentaire.

M. Pellet rappelle à cet égard qu'il a toujours été le seul à insister sur l'inutilité d'une règle dont nul ne connaît les modalités d'application. Il constate d'ailleurs que la position des États lors des travaux préparatoires de la Conférence de 1930, dont le Rapporteur spécial fait grand cas et qu'il évoque au paragraphe 39 de son rapport, montre plutôt une tendance à récuser cette règle²⁸. En tout état de cause, si l'on doit conserver la règle de la continuité de la nationalité, aussi indéfendable qu'elle soit, il convient au moins de ne pas en aggraver les inconvénients. À cet égard, M. Pellet appuie dans l'ensemble les positions du Rapporteur spécial, tout en faisant observer que les considérations de principe et de politique qu'il invoque au paragraphe 43 de son rapport militent plutôt en faveur de l'abandon de cette règle arbitraire et inutile. Le risque de *nationality shopping*, qui l'inspire, est illusoire car les individus ne choisissent pas une nationalité en fonction des règles de la protection diplomatique, que personne ne connaît; et quand bien même ils le feraient, il existe maints autres moyens que la continuité de la nationalité pour y parvenir.

26. M. Pellet est toutefois opposé à la formulation restrictive («ne ... que») du nouveau paragraphe 1 de l'article 5 proposé par le Rapporteur spécial (par. 47 du rapport), pour les raisons qu'il a déjà indiquées. Il regretterait la suppression du paragraphe 2 actuel, qui a le mérite d'introduire un minimum de flexibilité dans le principe bien trop rigide de la continuité de la nationalité, et ne s'explique d'ailleurs pas que le Rapporteur spécial, qui semble lui-même favorable à ce paragraphe, ne l'ait pas conservé. Le nouveau paragraphe 2, qui redeviendrait le paragraphe 3, s'impose car il permettra peut-être d'éviter des solutions aberrantes comme celle retenue dans l'affaire *Loewen*. Faisant référence à la remarque de M. Gaja, M. Pellet souligne qu'il serait tout de même bizarre qu'un État soit obligé d'accepter une réclamation formée en faveur d'une personne qui a finalement sa nationalité. Il n'est pas certain non plus que l'article 20 sera accepté par la Commission ni jugé acceptable par les États; la prudence exige donc d'inclure le paragraphe 2 *bis* proposé par le Rapporteur spécial. En ce qui concerne le paragraphe 3, qui deviendrait le 4 si l'on réintroduisait le paragraphe 2, M. Pellet indique qu'il n'en a jamais compris le sens mais qu'il ne s'oppose pas à son inclusion si ce paragraphe est jugé nécessaire.

27. L'article 6 (Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État tiers) n'appelle aucun commentaire si ce n'est que s'agissant de l'expression «multiple nationalité» l'adjectif devrait suivre le nom, et non le précéder. M. Pellet ne voit pas pourquoi le paragraphe 2 devrait être supprimé, car il apporte une précision utile. Il n'y a pas de raison, lorsque plusieurs États peuvent exercer conjointement la protection diplomatique, que l'un ait une quelconque priorité sur les autres, et il n'y a aucun inconvénient à ce que plusieurs États forment des réclamations.

²⁸ Société des Nations, *Conférence pour la codification du droit international, Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, vol. III (C.75.M.69.1929.V), *Responsabilité des États en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers*, Point XIII (Caractère national de la réclamation), p. 140 à 145.

28. L'article 7 (Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État de nationalité) devrait être retenu sous sa forme actuelle. M. Pellet n'est pas convaincu par les arguments du Gouvernement italien, même s'il convient que la nationalité prépondérante doit se traduire par un lien non pas «authentique» comme il est dit dans la version française de la proposition italienne, mais «effectif». Il s'agit en fait de l'effectivité la plus prépondérante, mais il suffit de le rappeler dans le commentaire.

29. Enfin, M. Pellet se félicite que l'article 8 (Apatrides et réfugiés) n'ait pas suscité d'opposition de la part des États. Pour répondre à la question soulevée par le Rapporteur spécial au paragraphe 51 du rapport, il fait observer que l'État intimé peut certes refuser de reconnaître le droit d'un État réclamant d'exercer sa protection diplomatique en faveur d'une personne qui ne remplit pas tous les critères de la définition d'un réfugié; mais rien n'interdit à l'État réclamant d'effectuer une telle démarche, et rien n'interdit à l'État requis de s'y prêter. Cela ne devrait entraîner aucun changement dans le texte de l'article 8 qui est, pour M. Pellet, le plus convaincant et le plus courageux du projet d'articles.

30. M. MATHESON félicite le Rapporteur spécial pour la qualité de son septième rapport sur la protection diplomatique, qui réussit à concilier les différents commentaires des États sur le projet d'articles adopté en première lecture en 2004²⁹.

31. S'agissant de l'article premier, M. Matheson est d'avis qu'il convient de distinguer clairement la protection diplomatique des fonctions consulaires, comme le suggère le Rapporteur spécial, mais il trouve que la nouvelle définition proposée par l'Italie n'est pas claire: doit-on comprendre que la protection diplomatique n'intervient que s'il y a violation à la fois des droits de l'État et des droits de son national comme dans l'affaire *Avena*? Dans l'affirmative, cette formulation lui poserait un problème.

32. Dans le nouveau libellé proposé par le Rapporteur spécial pour l'article 2, l'emploi du verbe «accept» dans la version anglaise du paragraphe 2 donne à penser qu'un État est dans l'obligation de faire droit aux actions formées en conformité avec le projet d'articles, ce qui n'est pas le cas. Il serait plus opportun d'employer les termes «receive» (recevoir), «consider» (examiner) ou «address» (traiter). Quant à la proposition de l'Italie de rendre obligatoire l'exercice de la protection diplomatique dans certains cas particuliers, il est certain qu'elle serait mal accueillie car les États ont toujours insisté sur le fait que la protection diplomatique n'est pas un devoir mais un droit, qu'ils peuvent choisir de ne pas exercer lorsque les circonstances (politique étrangère, raisons pratiques, conduite du national, etc.) l'exigent. La Commission ne devrait pas adopter une mesure aussi radicale. Aucun acte, aussi grave soit-il, ne justifie un traitement spécial. Face aux graves violations dont parle l'Italie, d'autres remèdes existent, comme la protection consulaire, le recours aux mécanismes internationaux de protection des droits de l'homme, les poursuites devant les tribunaux nationaux et internationaux, ou l'intervention du Conseil de sécurité et peuvent se révéler plus appropriés que la protection diplomatique.

²⁹ *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 18-20, par. 59.

33. S'agissant de l'article 5 (Continuité de la nationalité), M. Matheson approuve le nouveau texte proposé pour le paragraphe 1, et notamment l'ajout de la négation «ne ... que» de façon à limiter le droit à la protection diplomatique aux personnes qui satisfont à la condition de la continuité de la nationalité. Cette condition est la meilleure protection contre les personnes qui changeraient à dessein de nationalité. La nouvelle formulation couvre également le cas de la succession d'États, qui ne devrait pas entraîner une discontinuité de la nationalité.

34. Reste la question des effets que pourrait avoir un changement de nationalité entre la date de présentation de la réclamation et la date de la décision concernant cette réclamation. À cet égard, le nouveau paragraphe 2 proposé par le Rapporteur spécial couvre le cas le plus extrême, à savoir lorsque la personne lésée acquiert la nationalité de l'État contre lequel la réclamation a été formée. Le droit d'exercer la protection diplomatique n'a alors plus lieu d'être, car on ne saurait demander à un État d'indemniser un autre État à raison d'un préjudice causé à son propre national. Ce n'est toutefois pas le seul cas de figure où un changement de nationalité postérieur à la présentation de la réclamation devrait annuler le droit d'exercer la protection diplomatique. Il ne serait pas non plus cohérent, comme le font observer les États-Unis, de permettre à un État de recevoir une indemnisation pour un préjudice causé à une personne qui n'est pas un de ses nationaux au moment où cette indemnisation est accordée. Cette considération, ajoutée au risque des changements calculés de nationalité, explique probablement que nombre de tribunaux arbitraux aient décidé que la continuité de la nationalité devait aller jusqu'au règlement de la réclamation.

35. La tâche des tribunaux internationaux serait cependant plus compliquée s'il leur fallait retracer tous les éventuels changements de nationalité survenus entre la présentation et le règlement d'une réclamation. C'est pourquoi il conviendrait de modifier le nouveau paragraphe 2 de façon à dire qu'un État n'est pas en droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne donnée si l'État défendeur démontre que cette personne a perdu la nationalité de l'État demandeur après que la réclamation a été formée. La preuve incomberait ainsi à l'État défendeur et non au tribunal. En tout état de cause, il faudrait au moins qu'un tribunal ne soit pas empêché de conclure que d'autres circonstances peuvent justifier l'extinction du droit d'exercer la protection diplomatique du fait d'un changement de nationalité postérieur (par exemple si une personne a conservé à dessein une nationalité jusqu'au moment de la présentation de la réclamation pour en changer ensuite dans son propre intérêt). En d'autres termes, il faudrait au moins préciser que le paragraphe 1 s'applique sans préjudice des effets possibles sur l'exercice continu de la protection diplomatique d'un changement de nationalité postérieur à la présentation de la réclamation. Le droit pourra ainsi continuer de se développer par la pratique des États et la jurisprudence.

36. Quant à la suppression de l'ancien paragraphe 2 de l'article 5 proposée par le Rapporteur spécial, elle semble opportune dans la mesure où le seul cas qui justifierait son maintien, à savoir celui de la succession d'États, est

explicitement couvert dans le nouveau paragraphe 1. Si ce paragraphe 2 devait être réintroduit, il faudrait le reformuler plus clairement.

37. Passant à l'article 8, M. Matheson dit, pour répondre à la question posée par le Rapporteur spécial concernant le sens à donner au terme «réfugié» qu'il faudrait s'en tenir, à son avis, à la définition internationalement reconnue, qui figure dans la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés. S'agissant de l'article 9 relatif à l'État de nationalité des sociétés, il approuve le nouveau libellé proposé par le Rapporteur spécial mais estime qu'il faudrait préciser qu'une société a la nationalité de l'État dans lequel elle a été constituée dès lors que le droit de cet État en dispose ainsi. Autrement, un État défendeur pourrait contester le droit de cet État d'exercer sa protection diplomatique au motif que la société a d'autres liens avec d'autres États.

38. Pour ce qui est de la continuité de la nationalité d'une société, qui fait l'objet de l'article 10, les commentaires formulés à propos des paragraphes 1 et 2 de l'article 5 sont *a fortiori* applicables. Les États-Unis sont opposés à l'ancien paragraphe 2 (nouveau paragraphe 3) de crainte apparemment qu'il ne permette la survivance indéfinie de réclamations concernant une société qui a cessé d'exister, mais pour répondre à ces préoccupations il suffirait d'imposer le respect d'un délai raisonnable pour la recevabilité de telles réclamations, de façon que la situation d'une société dissoute puisse être réglée dans un délai raisonnable. Avec cette précision, il faudrait conserver le nouveau paragraphe 3 car il garantit qu'il reste un État qui puisse exercer la protection diplomatique en pareil cas. M. Matheson serait en fait favorable à la suppression du membre de phrase «du fait de ce préjudice» qui introduit une restriction qui n'a pas lieu d'être.

39. L'article 11 est plus problématique. Son objectif, qui est de garantir une certaine protection diplomatique aux actionnaires lorsque l'État de nationalité de la société ne peut l'exercer lui-même, est compréhensible, mais en même temps, en reconnaissant un droit de protection à tous les États de nationalité des actionnaires, qui peuvent être très nombreux, on risque de compliquer considérablement le règlement du différend. Cela reviendrait à défavoriser l'État défendeur, et à donner aux actionnaires étrangers une protection dont les actionnaires locaux ne jouiraient pas. C'est la raison pour laquelle nombre de pays en développement se sont toujours opposés aux exceptions comme celles prévues à l'article 11 et que les États-Unis soutiennent qu'elles ne sont pas conformes au droit international coutumier.

40. Il convient donc d'examiner ces deux exceptions avec la plus grande attention. Celle contenue à l'alinéa *a* peut être supprimée si l'on conserve le paragraphe 3 de l'article 10, proposé au paragraphe 59 du rapport, sans le membre de phrase restrictif. L'État de nationalité d'une société qui a cessé d'exister aurait alors le droit de continuer d'exercer sa protection à l'égard de cette société, tous ses actionnaires bénéficiant ainsi de la même protection que ceux de n'importe quelle autre société. Il n'y a pas de raison de leur accorder un traitement spécial en leur permettant d'être protégés par leur État

de nationalité, d'autant que, comme on l'a vu plus haut, cela défavoriserait l'État défendeur et compliquerait le règlement du différend. L'alinéa *b* est plus complexe. On peut difficilement attendre une vraie protection de la part d'un État qui a exigé d'une société qu'elle soit constituée en vertu de son droit interne pour exercer ses activités et qui cause ensuite un préjudice à cette société. En théorie, les États-Unis ont probablement raison de s'opposer à l'exception de l'alinéa *b*, mais en pratique, ceux qui la défendent ont également des arguments valables. Une solution pourrait consister à éviter une éventuelle multiplicité d'États demandeurs en limitant le droit de protection à l'État dont les actionnaires ont une participation majoritaire. En tout état de cause, il importe que l'exception soit limitée au cas où l'État responsable du préjudice avait exigé de la société qu'elle soit constituée en vertu de son droit interne comme condition à l'exercice de ses activités sur son territoire.

41. M. Matheson conclut en disant qu'il ne voit pas la nécessité de supprimer l'article 12 (Atteinte directe aux droits des actionnaires), comme le demandent les États-Unis.

42. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à présenter la dernière partie de son septième rapport.

43. M. DUGARD (Rapporteur spécial), présentant les projets d'articles 14 à 20, remercie les membres qui, par leurs suggestions constructives, l'ont aidé à mieux saisir les nombreuses difficultés soulevées par ses propositions.

44. Le projet d'article 14, qui énonce le principe fondamental de l'épuisement des recours internes, n'appelle aucun commentaire sur le fond.

45. Le projet d'article 15 (Catégorie de réclamations) souligne que les recours internes ne doivent être épuisés qu'en cas de préjudice indirect. La décision rendue dans l'affaire *Avena* facilite grandement la compréhension de la différence entre préjudice direct et préjudice indirect, mais elle n'affecte pas la validité de la formulation du principe énoncé, qui fera l'objet de longs développements dans le commentaire.

46. Le projet d'article 16 traite des exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes. L'alinéa *a* dispose que les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsqu'ils n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace. Les États-Unis ont émis des objections contre cette disposition. Lorsque la Commission l'a rédigée, elle avait le choix entre trois possibilités: futilité évidente, aucune perspective raisonnable de succès et aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace³⁰. Elle a opté pour la troisième, mais les États-Unis lui ont demandé de revenir sur sa décision et d'adopter le critère de futilité au motif qu'il rendait plus exactement compte du droit international coutumier. Le Rapporteur spécial n'est généralement pas favorable à la réouverture du débat sur des questions qui ont déjà été tranchées, mais, étant donné que le critère de la futilité a effectivement bénéficié d'un certain appui à la Commission, il pourrait

être avisé de réexaminer ce point. La Commission devra toutefois se souvenir que, lors du débat qui a abouti à l'adoption de la disposition en question, l'avis général était que le critère de futilité était trop rigoureux³¹, raison pour laquelle la Commission a adopté la proposition de Sir Hersch Lauterpacht d'y associer l'idée de «possibilité raisonnable de succès»³². La formulation, suggérée par le Gouvernement italien qui, jugeant également l'alinéa *a* trop strict, propose d'utiliser les mots «inexistante», «inaccessible», «inefficace» ou «inadéquante», est plus élégante mais le Gouvernement italien lui-même semble en être conscient puisqu'il a ensuite suggéré de parler de «perspective raisonnable de succès», ce qui se rapproche de la deuxième possibilité qui s'offrait à la Commission. Il a également proposé d'introduire dans l'alinéa *b* qui dispose que les recours internes n'ont pas à être épuisés en cas de retard abusif attribuable à l'État réputé responsable la notion de déni de justice. Or la Commission a délibérément évité de le faire, l'avis général étant qu'il s'agissait d'une règle primaire et non secondaire et qu'en tout état de cause la notion en question était déjà couverte par les alinéas *a*, *b* et *c*. L'alinéa *c* du projet d'article 16 dispose que les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsqu'il n'existe pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'État réputé responsable, ou que les circonstances de l'espèce font par ailleurs qu'il est déraisonnable d'exiger l'épuisement des recours internes. Deux propositions très différentes ont été faites à ce sujet. L'Autriche propose de supprimer le premier membre de phrase pour ne traiter plus que du deuxième cas alors que les États-Unis proposent, au contraire, de conserver le premier membre de phrase et de supprimer le second. Le Rapporteur spécial approuve la proposition américaine car l'objectif principal de l'alinéa *c* est d'instituer une dérogation à la règle de l'épuisement des recours internes lorsque la personne lésée n'a aucun lien volontaire avec l'État désigné comme responsable du préjudice. Lors du débat à la Commission, certains membres ont évoqué d'autres situations dans lesquelles il pouvait n'être pas nécessaire d'épuiser les recours internes, comme lorsque la personne lésée se voit refuser l'entrée sur le territoire ou lorsque l'épuisement des recours internes serait d'un coût prohibitif. La deuxième partie de l'alinéa *c* a été adoptée pour tenir compte de telles situations. Toutefois, les États-Unis ont raison de dire que celles-ci sont déjà couvertes par l'alinéa *a*. L'Italie, soulignant l'importance de la référence aux considérations qui pourraient supprimer la nécessité d'épuiser les recours internes, propose de retenir l'ensemble de l'alinéa *c* et suggère à cet effet une liste de circonstances spéciales, mais de l'avis du Rapporteur spécial, les exemples qui y figurent sont déjà couverts par l'alinéa *a*. Enfin, l'alinéa *d* n'appelle aucun commentaire particulier.

47. Il a été suggéré de réunir les projets d'articles 17 (Actions ou procédures autres que la protection diplomatique) et 18 (Dispositions conventionnelles spéciales), qui ont le même objet, à savoir préciser que les projets d'article n'affectent pas les autres procédures

³¹ Ibid., p. 59, par. 186.

³² *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 40, par. 3 du commentaire de l'article 16 adopté en première lecture par la Commission. Voir aussi *Certains emprunts norvégiens*, opinion individuelle de Sir Hersch Lauterpacht, p. 39.

³⁰ *Annuaire... 2002*, vol. II (2^e partie), p. 58 à 60, par. 177 à 188.

ou mécanismes du droit international coutumier ou conventionnel qui permettent de faire valoir des droits ou de formuler des réclamations, et vice versa. À la réflexion, le Rapporteur spécial juge plus sage de conserver deux dispositions distinctes, car les deux projets d'article traitent de questions très différentes. Bien qu'il ne mentionne pas expressément les droits de l'homme, le projet d'article 17 vise essentiellement à garantir que l'institution de la protection diplomatique n'entrave pas la protection de ces droits par d'autres moyens ou n'y fasse pas obstacle. La Commission reconnaît que la protection diplomatique n'est qu'un des moyens de protéger les droits de l'homme, et un moyen très limité puisqu'il ne bénéficie qu'aux nationaux. Il y a d'autres procédures de protection des droits de l'homme qui ne sont pas ainsi limitées. Les traités relatifs aux droits de l'homme confèrent des droits et ouvrent des recours à tous les êtres humains dont les droits de l'homme sont violés, quelle que soit leur nationalité. De plus, comme l'ont fait observer M. Gaja et M. Pellet, l'évolution récente du droit international permet à l'État de protéger aussi bien ses nationaux que des non-nationaux victimes de la violation de normes relatives aux droits de l'homme (en particulier celles qui ont le statut de *jus cogens*) sur le territoire d'un autre État. Malheureusement, le projet d'article 17 a donné lieu à un malentendu, certains auteurs ayant cru comprendre que la Commission avait tenté de restreindre la portée de l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 48 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite³³. Le meilleur moyen de dissiper les doutes de cette espèce est de conserver le projet d'article 17 en tant que disposition distincte. Le projet d'article 18, quant à lui, a la fonction très différente de préciser que les projets d'article n'affectent en aucune manière les droits et obligations énoncés dans les traités d'investissements bilatéraux et multilatéraux.

48. Le projet d'article 19 (Équipage des navires), qui est le résultat d'un exercice de développement progressif, a bénéficié de l'appui de la plupart des États. Les États-Unis n'ont pas d'objection à son contenu, mais estiment qu'il n'a pas sa place dans le projet d'articles sur la protection diplomatique, avis partagé par le Royaume-Uni. Aussi, la Commission devrait-elle réexaminer la question de savoir s'il faut y inclure la disposition relative à la protection des membres de l'équipage des navires. À ce propos, la Belgique propose de couvrir aussi les membres de l'équipage de cabine des avions, mais, premièrement, il n'existe pas de pratique des États à l'appui de cette proposition et, deuxièmement, les considérations relatives aux droits de l'homme qui ont orienté la rédaction du projet d'article 19 ne s'appliquent pas à cette catégorie d'équipages, qui semble bénéficier d'un statut et d'une protection supérieurs.

49. Le Rapporteur spécial évoque enfin la nouvelle proposition qu'il a formulée aux paragraphes 93 et suivants de son rapport concernant le droit du national lésé à une indemnisation. Comme M. Pellet l'a déjà fait observer, les projets d'article ne traitent pas des conséquences de la protection diplomatique, la plupart des aspects du

sujet étant en effet couverts par le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Toutefois, un aspect de ces conséquences n'est pas envisagé dans ces articles, à savoir la question de savoir si l'État auteur de la réclamation qui a obtenu satisfaction est tenu de verser au national lésé l'indemnité qu'il peut avoir reçue. La Commission a été critiquée pour avoir laissé passer l'occasion de reconnaître cette règle, ne serait-ce qu'au titre du développement progressif, notamment par le représentant de la France à la Sixième Commission, en 2005³⁴, et par l'Autriche, dans les commentaires qu'elle a présentés à la Commission. M. Pellet a, quant à lui, souscrit à ces critiques l'année précédente. Après réflexion, le Rapporteur spécial estime que la Commission devrait examiner la question, même *in extremis*. Comme M. Pellet l'a fait remarquer, la pierre d'achoppement dans la disposition en question est la règle établie dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*. Il semble en effet logique de penser que si un État jouit d'un pouvoir discrétionnaire absolu s'agissant d'exercer ou non sa protection diplomatique, il devrait pouvoir conserver l'indemnité qu'il a pu recevoir à la suite d'une réclamation présentée au bénéfice d'un national. Cette idée semble confirmée par le fait que, dans la pratique, les États s'entendent souvent sur un règlement partiel des réclamations sans consulter les individus. Comme M. Pellet l'a aussi fait observer au cours de la séance, l'affaire *Mavrommatis* est également à l'origine de la décision de ne pas imposer à l'État l'obligation d'exercer sa protection diplomatique. Pour le Rapporteur spécial, il faut cependant accepter l'idée que la règle *Mavrommatis* est contredite notamment par un certain nombre d'institutions du domaine de la protection diplomatique, en particulier la règle de la nationalité continue et la condition de l'épuisement des recours internes. Elle n'est pas appliquée non plus s'agissant du versement d'une indemnisation, puisque le dommage subi par l'État est évalué sur la base du préjudice subi par la personne privée; on peut considérer que l'obligation des États de consulter celle-ci à ce sujet fait désormais partie du droit international coutumier. Cela montre bien que la règle *Mavrommatis* n'est pas sacro-sainte. La pratique des États dans ce domaine est contradictoire, comme l'explique le Rapporteur spécial aux paragraphes 96 et suivants de son rapport, mais elle tend vers une érosion du pouvoir discrétionnaire de l'État dans la formulation d'une réclamation. Cependant, on ne peut pour autant considérer qu'il existe une règle de droit international coutumier en ce sens. Dans ces circonstances, le Rapporteur spécial propose à la Commission d'adopter une disposition sur le sujet dans le cadre du développement progressif du droit, dont le texte figure au paragraphe 103 de son rapport.

50. M. PELLET, revenant sur sa précédente intervention, précise qu'il n'est absolument pas d'accord avec la nouvelle rédaction de l'article premier, proposée au paragraphe 21, tant qu'elle comprend les mots «en son nom propre» (qui ont été oubliés dans la version française).

³³ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 30, et p. 135 à 137 pour le commentaire y relatif.

³⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session, compte rendu analytique de la 11^e séance (A/C.6/60/SR.11)*, p. 14, par. 73.

Organisation des travaux (suite)

[Point 1 de l'ordre du jour]

51. M. CANDIOTI (Président du Groupe de travail sur les ressources naturelles partagées) annonce que le Groupe de travail sur les ressources naturelles partagées, qui va reprendre ses travaux, est composé des membres suivants: M. Yamada (Rapporteur spécial), M. Baena Soares, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Opertti Badan, M. Sreenivasa Rao et M^{me} Xue, membre d'office en sa qualité de Rapporteur.

La séance est levée à 13 h 5.

2869^e SÉANCE

Mercredi 3 mai 2006, à 10 h 5

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Candiotti, M. Chee, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Mansfield, M. Matheson, M. Momtaz, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M^{me} Xue, M. Yamada.

Protection diplomatique (suite) [A/CN.4/560, sect. D, A/CN.4/561 et Add.1 et 2, A/CN.4/567, A/CN.4/575 et A/CN.4/L.684 et Corr.1]

[Point 2 de l'ordre du jour]

SEPTIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. M. GALICKI dit que la souplesse et l'esprit de compromis dont fait preuve le Rapporteur spécial dans son septième rapport (A/CN.4/567) sont louables mais que ce dernier devrait résister à la tentation d'adhérer trop facilement à certains des avis et des points de vue exprimés par les gouvernements au sujet du projet d'articles sur la protection diplomatique adopté par la Commission en première lecture à sa cinquante-sixième session³⁵. En ce qui concerne les amendements proposés par le Rapporteur spécial, M. Galicki n'est pas certain pour sa part que l'inclusion d'une référence au concept d'assistance consulaire parallèlement à celui de la protection diplomatique dans l'article premier permette vraiment d'établir une distinction nette entre les deux institutions. Il pense comme M. Gaja que l'expression «assistance consulaire» doit être définie de manière plus précise.

2. La principale différence entre les deux institutions semble résider dans le fait que l'exercice de la protection diplomatique est un droit internationalement reconnu des États, alors que dans le cas de l'assistance consulaire

non seulement les États ont le droit de l'accorder mais chacun a aussi le droit incontestable, qui est garanti par la Constitution dans certains pays, de solliciter une telle assistance, d'en bénéficier et de la réclamer à leur État de nationalité. Néanmoins, dans la pratique, les deux institutions se chevauchent comme l'ont montré les deux affaires *LaGrand* et *Avena*. En outre, l'argument développé au paragraphe 20 du rapport selon lequel «cette assistance est préventive en ce qu'elle vise à prévenir la commission d'un fait internationalement illicite» n'est pas convaincant car même si la commission d'un fait internationalement illicite est une condition préalable de l'exercice de la protection diplomatique, cela n'exclut pas la possibilité de fournir une assistance consulaire à des personnes lésées par un fait internationalement illicite commis par un autre État. L'assistance consulaire ne semble donc pas avoir un caractère exclusivement préventif.

3. L'ajout dans le projet d'article 2 d'un second paragraphe selon lequel un État a l'obligation de «recevoir» une action en protection diplomatique formée par un autre État peut prêter à controverse car on ne sait pas très bien s'il est question en l'occurrence du droit d'exercer la protection diplomatique ou du fond de la réclamation présentée par l'État exerçant ce droit. Il convient dès lors d'être prudent dans la formulation d'une telle obligation et d'en définir avec précision la signification, la portée et les effets juridiques. Dans la pratique, il peut se révéler difficile de concilier le droit d'un État de présenter certaines réclamations dans l'intérêt de ses nationaux et l'obligation d'autres États de recevoir ces réclamations.

4. Les modifications qu'il est proposé d'apporter au projet d'article 5 relatif à la continuité de la nationalité limitent considérablement le droit d'un État d'exercer la protection diplomatique et risquent aussi de retreindre les avantages potentiels pour les personnes lésées. Ainsi, l'une des conséquences possibles des changements proposés par le Rapporteur spécial au paragraphe 47 de son rapport est que les personnes qui changent de nationalité entre le *dies a quo* et le *dies ad quem* risquent d'être totalement privées de leur droit à la protection diplomatique. La prévention du phénomène de la recherche de la nationalité la plus avantageuse ne saurait justifier une telle situation qui risque de nuire aux personnes agissant de bonne foi, celles par exemple dont la nationalité a automatiquement changé à la suite d'un mariage. La Commission devrait réexaminer cette question lorsqu'elle se penchera sur la nouvelle disposition proposée concernant le droit du national lésé à une indemnisation.

5. L'expression «État prédécesseur» qui figure dans la nouvelle version du projet d'article 5 appelle une explication et une définition. Il pourrait donc être utile d'inclure dans le commentaire la définition de «l'État prédécesseur» qui figure dans le projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, adopté par la Commission à sa cinquante et unième session³⁶. M. Galicki indique que ses observations sur le projet d'article 5 valent aussi, *mutatis mutandis*, pour la version modifiée du projet d'article 10.

³⁵ *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 18-20, par. 59.

³⁶ *Annuaire... 1999*, vol. II (2^e partie), p. 21, par. 47, article 2 (Expressions employées).

6. M. GAJA dit que la nouvelle définition de la règle de l'épuisement des recours internes proposée au paragraphe 74 du septième rapport est assez inhabituelle en ce sens que la personne lésée n'est pas tenue d'épuiser les recours internes. La référence au paragraphe 72 du rapport à l'affaire de l'*Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* à l'appui de cet argument est de nature à induire en erreur. Tout ce que la Cour a dit dans son arrêt, c'est qu'il est certain qu'un recours interne pouvait être considéré comme inefficace au vu du résultat des procédures engagées par l'administrateur judiciaire de la société ELSI. Il n'y avait pas lieu, selon la Cour, d'exiger que les parties lésées épuisent un recours interne qui s'était avéré infructueux dans une affaire similaire quant au fond. La Cour a estimé que la substance de la requête avait été soumise aux juridictions compétentes et conclu que l'État défendeur n'avait pas réussi à «convaincre la Chambre qu'il restait manifestement quelque recours que les Raytheon et Machlett auraient dû former et épuiser, indépendamment de l'ELSI et du syndic de faillite» [par. 63 de l'arrêt]. Cette conclusion montre clairement que la seule préoccupation de la Cour était de savoir si un recours efficace était ouvert aux étrangers lésés. La Cour n'a pas déclaré que les recours internes pouvaient être considérés comme épuisés parce que quelqu'un d'autre l'avait formé. De l'avis de M. Gaja, le texte du projet d'article 14 adopté en première lecture est à la fois plus classique et plus exact et devrait être maintenu³⁷.

7. Il en va de même pour l'alinéa *a* du projet d'article 16 parce que les mots «disponible et» qui figurent dans sa version modifiée sont superflus: une réparation efficace est impossible si aucun recours n'est disponible. En outre, la variante proposée au paragraphe 81 du rapport présente une contradiction. D'une part, on renforce dans ce texte la règle de l'épuisement des recours internes en indiquant qu'un recours doit être épuisé à moins qu'il ne soit à l'évidence futile ou manifestement inefficace, critère énoncé dans l'*Arbitrage relatif aux navires finlandais*, et qui a été finalement abandonné dans la pratique. D'autre part, on l'affaiblit en disant qu'une instance doit être raisonnablement disponible pour accorder une réparation efficace, ce qui correspond plus ou moins au texte initial.

8. M. Gaja est fortement favorable au maintien du projet d'article 17 parce qu'il rappelle utilement que les États autres que l'État de nationalité sont habilités à présenter des réclamations en cas de préjudice causé à des personnes par des violations d'obligations *erga omnes*. Cet article permet de rappeler également qu'en vertu de certains traités, en particulier de traités relatifs aux droits de l'homme, les personnes lésées ont un accès direct à des recours. La relation entre les recours ouverts aux personnes et la protection diplomatique varie en fonction de l'instrument régissant l'exercice de ces recours. Il n'y aurait donc pas de raison d'établir la règle générale selon laquelle l'épuisement des recours directement ouverts à une personne au plan international est une condition préalable de l'exercice de la protection diplomatique en faveur de cette personne.

9. M. Gaja préfère également le texte du projet d'article 18 adopté en première lecture³⁸, un texte qui envisage l'existence éventuelle de dispositions conventionnelles spéciales dérogeant aux règles énoncées dans le projet d'articles. Il est opposé à ce qu'on limite le champ d'application de ce projet d'articles aux traités d'investissements étant donné que, même si la majorité des traités multilatéraux ou bilatéraux qui contiennent des dispositions de cette nature pourraient être qualifiés de traités d'investissements, il existe aussi d'autres traités qui concernent le traitement des étrangers.

10. Le paragraphe 2 du nouveau projet d'article 20 concernant le droit du national lésé à une indemnisation qui figure au paragraphe 103 du rapport pourrait faire partie d'un ensemble de recommandations sur ce que devraient faire les États requérants. On pourrait également formuler d'autres recommandations sur le rôle que devrait jouer la personne lésée dans le choix entre la restitution ou l'indemnisation ainsi que sur la nécessité d'obtenir son consentement pour que le règlement prenne effet. C'est pourquoi M. Gaja préconise l'emploi du mot «devrait» plutôt que «doit». De plus, une telle recommandation refléterait le rôle croissant de l'individu en droit international et favoriserait une pratique plus satisfaisante, même si l'on peut penser qu'elle reflète déjà la pratique suivie par de nombreux États.

11. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit qu'il a lui-même proposé que l'on emploie le mot «devrait» plutôt que «doit» dans le texte de ce qui pourrait devenir le paragraphe 2 du projet d'article 20, mais que néanmoins on créerait ainsi une obligation imparfaite du type de celles qui figurent dans d'autres traités au lieu de formuler une recommandation. Il se demande quelle forme prendrait les recommandations envisagées par M. Gaja.

12. M. GAJA dit qu'il a eu l'impression que l'emploi du mot «devrait» n'impliquait pas l'imposition d'une obligation. Il n'insistera pas sur le terme «recommandation». On pourrait énoncer les règles juridiques existantes dans le corps du texte, et faire figurer le contenu du projet d'article 20 dans un ensemble séparé de dispositions finales dont le but serait d'encourager les États à adopter la ligne de conduite souhaitable.

13. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que la proposition de M. Gaja est des plus utiles: la Commission aura peut-être moins de réticence à appuyer un certain nombre de dispositions *de lege ferenda* dans le projet d'articles si elles revêtent la forme de recommandations. Il ajoute que cela vaut non seulement pour le projet d'article 20 qu'il propose mais également pour le projet d'article 2 tel que formulé par l'Italie, et demande à M. Gaja s'il serait prêt à accepter une telle solution concernant cette dernière proposition.

14. M. CANDIOTI dit qu'il approuve sur le fond le projet d'article 20 proposé mais ne souscrit pas à l'idée d'énoncer une obligation imparfaite ou une recommandation dans un texte dont l'objet est de codifier des règles juridiques. Il serait peut-être préférable d'inclure de telles dispositions dans une annexe ou dans un guide de la pratique, plutôt que dans le corps même du texte.

³⁷ *Annuaire...* 2004, vol. II (2^e partie), p. 18-20, par. 59.

³⁸ *Ibid.*

15. M. CHEE appuie la proposition de M. Candioti. La Commission doit distinguer clairement les recommandations des directives. Les recommandations ont plus de force que les directives mais une disposition sous forme d'article en a manifestement encore plus que des dispositions non contraignantes de ce type.

16. M. ECONOMIDES dit que, conformément à son mandat, la Commission se livre à un exercice à la fois de codification et de développement progressif du droit international; dans le deuxième cas, elle fait des recommandations concernant l'adoption de nouvelles règles. Si dans le contexte du développement progressif elle ne souhaite pas formuler une règle, elle peut alors à la place noter qu'une tendance est en train d'apparaître et inviter les États à la suivre. Ces recommandations ne peuvent revêtir la forme de règles distinctes mais doivent plutôt figurer dans le commentaire.

17. Une autre question de principe importante qui n'a pas été suffisamment débattue est celle de savoir si la protection diplomatique ne peut être exercée qu'avec le consentement de la partie lésée. Une autre question d'une importance cruciale, soulevée par l'Italie et analysée par M. Pellet, est celle de savoir si dans certains cas extrêmes la protection diplomatique est un devoir aussi bien de l'État de nationalité que des États tiers. La possibilité, évoquée par le Rapporteur spécial au paragraphe 6 de son rapport, d'incorporer le projet d'articles dans un futur traité sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite appelle un examen minutieux dans la mesure où cette solution, qui paraît pourtant la plus logique, n'est peut-être pas la plus sage.

18. M. PELLET dit qu'il convient de distinguer entre les travaux de la Commission eux-mêmes et le résultat auquel souhaite aboutir la Commission. Il ne partage pas l'avis de M. Economides selon lequel la Commission ne peut pas prendre de décision car en réalité rien ne l'empêche de faire des recommandations. C'est ce qu'elle a fait par exemple à propos des directives sur les réserves aux traités qui étaient des recommandations que la Commission n'a pas demandé à l'Assemblée générale de transformer en traité³⁹.

19. M. Pellet dit qu'il est un très fervent partisan de la «*soft law*» et que les recommandations relèvent bien du droit qui n'est pas uniquement constitué d'interdictions et d'obligations. Une norme peut être «*soft*» lorsqu'elle figure dans un instrument de même nature, comme par exemple une recommandation, une résolution non obligatoire d'une organisation internationale ou un ensemble de directives; ou lorsqu'elle est rédigée en tant que disposition non contraignante au sein d'un instrument contraignant, de sorte que le manquement à cette disposition ne donne pas lieu à responsabilité même si les États étaient supposés lui accorder toute l'attention méritée. Le paragraphe 2 de l'article 20, tel qu'il est proposé, serait de la «*soft law*» au sens matériel du terme s'il disposait que l'État «devrait» remettre la somme requise au national. Et cela ne serait pas la première fois qu'un traité contient des dispositions libellées au conditionnel, dont la mise en œuvre ne

serait pas absolument obligatoire, mais M. Pellet n'est personnellement pas favorable à une telle approche.

20. M. Pellet estime que M. Gaja a créé la confusion en utilisant le mot «recommandation». S'il ne voit pas d'obstacle à ce que l'on inclue des recommandations dans un traité, il est en revanche catégoriquement opposé à l'idée de demander à l'Assemblée générale d'adopter à la fois du «droit dur» et du «droit mou» dans des instruments séparés. En premier lieu, parce qu'il serait raisonnable que le sort du projet d'articles sur la protection diplomatique soit le même que celui du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁴⁰ qui relève pour l'instant du droit mou, mais est susceptible de devenir un jour un traité relevant du droit dur. En établissant une distinction formelle entre le texte sur la protection diplomatique et le texte sur la responsabilité de l'État, la Commission complique les choses de façon tout à fait inutile. En deuxième lieu, parce qu'il est un peu tard pour envisager d'inclure à ce stade des règles non contraignantes alors qu'on examine le projet d'articles en seconde lecture. En troisième lieu, parce qu'il y a un risque de voir utilisé le dispositif formel de la recommandation comme terrain d'exil commode pour toutes les dispositions audacieuses ou radicales. On aboutirait alors à un texte sec et inintéressant au lieu d'un texte acquis à la cause du développement progressif.

21. M^{me} ESCARAMEIA appuie la plupart des observations de M. Pellet et n'est absolument pas d'accord avec l'idée avancée par M. Economides que le développement progressif du droit international doit nécessairement aboutir à des recommandations, alors que la codification se traduit par des règles contraignantes sous la forme d'articles. Une telle distinction n'a jamais été énoncée dans quelque document que ce soit et ne devrait d'ailleurs pas l'être. Nombre de conventions ont développé le droit international. En fait, la Charte des Nations Unies et le statut même de la Commission lui assignent comme tâche «le développement progressif du droit international et sa codification», dans cet ordre. Malheureusement la Commission s'est presque toujours contentée de codifier des règles qui remontent à un siècle ou plus, au détriment de sa mission. Les États eux-mêmes l'ont engagée à aborder davantage le sujet de la protection diplomatique sous l'angle du développement progressif: certains articles, comme l'article 8 sur les apatrides et réfugiés et l'article 19 sur les équipages des navires, ont même été acceptables pour les États mais pas pour la Commission. M^{me} Escarameia partage la crainte de M. Pellet de voir toutes les dispositions les plus intéressantes reléguées au statut de recommandations, ce à quoi elle est totalement opposée. La Commission a fait preuve d'un trop grand conservatisme dans son approche de la question. En ce qui concerne le projet d'article 20, M^{me} Escarameia note que le Rapporteur spécial et de nombreux autres membres ont effectivement exprimé leur préférence pour le mot «doit» plutôt que «devrait», celui-ci étant simplement proposé à titre de variante entre crochets. Le fait que la Commission développe le droit international ne signifie pas que le produit de ses travaux doive invariablement consister en recommandations. Il devrait parfois aussi se présenter sous la forme de règles contraignantes.

³⁹ Voir, à cet égard, *Annuaire... 1995*, vol. II (2^e partie), p. 113, par. 487.

⁴⁰ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26, par. 76.

22. M. KEMICHA dit que, comme M. Pellet, il est opposé à la formulation d'une recommandation distincte. Il est favorable à l'approche retenue dans le projet d'article 20 proposé tel qu'il est libellé actuellement et à l'emploi du mot «devrait», une telle disposition ayant davantage de poids pour les États si elle figure dans le corps du texte plutôt que dans une recommandation distincte. Si des recommandations étaient incorporées à une série de 19 projets d'article on aboutirait à un texte hybride qui risquerait d'être moins bien accueilli.

23. M. GAJA dit qu'il n'a jamais songé à retirer du projet d'articles certaines des dispositions relevant du développement progressif et à en faire un texte distinct. Ses observations concernaient le projet d'article 20 proposé, que la Commission décidera peut-être de considérer comme établissant une obligation ferme. Dans ce cas, cela ne serait pas une recommandation. Cela dit, une disposition de fond non contraignante n'est pas tellement différente d'une recommandation: la Commission n'énonce pas une règle contraignante pour les États mais les invite à adopter une ligne d'action déterminée. Son souci est que, si le paragraphe 2 du projet d'article 20 dit quelque chose d'important, que ce soit formulé sous forme d'obligation ou de recommandation non contraignante, d'autres questions méritent aussi d'être prises en compte et il n'est peut-être pas trop tard pour les inclure dans le projet d'articles sans se préoccuper de savoir si elles sont formulées en termes contraignants ou pas. Parmi ces questions, figure celle du consentement de la personne lésée comme condition de l'exercice de la protection diplomatique. Quant à savoir si de telles recommandations devraient être données aux États dans le texte même du projet d'articles ou dans une annexe, là n'est pas l'essentiel.

24. M. MOMTAZ est d'accord avec M. Economides lorsqu'il assimile recommandation à développement progressif du droit à condition que cette recommandation figure dans le corps du projet d'articles. Si elle est formulée dans le commentaire, elle pourrait au mieux servir d'outil d'interprétation de la règle énoncée dans la disposition visée. Cela dit, il serait regrettable de reléguer une recommandation de fond dans le commentaire.

25. M. MATHESON dit qu'un des aspects encourageants des activités récentes de la Commission est qu'elle a su adopter différentes formes d'action pour satisfaire aux exigences propres à chacun des sujets portés à son examen. Ainsi, le projet d'articles sur la protection diplomatique contient des règles impératives relevant du droit contraignant traditionnel tandis que les articles sur la responsabilité internationale contiennent des recommandations. Le projet d'articles sur les réserves aux traités se présente sous la forme d'un guide de la pratique, et le sujet de la fragmentation du droit international fera l'objet d'une étude générale. Tous ces résultats et ces approches sont valables. La Commission ne devrait pas se limiter à une approche particulière, contraignante et rapide, mais décider plutôt de ce qui est le plus pertinent pour chaque sujet. Pour sa part, M. Matheson préfère la souplesse à la rigidité.

26. M. KOLODKIN dit qu'il n'est pas partisan du droit non contraignant, qui est utile en matière d'interprétation,

mais n'est pas du droit proprement dit. Établir un document séparé contenant des recommandations serait une entreprise périlleuse. M. Kolodkin n'est pas opposé en principe à l'idée de rédiger des recommandations en plus du projet d'articles mais il considère que la Commission ne devrait pas essayer de mettre des éléments de développement progressif dans un texte séparé. À ce propos, il convient de noter que si les recommandations sont formulées dans le commentaire elles auront moins de poids que si elles figuraient dans un document distinct.

27. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que la question est importante et il aimerait qu'elle soit réglée pendant la séance. Il estime que M. Economides a eu raison de se référer au paragraphe 6 du rapport et de souligner la nécessité de se prononcer sur la forme que devrait revêtir le projet d'articles mais il est personnellement favorable à un ensemble de projets d'article qui seraient le fruit d'un exercice de codification et avec des éléments de développement progressif. La question de savoir si la Commission devrait recommander d'adopter le projet d'articles sous la forme d'un traité et d'y inclure des dispositions relatives au règlement des différends reste à examiner. Elle l'est normalement après l'adoption du projet d'articles, lui semble-t-il, mais il ne voit cependant pas d'inconvénient à ce qu'elle fasse l'objet d'un examen préliminaire.

28. En ce qui concerne le précédent établi par le projet d'articles sur la responsabilité de l'État, les membres de la Commission se souviendront que la principale raison pour laquelle la Commission a recommandé qu'il ne soit pas inscrit à la hâte à l'ordre du jour d'une conférence internationale en vue de son adoption en tant que convention internationale était qu'un certain nombre des propositions plus radicales, notamment les articles 40, 41, 48 et 54 relevaient d'un exercice de développement progressif⁴¹. Or les articles sur la protection diplomatique, notamment le projet d'article 20 envisagé, ne contiennent pas de propositions radicales de ce type. La Commission s'est ainsi déjà montrée disposée à s'engager de manière novatrice dans la voie du développement progressif du droit international. Le Rapporteur spécial est totalement d'accord avec M. Pellet et M^{me} Escarameia sur le fait qu'il ne serait absolument pas souhaitable de reléguer toutes ces dispositions novatrices dans une annexe. La Commission doit plutôt garder à l'esprit qu'elle rédige un ensemble d'articles destinés à prendre la forme de règles contraignantes et que, lorsqu'elle est face à une proposition novatrice, elle doit se demander s'il convient de l'inclure, par le biais d'éléments de développement progressif, dans ce qui est essentiellement un exercice de codification. Comme l'ont relevé des membres de la Commission, de nombreux États ont fait savoir qu'ils étaient disposés à voir la Commission suivre davantage que par le passé une approche plus progressive. Il convient d'en tenir compte lors de l'examen de propositions plus novatrices. Par exemple, les projets d'articles 7 et 8 ont été largement acceptés par les États. Aucune des propositions formulées n'est aussi novatrice que celles qui ont finalement été incluses dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État et il n'y a aucune raison pour qu'elles ne figurent

⁴¹ Ibid., p. 24 et 25, par. 61 à 67.

pas sous forme de disposition juridiquement contraignante dans un texte sur la protection diplomatique.

29. Le PRÉSIDENT, intervenant en qualité de membre de la Commission, appuie le paragraphe 2 du projet d'article 20 proposé par le Rapporteur spécial sur le sort des sommes reçues par l'État dans le cadre de l'exercice de la protection diplomatique. Il est opposé à ce que l'on établisse deux textes distincts, au simple prétexte du développement progressif du droit. La question devrait être abordée dans le corps principal du texte lequel, étant donné que l'exercice de la protection diplomatique est un droit discrétionnaire de l'État, devrait se lire comme suit: «... un État ... *peut* remettre cette somme...» Cela étant, si la Commission souhaite insister sur la nécessité de protéger les droits de la victime, alors le texte devrait se lire comme suit: «... un État ... *doit* remettre cette somme...» Des directives précises devraient être données au Comité de rédaction à ce sujet.

La séance est levée à 11 h 15.

2870^e SÉANCE

Jeudi 4 mai 2006, à 10 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Candioti, M. Chee, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Mansfield, M. Matheson, M. Momtaz, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M^{me} Xue, M. Yamada.

Protection diplomatique (suite) [A/CN.4/560, sect. D, A/CN.4/561 et Add.1 et 2, A/CN.4/567, A/CN.4/575 et A/CN.4/L.684 et Corr.1]

[Point 2 de l'ordre du jour]

SEPTIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. M. ECONOMIDES remercie le Rapporteur spécial pour la qualité de son travail qui facilite grandement la tâche de la Commission en deuxième lecture.

2. Au paragraphe 6 de son rapport, le Rapporteur spécial souligne que le sort du projet d'articles sur la protection diplomatique est étroitement lié à celui du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁴². Il est vrai que ces deux sujets ont des liens particuliers, puisque la condition essentielle pour que la protection diplomatique soit mise en œuvre est la commission d'un fait internationalement illicite de la part d'un État. Cependant, la protection diplomatique est aussi étroitement liée aux droits de l'homme, non pas à l'ensemble de ces droits mais à ceux des personnes

qui, à l'étranger, sont atteintes dans leur personne ou dans leurs biens par un acte illicite d'un État. Enfin, la protection diplomatique conserve des liens traditionnels relativement étroits avec le règlement des différends entre États. Tout cela en fait un sujet suffisamment autonome, doté de règles propres et pouvant être traité, le cas échéant, séparément. La question posée au paragraphe 6 est donc importante et mérite un examen approfondi. En tout état de cause, M. Economides n'accepterait la proposition de relier le projet d'articles sur la protection diplomatique et le projet d'articles sur la responsabilité de l'État que si la Commission recommandait aussi fortement que possible que les deux projets prennent la forme d'un traité international.

3. Au projet d'article premier (Définition et portée), l'expression «action diplomatique» n'est pas définie alors que dans les projets d'articles 14 et 15, par exemple, on utilise d'autres expressions telles que «réclamation internationale» ou, au projet d'article 2, «action en protection diplomatique» (par. 2). Par ailleurs, le libellé de l'article premier risque de donner l'impression que l'action diplomatique est considérée comme un moyen de règlement pacifique, ce qui est faux, puisqu'elle est toujours un acte unilatéral. Le Comité de rédaction devrait donc revoir le libellé de ce projet d'article et, en particulier, l'expression précitée. Quant à la proposition concernant un paragraphe 2 qui porterait sur l'assistance consulaire, M. Economides la juge superflue, car pour lui, il ne peut y avoir de confusion entre la protection diplomatique, qui se situe au niveau de la responsabilité internationale de l'État, et l'assistance consulaire, qui constitue un devoir quotidien et permanent relevant du droit consulaire et, en particulier, des fonctions consulaires, lesquelles sont définies en détail dans des traités bilatéraux et régionaux et, d'une façon plus succincte il est vrai, dans la Convention de Vienne sur les relations consulaires. Cette distinction mérite tout au plus d'être précisée dans le commentaire.

4. Le paragraphe 2 proposé par le Rapporteur spécial pour le projet d'article 2 (Droit d'exercer la protection diplomatique) est une disposition délicate qu'il serait plus sage de ne pas inclure dans le projet. Elle n'est pas nécessaire car elle est sous-entendue pour tous les États qui respectent le principe de la bonne foi. Dans le cas où ce principe ne serait pas respecté, qui se prononcerait sur le point de savoir si une demande de protection diplomatique est formulée en conformité avec le projet d'articles? Il n'a pas été prévu de mécanisme approprié pouvant régler des différends de ce type. Quant à la proposition italienne et celle de M. Pellet – qui va plus loin – en faveur d'une protection diplomatique obligatoire, non seulement pour l'État de nationalité, mais aussi pour d'autres États qui sont habilités à agir pour la défense de l'intérêt collectif dans le cas où des particuliers seraient victimes à l'étranger de violations graves de normes impératives du droit international général (*jus cogens*), elles sont certes louables et dignes d'être soutenues. Cependant, dans l'état actuel du droit international, nul ne peut garantir que ce type de disposition progressiste ne serait pas utilisé de façon abusive dans le but d'exercer une pression indue sur des États faibles. C'est pourquoi, tout en étant d'accord sur le fond, M. Economides juge prématuré d'avancer dans cette voie qui comporte des risques évidents.

⁴² *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26, par. 76.

5. La règle de la continuité de la nationalité, qui fait l'objet de l'article 5, n'est peut-être pas logique sur le plan juridique, mais elle est sage sur les plans pratique et politique. Elle a d'ailleurs des racines profondes dans la doctrine. M. Economides n'est pas opposé à ce qu'elle soit libellée d'une façon encore plus stricte pour englober toute la période critique depuis le moment du préjudice jusqu'à la présentation officielle de la réclamation et, au-delà de cette dernière, jusqu'au règlement définitif de l'affaire, par sentence ou autrement. Mais, pour les changements de nationalité pouvant intervenir entre la date de la réclamation et celle du règlement définitif, il faudrait prévoir une exception générale en faveur de toutes les personnes qui changent involontairement de nationalité pour une raison sans rapport avec la réclamation. Ces personnes ne doivent pas être privées du bénéfice de la protection diplomatique. M. Economides est par ailleurs d'accord avec M. Galicki pour expliquer, de préférence dans le commentaire, l'expression «État prédécesseur». Il est également favorable au maintien du paragraphe 3 de l'article 5.

6. Les projets d'articles 17 (Actions ou procédures autres que la protection diplomatique) et 18 (Dispositions conventionnelles spéciales) devraient être remplacés par une disposition générale qui pourrait être ainsi libellée: «Les présents articles ont un caractère supplétif et ne s'appliquent pas dans le cas et dans la mesure où une *lex specialis* peut, par une autre action ou procédure que la protection diplomatique, assurer la réparation du préjudice subi en raison d'un fait internationalement illicite.» En effet, il importe d'accorder la priorité, clairement et dans tous les cas, à la *lex specialis*.

7. Enfin, M. Economides soutient pleinement la proposition du Rapporteur spécial tendant à adopter un nouvel article concernant le droit du national lésé à une indemnisation et précise à propos du paragraphe 2 du projet d'article 20 proposé au paragraphe 103 du rapport qu'il préférerait pour sa part que l'on emploie le mot «doit» plutôt que «devrait». Il pense par ailleurs qu'avant d'exercer leur protection diplomatique, les États devraient obtenir le consentement de la personne lésée.

8. M. MOMTAZ remercie le Rapporteur spécial d'avoir analysé les travaux des grands publicistes dont les écrits constituent incontestablement une source, certes subsidiaire, pour la détermination de la règle coutumière que la Commission doit codifier. D'après le Rapporteur spécial, ces ouvrages ont «le mérite de souligner que la protection diplomatique est un instrument qui permet à l'État d'intervenir pour protéger un individu et que l'objectif ultime de la protection diplomatique est la protection des droits de l'homme» (par. 3 du rapport). Cette idée est effectivement défendue par certains des États qui ont bien voulu soumettre des observations à la Commission, et qui l'invitent à accorder une attention plus marquée à la place de l'individu dans la formulation des projets d'article sur la protection diplomatique, notamment, outre les Pays-Bas mentionnés par le Rapporteur spécial, l'Italie et, dans une certaine mesure, l'Autriche. Les affaires portées récemment devant la CIJ, en particulier l'affaire *LaGrand* et l'affaire *Avena*, confirment d'ailleurs que la protection diplomatique et le droit des droits de l'homme se complètent.

9. Certaines dispositions du projet d'articles adopté en première lecture en 2004⁴³ tiennent incontestablement compte de cette évolution du droit international en faveur de la protection de la personne. Il s'agit en premier lieu du projet d'article 7 (Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État de nationalité), qui prévoit une exception à la règle interdisant l'exercice de la protection diplomatique par un État à l'encontre d'un État de nationalité. Cette exception, qui compromet, comme le Maroc n'a pas manqué de le relever, le principe de l'égalité souveraine des États, figure incontestablement parmi les règles qui relèvent du développement progressif. En effet, la pratique étatique dans ce domaine est extrêmement rare et le Rapporteur spécial s'est fondé principalement sur la jurisprudence du Tribunal des différends irano-américains pour forger cette exception. Or, on s'accorde généralement à dire que les plaintes déposées devant cette institution ne sauraient relever de la protection diplomatique. Quoi qu'il en soit, le projet d'article 7 a été bien accueilli au titre du développement progressif et l'on ne peut que s'en féliciter, dans la mesure où il s'inscrit dans l'évolution du droit international en faveur de la protection des droits de l'homme.

10. Il en va de même du projet d'article 8 concernant l'exercice de la protection diplomatique en faveur des apatrides et des réfugiés, qui relève également du développement progressif et non de la codification, et qui a été très bien accueilli par les États, et ce malgré les craintes qui avaient été exprimées à la Commission lors de sa rédaction.

11. Cela dit, on peut se demander s'il ne serait pas possible de mettre à profit la deuxième lecture pour renforcer encore cette approche favorable à la protection des droits de l'homme. C'est dans ce contexte que se pose la question de savoir si, en exerçant sa protection diplomatique, l'État fait valoir son propre droit ou bien celui de son ressortissant.

12. Dans son libellé actuel, le projet d'article premier s'entend à l'approche classique fondée sur la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale, notamment dans l'affaire *Mavrommatis*, d'après laquelle l'État qui exerce sa protection diplomatique prend fait et cause «en son nom propre» pour une personne ayant sa nationalité. Il semble que le moment soit venu de mettre un terme à cette fiction juridique élaborée à une époque où l'objectif ultime de la protection diplomatique n'était sans doute pas la protection des droits de l'homme. En précisant dans le projet d'article premier qu'en exerçant sa protection diplomatique, l'État vise à protéger les droits de l'individu lésé par une violation du droit international, on ne ferait qu'adapter le texte du projet à une réalité actuelle que la jurisprudence internationale a confirmée dans les deux arrêts susmentionnés. En revanche, si l'on persiste à préserver la formule *Mavrommatis*, on devra abandonner toute idée d'inclure dans le projet d'articles une disposition ou une recommandation sur le droit du national lésé à une indemnisation. En effet, l'absence d'obligation juridique de l'État qui exerce sa protection diplomatique de payer les sommes perçues au titre de l'indemnisation aux victimes de la violation

⁴³ *Annuaire...* 2004, vol. II (2^e partie), p. 18-20, par. 59.

du droit international pourrait se justifier dans la mesure où l'État prend fait et cause «en son nom propre» pour une personne ayant sa nationalité. M. Momtaz dit qu'il est personnellement favorable à l'inclusion dans le projet d'articles d'une disposition sur la reconnaissance d'un droit à l'indemnisation des personnes lésées par un fait illicite au regard du droit international car il est persuadé qu'une telle disposition serait loin d'être une innovation et serait conforme à une pratique qui semble se confirmer.

13. C'est dans le même esprit, à savoir le renforcement de la protection des droits de l'homme des victimes de faits illicites au regard du droit international, que M. Momtaz aborde la proposition de l'Italie relative au projet d'article 2 d'après laquelle l'État serait juridiquement tenu d'exercer la protection diplomatique en faveur de son national victime d'une violation d'une norme impérative de droit international, au cas où celui-ci n'aurait pas la possibilité de saisir un organe international, juridictionnel ou quasi juridictionnel. Cette proposition mérite d'être étudiée avec la plus grande attention. Le Rapporteur spécial a déjà évoqué plusieurs des dispositions du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, notamment les articles 44 et 48⁴⁴, dans lesquels on peut trouver un argument en sa faveur. M. Momtaz souhaiterait pour sa part insister sur l'article 54⁴⁵, qui prévoit qu'un État autre que l'État lésé par la violation d'une obligation due à la communauté internationale, comme cela est le cas de l'obligation incombant aux États de respecter les normes de *jus cogens*, peut prendre des mesures licites à l'encontre de l'État responsable pour obtenir réparation dans l'intérêt de l'État lésé, plus précisément de ses nationaux. Dans ces conditions, l'État directement lésé qui refuserait d'exercer sa protection diplomatique, quel qu'en soit le motif, serait dans une situation intenable si l'État non directement lésé décidait de mettre à profit la faculté que l'article 54 lui offre de protéger la personne lésée par des moyens autres que la protection diplomatique. La proposition italienne, qui s'inscrit dans cette logique, serait de nature à encourager l'État directement lésé à exercer sa protection diplomatique et éviterait qu'il n'ait à faire face à de telles situations quelque peu embarrassantes. Cette proposition est par ailleurs conforme à l'évolution qui se dessine en droit international pénal en faveur de la lutte contre l'impunité des crimes internationaux ainsi que de la protection des victimes de tels crimes.

14. Enfin, M. Momtaz propose une nouvelle fois, au cas où le projet d'article 19 (Équipage des navires) serait retenu, de le placer après l'article 17. En effet, la possibilité qu'offre l'actuel projet d'article 19 à l'État de nationalité du navire de demander réparation au bénéfice de ses membres d'équipage, quelle que soit leur nationalité, lorsqu'ils ont été lésés par un fait internationalement illicite, s'apparente à une action autre que la protection diplomatique telle que prévue au projet d'article 17. En d'autres termes, la faculté ainsi offerte à l'État du pavillon d'agir en faveur des membres de l'équipage de son navire qui n'ont pas sa nationalité est l'exemple type d'actions autres que la protection diplomatique auxquelles l'article 17 se réfère.

15. M^{me} ESCARAMEIA félicite le Rapporteur spécial pour le travail considérable qu'il a accompli, l'esprit d'indépendance dont il a fait preuve et, bien entendu, la qualité du produit final qu'il a soumis à la Commission.

16. Abordant la question de la «tension» entre les droits de l'homme et les droits de l'État, M^{me} Escarameia se félicite que l'on mette aujourd'hui davantage l'accent sur les droits de l'homme, car ceux-ci ne sont pas une simple section du droit mais bien l'un des piliers, non seulement du droit international, mais aussi des sociétés modernes. On ne peut plus aborder la question de la protection diplomatique comme si elle ne concernait que des États car aujourd'hui on parle de plus en plus des préjudices pouvant être causés à des particuliers ou à des sociétés.

17. M^{me} Escarameia regrette que la Commission n'ait pas abordé des questions qui lui semblaient importantes, notamment la protection diplomatique des personnes vivant sur un territoire administré par une organisation internationale telle que l'ONU. Ces personnes sont actuellement en effet dans une situation semblable à celle des apatrides, car aucun État ne les protège. Or ces situations, qui peuvent se prolonger, vont probablement se multiplier. Il en va de même de la protection diplomatique des entités qui ne sont pas des sociétés, comme les organisations non gouvernementales, les fondations ou les universités. Des règles différentes auraient dû être conçues à leur sujet. M^{me} Escarameia regrette par ailleurs que la Commission ait tendance à codifier de vieux modèles et souhaiterait qu'elle tienne davantage compte des évolutions récentes.

18. Passant au projet d'articles, M^{me} Escarameia dit à propos du paragraphe 1 de l'article premier, tel que modifié par le Rapporteur spécial, qu'elle approuve la proposition italienne de supprimer l'expression «en son nom propre», pour les mêmes raisons que les autres membres de la Commission qui se sont prononcés à ce sujet. Elle appuie par ailleurs la proposition du Rapporteur spécial tendant à insérer au paragraphe 1 une référence aux personnes visées à l'article 8. Pour ce qui est du paragraphe 2, elle craint que le libellé proposé ne suscite davantage de confusion et pense qu'il serait préférable de le supprimer en reléguant la question de l'assistance consulaire dans les commentaires.

19. S'agissant du projet d'article 2, M^{me} Escarameia partage l'avis selon lequel il faudrait inclure l'idée que l'exercice de la protection diplomatique est aussi un devoir de l'État. Le rapport contient plusieurs exemples de décisions d'instances nationales qui vont en ce sens, et la jurisprudence nationale fait partie des sources du droit international. Si cette proposition ne bénéficie pas d'un appui suffisant, l'idée devrait au moins figurer dans les commentaires. Quant au paragraphe 2, qui est superflu et donne en outre l'impression que l'État doit accepter de verser une indemnisation, il est préférable de le supprimer.

20. M^{me} Escarameia approuve les propositions faites par le Rapporteur spécial concernant le projet d'article 3 (Protection par l'État de la nationalité). En ce qui concerne le projet d'article 4 (État de nationalité d'une personne physique) même si elle sait gré au Rapporteur spécial d'avoir intégré dans ses commentaires les critiques qu'elle

⁴⁴ *Annuaire...* 2001, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 29 et 30.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 31.

avait formulées à une session précédente, M^{me} Escarameia n'est toujours pas satisfaite par le nouveau libellé proposé. En effet, il se peut qu'une personne acquière la nationalité d'un État d'une manière reconnue par le droit de cet État mais qui est contraire au droit international, auquel cas elle ne pourrait bénéficier de la protection diplomatique. Tel serait le cas d'une femme qui, en se mariant, perd automatiquement sa nationalité d'origine et acquiert celle de son mari, ce qui n'est certes pas conforme au droit international, ou encore des personnes vivant sur le territoire d'un État envahi illégalement par un autre État et qui se voient contraintes d'adopter la nationalité du second. Ce problème pourrait être réglé en clarifiant le libellé et en précisant que ce qui est parfois illégal, ce n'est pas l'acquisition de la nationalité par l'intéressé mais la situation qui en est à l'origine.

21. Concernant le paragraphe 1 du projet d'article 5 (Continuité de la nationalité), M^{me} Escarameia appuie l'idée de retenir la date de la présentation officielle de la réclamation. S'agissant du paragraphe 2, il se pourrait tout à fait que la personne lésée ait acquis la nationalité de l'État réclamant sans intention frauduleuse, voire de manière involontaire, et il faudrait faire preuve de davantage de souplesse quant à l'État qui peut exercer la protection diplomatique à son égard. La même remarque vaut pour les sociétés, au projet d'article 10.

22. En ce qui concerne l'article 8, M^{me} Escarameia pense, comme MM. Economides et Mansfield, que le critère de la «résidence légale et habituelle» constitue un seuil beaucoup trop élevé; en effet, les réfugiés sont placés dans une situation anormale et sont extrêmement vulnérables, si bien qu'avoir une résidence habituelle dans un autre État peut leur prendre des années, pendant lesquelles ils n'ont pas de protection: ils sont quasiment apatrides puisque leur État d'origine ne va pas les protéger (ce pourquoi ils l'ont fui) et ils ne peuvent bénéficier de la protection de l'État d'accueil. M^{me} Escarameia appuie donc la proposition des pays scandinaves et d'autres pays visant à remplacer «résidence habituelle» par «séjour habituel». De même, la définition du réfugié qui sera retenue ne doit pas être nécessairement celle énoncée à l'article premier de la Convention relative au statut des réfugiés et du Protocole de 1967, qui est trop rigide; il suffit que soit réfugié celui que l'État considère comme tel.

23. La nouvelle version de l'article 9 (État de nationalité d'une société) n'est guère satisfaisante; si deux ou plusieurs États sont habilités à exercer leur protection diplomatique, n'importe lequel d'entre eux doit pouvoir protéger la société. Il n'est guère réaliste de penser qu'une société se constituera dans un État puis établira son siège statutaire dans un autre État et son siège social dans un troisième à la seule fin de bénéficier d'une protection diplomatique multiple, car la protection des sociétés est en général prévue par les traités bilatéraux d'investissement existants. La Commission devrait donc se montrer plus souple en la matière.

24. M^{me} Escarameia regrette que l'article 13 (Autres personnes morales) ne soit pas plus étayé. En ce qui concerne l'article 16 (Exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes), dont la version révisée lui convient, elle préfère la première proposition d'alinéa a («les recours

internes n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation disponible et efficace»). La deuxième rédaction proposée pour l'article 17 au paragraphe 87 du rapport («Le droit des États, des personnes physiques et d'autres entités (...) n'est pas affecté par les présents articles») lui semble préférable et elle approuve l'article 19. Elle appuie en outre sans réserve ce qui pourrait devenir l'article 20 portant sur la question du versement d'une indemnisation aux personnes lésées et pense qu'il faudrait employer «doit» plutôt que «devrait» dans le paragraphe 2 proposé et que l'État devrait avoir l'obligation de consulter le national lésé. Enfin, pour ce qui est de la forme que devrait revêtir le projet d'articles, il ressort clairement des commentaires de la Sixième Commission et des États que ce projet devrait devenir une convention, car la plupart des États sont favorables à cette solution qui garantit davantage de prévisibilité et de certitude.

25. M. PELLET souscrit à la plupart des remarques de M^{me} Escarameia, même s'il ne lui semble pas nécessaire d'élaborer une convention sur la protection diplomatique: le projet sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, par exemple, est largement appliqué en fait par tous les États sans être une convention et il pourrait en aller de même pour celui-ci. En ce qui concerne l'article 4, cependant, il pense, comme la CIJ en a d'ailleurs décidé dans son avis consultatif concernant la *Namibie*, qu'on ne peut pas priver de protection les personnes qui ont été victimes d'une première violence en étant contraintes de changer de nationalité. En effet, le problème n'est pas la régularité de l'acquisition de la nationalité mais le fait que, quand la nationalité a été imposée illicitement, les personnes qui en ont été victimes ne doivent pas être privées de protection: il faut donc inverser assez largement le raisonnement de M^{me} Escarameia.

26. En ce qui concerne la protection des personnes morales, l'article 9 (État de nationalité d'une société) est celui qui soulève le plus de problèmes, d'ailleurs clairement exposés au paragraphe 52 du rapport, et il est indispensable de le revoir en détail. Il faut en premier lieu savoir quel lien ou quels liens doivent exister entre une société et un État pour que cet État puisse exercer sa protection en faveur de celle-là, puis se demander s'il est concevable que deux États, ou davantage, aient vocation à exercer leur protection en faveur d'une même société. Sur la nature du lien de nationalité entre une société et un État, M. Pellet se félicite que certains États aient soulevé la question du lien effectif car il n'a jamais compris pourquoi la Commission s'en était désintéressée. Sans réintroduire le critère du contrôle, comme le suggère l'Autriche, on peut tenter de concrétiser le ou les critères juridiques que la Commission retiendra finalement comme condition(s) de l'exercice de la protection diplomatique en faveur d'une société. M. Pellet est assez séduit à cet égard par la proposition de l'Italie de ne pas prendre en compte le lieu de constitution de la société et de se concentrer sur le siège ou sur la direction, à condition d'ajouter à ces deux possibilités le lieu principal de l'activité de la société. Il conviendrait donc, par souci de réalisme et de clarté, de préciser dans le corps du texte le sens du terme «siège» et de supprimer l'exigence du cumul des deux critères existants – celui de l'incorporation et celui du siège – si on les maintient. La notion de siège est en effet ambiguë

et plurielle: ce peut être le siège statutaire, le siège réel ou le ou les centres principaux d'exploitation. Si l'objectif est de permettre la protection effective de la société, il faut admettre que tous sont valables en tant que critères de rattachement. Le plus important de ces critères, dans une perspective réaliste, est celui que la rédaction actuelle exclut, c'est-à-dire le centre principal d'activités effectives. Par contraste, le lieu de constitution ou d'incorporation de la société est un critère totalement abstrait, qui sert les incorporations de complaisance; cela étant, on ne peut l'écartier sans prendre des libertés par rapport au droit positif. Il serait certainement moins utile de conserver la possibilité de se fonder sur un «lien similaire», expression que critiquent plusieurs gouvernements et qui ouvre la porte à beaucoup d'interprétations subjectives, si on assouplit les critères retenus et notamment si on admet le critère du centre d'activités principal. Il faudrait donc préciser le terme de siège en ayant une conception large, réaliste et fondée sur l'effectivité du fonctionnement de la société. En tout état de cause, il est indispensable de supprimer l'exigence de cumul des critères car il résulte de celle-ci que les sociétés ayant leur siège dans un État différent de celui dans lequel elles ont été constituées n'ont vocation à bénéficier d'aucune protection, si bien que l'on crée de manière abusive et artificielle une catégorie de sociétés «apatrides» auxquelles on ne peut certainement pas étendre, par analogie, les dispositions de l'article 8. Si on remplace «et» par «ou» dans l'article 9, on multiplie au contraire les possibilités (ou les risques) de protection multiple: la fonction de la protection diplomatique étant de renforcer l'efficacité du droit international, on ne peut que se féliciter de ce que plusieurs États contribuent à cette efficacité, car cela constitue un progrès.

27. M. Pellet, qui a toujours soutenu qu'une société pouvait, comme un individu, avoir deux ou plusieurs nationalités, se réjouit de constater que les États sont plus réalistes que la plupart des membres de la Commission, puisqu'ils rappellent que ce phénomène existe dans les faits; il se félicite également que le Rapporteur spécial reconnaisse, au paragraphe 54, que le refus de prendre en considération ce phénomène est «une erreur qui doit être rectifiée». Pour autant, il ne pense pas qu'il faille en déduire qu'en cas de double nationalité ou de nationalité multiple des sociétés, un seul État doit exercer sa protection, comme il résulte du nouveau paragraphe 3 de l'article 9 qui est proposé au paragraphe 55. En effet, l'article 6 (Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État tiers) relatif aux personnes physiques n'impose pas une telle restriction et rien ne justifie que l'on adopte une solution différente pour les personnes morales. Rien ne s'oppose à ce que l'on retienne le principe de la nationalité prépondérante, sous réserve que cela ne vise pas à empêcher la multiplication des protections. En résumé, M. Pellet estime qu'il faudrait supprimer le critère de l'établissement au paragraphe 2 de la version révisée de l'article 9. Si toutefois ce critère était maintenu, il faudrait remplacer le mot «établie» par «incorporée» et faire en sorte que les deux critères soient alternatifs, c'est-à-dire remplacer «et» par «ou» dans la version française qui n'est pas conforme à l'original anglais. Le paragraphe 3 devrait en outre être remanié dans la ligne des articles 6 et 7 relatifs aux personnes physiques avec les adaptations nécessaires.

28. En ce qui concerne l'article 10 (Continuité de la nationalité d'une société), M. Pellet estime, contrairement à M. Economides, que le principe de la continuité de la nationalité n'a aucune justification, ni pratique ni intellectuelle. Si ce principe est néanmoins retenu, il se résignera au paragraphe 1, sous réserve que l'on remplace, dans la version française, «un État est en droit d'exercer sa protection diplomatique seulement au bénéfice» par «un État n'est en droit d'exercer sa protection diplomatique qu'au bénéfice» ou «au seul bénéfice». Il est favorable à l'ajout du paragraphe 2, qui là encore éviterait l'aberration de la jurisprudence *Loewen*. En ce qui concerne le paragraphe 3, il est en faveur de son maintien, comme M. Matheson, mais pense qu'il faudrait aller plus loin en disposant que la société doit avoir cessé d'exister non seulement en droit, conformément à la loi de l'État, mais aussi en fait; si la société est empêchée de fonctionner par l'État, le paragraphe 3 devrait s'appliquer aussi.

29. En ce qui concerne l'alinéa *a* de l'article 11 (Protection des actionnaires) dans la rédaction proposée au paragraphe 68 du rapport, les positions très conservatrices prises par la Commission à l'égard de cette question sont préoccupantes. Les considérations dominantes qui ont inspiré la CIJ dans l'affaire *Barcelona Traction* pour refuser à la Belgique tout droit de protection en faveur des actionnaires de la société ont sans nul doute une assez grande force convaincante. Cet arrêt dispose en effet qu'il est légitime de considérer que lorsque des personnes constituent une société dans un État autre que celui dont elles ont la nationalité, les actionnaires acceptent, en contrepartie des avantages en général fiscaux qu'ils attendent de cette «délocalisation», les risques créés par le fait que la protection de la société est confiée à un État autre que l'État national de ces derniers [par. 99 de l'arrêt]. Il est également très difficile, comme la Cour l'a relevé, de savoir qui sont les actionnaires d'une société [par. 87 de l'arrêt]. Reste que d'autres aspects doivent être pris en considération: en particulier, il est inadmissible de laisser sans protection les actionnaires étrangers d'une société ayant la nationalité de l'État qui est à l'origine du préjudice. La Commission en a été consciente, mais la solution extraordinairement frileuse qu'elle a retenue à l'alinéa *b* de l'article 11 ne paraît justifiée ni en droit, ni en équité. Dans le même esprit, à l'alinéa *a*, dont on ne sait pas clairement s'il est applicable aux sociétés ayant la nationalité de l'État d'accueil, l'exigence de la disparition pure et simple de la société dans l'État de nationalité ne paraît pas défendable. Là aussi, la Commission s'en est tenue à l'arrêt *Barcelona Traction*, qu'elle a en outre interprété de manière très restrictive: on se demande pourquoi les actionnaires se trouvent privés de protection lorsque l'État d'accueil paralyse en fait le fonctionnement de la société et pourquoi leur protection est limitée aux cas dans lesquels la disparition de la société est sans rapport avec le préjudice [par. 64 à 68 de l'arrêt], alors qu'il semble, au contraire, que c'est précisément lorsque la société, quelle que soit sa nationalité, cesse d'exister en droit ou en fait *du fait* du comportement de l'État d'accueil, que les actionnaires ont le plus besoin de protection et devraient être en droit de l'obtenir. La position de la Commission dans cet article 11 est en décalage par rapport à la jurisprudence contemporaine, surtout la jurisprudence CIRDI. La nouvelle rédaction de cet article proposée au paragraphe 68 du rapport constitue

sans doute un petit pas dans la bonne direction, mais la Commission peut sans nul doute faire beaucoup mieux et beaucoup plus utile.

30. S'agissant de l'article 15, si la Commission décide, conformément à la proposition du Rapporteur spécial, de remplacer son titre actuel «Catégorie de réclamations» par «Réclamations mixtes» (par. 75 du rapport), ce qui est une bonne idée, elle devrait en profiter pour le remanier en profondeur en tenant compte notamment des observations de l'Italie sur l'article premier. Quant à l'article 16 (Exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes), quelle que soit la formule retenue, on ne supprimera jamais la part d'incertitude résultant inévitablement de la subjectivité de l'interprète ou du juge, et l'une ou l'autre rédaction convient. En ce qui concerne les articles 17 et 18, M. Pellet estime qu'ils disent la même chose, à savoir que le droit des États d'exercer leur protection diplomatique en faveur de leurs nationaux lésés par un fait internationalement illicite d'un autre État est sans préjudice des voies de recours directes dont dispose l'individu lésé et sont donc indissociables. D'après les tenants de la séparation, l'article 17 concerne les recours disponibles en matière de droits de l'homme, alors que l'article 18 a trait à la protection des investisseurs. Or cette distinction n'a pas lieu d'être car le problème juridique est exactement le même. Qu'il s'agisse de droits de l'homme, de droit des investissements ou de tout autre droit, il importe d'indiquer que les dispositions conventionnelles ou les règles coutumières spéciales ouvrant à des particuliers des recours autres que la protection diplomatique ne sont pas remises en cause par le projet à l'examen et que, comme la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, ces règles spéciales peuvent même tenir en échec les règles de la protection diplomatique. Cela étant, on peut également vouloir dire trois autres choses: premièrement, qu'en l'absence de disposition expresse dans les traités en question, les deux voies sont ouvertes parallèlement, c'est-à-dire qu'on peut bénéficier à la fois d'un recours direct et d'une protection diplomatique – mais M. Pellet exprime les plus grands doutes à cet égard. Deuxièmement, on peut penser au contraire que lorsqu'un particulier dispose d'une voie de recours directe, l'État ne peut pas exercer sa protection diplomatique en sa faveur, au moins lorsque ce recours est pendant, ce qui semble beaucoup plus fondé. En effet, lorsqu'il existe des recours comme ceux qu'offrent la Cour européenne, la Cour interaméricaine ou encore la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, qui sont assimilables à des recours internes, on devrait attendre l'épuisement de ces recours régionaux avant d'envisager la protection diplomatique. Il faut impérativement résoudre ce problème – assez compliqué au demeurant, notamment dans le cas du Comité des droits de l'homme, dont les décisions n'ont pas force obligatoire – en précisant, par exemple, que lorsqu'un tel recours existe, l'État ne peut exercer sa protection diplomatique qu'une fois les recours directs épuisés. Troisièmement, il faudrait dire aussi que si une violation grave d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général est en cause, la personne lésée peut bénéficier de la protection d'États autres que celui dont elle a la nationalité. Or, ce n'est pas du tout ce qu'énonce l'article 17, qui n'est de

toute manière pas le lieu approprié: mieux vaudrait que ce point fasse l'objet d'une disposition spéciale ou d'un paragraphe 2 de l'article 2. Quoiqu'il en soit, M. Pellet reste absolument opposé à la coexistence des deux articles 17 et 18, que ce soit dans les rédactions actuelles ou dans les rédactions proposées par le Rapporteur spécial aux paragraphes 87 et 89 du rapport.

31. Pour ce qui est de l'article 19 (Équipage des navires), M. Pellet estime qu'il est louable mais hors sujet et que s'il est défendable d'un point de vue empirique, il ne l'est pas au plan de la logique. Il nuit à la logique interne du projet d'articles car les recours et les procédures qui y sont prévus relèvent en réalité des projets d'articles 17 et 18. C'est la raison pour laquelle, s'il fallait voter sur ce projet, M. Pellet voterait contre même s'il est favorable à son contenu. Il suggère toutefois au Rapporteur spécial et au Président de la Commission de cosigner une lettre au Président de l'Organisation maritime internationale pour qu'elle se saisisse de la question.

32. Abordant ensuite le futur projet d'article 20 concernant le droit du national lésé à une indemnisation, M. Pellet se réjouit vivement de cette proposition du Rapporteur spécial qui traduit la volonté d'inclure dans le projet d'articles des dispositions qui ne concernent pas seulement les conditions d'exercice de la protection diplomatique mais également les conséquences de son exercice. Cette proposition du Rapporteur spécial va évidemment dans le bon sens, même si elle n'est ni parfaite ni suffisante.

33. Tout en approuvant la direction pointée par le Rapporteur spécial dans ce projet, M. Pellet désapprouve le fait de mêler des problèmes assez différents et regrette la prudence très excessive dont fait preuve le Rapporteur spécial, qui accroît selon lui la confusion. Ainsi, le paragraphe 1 traite de deux questions, à savoir la prise en compte par l'État protecteur du préjudice subi par son national et la consultation éventuelle de ce dernier mais on oublie le principal, à savoir qu'en cas de protection diplomatique la réparation est obligatoirement déterminée en fonction du dommage subi non pas par l'État qui exerce sa protection mais par le particulier lésé. Cela est contraire à la fiction *Mavrommatis* mais, comme le Rapporteur spécial le fait remarquer à très juste titre au paragraphe 95 du rapport, la logique de l'arrêt *Mavrommatis* est très loin de toujours l'emporter dans la réalité; concrètement, le régime juridique de la protection diplomatique n'en tient qu'un compte extrêmement limité. Par ailleurs, l'alignement du calcul et des modalités de la réparation sur le préjudice subi par le particulier est aujourd'hui une règle indiscutablement mise en œuvre en pratique de façon constante et une règle de droit coutumier qui ne pose aucun problème. Cette règle n'est d'ailleurs pas nouvelle puisqu'en 1928, la Cour permanente de justice internationale a décidé dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów* que c'est le dommage subi par le particulier qui fournit la mesure convenable de la réparation due à l'État. C'est de ce principe de base bien établi, spécifique du domaine de la protection diplomatique, que découle la première idée qui figure au paragraphe 1 du projet d'article 20 selon laquelle l'État «tient compte» du préjudice. La prudence de ce libellé paraît raisonnable si l'on garde à l'esprit que la protection diplomatique est un pouvoir discrétionnaire de l'État qui pourrait donc ne pas

l'exercer, sauf en cas de violation de règles de *jus cogens*, et il est sans doute normal qu'il puisse ne demander qu'une réparation partielle, encore une fois s'il ne s'agit pas de la violation grave d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général.

34. M. Pellet se demande par ailleurs pourquoi le Rapporteur spécial a inclus au paragraphe 1 du projet d'article 20 l'expression «conséquences matérielles et morales du préjudice» alors qu'il semblerait suffisant de dire «préjudice». Il se demande en outre pourquoi limiter les deux dispositions du projet d'article 20 aux nationaux alors que le projet étend très heureusement le bénéfice de la protection diplomatique aux apatrides et aux réfugiés et que l'on conteste parfois que les sociétés puissent avoir une nationalité. Il vaudrait mieux employer dans ce projet d'article 20, ou dans les articles qui lui seront substitués, l'expression «personne protégée» au lieu de «national». M. Pellet se demande aussi pourquoi le Rapporteur spécial limite à «l'indemnisation» le principe qu'il énonce au paragraphe 2 alors que la réparation peut revêtir trois formes: la satisfaction, qui n'est guère appropriée s'agissant de dommages subis par les particuliers, l'indemnisation et la *restitutio in integrum*, par exemple la restitution d'une somme d'argent confisquée illicitement.

35. Tout en affirmant qu'il n'est pas hostile par principe à la présence du conditionnel dans les textes juridiques, M. Pellet est d'avis que l'indicatif ou l'impératif s'impose dans le paragraphe 2 du projet proposé. Il ne voit pas pourquoi les États s'opposeraient à ce développement progressif et progressiste du droit, tant le bon sens et l'équité recommandent cette règle de répartition entre les personnes privées de l'indemnité ou de la restitution. Il précise à cet égard que le fondement juridique de cette obligation serait l'enrichissement sans cause de l'État qui conserverait la somme récupérée. Pour M. Pellet, il s'agit là au fond d'une règle coutumière et d'une pratique constante fondée sur un tel bon sens que l'on peut d'ailleurs douter qu'il s'agisse vraiment de développement progressif. Par ailleurs, l'idée énoncée dans le membre de phrase entre crochets au paragraphe 2 du projet d'article 20, soit «après déduction des frais occasionnés par la formulation de la réclamation», ne devrait pas figurer dans cette disposition car elle résulte du principe de réparation intégrale, découlant aussi de la jurisprudence de la CIJ dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, selon lequel l'État responsable doit effacer toutes les conséquences du fait internationalement illicite, parmi lesquelles figurent sans doute les frais raisonnables engagés au titre de la protection diplomatique.

36. En conclusion, M. Pellet dit que si la Commission souhaite répondre aux appels lancés par le Rapporteur spécial et certains États pour qu'elle complète son projet d'articles sur la protection diplomatique, elle devrait abandonner le principe dépassé et critiquable posé au début du XVIII^e siècle et énoncé en 1924 par la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire *Mavrommatis*, selon lequel l'État agit en son nom propre, et reconnaître une évidence, à savoir que l'État agit pour faire respecter les droits de son ressortissant. La Commission devrait ensuite s'interroger sur les règles spéciales à appliquer lorsque le préjudice est causé à la personne protégée du fait de la violation d'une norme impérative du droit international

général. S'étant montrée plus hardie dans le projet sur la responsabilité internationale des États pour fait internationalement illicite, il est difficile de comprendre la frilosité dont elle fait preuve dans ce projet qui n'est que l'accessoire du premier. La Commission devrait par ailleurs préciser davantage les modalités d'exercice de la protection diplomatique et inclure en outre dans son projet d'articles sur la question des règles aussi précises que possible concernant les conséquences de l'exercice de la protection diplomatique, en particulier en ce qui concerne la coexistence de la protection diplomatique avec les recours directs ouverts au particulier, ce qui suppose de retravailler en profondeur les articles 17 et 18. Il faudrait également inclure dans le projet d'articles les règles spécifiquement applicables à la réparation dans l'hypothèse particulière de la protection diplomatique, conformément à ce qui est proposé par le Rapporteur spécial dans le projet d'article 20, mais en complétant et en affermissant ses propositions. Si tout cela est fait, la Commission n'aura pas travaillé en vain.

37. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO estime que la question de la protection diplomatique est suffisamment mûre pour se prêter à un exercice de codification et de développement progressif. Le Rapporteur spécial a déployé des efforts très utiles en ce sens et on peut espérer que la Commission adopte cette année la version définitive du projet d'articles ainsi que les commentaires y relatifs, moyennant certaines améliorations. Tout en n'étant pas parfait, ce texte reprend, en les étayant, les règles secondaires fondamentales qui régissent l'exercice de la protection diplomatique. Il y a lieu tout d'abord de relever que la question de la protection diplomatique est étroitement liée à celle de la responsabilité internationale des États ainsi qu'aux mécanismes de protection des droits de l'homme puisque son exercice vise en fait à protéger les droits des personnes. Pour M. Rodríguez Cedeño, les travaux de la Commission devraient aboutir à un projet d'articles permettant d'élaborer par la suite un instrument international sur la question, conformément à l'hypothèse retenue par la Commission du droit international elle-même et par la Sixième Commission. Dans ce cas, il faudrait le moment venu envisager d'y inclure les dispositions techniques et juridiques qui figurent en général dans ces instruments, comme l'indique le Rapporteur spécial au paragraphe 6 de son rapport.

38. Commentant les projets d'article proposés, M. Rodríguez Cedeño dit à propos du projet d'article premier qu'il partage l'avis exprimé par d'autres membres de la Commission selon lequel il faut distinguer la protection diplomatique de l'assistance consulaire, mais cette distinction devrait être explicitée dans le commentaire plutôt que dans un nouveau paragraphe 2, comme le propose le Rapporteur spécial au paragraphe 21 de son rapport. L'assistance consulaire au sens de la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 consiste en une intervention du consulat d'un pays auprès des autorités territoriales de l'État dans lequel il exerce sa compétence en faveur d'un de ses nationaux. Dans la pratique, cette assistance vise à veiller à ce que la personne concernée bénéficie d'une procédure régulière ou à ce que ses droits ne soient pas violés, en particulier si elle est accusée d'une infraction spécifique. La protection diplomatique est l'action exercée par un État en cas de

violation du droit international et après épuisement par la personne lésée des recours internes. Le lien de nationalité, sauf dans le cas des réfugiés et des apatrides, est un principe fondamental à cet égard, ce qui n'est pas toujours le cas dans le cadre de l'assistance consulaire. En effet, un État peut représenter les intérêts d'autres États et agir à ce titre en faveur de personnes qui ne sont pas ses nationaux. Ainsi, l'assistance consulaire n'a ni le même sens, ni la même portée, ni le même fondement que la protection diplomatique, mais cette question doit être évoquée dans le commentaire et pas dans le corps du projet d'articles. La définition de la protection diplomatique, qui est donnée au projet d'article premier, est conforme à la pratique, à la jurisprudence et à un pan important de la doctrine sur ce sujet, mais il faudrait la préciser pour bien refléter le fait que la protection diplomatique est exercée principalement par un État eu égard au préjudice subi par un de ses nationaux en raison du fait internationalement illicite d'un État. Cela permettrait de prendre en compte l'évolution du concept même de protection diplomatique. À cet égard, la proposition italienne qui figure dans le rapport du Rapporteur spécial ainsi que les développements relatifs à l'affaire *Avena* méritent d'être pris en considération. Il est également important que la définition de la protection diplomatique mentionne de façon expresse les personnes visées à l'article 8 (Apatrides et réfugiés) qui énonce une exception au principe du lien de nationalité, comme le propose très justement le Rapporteur spécial au paragraphe 21 de son rapport.

39. Pour ce qui est du projet d'article 2, M. Rodríguez Cedeño estime que l'ajout du paragraphe proposé par le Rapporteur spécial au paragraphe 24 de son rapport peut donner lieu à une certaine confusion. Il vaudrait mieux s'en tenir au libellé actuel du projet qui exprime l'essentiel, à savoir que l'État a le droit d'exercer de manière discrétionnaire la protection diplomatique en faveur de l'un de ses nationaux ou en faveur des personnes visées à l'article 8.

40. M. Rodríguez Cedeño juge aussi acceptable l'article 3 sous sa forme actuelle. Le texte, adopté en première lecture, établit clairement le caractère fondamental du lien de nationalité au paragraphe 1 ainsi que les exceptions prévues à l'article 8. La proposition des Pays-Bas ne semble donc pas nécessaire même s'il est loisible au Comité de rédaction de l'examiner avec davantage d'attention. Il ressort par ailleurs de l'article 4 que l'octroi de la nationalité est régi par les règles de droit interne dès lors que celles-ci ne sont pas contraires au droit international. Ce projet d'article est suffisamment clair pour être approuvé en l'état. Il n'est donc pas nécessaire de reprendre les propositions de modification faites par certains gouvernements.

41. En ce qui concerne l'article 8, qui prévoit la possibilité pour un État d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'apatrides et de réfugiés, autrement dit, de personnes qui ne sont pas ses nationaux mais qui ont leur résidence habituelle dans cet État, M. Rodríguez Cedeño se félicite que les États aient réservé un accueil favorable à cette proposition qui comble une importante lacune et s'inscrit dans la perspective du développement progressif du droit international compte tenu des réalités internationales, même si l'on peut penser que les cas de ce type ne seront

pas très nombreux et sont limités dans le temps. Une disposition de cette nature est nécessaire mais elle soulève deux questions importantes, s'agissant des réfugiés, à savoir, premièrement, la définition du terme «réfugié» et l'établissement des conditions d'exercice de la protection diplomatique à l'égard d'un réfugié. M. Rodríguez Cedeño ne souscrit pas pleinement à l'avis selon lequel il faudrait préciser le sens du terme «réfugié» ou, en tout état de cause, évoquer la question. La définition qui figure dans la Convention de 1951 et le Protocole de 1967 relatifs au statut de réfugié, que certains préconisent de retenir, a évolué avec le temps, ce qui se reflète dans la pratique des États, y compris des États parties à ces instruments, notamment dans le contexte régional américain et africain et revêt à l'heure actuelle une portée beaucoup plus large. Pour accorder le statut de réfugié sur leurs territoires respectifs, les États ne se fondent donc pas uniquement sur cette définition conventionnelle mais s'inspirent également d'autres documents et textes internationaux qui sont devenus par la suite juridiquement contraignants. Mais le plus important est que la qualité de réfugié soit reconnue par l'État d'accueil selon ses procédures internes dans lesquelles interviennent les organes compétents et le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR), qui joue un rôle important dans l'application et le respect des normes pertinentes. D'où la nécessité d'établir avec précision que la personne jouit du statut de réfugié au moment du préjudice et à la date de la présentation officielle de la réclamation. Pour ce qui est des critères d'exercice de la protection diplomatique, M. Rodríguez Cedeño juge intéressante la proposition des pays nordiques qui ont proposé de remplacer l'expression «à sa résidence légale et habituelle sur son territoire» qui figure à l'article 8, par «résidant régulièrement» car elle prend en compte la situation légale de la personne, c'est-à-dire le fait que la qualité de réfugié lui a été reconnue par l'État à un moment donné, qu'elle «réside» sur son territoire de manière légale. La formule «résidence légale et habituelle» peut avoir une connotation différente. Dans certains pays, l'octroi du statut de réfugié ne revient pas à accorder la résidence légale au sens strict du terme. Ce qui importe, c'est que la personne jouisse de ce statut, que celui-ci lui ait été accordé de bonne foi et qu'elle ne l'ait pas obtenu de manière frauduleuse et qu'elle réside dans le pays qui le lui a accordé pour qu'elle puisse bénéficier de la protection diplomatique. Peut-être le Comité de rédaction pourrait-il examiner cette question plus en détail.

42. En ce qui concerne l'article 14 sur la règle de l'épuisement des recours internes, M. Rodríguez Cedeño estime que sa rédaction actuelle est la plus acceptable et que l'on ne devrait pas lui substituer la formulation proposée par le Rapporteur spécial au paragraphe 74 de son rapport. Le projet d'article 16 sur les exceptions à cette règle devrait également être conservé en l'état et l'on ne devrait pas non plus, à son avis, retenir les modifications suggérées au paragraphe 81 du rapport.

43. Enfin, M. Rodríguez Cedeño dit que l'inclusion d'une disposition relative au droit du national lésé de recevoir une indemnisation ou de manière plus générale une réparation est une question particulièrement importante liée à la conception même de la protection diplomatique. Il partage l'avis selon lequel une telle question ne devrait pas faire l'objet d'une recommandation ou d'une directive

séparée. Il faudrait que cette disposition soit suffisamment claire et précise, et qu'il y soit expressément indiqué que l'État de nationalité doit reverser l'indemnité reçue à la personne lésée selon des modalités que la Commission et le Comité de rédaction doivent examiner plus avant.

44. M. KOLODKIN félicite le Rapporteur spécial pour la qualité de son septième rapport sur la protection diplomatique, qui contient nombre de réflexions et propositions intéressantes.

45. Se référant au projet d'article premier, il dit qu'il ne juge pas nécessaire le nouveau paragraphe 2, qui distingue la protection diplomatique de l'assistance consulaire. Il n'est d'ailleurs pas certain que l'expression «assistance consulaire» soit plus appropriée que «protection consulaire». En effet, la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires et nombre d'accords bilatéraux parlent abondamment de «protection». Les agents consulaires ont pour mission de protéger les droits et les intérêts des nationaux et des personnes morales mais aussi ceux de l'État lui-même, dans les limites autorisées par le droit international (voir par exemple l'article 5 *a* de la Convention de 1963). La différence entre protection diplomatique et protection consulaire existe bel et bien, mais il n'est peut-être pas nécessaire de lui consacrer un paragraphe; une référence dans le commentaire devrait suffire.

46. En ce qui concerne l'article 2, M. Kolodkin désapprouve l'ajout d'un deuxième paragraphe qui répond au souci de l'Autriche de constater l'existence de l'obligation qu'a un État de recevoir une réclamation formée contre lui. Cette obligation découle implicitement du droit de l'autre État de présenter la réclamation. Ou alors, dans chaque disposition consacrant un droit, il faudrait rappeler l'obligation correspondante. De toute façon, le nouveau paragraphe 2 proposé au paragraphe 24 du rapport ne peut donc être conservé dans sa formulation actuelle, d'autant que, comme on l'a déjà dit, le terme «accept» dans la version anglaise n'est pas le mieux choisi. Pour ce qui est de l'article 3, l'inversion des deux membres de phrase dans le nouveau paragraphe 1 proposé au paragraphe 27 du rapport est inopportune car on a l'impression que la Commission définit l'État de nationalité. Or l'objectif ici est de définir qui est l'État en droit d'exercer la protection diplomatique, ce que l'ancien paragraphe 1 faisait très clairement.

47. En ce qui concerne l'article 4, M. Kolodkin approuve les changements proposés par le Rapporteur spécial. S'agissant du paragraphe 1 de l'article 5, il souscrit en principe aux idées exposées au paragraphe 43 du rapport. La continuité de la nationalité doit aller de la date du préjudice à la date de la présentation officielle de la réclamation. Il ne serait pas juste qu'un État défendeur puisse se prévaloir du fait que la personne lésée n'a plus la nationalité de l'État demandeur à la date du règlement de la réclamation. Les mêmes considérations sont applicables aux articles 7, 8 et 10. On comprend mal pourquoi le Rapporteur spécial n'a pas conservé le paragraphe 2 de l'article 5 tel qu'adopté en première lecture⁴⁶. Il s'agit d'une disposition très utile, qui couvre des situations bien réelles, et pas seulement celle de la succession d'États. Il

conviendrait donc de la garder. Le nouveau paragraphe 2 est également bienvenu. Le paragraphe 2 de l'article 6 est lui aussi utile. La Fédération de Russie et Israël se sont déjà appuyés sur cette disposition lorsqu'ils ont été amenés à exercer la protection diplomatique à l'égard de personnes ayant la double nationalité.

48. En ce qui concerne l'article 8, M. Kolodkin souscrit aux recommandations formulées au paragraphe 50 du rapport. Il ne faut pas adopter la proposition des pays nordiques tendant à remplacer l'expression «résidence légale et habituelle» par «résidant régulièrement», car cela permettrait à un État d'exercer sa protection diplomatique en faveur d'une personne lésée avec laquelle il n'a aucun lien juridique solide. L'expression retenue dans la version actuelle du paragraphe est tout à fait conforme à la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés. Quant au sens à donner au terme «réfugié», c'est à l'État en droit d'exercer la protection diplomatique qu'il appartient de définir cette catégorie de personnes, notamment aux fins de la «résidence légale et habituelle», pour autant que sa définition ne soit pas contraire au droit international.

49. La proposition du Rapporteur spécial au paragraphe 53 de son rapport de diviser l'article 9 en plusieurs paragraphes est une bonne idée, de même que celle de supprimer la référence au «lien similaire», mais il convient d'être prudent dans l'ajout de critères alternatifs, qui aboutiront à une situation où plusieurs États seront habilités à exercer la protection diplomatique. Le paragraphe 3 couvre cette situation particulière mais en introduisant la notion problématique de «lien le plus étroit». M. Kolodkin est d'avis de s'en tenir au critère de l'incorporation, comme le propose le Royaume-Uni, mais il reste ouvert à toute solution qui concilierait les différents points de vue.

50. Le nouveau paragraphe 2 de l'article 10 est utile. À l'article 11, le membre de phrase entre crochets de l'alinéa *a* doit être conservé. S'il était supprimé, on pourrait penser que la protection diplomatique des actionnaires pourrait être exercée aussi dans les cas où leur société aurait cessé d'exister pour un motif sans rapport avec le préjudice. Or le paragraphe 2 de l'article 10 dispose que la protection diplomatique sera exercée par l'État de nationalité de la société qui a subi un préjudice et a cessé d'exister, du fait de ce préjudice. Dès lors, si l'on supprime la précision entre crochets à l'article 11, la protection diplomatique pourrait être exercée à la fois par l'État de nationalité des actionnaires et par l'État de nationalité de la société. Or tel n'est pas l'objectif poursuivi.

51. De même, il ne faut pas supprimer l'expression «en vertu de la loi de cet État» à l'alinéa *b*. Si une société est prête à accepter de se constituer dans un État étranger parce que c'est la condition préalable exigée par ce dernier pour se livrer à des activités commerciales sur son territoire même si le droit de cet État ne le prévoit pas, cette société assume sciemment un risque beaucoup trop lourd. Prouver qu'une telle exigence a bien été formulée, si cette condition n'est pas prévue dans le droit interne de cet État, sera très difficile aux actionnaires et à l'État exerçant la protection diplomatique à leur égard. C'est pourquoi l'expression «en vertu de la loi de cet État» introduit une précision importante à l'alinéa *b*.

⁴⁶ *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 19.

52. L'article 12 doit être conservé en l'état, comme le propose à juste titre le Rapporteur spécial. La modification proposée pour l'article 13 répond au souci du Guatemala d'inclure les principes applicables aux actionnaires qui sont contenus aux articles 11 et 12. La question de cet ajout ne se poserait pas si l'article 13 concernait uniquement les personnes morales participant aux activités commerciales; mais il y a d'autres personnes morales que les sociétés commerciales, comme les universités ou les municipalités. Cet article a déjà suscité une importante controverse par le passé, et la Commission avait choisi, en guise de compromis, de limiter la référence aux principes concernant la nationalité des sociétés. Il semble difficile de revenir sur ce compromis.

53. S'agissant de l'article 16, il n'est pas souhaitable d'adopter une formulation radicalement différente de celle adoptée en première lecture, qui est dans l'ensemble assez heureuse. M. Kolodkin est notamment opposé à la proposition tendant à supprimer dans l'alinéa *c* la référence aux cas où «les circonstances de l'espèce font par ailleurs qu'il est déraisonnable d'exiger l'épuisement des recours internes» au motif qu'une telle situation est déjà explicitée à l'alinéa *a*; or ce n'est pas tout à fait le cas. À cet égard, il rappelle que dans l'affaire *Avena* le juge Vereshchetin a fait observer que dans certaines circonstances particulières, comme celles des ressortissants mexicains qui se trouvaient déjà dans le couloir de la mort, il pouvait devenir absurde d'exiger l'épuisement des recours internes [opinion individuelle, p. 83, par. 12]. La deuxième partie de l'alinéa *c* couvre justement ce genre de circonstances particulières et il convient donc de la conserver, quitte à en faire un alinéa distinct.

54. L'article 17 est utile dans sa version actuelle. Dans le nouvel article 18, la référence aux régimes spéciaux prévus par des traités bilatéraux et multilatéraux relatifs à la protection des investissements est particulièrement bienvenue car elle permet de préciser davantage l'objet de cette disposition. Quant à l'article 19, il est préférable d'en garder la version adoptée en première lecture, car la nouvelle formulation présente au moins un inconvénient, celui de convertir le droit de l'État de nationalité ou de pavillon du navire en objet de réglementation dans le projet d'articles sur la protection diplomatique.

55. Enfin, en ce qui concerne le projet de futur article 20, M. Kolodkin relève qu'il serait inimaginable en Fédération de Russie qu'une réparation obtenue au titre de la protection diplomatique ne soit pas reversée à l'intéressé. Ainsi, récemment, les indemnités obtenues de l'Ukraine dans l'affaire de l'avion abattu en mer Noire en 2001 ont été entièrement réparties entre les familles des victimes. Les pratiques et le droit des États dans ce domaine étant cependant très variés, il semble difficile de parvenir à une conduite unifiée. Il devrait être possible, par des recommandations, de favoriser le développement d'une pratique de répartition de la réparation obtenue à l'issue de la protection diplomatique accordée aux personnes concernées, mais la teneur même de ces recommandations est à l'heure actuelle difficile à déterminer.

56. Pour conclure, M. Kolodkin fait observer qu'il ne voit pas en quoi le sort du projet d'articles sur la protection diplomatique est lié à celui du projet d'articles

sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, comme le dit le Rapporteur spécial au paragraphe 6 de son rapport. Il ne comprend pas pourquoi le projet d'articles sur la protection diplomatique qui, dans une large mesure, procède à la codification du droit international coutumier ne pourrait pas être adopté dans le cadre d'un traité sans que l'on évoque le sort du projet d'articles sur la responsabilité de l'État.

57. M. MATHESON, commentant tout d'abord l'article 14, dit qu'il en approuve la version révisée du paragraphe 1 qui tient compte du fait que les recours internes peuvent être épuisés par une autre entité que la personne lésée elle-même, comme l'a dit la CIJ dans l'affaire *ELSI*.

58. En ce qui concerne l'alinéa *a* de l'article 16, il note que le Rapporteur spécial préfère manifestement adopter, pour l'épuisement des recours internes, le critère de l'absence de «possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace». Or ce critère pourrait être interprété comme permettant à un demandeur de renoncer à des recours internes qui sont peut-être parfaitement adaptés mais ne lui offriraient pas de possibilité de réparation pour d'autres motifs, comme le caractère inadéquat de la réclamation. C'est pourquoi les États-Unis proposent qu'il ne soit pas nécessaire d'épuiser les recours internes lorsque ceux-ci sont «à l'évidence futiles ou inefficaces», en précisant toutefois que tel n'est pas le cas si «l'on peut raisonnablement avoir accès à une instance susceptible de fournir une réparation efficace». Cette proposition a le mérite de placer l'accent sur l'adéquation de l'organe de recours interne plutôt que sur la possibilité d'obtenir gain de cause. Il est vrai que l'expression «à l'évidence futiles ou inefficaces» peut donner à penser que l'inefficacité du recours interne doit être immédiatement manifeste. On pourrait concilier les deux propositions du Rapporteur spécial en disant que les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsqu'il n'existe pas d'instance raisonnablement disponible pour accorder une réparation efficace. L'on pourrait ainsi garder la formulation retenue par le Rapporteur spécial tout en plaçant l'accent sur le caractère adéquat de l'instance de recours interne.

59. La modification de l'alinéa *c* de l'article 16 est bienvenue. En effet, les situations qui pourraient rendre «déraisonnable» l'épuisement des recours internes sont déjà couvertes par l'alinéa *a*, et le commentaire pourra le préciser au besoin. Cette solution est de loin préférable à une vague référence à la «raisonnabilité», qui se prêterait à maintes interprétations et pourrait avoir pour effet d'annuler la condition de l'épuisement des recours internes.

60. En ce qui concerne l'article 18, M. Matheson n'a rien contre le remplacement de l'expression «dispositions conventionnelles spéciales» mais estime que la référence proposée aux «régimes spéciaux prévus par des traités bilatéraux et multilatéraux relatifs à la protection des investissements» ne couvrirait pas les dispositions spécifiques sur les investissements d'accords bilatéraux plus larges comme les traités d'amitié, de commerce et de navigation. Il préférerait une référence aux dispositions conventionnelles spécifiques concernant la protection des investissements, et s'en remet en la matière au Comité de rédaction. Pour ce qui est de l'article 19, M. Matheson reconnaît qu'il n'est pas nécessaire mais pense qu'il peut

néanmoins être conservé, et de préférence dans sa version d'origine.

61. M. Matheson approuve la proposition du Rapporteur spécial d'ajouter un article sur le droit des nationaux lésés à une indemnisation. Il faut encourager les États à se montrer justes avec leurs nationaux lorsqu'ils reçoivent des indemnités en exerçant la protection diplomatique. Il est cependant regrettable que cette question soit abordée si tardivement. Au stade de la deuxième lecture, la Commission risque davantage de faire des erreurs ou d'aboutir à des résultats que les États n'accepteront pas.

62. C'est d'autant plus important que l'on touche à un domaine qui relève de la pratique et de la politique de l'État, ainsi qu'à ses relations avec ses nationaux, et que l'on entend orienter, voire réglementer, sa conduite. Toute prise de position à cet égard devrait au moins être fondée sur une étude approfondie de la pratique des États en ce qui concerne la négociation et le traitement des réclamations.

63. S'agissant du fond des propositions, il est certain qu'un État devrait, normalement, tenir compte des conséquences du préjudice subi par la personne lésée, et si possible consulter cette dernière, avant de quantifier une réclamation. Mais il faut garder à l'esprit que, dans certaines circonstances, il ne pourra pas toujours le faire; par exemple, s'il doit traiter un très grand nombre de réclamations, comme celles qui ont été formées par centaines de milliers contre l'Iraq à la suite de la première guerre du Golfe. Le paragraphe 1 de la proposition du Rapporteur spécial devrait donc, si elle est retenue, contenir une recommandation aux États, plutôt qu'une obligation.

64. Dans le cas du paragraphe 2, une prudence encore plus grande s'impose. Il n'y a rien d'inhabituel à ce qu'un État retienne une partie de la somme versée par un autre État. Les États-Unis, par exemple, déduisent généralement un pourcentage fixe de la réparation obtenue, afin de financer les activités de défense des intérêts de leurs nationaux. Autrement, ils seraient obligés de subventionner l'énorme travail qu'exige la présentation de réclamations complexes au nom de sociétés multinationales qui ont largement les moyens de le faire, ou d'affronter de longs litiges avec ces sociétés à propos du montant à déduire. D'autres gouvernements seraient sans doute confrontés au même problème si la déduction était interdite ou limitée aux frais réellement engagés. En outre, on ne saurait juger illégal ou incorrect qu'un État destine une partie des réparations obtenues à d'autres fins légitimes dans l'intérêt public, comme la conduite de ses activités de politique étrangère, fondement nécessaire de la protection de ses nationaux. Les États sont en droit d'exiger de leurs nationaux qu'ils contribuent à de telles fins légitimes. Par conséquent, on peut tout au plus leur demander de verser une somme juste et raisonnable au réclamant lorsqu'ils reçoivent des indemnités à la suite d'une réclamation.

65. Pour ces raisons, M. Matheson est d'avis que la Commission devrait s'abstenir de prendre position tant qu'une étude approfondie de la pratique des États n'aura pas été effectuée et que les États n'auront pas donné leur avis. Si elle décidait néanmoins de traiter la question à ce stade, elle devrait veiller à ne pas énoncer de nouvelles obligations ni faire des recommandations catégoriques.

La meilleure solution consisterait à aborder la question dans le commentaire.

66. Enfin, d'autres propositions qui ont été faites risquent de restreindre davantage encore la capacité des États à traiter les réclamations de leurs nationaux, comme celle qui voudrait que le consentement de la personne lésée soit nécessaire pour exercer la protection diplomatique ou pour fixer la forme et le montant de la réparation. Un État doit conserver le contrôle des négociations qu'il conduit avec d'autres pays au sujet de réclamations, car ces négociations sont souvent un élément clef dans le règlement de situations critiques. Dans ce contexte, l'État peut être amené à former une réclamation contre le gré de son national, ou à fixer une forme et un montant de réparation qui ne satisfont pas ce dernier. Ainsi, l'accord d'Alger de 1981⁴⁷, qui a permis de résoudre une situation explosive dans les relations entre l'Iran et les États-Unis, reposait en partie sur l'obligation de soumettre les réclamations des nationaux des deux pays à une procédure d'arbitrage bilatérale; et par la suite un grand nombre de réclamations ont été réglées par les deux parties au moyen de négociations bilatérales. Une société américaine qui avait contesté le droit du Gouvernement américain de régler son cas par ce procédé contre son gré s'est vu débouter par la Cour suprême. Si le Gouvernement américain n'avait pu consentir à un règlement obligatoire des réclamations concernant ses nationaux, les accords auraient pu échouer, avec peut-être de graves conséquences.

67. En conclusion, les États doivent conserver le droit d'exercer la protection diplomatique et de traiter les réclamations y relatives même si la personne lésée s'y oppose. Toute autre règle pourrait entraver sérieusement la capacité des gouvernements à résoudre les crises de politique étrangère.

La séance est levée à 13 h 5.

2871^e SÉANCE

Vendredi 5 mai 2006, à 10 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Mansfield, M. Matheson, M. Momtaz, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M^{me} Xue, M. Yamada.

Protection diplomatique (suite) [A/CN.4/560, sect. D, A/CN.4/561 et Add.1 et 2, A/CN.4/567, A/CN.4/575 et A/CN.4/L.684 et Corr.1 et 2]

[Point 2 de l'ordre du jour]

⁴⁷ Voir *Revue générale de droit international public* (Paris), t. 85, 1981, p. 139.

SEPTIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

1. M. KATEKA se félicite de la volonté affichée par le Rapporteur spécial de concilier les vues des États Membres et celles de la Commission et croit comme lui que la notion de citoyenneté de l'Union européenne est applicable à l'assistance consulaire et non à la protection diplomatique. Il considère toutefois que le Rapporteur spécial surestime l'importance de l'alinéa *c* du paragraphe 2 de l'article I-10 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, qui a certainement trait à la représentation diplomatique au sens de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques et à l'assistance consulaire au sens de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires, mais ne concerne pas la protection diplomatique.
2. M. Kateka éprouve quelques difficultés à se rallier à la nouvelle version du projet d'article premier proposée au paragraphe 21 du rapport. Ainsi, l'ajout du membre de phrase «ou une personne visée à l'article 8» soulève des problèmes, qu'il exposera dans le cadre de ses observations sur les projets d'articles 3 et 8. Quant au paragraphe 2 de la version révisée du projet d'article, il n'est pas nécessaire dans la mesure où il ne détaille pas suffisamment ce qui ne relève pas de la protection diplomatique.
3. En ce qui concerne le projet d'article 2, M. Kateka ne partage pas le point de vue de l'Italie selon lequel un État est juridiquement tenu d'exercer la protection diplomatique, cet exercice étant un droit discrétionnaire de l'État, ainsi que la Commission l'a énoncé à juste titre. C'est pourquoi il ne voit pas l'utilité d'ajouter à ce projet d'article un second paragraphe qui préciserait que l'État a l'obligation de recevoir une action en protection diplomatique. Pour M. Kateka, si l'État requérant remplit les conditions requises pour l'exercice de la protection diplomatique, l'État défendeur est tenu de s'exécuter. Ce paragraphe 2 pourrait néanmoins trouver sa place dans le commentaire.
4. Évoquant les réserves qu'il a déjà eu l'occasion de formuler quant au bien-fondé du paragraphe 2 du projet d'article 3, relatif à l'exercice par un État de la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui n'a pas sa nationalité, M. Kateka dit qu'il souhaite présenter sa position sur le projet d'article 8 concernant les apatrides et les réfugiés. Il rappelle ainsi qu'il lui a déjà été donné de faire part de son scepticisme à propos de ce projet d'article lors de son examen en première lecture⁴⁸. Au plan des principes, il est certes bienvenu que la Commission et certains États se montrent solidaires des réfugiés en cherchant à protéger leurs droits fondamentaux. Les pays du Nord, pour lesquels le problème des réfugiés ne se pose pas avec la même acuité que pour les pays du Sud, considèrent que cette disposition, qui représente un développement progressif du droit international, est idéale. Pourtant dans la pratique, elle serait de nature à pérenniser une situation censée être d'une durée limitée. Certains pays accueillent déjà des centaines de milliers de réfugiés, un fardeau d'autant plus lourd qu'il est rarement partagé par la communauté internationale.
5. À cet égard, M. Kateka convient avec l'Autriche qu'il faudrait éviter de donner au terme «réfugié» un sens large comme proposé par le Rapporteur spécial dans le commentaire de l'article 8. En effet, la définition contenue dans la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et dans son protocole de 1967 suffit. La Convention de 1969 de l'Organisation de l'Unité africaine régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique reprend la définition figurant dans la Convention de 1951, en l'élargissant même puisqu'elle dispose que le terme «réfugié» s'applique également à «toute personne qui du fait d'une agression, d'une occupation extérieure, d'une domination étrangère ou d'événements troublant gravement l'ordre public dans une partie ou dans la totalité de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité, est obligée de quitter sa résidence habituelle pour chercher refuge dans un autre endroit à l'extérieur de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité» (art. 1, par. 2). Le Rapporteur spécial pourrait peut-être préciser si cette définition peut s'appliquer à l'échelle mondiale.
6. M. Kateka observe par ailleurs que dans de nombreux cas, le préjudice est causé par l'État d'origine du réfugié qui, en violant les règles primaires, a créé cet état de choses. La question est donc de savoir contre qui le réfugié doit être protégé. L'expérience montre également qu'un pays d'origine peut parfois attaquer des camps de réfugiés qui ont été installés dans le pays d'accueil, en représailles de faits illicites qui auraient été commis dans le cadre de conflits ethniques. Cette situation s'est produite en Afrique, dans la région des Grands Lacs. C'est pourquoi M. Kateka appuie l'observation de la Belgique selon laquelle, au cas où la Commission retiendrait une interprétation large de la protection diplomatique, il faudrait supprimer le paragraphe 3 de l'article 8 afin d'ouvrir la possibilité de former des recours informels à l'encontre de l'État de nationalité du réfugié.
7. Certains membres de la Commission et certains États ont regretté que le critère de «résidence légale et habituelle» place la barre trop haut et ont souhaité que lui soit substituée l'expression «résidant régulièrement», qui figure à l'article 28 de la Convention relative au statut des réfugiés. Toutefois, celle-ci a été adoptée à la suite des événements qui se sont produits en Europe avant 1951. La définition pouvait s'appliquer à l'Europe de l'après-seconde guerre mondiale, mais les réalités des troubles actuels permettent difficilement l'adoption d'un critère aussi large.
8. Pour ce qui est des projets d'articles 17 et 18, M. Kateka appuie l'idée du Rapporteur spécial tendant à les conserver sous forme de dispositions distinctes. Il serait toutefois inapproprié de remplacer l'expression «dispositions conventionnelles spéciales» par «régimes spéciaux». Dès lors que, comme l'a fait observer le Maroc, la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités ignore la notion de «conventions spéciales», l'article 18 devrait se borner à énoncer que «les présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où ils sont incompatibles avec les dispositions prévues par des traités bilatéraux et multilatéraux relatifs à la protection des investissements».

⁴⁸ *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 18-20, par. 59.

9. M. Kateka est favorable à l'inclusion du projet d'article 19. D'aucuns ont déclaré craindre qu'une telle disposition ne relève pas de la protection diplomatique, mais il est à noter que le Royaume-Uni a fait un commentaire en ce sens à propos du projet d'article 8, relatif aux non-ressortissants. Si toutefois l'on considère que ce dernier est acceptable, il semble logique que la Commission retienne l'hypothèse d'une action en réparation exercée au bénéfice des membres d'équipage d'un navire qui ne sont pas des nationaux de l'État de nationalité du navire. L'État du pavillon devrait en effet être habilité à demander réparation des préjudices subis par ces membres d'équipage.

10. M. Kateka est favorable à l'inclusion d'un article supplémentaire, à savoir le projet d'article 20, qui traiterait des conséquences de la protection diplomatique. Mais le texte du projet d'articles faisant déjà l'objet d'un examen en seconde lecture, une telle disposition devrait être plus modérée que radicale. Bien que le projet d'articles soit essentiellement fondé sur l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, et en partie sur l'affaire *Barcelona Traction*, la Commission ne devrait pas s'estimer entièrement liée par la fiction Mavrommatis. Un certain développement progressif s'impose afin de refléter l'importance croissante de l'individu en droit international. Enfin, relevant qu'au paragraphe 6 de son rapport, le Rapporteur spécial lie le sort du projet d'articles à celui du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁴⁹, M. Kateka exprime l'espoir que les deux projets aboutiront un jour à une conférence diplomatique qui adoptera des traités sur l'un et l'autre sujets.

11. M. KEMICHA dit que pour répondre à la lancinante question de savoir quand la Commission fait de la codification et quand elle fait du développement progressif du droit international, il aurait tendance à affirmer que ces deux aspects de sa mission vont de pair. L'honnêteté intellectuelle du Rapporteur spécial et son examen scrupuleux de chaque facette du sujet ont permis des avancées sur les deux fronts, parfois au prix d'une extrême prudence.

12. La principale surprise du rapport est que la Commission est invitée par certains États à adopter une nouvelle approche qui accorderait à l'individu un rôle plus important dans la mise en œuvre de la protection diplomatique, sans toucher pour autant – pour reprendre les propos de l'Italie – au concept de base selon lequel le droit d'exercer la protection diplomatique appartient à l'État.

13. En ce qui concerne l'article premier, le Rapporteur spécial se fonde sur les affaires *LaGrand* et *Avena* et reprend partiellement la proposition italienne pour suggérer un nouveau libellé, qui permettrait de couvrir non seulement les nationaux mais également les personnes visées à l'article 8 (Apatrides et réfugiés). M. Kemicha précise que, personnellement, il aurait souhaité que la formulation proposée par l'Italie, qui renvoie aux «droits propres» de l'État et aux «droits de son national», soit retenue, tout en concédant que la nouvelle version proposée par le Rapporteur spécial marque un grand progrès.

14. Il estime également, comme l'ont fait valoir d'autres membres de la Commission, que le paragraphe 2 du projet d'article premier est superflu et que la distinction entre la protection diplomatique et l'assistance consulaire pourrait utilement trouver sa place dans le commentaire.

15. Le projet d'article 2, tel qu'actuellement libellé, risque également d'être redondant. Certains États, comme les Pays-Bas, ont préconisé sa suppression tandis que d'autres, comme le Royaume-Uni, estiment que ce projet d'article représente un moyen utile d'affirmer le caractère discrétionnaire du droit de l'État d'exercer la protection diplomatique. Pour sa part, l'Italie y voit l'occasion pour la Commission de faire œuvre de développement progressif du droit international en mettant à la charge de l'État une obligation d'exercer la protection diplomatique au bénéfice de la personne lésée et à sa demande «lorsque la protection de valeurs fondamentales touchant à la dignité de l'être humain et reconnues par l'ensemble de la communauté internationale est en jeu». Le Rapporteur spécial semble avoir opté pour la démarche suggérée par l'Autriche, dont l'observation sur «l'obligation correspondante des autres États d'accepter de telles réclamations de la part d'un État» constitue le fondement du nouveau paragraphe 2 du projet d'article 2. Ayant entendu les différentes vues exprimées par les autres membres de la Commission sur ce nouveau paragraphe, M. Kemicha comprend mieux les raisons qui ont conduit à l'adoption d'une approche à la fois minimaliste et novatrice, mais il n'est pas en mesure de partager l'avis du Rapporteur spécial à cet égard.

16. Quant aux projets d'articles 3 et 4, ils ne posent pas de problème particulier à M. Kemicha, mais le Comité de rédaction devra apporter un soin extrême à leur formulation.

17. Pour ce qui est du projet d'article 5, M. Kemicha dit qu'après avoir lu les observations y relatives (par. 31 et suivants du rapport), il ne peut qu'appuyer la position du Rapporteur spécial qui retient sagement, au paragraphe 1 du projet d'article, la date de la présentation officielle de la réclamation pour les besoins de la règle de la continuité de la nationalité, tout en prévoyant, au paragraphe 2, une exception à la règle lorsqu'un national au nom duquel une réclamation est formée a acquis la nationalité de l'État défendeur après la présentation de la réclamation. Il ne se prononcera pas sur l'insertion de la formulation «ne ... que» au paragraphe 1 car cette question relève selon lui du Comité de rédaction. Quant au paragraphe 3, son utilité justifie qu'il soit maintenu.

18. Les projets d'articles 6 et 7 ne soulèvent que des problèmes de rédaction. À propos du projet d'article 8, M. Kemicha note à son tour qu'il représente une véritable avancée dans le cadre du développement progressif du droit international. Pour ce qui est de la demande adressée par le Rapporteur spécial (par. 51 du rapport) à la Commission pour qu'elle lui donne son avis sur le sens à attribuer au terme «réfugié», à la lumière de la suggestion des pays nordiques de remplacer au paragraphe 2 l'expression «résidence légale et habituelle» par celle de «résidant régulièrement», M. Kemicha relève que cette proposition témoigne d'une attitude généreuse face aux nombreuses difficultés dont souffrent les réfugiés de par le monde, mais que le Rapporteur spécial semble vouloir

⁴⁹ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26, par. 76.

garder le bénéfice de l'avancée déjà réalisée sans prendre le risque d'incommoder les nombreux États qui ne se sont pas exprimés sur le sujet et dont les positions à cet égard sont autrement moins libérales.

19. En ce qui concerne les projets d'articles 9 à 12, M. Kemicha prend acte des efforts déployés par le Rapporteur spécial pour régler les deux principaux problèmes mis en avant par les États à propos du précédent libellé du projet d'article 9 – à savoir l'exigence éventuellement d'un lien effectif entre la société et l'État exerçant la protection diplomatique (par. 53 du rapport), et le cas d'une société constituée dans un État mais ayant son siège social dans un autre État (par. 54) – en proposant d'ajouter audit projet un deuxième paragraphe établissant que la société a «la nationalité de l'État sous la loi duquel elle a été constituée ou sur le territoire duquel elle a son siège ou sa direction». Vu la complexité de la vie des affaires à l'ère de la mondialisation, nulle définition ne pourra couvrir l'ensemble des cas de figure susceptibles de se produire dans le monde réel. C'est pourquoi M. Kemicha appuie l'idée de M. Pellet selon laquelle prévoir qu'il puisse y avoir plus d'un État de nationalité serait de nature à renforcer l'efficacité de la protection diplomatique des sociétés.

20. En ce qui concerne les projets d'articles 14 à 16, M. Kemicha note que seul l'article 16 a fait l'objet de commentaires de la part des États et appuie le nouveau libellé proposé pour cet article au paragraphe 81 du rapport, sa préférence allant à la version de l'alinéa *a* la plus longue.

21. M. Kemicha croit, comme les Gouvernements du Qatar et d'El Salvador, que les articles 17 et 18 devraient être fondus en un seul, car les problèmes sont les mêmes, qu'il s'agisse de la protection des droits de l'homme ou des dispositions conventionnelles ayant trait au règlement des différends opposant des sociétés ou leurs actionnaires à des États.

22. Enfin, M. Kemicha appuie le nouveau projet d'article 20, proposé au paragraphe 103 du rapport. Il observe que le Rapporteur spécial rappelle au paragraphe 95 de son rapport la règle établie dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, qui reconnaît le pouvoir discrétionnaire de l'État dans l'exercice de la protection diplomatique et sur laquelle le projet d'articles est fondé, pour préciser plus loin, au paragraphe 102, qu'aucune règle de droit international coutumier n'existe à l'égard d'un droit éventuel du national lésé à une indemnisation. Le nouveau projet d'article permet de remédier à cette injustice. M. Kemicha appuie le libellé proposé, avec la suppression des crochets. Quant à la question de savoir si un État «doit» ou «devrait» remettre l'indemnisation reçue au national lésé au nom duquel il a formulé la réclamation, autrement dit, si la faculté lui est laissée d'en décider, M. Kemicha considère que les deux cas de figure ne sont pas si différents, un État étant toujours souverain sur les questions qui, après tout, concernent seulement ses propres nationaux.

23. M. PELLET demande pourquoi M. Kemicha appuie le libellé du projet d'article premier proposé par l'Italie, qui confond la protection diplomatique proprement dite

et la question distincte des droits propres de l'État. Un préjudice causé à un État est un préjudice «immédiat». M. Pellet ne voit pas ce qu'une référence à la violation d'un droit propre d'un État pourrait apporter de plus.

24. M. KEMICHA dit qu'il penche en faveur de la formulation italienne car elle place l'individu et l'État sur un pied d'égalité en ce qui concerne le préjudice subi et parce qu'elle représente un véritable progrès dans le renforcement du rôle de l'individu dans la protection diplomatique. Cette proposition vient peut-être trop tôt, mais elle préfigure certainement l'évolution du droit international.

25. M. PELLET dit que son objection concernait l'inclusion d'une référence aux droits de l'État, qui n'a pas sa place dans le cadre de la protection diplomatique.

26. M. Sreenivasa RAO félicite le Rapporteur spécial pour sa démarche marquée au coin de la minutie et de l'érudition, et pour sa volonté d'innover et de tenir compte des différents points de vue exprimés, même lorsqu'ils vont à l'encontre de ses préférences. Il souligne qu'il importe de garder à l'esprit tout au long de l'examen du sujet les questions de l'origine et de la nature de la protection diplomatique. Pour que la protection diplomatique soit invoquée, il est certain que des conditions préalables doivent être remplies. La protection diplomatique est essentiellement une procédure par défaut, contrairement à la représentation diplomatique qui est plus souple. Il ne faut pas oublier non plus qu'il a été abusé de la protection diplomatique dans le passé. Si la fiction *Mavrommatis* est critiquable à certains égards, elle a présenté indéniablement un intérêt pratique en permettant à l'État de présenter une réclamation à l'échelon international au nom de son national lésé: en effet, celui-ci n'est pas en mesure, même dans le contexte actuel, de présenter une réclamation à titre individuel en l'absence d'arrangements spéciaux entre les États concernés.

27. Dans ce sens, M. Sreenivasa Rao souscrit plus volontiers à l'idée du Rapporteur spécial que «l'objectif ultime de la protection diplomatique est la protection des droits de l'homme» (par. 3 du rapport) qu'à l'affirmation de M. Pellet selon laquelle les personnes physiques et les personnes morales ont des intérêts identiques et doivent bénéficier de la même protection. Il se demande d'ailleurs si tel est bien le cas dans toutes les situations et à tous égards. Par exemple, les problèmes liés à la nationalisation ou à l'expropriation des biens d'une société étrangère sont différents de ceux qui découlent de l'appropriation par l'État de biens appartenant en propre à un étranger sans indemnisation adéquate. Alors que les accords bilatéraux de protection des investissements sont désormais chose courante, la protection diplomatique des sociétés et des personnes morales n'est peut-être pas aussi pertinente qu'elle l'a été au tout début de l'ère postcoloniale. Dans ces conditions, l'invocation de la protection diplomatique dans des cas particuliers et non systématiques risque d'être moins fréquente à l'avenir.

28. Le Rapporteur spécial s'est suffisamment attaché sur la distinction entre la protection diplomatique et l'assistance consulaire. Néanmoins, les avis de M. Gaja et de M. Kolodkin devraient être reflétés dans

le commentaire. Quant au droit de plusieurs États de présenter une réclamation au nom d'une personne ayant plusieurs nationalités, le mieux serait en l'occurrence de permettre à l'État qui est le plus étroitement lié aux intérêts de la personne concernée, et à lui seul, d'introduire l'action en protection diplomatique.

29. Passant en revue les articles un à un, M. Sreenivasa Rao déclare souscrire à la plupart des avis exprimés par M. Kolodkin sur les différents articles à la séance précédente. Pour ce qui est du projet d'article premier, l'élément important est que l'exercice de la protection diplomatique est essentiellement un droit discrétionnaire de l'État national de la personne lésée. Il est certes des circonstances dans lesquelles un État peut être amené à décider, sous la pression et contre sa volonté initiale, d'exercer une telle protection. Mais la question de savoir si l'État est tenu de présenter une réclamation en protection diplomatique en cas de violation grave de droits de l'homme ayant valeur de normes impératives est une question importante qui mérite plus ample réflexion. Les arguments présentés jusqu'à présent sur ce point ne sont guère convaincants.

30. Le nouveau paragraphe 2 du projet d'article 2 n'est pas nécessaire. En effet, les conditions à remplir pour l'exercice du droit à la protection diplomatique sont les mêmes que celles qui créeraient pour l'État responsable l'obligation – sous peine de sanctions – de recevoir toute réclamation présentée par l'État national de la personne lésée.

31. En ce qui concerne le projet d'article 5, M. Sreenivasa Rao estime que la question des dates et des délais à retenir aux fins de l'établissement de la continuité de la nationalité est au cœur du sujet de la protection diplomatique et juge acceptable la version modifiée du projet d'article 5 proposée au paragraphe 47 du rapport.

32. De même, M. Sreenivasa Rao juge le projet d'article 8 acceptable et se réjouit que la plupart des États aient réagi favorablement à cette disposition. Contrairement à certains membres de la Commission, il est convaincu que c'est en s'appuyant sur le droit applicable en la matière que l'on pourra régler au mieux la question de la définition du «réfugié».

33. Le projet d'article 9, comme le projet d'article 7, soulèvent peu de difficultés. Toutefois, M. Sreenivasa Rao doute que dans la pratique, le critère du lien «prépondérant» diffère de celui du lien effectif. Il est clair que l'identification du siège social de la société ne saurait, en elle-même, jouer un rôle particulier dans la détermination de l'effectivité du lien.

34. En ce qui concerne le projet d'article 11, il convient de garder à l'esprit les remarques de M. Matheson (2868^e séance *supra*, par. 39). Les problèmes de tous les actionnaires, qu'ils soient nationaux ou étrangers, devraient être traités sur un pied d'égalité et les demandes de protection diplomatique ne devraient être présentées que dans un seul but, à savoir faire en sorte que l'indemnisation des actionnaires étrangers ne soit ni plus lente ni moins importante que celle des actionnaires nationaux.

35. Pour ce qui est du projet d'article 16, M. Sreenivasa Rao estime que la Commission, en examinant la question de savoir si les recours internes peuvent être réputés avoir été épuisés alors même qu'ils n'ont pas été exercés, devrait être guidée par le critère bien établi de la non-disponibilité ou de l'inefficacité plutôt que par celui de la futilité.

36. Quant à la proposition relative à l'obligation qui serait faite à l'État réclamant de préciser et de quantifier les dommages eu égard au préjudice subi effectivement par le national, et de lui remettre toute somme reçue à titre d'indemnisation (par. 103 du rapport), M. Sreenivasa Rao a pris note avec intérêt des arguments avancés par le Rapporteur spécial et M. Pellet. Toutefois, les commentaires de M. Matheson (2870^e séance, par. 61) et de M. Kolodkin (2870^e séance, par. 55) l'ont convaincu que la Commission devrait procéder avec force prudence sur ce sujet qui est plus délicat qu'il n'y paraît.

37. M. Sreenivasa Rao espère que la Commission pourra achever le plus rapidement possible son examen en seconde lecture du projet d'articles lors de sa présente session et avancer ainsi dans son œuvre de codification et de développement progressif du droit international dans le domaine de la responsabilité des États. Il note toutefois que si la Commission est fondée à examiner toutes les tendances qui émergent dans tel ou tel domaine, son approche ne saurait être purement théorique et qu'en élaborant ses recommandations, elle ne saurait ignorer les sensibilités politiques des premiers destinataires de ses travaux, les États membres.

38. M^{me} XUE dit que le projet d'articles sur la protection diplomatique a suscité un vif intérêt dans les ministères, les instituts universitaires et les facultés de droit en Chine. Alors que les responsables des ministères estiment que les projets d'article sur des questions telles que le principe de la nationalité et celui de la continuité de la nationalité ou encore la règle de l'épuisement des recours internes reflètent d'une manière générale le droit international coutumier et la pratique des États, ils ont réservé un accueil plus réservé aux projets d'article marquant un développement progressif du droit.

39. Pour M^{me} Xue, les articles techniques – par opposition à ceux qui mettent en jeu des questions de stratégie ou de principe – devraient être maintenus avec le moins d'amendements possible. Le projet d'articles doit reposer sur le principe essentiel établi dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* selon lequel l'État de nationalité est habilité, en vertu du droit international, à exercer la protection diplomatique à l'égard de ses nationaux lésés.

40. Le texte actuel du projet d'article premier est suffisamment précis pour qu'il ne soit pas besoin d'y inclure une référence aux personnes visées au projet d'article 8; cela ne ferait que compromettre la logique du libellé initial. En mêlant la fiction Mavrommatis et la décision de la CIJ dans l'affaire *LaGrand*, l'amendement proposé par l'Italie risque de semer la confusion et de soulever des difficultés pratiques. Si la protection diplomatique ne pouvait être exercée qu'en cas d'atteinte aux intérêts à la fois des nationaux et de l'État de nationalité, le principe de la continuité de la nationalité énoncé au projet d'article 5

n'aurait quasiment plus de raison d'être. À partir du moment où la protection diplomatique est exercée dans l'intérêt de personnes physiques ou morales, les droits de ces personnes devraient normalement être protégés par la mise en œuvre des procédures prévues dans le droit interne. La règle Mavrommatis a toutefois permis de donner une base juridique à l'intervention de l'État. Manifestement, l'action diplomatique en l'occurrence est souvent guidée par des considérations d'ordre diplomatique, économique ou autre, et aussi par le souci de protéger les droits et les intérêts des personnes concernées. Dans la pratique, les premières pèsent plus lourdement que les secondes dans la décision de l'État d'exercer ou non la protection diplomatique, même si le droit des droits de l'homme a sur les règles de la protection diplomatique une influence positive qui va croissant. C'est donc à juste titre que le texte du projet d'article premier insiste sur la protection des droits et des intérêts des individus, outre qu'il reflète fidèlement la pratique des États et l'*opinio juris*.

41. Tout en souscrivant en général à l'analyse approfondie de la distinction entre la protection diplomatique et l'assistance consulaire à laquelle le Rapporteur spécial a procédé (par. 15 à 20), M^{me} Xue n'est pas convaincue de la nécessité d'ajouter un second paragraphe au projet d'article premier. L'explication donnée par le Rapporteur spécial pour justifier sa proposition pourrait peut-être figurer dans le commentaire afin d'éclairer le profane. En fait, il y a confusion non seulement entre la protection diplomatique et l'assistance consulaire, mais également entre la protection diplomatique proprement dite et la protection diplomatique exercée par les ambassades, laquelle, aux termes de l'article 3 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, a un champ d'application plus large que celui de la protection au titre de l'assistance consulaire, tout en étant différent de celui du sujet à l'examen. Il serait utile de clarifier ce point dans le commentaire relatif au projet d'article premier.

42. L'assistance consulaire a une fonction à la fois préventive et corrective. L'absence d'informations peut empêcher une ambassade ou un consulat de prévenir la mise en détention ou la torture injustifiées de leurs nationaux, et peut également les empêcher de fournir une assistance juridique, si bien qu'ils ne pourraient assurer les représentations diplomatiques que postérieurement à la violation des droits de leurs nationaux. La principale différence entre l'assistance consulaire et la protection diplomatique est que l'assistance consulaire a essentiellement pour objet d'amener l'État de résidence à préserver et à respecter, dans le cadre de sa procédure légale, les droits et les intérêts des nationaux de l'État d'envoi et à s'acquitter de ses obligations internationales. En ce sens, elle est à la fois un droit et un devoir. Les représentants diplomatiques ou consulaires ne présentent pas directement les réclamations, alors que dans le cas de la protection diplomatique, c'est l'État qui présente directement la réclamation au nom de ses nationaux. Il n'en demeure pas moins qu'un lien existe entre les deux institutions, qui représentent toutes deux, dans certaines circonstances, des étapes ou des procédures distinctes de représentation.

43. L'exemple de l'Union européenne n'est pas pertinent et la notion de citoyenneté européenne est hors

sujet, car un citoyen de l'Union européenne n'est pas un national de l'ensemble des États membres de l'Union européenne, et d'un point de vue juridique le concept de «citoyen européen» est différent de celui de national. C'est pourquoi la citoyenneté de l'Union européenne ne satisfait pas au critère de la nationalité aux fins de la protection diplomatique et même si elle devait un jour acquérir le statut de nationalité, elle ne pourrait que se substituer à la nationalité des États et non s'y ajouter. Appliquer le principe de nationalité au sein des États membres de l'Union européenne et le principe de citoyenneté en dehors de l'Union serait source de confusion au plan juridique et serait également une source d'inégalité vis-à-vis des États qui ne sont pas membres de l'Union.

44. En ce qui concerne le projet d'article 2, M^{me} Xue convient avec le Rapporteur spécial que la protection diplomatique est un droit et non une obligation de l'État. L'obligation pour un État de protéger ses nationaux ne passe pas nécessairement par l'exercice de la protection diplomatique. Même lorsque les lois internes disposent que le gouvernement est lié par l'obligation d'assurer la protection diplomatique de ses nationaux, cette obligation comprend l'aide fournie par les ambassades ou les consulats et a donc une portée plus large que la protection diplomatique dont la Commission s'occupe. La question de savoir si un État est tenu de recevoir une demande de protection diplomatique mérite un examen approfondi. S'il va de soi qu'un État est responsable de son fait internationalement illicite, il est moins évident que la demande en réparation du préjudice ainsi causé doive s'inscrire dans le cadre de la protection diplomatique. En vertu du droit international, les États doivent régler leurs différends de manière pacifique, mais ils restent libres de choisir les moyens d'y parvenir. Poser l'obligation pour un État défendeur de recevoir une réclamation en protection diplomatique ne correspond ni à la pratique générale ni aux principes fondamentaux du droit international.

45. Selon M^{me} Xue, il n'est pas nécessaire de remanier le projet d'article 3. Les changements proposés au projet d'article 4 sont par contre les bienvenus.

46. Quant au projet d'article 5 sur la continuité de la nationalité, il prête à controverse. À cet égard, il convient en premier lieu de s'interroger sur le caractère absolu ou relatif du principe de la continuité de la nationalité. Cela étant, il n'y a pas à examiner la question des apatrides et des réfugiés puisque la particularité de leur situation a pour effet de les priver de nationalité ou de vider la nationalité de son sens. En ce qui concerne le *dies ad quem*, de nombreux auteurs sont d'avis que la date officielle de la présentation de la réclamation est plus certaine que celle de la décision la concernant. Comme le *dies ad quem* est utile pour établir la recevabilité des réclamations et la compétence des tribunaux, la question se pose de savoir pourquoi il en va différemment dans la pratique, ainsi que le relève le surarbitre Parker dans la *Décision administrative n° V* [p. 143 de la décision]. La critique de la décision rendue dans l'affaire *Loewen* (par. 42 du rapport) est peut-être trop sévère. En effet, les arbitres ont peut-être opté pour la date la moins plausible, mais leur décision n'en est pas moins particulièrement pertinente au regard du principe de la continuité de la nationalité et signifie que le lien de nationalité doit exister du départ jusqu'à la fin, à savoir

«depuis la date des faits qui ont donné naissance à la réclamation... jusqu'à la date de la décision concernant cette réclamation». En d'autres termes, si la nationalité de la personne physique ou morale change après la date de la présentation officielle de la réclamation, l'État requérant serait dans l'obligation de mettre fin à la protection diplomatique et l'État défendeur serait investi du droit de demander à l'État requérant de mettre fin à cette protection. Si la situation comme dans l'affaire *Loewen* n'a été que rarement analysée, c'est essentiellement parce que les cas dans lesquels la nationalité d'un demandeur a changé entre la date de la présentation officielle de la demande et celle de la décision la concernant sont rares. L'exemple donné par les Pays-Bas ne peut pas invalider la décision rendue dans l'affaire *Loewen*, car la même situation pourrait se produire dans le cas où la personne se retrouve dans l'impossibilité d'obtenir la protection diplomatique si sa nationalité a changé avant l'exercice de la protection diplomatique. D'où la règle de la continuité qui a été adoptée à l'article 5.

47. La seule exception à la règle de la continuité de la nationalité envisagée dans la version révisée du paragraphe 1 du projet d'article 5, proposée au paragraphe 47 du rapport, est celle d'un changement involontaire de nationalité résultant de la succession d'États. Il faudrait néanmoins définir plus clairement la notion «d'État prédécesseur» car le changement de nationalité en cas de désintégration d'un État n'est pas forcément obligatoire pour l'ensemble de ses nationaux. L'amendement proposé au paragraphe 2 est acceptable mais on pourrait inclure dans ce paragraphe une référence à la nationalité d'un État tiers, ce qui permettrait de régler la question controversée du *dies ad quem* en établissant que la protection diplomatique ne pourrait plus être exercée à l'égard d'une personne dont la nationalité a changé après la présentation de la réclamation. Pour ce qui est du paragraphe 3, il conviendrait de maintenir dans la version anglaise l'expression «*shall not*» dans la mesure où l'obligation dont il s'agit est une interdiction alors que les projets d'articles 7 et 14 sont davantage des dispositions dont la mise en œuvre est sujette à conditions que des interdictions.

48. Après avoir mûrement réfléchi, M^{me} Xue est d'accord pour supprimer le paragraphe 2 du projet d'article 6, comme le propose le Rapporteur spécial au paragraphe 48 du rapport, mais elle insiste sur le fait que le critère de la nationalité véritable, effective, ne doit pas être éludé dans la pratique. En cas de double nationalité ou de multiple nationalité, seul l'État auquel la personne est véritablement rattachée devrait être en mesure d'exercer la protection diplomatique. Toute autre solution tendrait à favoriser la double nationalité et la multiple nationalité.

49. À propos du projet d'article 8, M^{me} Xue souligne que la définition du terme «réfugié» devrait se fonder sur celle donnée dans la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés. Elle estime que la proposition des pays nordiques, qui ne permet pas de s'assurer que les personnes concernées sont pleinement rattachées à l'État protecteur, doit être rejetée. Il n'est pas vrai que l'application du critère le plus strict au rattachement territorial entre les réfugiés et un État protecteur aux fins

de la protection diplomatique laisse cette catégorie de personnes sans protection.

50. S'agissant du projet d'article 9, mieux vaudrait retenir le texte original afin d'éviter l'éventualité de réclamations multiples émanant de sociétés constituées dans un État mais ayant leur siège social dans un autre État. La possibilité d'exercer la protection diplomatique devrait être réservée à l'État auquel la société est le plus étroitement rattachée ou à celui dont elle a effectivement la nationalité. La Commission devrait accorder davantage d'attention au droit des sociétés et au droit économique international. Selon la définition figurant au projet d'article 9, les filiales d'un grand nombre de sociétés transnationales pourraient avoir plusieurs nationalités. C'est pourquoi il conviendrait d'insister sur le critère du contrôle. Le principe de la continuité de la nationalité tel qu'énoncé dans le projet d'article 5 s'applique également aux sociétés.

51. Compte tenu de la complexité de la structure des sociétés et des participations, il faudrait éviter autant que possible les réclamations multiples émanant d'actionnaires. Le *dictum* de la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction* n'est pas corroboré par la pratique internationale. De nombreux accords de protection des investissements garantissent toutefois les droits et les intérêts des sociétés et de leurs actionnaires. L'expression «pour un motif sans rapport avec le préjudice» figurant à l'alinéa *a* du projet d'article 11 devrait être maintenue pour empêcher que l'État ou les actionnaires lésés soient manipulés. Cet alinéa devrait être aligné sur le paragraphe 3 de l'article 10. Quant à l'alinéa *b*, il devrait être supprimé car, d'emblée, les sociétés peuvent librement choisir le lieu où elles exercent leur activité. C'est donc en toute connaissance de cause qu'elles acceptent des conditions locales qui peuvent différer de leur propre droit interne. Et dès lors qu'elles ne sont pas discriminatoires, de telles conditions ne sauraient être invoquées en tant que motif justifiant l'octroi de droits et d'une protection supplémentaires aux actionnaires.

52. De même, le projet d'article 12 ne s'impose pas dans la mesure où ses dispositions figurent déjà dans le projet d'article relatif aux personnes physiques. Il serait en outre malavisé d'étendre les principes énoncés aux projets d'articles 11 et 12 aux autres personnes morales relevant du projet d'article 13.

53. À la lumière du commentaire relatif au projet d'article 13⁵⁰, M^{me} Xue demande si les universités publiques dont les sources de financement sont multiples et qui jouissent d'une autonomie considérable ne pourraient pas bénéficier de la protection diplomatique. Elle estime qu'il serait injuste de les priver de ce droit.

54. Les arguments présentés dans le commentaire relatif à l'alinéa *a* du projet d'article 16 et consistant en l'énumération de plusieurs situations dans lesquelles les recours internes seraient réputés n'offrir aucune possibilité raisonnable de réparation efficace, s'ils étaient sortis de leur contexte et utilisés en tant que critère de décision,

⁵⁰ *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 36, par. 4 du commentaire, note 157.

pourraient cesser d'être convaincants car susceptibles d'ouvrir trop largement la voie à des interprétations subjectives, voire partiales. Une partie pourrait très bien, sur le fondement de sa propre analyse subjective ou de son propre ordre juridique interne, mettre en avant ces arguments comme prétexte pour rejeter la compétence des tribunaux nationaux. Étant donné que les systèmes judiciaires varient d'un État à l'autre, le système propre à un seul État ne saurait être utilisé en tant que critère d'appréciation de la validité du système judiciaire d'un autre État. Pour M^{me} Xue, dès lors qu'un système judiciaire permet le traitement des nationaux et des étrangers sur un pied d'égalité et interdit les dispositions et les pratiques discriminatoires, il devrait être tenu pour approprié et équitable. Ces questions de principe devraient, d'une manière ou d'une autre, être reflétées dans le commentaire relatif audit projet d'article, faute de quoi les pays en développement risqueraient de mal prendre une critique infondée de leur souveraineté judiciaire et la protection diplomatique pourrait continuer de servir de moyen pour s'immiscer dans leurs affaires intérieures. C'est pourquoi il convient de conserver le libellé actuel de l'alinéa *a* sans la référence au critère de la futilité manifeste. Ces observations valent également pour l'alinéa *b*.

55. En ce qui concerne l'alinéa *c*, M^{me} Xue dit qu'en cas de dommage transfrontière l'absence de lien volontaire entre la personne lésée et l'État prétendument responsable du préjudice n'empêche pas cette personne d'exercer les recours internes disponibles en Amérique du Nord et en Europe, plus particulièrement en Europe de l'Ouest. Cette tendance se prête donc à un développement progressif. Ainsi, en cas de dommage à l'environnement, les victimes étrangères ont droit aux mêmes recours judiciaires que les nationaux. Dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*, ce sont des considérations de principe majeures qui l'ont emporté sur l'absence de lien volontaire dans la volonté du Canada de ne pas insister sur la règle de l'épuisement des recours internes. L'exception à laquelle il est fait référence dans la première partie de cet alinéa devrait donc être supprimée, tandis que la partie restante serait maintenue.

56. M^{me} Xue n'a pas d'objection à émettre, quant au fond, à propos du nouveau projet d'article proposé par le Rapporteur spécial sur le droit du national lésé à une indemnisation. Elle souligne que dans les très rares cas où la Chine a obtenu une indemnisation en conséquence de l'exercice de la protection diplomatique, cette indemnité a été dûment remise aux personnes concernées sans déduction par l'État, et ceci en l'absence de dispositions spécifiques dans le droit chinois. La question n'est pas de savoir s'il est possible en l'occurrence de faire œuvre de développement progressif mais de s'interroger sur la forme que devrait revêtir la disposition à ajouter, à savoir un projet d'article ou une recommandation. En matière d'indemnisation, il convient de trouver un équilibre entre d'une part les droits et les intérêts des personnes lésées et de l'autre l'ordre public et les considérations d'ordre politique. Lorsque d'importantes sommes d'argent sont en jeu ou qu'un grand nombre de victimes sont impliquées et que l'État a déjà déployé d'immenses efforts pour limiter les dégâts, fournir des services médicaux et de secours et réparer les dommages causés à l'environnement, l'indemnisation peut devenir une question particulièrement sensible parce qu'elle soulève des problèmes concernant

non seulement la justice individuelle mais aussi la justice collective. Le fait de savoir si elle doit être régie par le droit international ou si elle doit être laissée à la discrétion des États est d'abord une affaire de politique.

57. M^{me} Xue rejette la critique de conservatisme excessif portée contre la Commission. Le projet d'articles sur la protection diplomatique contient de nombreux éléments de développement du droit international traditionnel et reflète pleinement les orientations du droit international actuel. Certains spécialistes n'ont pas compris que les règles de la protection diplomatique ne se réduisent pas à une déclaration des droits de l'homme mais qu'elles doivent réaliser un équilibre entre les intérêts des États et également entre les intérêts des États et ceux des particuliers. Si la Commission néglige cet équilibre essentiel en privilégiant une partie au détriment de l'autre, son travail de codification ne sera ni reconnu ni accepté par les gouvernements.

58. M. FOMBA dit que la question centrale qui est posée est celle de la nature de la protection diplomatique et qu'il convient de se demander si cette institution vise à protéger les droits des États ou ceux des individus. L'arrêt *Mavrommatis* a tranché en faveur de l'État et la Commission, à tort ou à raison, lui a emboîté le pas. À tort, ont estimé certains, qui lui reprochent de ne pas avoir tenu compte de l'évolution du droit international et du rôle qui y est dévolu à l'individu, comme l'ont brillamment expliqué M. Pellet et M. Momtaz. M. Fomba partage cet avis mais ne souhaite pas briser pour autant le consensus auquel la Commission est parvenue.

59. Il a été de même reproché à la Commission de ne pas avoir osé imposer aux États, dans le cadre du développement progressif, une obligation d'exercer la protection diplomatique. L'attention a été appelée sur le cas particulier de la protection diplomatique à la suite de la violation grave d'une obligation découlant du *jus cogens*. Pour ce qui est du lien entre le projet d'articles sur la protection diplomatique et celui de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, il est évident, selon M. Fomba, que le déclencheur de tout le mécanisme de la protection diplomatique est le fait internationalement illicite. Il existe par conséquent un lien de cause à effet entre les deux projets et dès lors il lui semble logique que leurs sorts soient liés.

60. M. Fomba note que le Rapporteur spécial propose de réexaminer le projet d'articles adopté en première lecture à la lumière des commentaires, de remanier ou de remplacer le cas échéant certaines dispositions et d'inclure une innovation importante, à savoir une disposition relative au droit du national lésé, ou plutôt d'une personne protégée, à une indemnisation.

61. Pour ce qui est du projet d'article premier relatif à la définition et à la portée de la protection diplomatique, M. Fomba estime que le nouveau paragraphe 2 proposé (par. 21 du rapport) couvre à juste titre le cas des réfugiés et des apatrides.

62. Quant à la distinction établie entre la protection diplomatique d'une part et la protection, ou l'assistance, consulaire d'autre part (le premier terme étant employé

dans la Convention de Vienne sur les relations consulaires), M. Fomba se demande s'il est vraiment nécessaire et possible de différencier clairement les deux institutions l'une de l'autre. Le nouveau paragraphe 2 du projet d'article premier qui est proposé offre une solution qui consiste à dire que la protection diplomatique ne comprend pas l'exercice de l'assistance consulaire, mais le problème reste entier: il faut soit donner une définition claire et indiscutable de l'assistance consulaire, soit supprimer le nouveau paragraphe 2 proposé. Pour ce qui est de la citoyenneté européenne, dont l'évocation a suscité de très intéressantes remarques de la part de M. Pellet, M. Fomba souhaite attirer l'attention des membres de la Commission sur une modification apportée récemment au Protocole de 1991 relatif à la Cour de justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest, qui donne désormais la possibilité à un État d'engager des procédures contre un autre État membre au nom de ses ressortissants, en cas d'échec des tentatives de règlement à l'amiable (art. 9, par. 3). Il serait intéressant, selon lui, d'analyser la jurisprudence de cette cour sous-régionale africaine.

63. En ce qui concerne le projet d'article 2, M. Fomba juge le nouveau paragraphe 2 acceptable, sous réserve que sa portée soit limitée aux seuls cas les plus pressants. Il note par ailleurs au sujet du projet d'article 3 que la nouvelle version du paragraphe 1 proposée par le Rapporteur spécial ne diffère pas fondamentalement du texte précédent. Quant au nouveau texte proposé pour le projet d'article 4, il ne devrait pas être interprété comme impliquant que la succession d'États est le seul moyen d'acquérir la nationalité par naturalisation.

64. Pour ce qui est du projet d'article 5, la nouvelle version du paragraphe 1 proposée au paragraphe 47 du rapport est plus satisfaisante que la précédente. Le nouveau paragraphe 2 semble logique et peut donc être également accepté. Les projets d'articles 6 à 8 ne posent aucun problème particulier. Quant au projet d'article 9, M. Fomba estime que si les trois paragraphes dont il est désormais composé sont un pas dans la bonne direction (par. 55 du rapport), des questions demeurent à propos du texte dans son ensemble, qui appellent un examen plus approfondi.

65. En ce qui concerne le projet d'article 11, M. Fomba dit qu'il traite d'une question importante et relève qu'il a fait l'objet de critiques, tant sur le fond que sur la forme, notamment de la part de M. Pellet. Ces remarques devraient être prises autant que possible en considération. Le projet d'article 14 ne pose aucune difficulté particulière; l'intitulé du projet d'article 15 devrait être modifié par souci de clarté. Le projet d'article 16 soulève, quant à lui, des problèmes eu égard à la qualification, à l'évaluation et à l'efficacité des recours. Cela étant, les nouveaux alinéas *a* et *c* semblent aller dans le bon sens, même si leur libellé peut certainement être amélioré. S'agissant des projets d'articles 17 et 18, le Comité de rédaction devrait revoir la question de leur autonomie fonctionnelle. M. Fomba fait par ailleurs siennes les vues exprimées par M. Momtaz et d'autres membres de la Commission à propos du projet d'article 19.

66. Le nouvel article 20 sur le droit du national lésé, ou de la personne protégée, à une indemnisation qui est proposé est une disposition fondamentale qui mérite un examen approfondi. Le Comité de rédaction devrait s'efforcer de prendre en considération les observations intéressantes faites par M. Pellet et d'autres membres de la Commission à son sujet.

67. M. CHEE dit que le septième rapport sur la protection diplomatique est bien documenté, équilibré et rédigé dans un style clair. En ce qui concerne le projet d'article premier, il note que le Rapporteur spécial amorce au paragraphe 15 de son rapport un long développement établissant une distinction entre protection diplomatique et assistance consulaire. À cet égard, M. Chee relève que le rôle du poste consulaire ne se limite pas à la prestation d'une assistance. En effet, les agents diplomatiques et les fonctionnaires consulaires peuvent s'acquitter de leurs fonctions respectives de manière interchangeable. En vertu de l'article 3 de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques et de l'article 17 de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires, les fonctionnaires consulaires peuvent être chargés d'une fonction de représentation, c'est-à-dire d'une fonction de représentation, fonction qui est normalement dévolue aux agents diplomatiques. Dès lors, l'établissement d'une distinction entre les fonctions des agents diplomatiques et celles des fonctionnaires consulaires ne paraît pas justifié, et il ne devrait être fait nullement mention dans le projet d'article premier de l'assistance consulaire.

68. Selon le nouveau paragraphe 2 du projet d'article 2 proposé par le Rapporteur spécial, lorsqu'un État exerce la protection diplomatique, l'État défendeur est tenu de recevoir l'action en protection diplomatique formée en conformité avec le projet d'articles. La question se pose alors de savoir si l'État défendeur serait dans l'obligation de recevoir une demande inacceptable ou non fondée. Le Rapporteur spécial s'appuie sur le commentaire autrichien relatif au projet d'article 2, présenté au paragraphe 24 du rapport. Or, ce point de vue est trop partial pour être acceptable, et le nouveau paragraphe 2 devrait par conséquent être supprimé. Quant au projet d'article 3, il devrait être intégré au projet d'article 8 afin de rationaliser les références à la protection diplomatique des résidents en situation régulière, des réfugiés et des apatrides.

69. M. Chee appuie le projet d'article 4, qui rend compte du mode classique d'acquisition de la nationalité, avec l'ajout du membre de phrase «à condition qu'elle ne soit pas contraire au droit international». Le projet d'article 5, relatif à la continuité de la nationalité, a trouvé sa place en droit international coutumier, ce que corroborent les décisions de tribunaux internationaux et la doctrine. Quant aux projets d'articles 6 et 7, ils traitent essentiellement de questions de procédure. M. Chee souscrit par ailleurs au projet d'article 9, qui reflète l'arrêt de 1970 de la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. À propos du projet d'article 10, il note que la référence à la protection diplomatique au bénéfice d'une société qui a cessé d'exister semble viser la récupération des actifs d'une société en faillite. Il appuie le projet, qui reprend la règle applicable aux personnes physiques.

70. En ce qui concerne le projet d'article 11, M. Chee est favorable à la proposition du Rapporteur spécial (par. 63 et 65 du rapport) visant à maintenir les alinéas *a* et *b*. Il faut rappeler que dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la CIJ a estimé que des traités d'investissements bilatéraux devraient être conclus afin de protéger les parts sociales détenues par des actionnaires étrangers. Le projet d'article 12, sur l'atteinte directe aux droits des actionnaires, devrait être maintenu pour les raisons exposées au paragraphe 69 du rapport. À propos du projet d'article 13, M. Chee note qu'aucune objection n'a été formulée quant à l'extension de la protection diplomatique à d'autres personnes morales et partage les observations développées au paragraphe 70 du rapport. Il appuie la nouvelle version proposée pour le projet d'article 14 et fait siennes les idées exposées au paragraphe 75 du rapport en ce qui concerne le projet d'article 15.

71. En ce qui concerne le projet d'article 16, sur les exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes, M. Chee est favorable au plus bref des deux libellés proposés pour l'alinéa *a*, qui retient l'idée de «possibilité raisonnable» préconisée par le juge Lauterpacht⁵¹. Il note que le projet d'article 17 est une clause «de sauvegarde», qui permet aux personnes lésées et aux États d'obtenir réparation par d'autres moyens que la protection diplomatique, à savoir la conciliation, l'arbitrage ou le règlement judiciaire. Quant au projet d'article 18, il reconnaît la validité des traités d'investissements bilatéraux ou multilatéraux relatifs à la protection des investisseurs étrangers et mérite dès lors d'être appuyé. Le projet d'article 19 traite de diverses questions relatives aux droits fondamentaux des membres d'équipage, et c'est la raison pour laquelle M. Chee y est favorable.

72. Au paragraphe 96 du rapport, le Rapporteur spécial relève une contradiction dans la pratique des États en matière d'indemnisation des nationaux lésés. Si selon certains États le national lésé n'a aucun droit aux indemnités reçues par l'État, d'autres admettent l'existence dans une certaine mesure d'une obligation de verser au national lésé les sommes reçues à titre d'indemnisation. Personnellement, M. Chee approuve la pratique des États-Unis, qui ont mis en place une commission de règlement des réclamations internationales chargée de répartir les sommes reçues de gouvernements étrangers entre les différentes parties civiles. Somme toute, la protection diplomatique ne priverait aucun intérêt pour les nationaux lésés si ceux-ci ne pouvaient être indemnisés par l'État auteur du fait illicite. C'est pourquoi, M. Chee appuie le paragraphe 2 du projet d'article 20 proposé dans le rapport (par. 103).

73. Quant à la forme finale que devrait revêtir le projet d'articles, il demande au Rapporteur spécial d'aller dans le sens de son adoption sous forme de convention, qui consacrerait un exercice exemplaire de codification, mené conformément à l'article 15 du statut de la Commission. En conclusion, M. Chee suggère au Rapporteur spécial d'examiner de près l'excellent commentaire de l'Italie contenu dans le document A/CN.4/561/Add.2.

⁵¹ *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 40, par. 3 du commentaire de l'article 16 adopté en première lecture par la Commission. Voir aussi *Certains emprunts norvégiens*, opinion individuelle de Sir Hersch Lauterpacht, p. 39.

74. M. CANDIOTI dit que le septième rapport sur la protection diplomatique contient un très grand nombre d'informations, de nouvelles analyses et de nouvelles propositions utiles qui faciliteront un examen minutieux en deuxième lecture du projet d'articles, lequel devrait être prêt pour pouvoir être inscrit à l'ordre du jour de la soixante et unième session de l'Assemblée générale. À propos du projet d'article premier, il convient qu'il est nécessaire de préciser avec le plus grand soin ce que l'on entend par protection diplomatique. Il faudrait éviter la confusion résultant de l'emploi fréquent des mots «protection» et «diplomatique» dans le langage courant et clairement distinguer l'institution de la protection diplomatique d'autres notions comme la protection ou l'assistance fournies par les missions diplomatiques et consulaires à leurs nationaux à l'étranger. Cette distinction ressortirait plus nettement si l'article énonçait de façon expresse que la protection diplomatique est un moyen d'invoquer et de mettre en œuvre la responsabilité d'un État pour un fait internationalement illicite commis à l'encontre d'une personne qui est le national d'un autre État. M. Candiotti partage l'avis de ceux qui préconisent l'abandon de fictions et d'une terminologie qui appartiennent au passé et, dans cet esprit, soumet à l'attention du Comité de rédaction une nouvelle formulation pour le projet d'article premier:

«Aux fins du présent projet d'articles, la protection diplomatique s'entend du recours par un État à l'action diplomatique ou à d'autres moyens de règlement pacifique afin d'invoquer et de mettre en œuvre la responsabilité d'un autre État à raison d'un préjudice causé par un fait internationalement illicite de cet État à une personne physique ou morale qui est le national du premier État.»

Toutes les ambiguïtés seront levées si l'on inscrit d'emblée la protection diplomatique dans le cadre de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

75. Comme l'indique le Rapporteur spécial au paragraphe 6 de son rapport, la protection diplomatique étant un sous-ensemble du sujet de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, le sort du présent projet d'articles est étroitement lié à celui du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. On peut même considérer à la limite que le projet d'articles à l'examen, dans son intégralité, ne fait que développer l'article 44 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État. C'est pourquoi M. Candiotti ne voit pas la nécessité d'ajouter un deuxième paragraphe au projet d'article premier, comme le propose le Rapporteur spécial. Il convient toutefois que si ce projet d'article définissait précisément ce que l'on entend par protection diplomatique, il ne serait ni indispensable ni souhaitable d'un point de vue technique d'exclure expressément ce qui ne relève pas de la protection diplomatique. Il ne voit pas non plus l'opportunité d'inclure dans la définition une référence à l'exception énoncée au projet d'article 8.

76. Pour ce qui est du projet d'article 2, M. Candiotti est favorable au maintien du libellé clair et concis de la version adoptée en première lecture. Il partage les doutes exprimés par d'autres membres de la Commission

quant à la nécessité d'y ajouter un deuxième paragraphe concernant l'obligation de l'État de recevoir une action en protection diplomatique. Peut-être entend-on par là que l'État auquel le fait internationalement illicite est imputé devrait recevoir la réclamation et la traiter de bonne foi et que lorsque cette réclamation satisfait aux conditions de recevabilité fixées dans le projet d'articles, la procédure ne s'arrêterait pas là mais se poursuivrait par la détermination de l'étendue et des conséquences de la responsabilité. Mais M. Candioti va jusqu'à douter de l'opportunité d'une formulation plus précise. Il souligne à cet égard que le projet d'articles de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite n'a rien prévu sur la question, et estime que ce serait certainement la voie la plus avisée à retenir dans le cadre du projet à l'examen.

77. M. Candioti appuie les amendements proposés par le Rapporteur spécial aux projets d'articles 3 et 4. S'agissant du projet d'article 5, il approuve la nouvelle formulation du principe de la continuité de la nationalité et les arguments qui ont conduit le Rapporteur spécial à ne pas retenir pour le *dies ad quem* la date de la décision finale concernant la réclamation. La nouvelle formulation proposée pour le paragraphe 1 du projet d'article est manifestement plus contraignante que celle de la version précédente: en effet, elle pose le critère de la continuité de la nationalité depuis la date où le préjudice a été causé jusqu'à la date de la présentation de la réclamation, alors que l'audience posait celui de la possession de la nationalité de l'État protecteur. Le nouveau critère correspond mieux au principe de continuité. M. Candioti relève qu'un changement analogue a été apporté dans la nouvelle version du projet d'article 10, relatif à la continuité de la nationalité d'une société.

78. Quant au projet d'article 7, relatif à la nationalité prépondérante en cas de multiple nationalité, le précédent libellé a été conservé, si bien qu'il est seulement exigé de la nationalité en question qu'elle soit prépondérante au moment de la survenance du préjudice et au moment de la présentation de la réclamation. Il serait intéressant de savoir pourquoi les projets d'articles 5 et 10 ont subi des modifications et non le projet d'article 7.

79. En ce qui concerne le projet d'article 8, qui établit une exception en faveur des réfugiés et des apatrides, M. Candioti préfère la version adoptée en première lecture, qui a pour avantage d'appréhender la notion de réfugié dans une acception plus large. Quant aux propositions du Rapporteur spécial visant à modifier l'énoncé des projets d'articles 9, 10, 11, 13 et 14, il les juge acceptables.

80. S'agissant des exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes énoncées au projet d'article 16, M. Candioti se dit favorable à la première variante proposée pour l'alinéa *a* et appuie les changements proposés à l'alinéa *c*. Il souhaiterait toutefois que les précédentes versions des projets d'articles 17, 18 et 19 soient maintenues, dans la mesure où elles sont le résultat d'un long débat tenu lors de l'examen du projet en première lecture.

81. M. Candioti félicite le Rapporteur spécial pour les importants efforts qu'il a déployés afin de soumettre un projet d'article supplémentaire, le projet d'article 20, sur le

droit du national lésé de recevoir l'indemnisation obtenue par l'État protecteur en conséquence de l'exercice de la protection diplomatique – question qui n'a pas encore été débattue. Il comprend les réserves formulées par certains membres de la Commission eu égard à la présentation quelque peu tardive de la proposition et à la nécessité pour la Commission de s'en tenir à ses méthodes de travail bien établies qui consistent à examiner les précédents et les conséquences de chaque disposition et à donner l'occasion aux États d'étudier une disposition avant de se prononcer sur sa forme finale. Cela étant, il est à la fois louable et justifié d'inclure dans le projet d'articles le principe selon lequel le préjudice subi par la personne physique ou morale protégée devrait être pris en considération dans l'évaluation du montant de la réclamation et de prévoir le droit pour cette personne de recevoir toute indemnisation obtenue par l'État. M. Candioti serait en mesure d'appuyer une décision visant à inclure des dispositions, recommandations ou commentaires allant dans le sens du projet d'article 20 qui est proposé.

82. M. MANSFIELD dit que plus la Commission débat du sujet de la protection diplomatique et approfondit l'analyse des questions y relatives, moins il est convaincu de la portée pratique du projet dans son ensemble, et encore moins de celle de certains des éléments plutôt rares auxquels la Commission a consacré beaucoup de temps. La Commission a toujours admis que son travail sur le sujet était essentiellement de nature résiduelle, compte tenu de l'évolution du droit international des droits de l'homme, d'une part, et de celle des traités d'investissements bilatéraux, d'autre part. Cela signifie non pas que l'exercice soit vain mais qu'il doive s'inscrire dans un contexte approprié.

83. Il est intéressant de relever que peu de membres de la Commission ont fait part de leur expérience en matière de présentation et de traitement de réclamations officielles en protection diplomatique à l'égard de particuliers. Personnellement, en 20 ans de carrière au service juridique du Ministère des affaires étrangères qui l'ont amené à connaître de questions fort diverses, M. Mansfield, autant qu'il s'en souvienne, n'est jamais intervenu en amont ou en aval d'une procédure officielle, et il tend à considérer qu'il doit en aller ainsi dans la plupart des petits pays. Il y a certes eu des cas dans lesquels les actions menées par les autorités d'autres États à l'égard d'un ressortissant néo-zélandais ont fait l'objet d'enquêtes ou de discussions par l'intermédiaire des représentants diplomatiques ou consulaires, mais celles-ci n'ont jamais abouti à la présentation d'une demande officielle d'indemnisation. C'est pourquoi M. Mansfield est hésitant. Sur un sujet tel que celui de la protection diplomatique, où la tâche de la Commission consiste à codifier la pratique et à incorporer les changements dont l'expérience montre qu'ils sont de bon sens ou utiles dans le contexte international actuel, il se sentirait bien plus à l'aise s'il pouvait s'appuyer sur des cas concrets intervenus dans son propre pays ou dans d'autres petits États.

84. D'un autre côté, l'expérience relativement limitée que les petits États ont en matière de réclamations officielles n'a rien de bien surprenant et pourrait même donner quelque indication quant aux facteurs à prendre en considération par la Commission. S'il apparaît qu'un État

a commis un fait internationalement illicite à l'encontre du national d'un autre État, il est assez aisé pour l'État de nationalité, même s'il est un petit État, de réaliser des enquêtes et de procéder à des échanges de vues au niveau diplomatique à propos du préjudice présumé. Dans la plupart, voire dans la totalité, des cas, le problème serait ainsi dûment réglé. Toutefois, si l'État auteur refuse de reconnaître qu'un acte internationalement illicite a été commis ou s'il refuse simplement d'agir de quelque manière que ce soit, la question, grave, se pose de savoir si cela vaut la peine d'aller plus loin et de présenter une réclamation officielle. En l'absence d'accord préalable de règlement des différends, il est peu probable, à moins que l'État de nationalité n'ait une influence considérable, que l'État récalcitrant se laisse convaincre d'accepter que la réclamation soit examinée par un tribunal indépendant. Si tel est le cas, cela pourrait alors signifier que les processus moins formels d'enquête et de discussion au niveau diplomatique (l'action diplomatique à l'échelon inférieur) sont d'une plus grande utilité pratique dans le cadre de la protection diplomatique des particuliers que la présentation et le traitement de réclamations officielles. Bien sûr, dans les cas où un grand nombre d'individus sont impliqués dans un drame de grande ampleur ou se trouvent dans une situation analogue, il est probable qu'un accord sera négocié.

85. En ce qui concerne les sociétés, la plupart des avis exprimés sur le septième rapport et les rapports précédents du Rapporteur spécial semblent indiquer que la question théorique dont la Commission doit se saisir est celle des modalités de la protection des petits actionnaires étrangers d'une société dont les intérêts risquent d'avoir été mis à mal par le fait illicite de l'État d'accueil, et plus particulièrement, celle des moyens à mettre en œuvre pour que l'État ou les États de nationalité de ces petits actionnaires soient en mesure de présenter et de voir traitées les réclamations officielles visant la faute commise. M. Mansfield se demande si ce cas de figure correspond à la réalité ou s'il s'agit d'une fiction qui pourrait s'avérer aussi ambiguë que la fiction *Mavrommatis*.

86. M. Mansfield a le sentiment qu'il en va de même pour les petites entreprises et pour les particuliers, c'est-à-dire que c'est le plus souvent par des enquêtes et des discussions officieuses menées par la voie diplomatique qu'un règlement aura le cas échéant le plus de chances d'intervenir. La présentation et le traitement de demandes officielles de protection diplomatique, avec les tribunaux et les avocats que cela suppose, sont censés regarder sans doute davantage les grandes sociétés multinationales, dont les décisions quant aux lieux où elles sont constituées et où elles exercent leur activité sont en général le fruit d'analyses économiques et politiques complexes. Les actionnaires de telles sociétés qui décideraient de prier un État, ou des États, ou feraient pression sur eux afin qu'ils exercent officiellement la protection diplomatique à l'égard de leurs intérêts en présentant une réclamation ne seront certainement pas des petits porteurs, mais plutôt de grands groupes ayant des participations dans les sociétés mères ou des responsables de gigantesques fonds d'investissement.

87. Les discussions qui ont eu lieu à la Commission à propos des réclamations s'agissant des sociétés semblent

marquées par une autre image forte, à savoir celle de la confiscation arbitraire d'actifs ou de droits sociaux par la voie de la nationalisation, sous une forme ou une autre. Un cas de figure très différent pourrait cependant se présenter, celui de pressions exercées par une société étrangère détenant un monopole sur tel ou tel secteur industriel en vue de la présentation d'une demande de protection diplomatique comme moyen de faire effectivement obstacle à l'adoption d'une législation par l'État d'accueil qui aurait fini par prendre conscience qu'elle est essentielle à la protection de son environnement, par exemple.

88. La précision des règles de droit est un objectif louable, surtout lorsque l'on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elle aboutisse à un résultat juste et équitable dans toutes les situations raisonnablement envisageables. Mais lorsque les situations dans lesquelles les règles sont censées s'appliquer sont susceptibles d'être très différentes, une trop grande précision peut nuire à l'équité et à la justice.

89. C'est compte tenu de ces considérations et conscient de l'absence de cas concrets sur lesquels s'appuyer que M. Mansfield souhaite faire un certain nombre de commentaires sur les projets d'article à proprement parler.

90. En ce qui concerne le projet d'article premier, il pense comme d'autres membres de la Commission qu'il n'est pas nécessaire d'ajouter le nouveau paragraphe 2 proposé et qu'il vaudrait mieux traiter de la question de la distinction entre la protection diplomatique et les fonctions consulaires dans le commentaire. Cela étant, vu l'importance que peuvent revêtir l'enquête et la négociation dans le règlement de nombreuses situations, M. Mansfield invite le Rapporteur spécial à revenir sur la quatrième phrase du paragraphe 16 du septième rapport. Tel qu'il est actuellement libellé, ce paragraphe pourrait être interprété comme signifiant que l'action diplomatique au niveau inférieur, à savoir l'enquête, les échanges de vues et la négociation, ne peut être exercée à moins que les recours internes n'aient été épuisés. Pour M. Mansfield, cela ne correspond ni à ce qui était envisagé ni à la teneur du projet d'article 14. C'est pourquoi il serait peut-être utile, d'un point de vue pratique, de préciser que ce n'est pas le cas.

91. M. Mansfield souscrit à l'idée sous-jacente au paragraphe 2 qu'il est proposé d'ajouter au projet d'article 2, mais convient avec d'autres membres de la Commission qu'elle doit être formulée d'une autre manière. Tout en prenant acte avec intérêt de l'analyse qui a conduit l'Italie à proposer d'instituer une obligation d'exercer la protection diplomatique dans certains cas, il estime que cette proposition soulève d'importantes difficultés et qu'il existe d'autres solutions au problème auquel elle est censée répondre. Dans ce contexte, il observe qu'à l'heure actuelle, il arrive qu'un grand nombre de personnes passent la totalité de leur existence en dehors de leur État de nationalité de sorte qu'elles n'ont plus qu'un vague lien avec lui, si tant est qu'elles en aient un. L'introduction d'une réclamation est un processus complexe et de longue haleine et constituerait pour un petit État une lourde charge, outre qu'elle pourrait remettre en cause ses priorités nationales. Un tel fardeau ne serait pas justifié en cas d'absence de lien ou de lien distendu et

lorsque, par exemple, d'autres États ou des organisations non gouvernementales sont mieux placés pour utiliser d'autres procédures susceptibles d'être plus efficaces.

92. L'idée maîtresse sur laquelle repose le projet d'article 4 est juste, et la nouvelle version proposée représente un progrès, même si elle gagnerait à être examinée de manière plus approfondie par le Comité de rédaction, à la lumière des commentaires de M^{me} Escarameia et de M. Pellet.

93. En ce qui concerne le projet d'article 5 qui a suscité de longs débats, M. Mansfield est d'avis que la formulation proposée par le Rapporteur spécial assure un équilibre raisonnable.

94. Quant au projet d'article 8, il est particulièrement important puisqu'il établit de nouvelles catégories de personnes à l'égard desquelles la protection diplomatique pourrait être exercée. Comme le projet d'article 19 sur les membres d'équipage, il pourrait être d'une grande utilité pratique. M. Mansfield continue de penser que le critère de la «résidence légale et habituelle» place la barre trop haut, même si la Commission est finalement parvenue à un consensus sur cette formulation, sur laquelle il n'y a probablement pas lieu de revenir, sauf si une tendance manifeste émerge des commentaires des États. Il serait bon de préciser le sens du mot «réfugié» dans le commentaire. À l'évidence, l'État requérant ne saurait établir ses propres normes pour déterminer quelles sont les personnes susceptibles d'être qualifiées de réfugiés. D'un autre côté, il se peut que des personnes généralement reconnues au plan international comme «réfugiés» ne répondent pas strictement, à un moment donné, à la définition retenue dans la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés.

95. À propos du projet d'article 9, M. Mansfield déclare ne pas comprendre les efforts faits pour inclure l'ensemble des mécanismes par lesquels une société peut établir des liens avec un État, en recourant à des formulations telles que «ou ... un lien similaire». Les sociétés prennent des décisions réalistes au plan commercial s'agissant du lieu de leur constitution et, ce faisant, elles doivent tenir compte de ce à quoi elles peuvent s'attendre, le cas échéant, en matière de protection diplomatique. Cela étant, il est un fait, actuellement, qu'un grand nombre de sociétés s'efforcent activement d'avoir une personnalité bipolaire ou multipolaire, et le paragraphe 3 du nouveau projet proposé est probablement le seul moyen raisonnable de prendre en compte cette réalité, quelle que soit la difficulté à appliquer la disposition dans des cas particuliers. Là encore, il est à espérer que dans la plupart des cas la situation relèvera d'un traité d'investissements bilatéral.

96. M. Mansfield ne dispose pas d'informations concrètes qui lui permettraient de trancher entre l'ancienne version du projet d'article 10 et la nouvelle. Il en va quasiment de même pour le projet d'article 11.

97. En ce qui concerne le projet d'article 16, M. Mansfield fait partie de ceux qui privilégient la proposition initiale plutôt que le nouveau libellé et souscrit à l'avis exprimé par M. Pellet sur ce point. Il serait préférable que la question de savoir si les recours internes doivent être épuisés, quelles

que soient les circonstances, soit examinée par l'instance judiciaire, laquelle est à même d'apprécier pleinement ces circonstances. Point n'est besoin d'énumérer tous les cas, et les alinéas *a* et *c* du texte original paraissent tout à fait suffisants. M. Mansfield rappelle qu'il a essayé antérieurement, dans le cadre de l'examen de l'alinéa *c*, de donner quelques exemples de situations dans lesquelles il serait tout simplement déraisonnable d'insister sur la règle de l'épuisement des recours internes.

98. S'agissant du projet d'article 19, relatif aux membres d'équipage, M. Mansfield estime qu'il présente une véritable utilité concrète et qu'il peut concerner directement les marins originaires de petits États n'ayant que peu, ou pas, de représentants à l'étranger. Il est fermement opposé à la suppression de cette disposition et au renvoi de la question à une autre instance internationale qui pourrait attendre des années avant de l'examiner. Cela étant, il estime que M. Momtaz est allé à l'essentiel en soulignant que le projet d'article 19 devrait être placé à la suite du projet d'article 17.

99. Les considérations d'ordre général sous-jacentes au projet d'article 20 qui est proposé méritent d'être appuyées au plan des principes. Toutefois, les observations formulées par M. Matheson lors de la séance précédente à propos des difficultés pratiques et stratégiques que le texte actuel pourrait poser conduisent à conclure que la question doit être examinée de façon plus approfondie avant que la Commission ne se prononce. Il serait sans doute possible de le faire au cours de la présente session et de mettre au point des formulations susceptibles de recueillir un consensus. À la limite, il pourrait en être traité dans le commentaire, en tenant compte des débats qui ont eu lieu à la Commission. Comme M. Gaja l'a fait observer, des solutions intermédiaires existent aussi.

100. M. Mansfield ne s'oppose pas à ce que le projet d'articles revête la forme d'une convention, mais il n'en voit pas vraiment la nécessité. Si c'est une convention qui est établie, les États, probablement, décideront d'en devenir ou non parties en fonction des modalités selon lesquelles les règles seront appliquées aux situations qui, à leur avis, les concerneraient le plus vraisemblablement. Comme les situations susceptibles de donner lieu à des réclamations faisant intervenir des sociétés peuvent varier considérablement, il serait utile, quelle que soit la forme finale du projet, d'indiquer dans le commentaire que les articles sont censés énoncer des règles d'application générale mais que les États souhaiteront peut-être s'en inspirer pour les adapter, dans le cadre d'accords bilatéraux, aux circonstances qui sont les leurs.

101. Il importe que la Commission achève ses travaux sur le sujet de la protection diplomatique à la session en cours. M. Mansfield se déclare tout à fait convaincu que, sous la conduite du Rapporteur spécial et grâce au travail minutieux du Comité de rédaction, elle pourra y parvenir.

102. M. DAOUDI relève que certains membres de la Commission ont jugé le projet d'articles conservateur au regard de l'évolution du droit international et plus particulièrement du développement du droit des droits de l'homme, mais que d'autres considèrent qu'il s'écarte de la conception traditionnelle de la protection diplomatique

telle que reflétée dans l'arrêt *Mavrommatis* en permettant que certaines catégories de personnes (les apatrides et les réfugiés, visés à l'article 8) bénéficient de la protection diplomatique, en associant la personne protégée à la procédure de protection ou encore en reconnaissant le droit de cette personne à une indemnisation (art. 20). Ces différences de perception tiennent au fait que la matière évolue rapidement. La formule *Mavrommatis* est l'illustration d'une pratique du passé, dans laquelle la protection diplomatique était considérée comme un droit propre de l'État, et elle a été critiquée pour être une fiction parce que le dommage a été en réalité subi par l'individu lui-même. Le lien récemment établi entre l'évolution de l'institution de la protection diplomatique et celle des droits de l'homme montre que les deux institutions s'interpénètrent. Dans cette vision, l'individu acquiert une personnalité juridique internationale limitée mais n'a pas la capacité d'agir pour protéger ses droits propres. Pour remédier à une telle situation, il faudrait recourir à une autre fiction, à savoir celle de la représentation, en vertu de laquelle l'État représente son national dans l'exercice de ses droits. Cette hypothèse impliquerait que l'individu tire un droit propre de la norme violée, ou que le droit international confère à l'individu un droit propre à la protection diplomatique. Pour M. Daoudi, il n'est pas certain que ce soit le cas, car si l'individu a des droits propres en droit international, dont il peut confier l'exercice à l'État de nationalité, rien ne l'empêcherait en principe d'en confier l'exercice à un autre État – ce que les règles de la protection diplomatique ne permettent pas en l'état actuel des choses. En outre, il n'est pas établi que l'individu a un droit propre à la protection diplomatique. Il n'est jusqu'à présent pas question d'imposer à l'État de nationalité une obligation d'exercer la protection diplomatique en faveur de son national: c'est ce qui apparaît du libellé du projet d'article 2, ainsi que du paragraphe 2 du commentaire y relatif qui précise que l'État n'a ni le devoir ni l'obligation d'exercer la protection diplomatique.

103. Il n'est pas non plus certain que ce soit le cas en ce qui concerne la reconnaissance du droit du national lésé à une indemnisation, telle qu'elle est proposée au paragraphe 2 du projet d'article 20. C'est ce que M. Matheson a démontré à la séance précédente, lorsqu'il a souligné que l'État exerçant la protection a le pouvoir de s'engager dans des négociations bilatérales sur l'indemnisation et que la Cour suprême des États-Unis a reconnu le pouvoir discrétionnaire du Gouvernement américain en la matière.

104. En ce qui concerne le paragraphe 2 de l'article premier, M. Daoudi relève que l'assistance diplomatique diffère de l'assistance consulaire et que les consuls d'un État ne peuvent accorder une protection consulaire à un ressortissant d'un État tiers sans l'accord préalable de cet État et de celui de l'État auprès duquel le consul est accrédité. La disposition proposée repose sur les plaidoiries des États-Unis devant la CIJ dans l'affaire *LaGrand*, mais dans la mesure où l'argument alors mis en avant visait à contester la compétence de la Cour, elle n'a pas sa place dans le projet d'articles.

105. Pour ce qui est du paragraphe 2 du projet d'article 2, inspiré de la proposition autrichienne, M. Daoudi estime

qu'il n'est pas nécessaire, pour les raisons qui ont été exposées par M. Kolodkin à la séance précédente.

106. La nouvelle version du paragraphe 1 de l'article 3 ne fait que reprendre, dans des termes différents, l'idée développée dans la version précédente. Pour ce qui est du paragraphe 2, M. Daoudi relève que les situations visées dans le projet d'article 8 ne sont pas les seules où un État exerce la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui n'est pas son national. Dans le cadre des conventions d'assistance diplomatique ou des accords de représentation des intérêts en cas de rupture de relations diplomatiques, un État peut parfaitement exercer la protection diplomatique à l'égard des ressortissants de son cocontractant, sous réserve, bien entendu, de l'assentiment de l'État tiers vis-à-vis duquel la protection est exercée.

107. M. Daoudi appuie le nouveau libellé du projet d'article 4 proposé par le Rapporteur spécial au paragraphe 30 du rapport.

108. Pour les raisons convaincantes exposées par le Rapporteur spécial au paragraphe 43 du rapport, il considère que le lien de nationalité doit être continu depuis la date à laquelle le préjudice a été causé jusqu'à la date de la présentation de la réclamation et, par conséquent, il approuve le nouveau libellé des paragraphes 1 et 2 du projet d'article 5.

109. En ce qui concerne le projet d'article 8, M. Daoudi juge sa version actuelle acceptable. La Commission ne devrait pas faire siennes les idées des pays nordiques. La définition du terme «réfugié» devrait à son sens être celle de la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, et il souscrit à cet égard à l'analyse de l'Autriche.

110. Quant à la nouvelle rédaction du projet d'article 9, elle répond à l'évolution actuelle de la structure des sociétés commerciales et l'hypothèse de l'existence de deux ou plusieurs États ayant qualité pour exercer la protection diplomatique est tout à fait plausible.

111. Il serait préférable de maintenir le libellé actuel de l'alinéa *a* du projet d'article 16 tout en y ajoutant les mots «disponible et» comme l'a proposé l'Autriche. Les projets d'articles 17 et 18 recouvrant des problèmes similaires, ils devraient être regroupés dans une seule disposition.

112. Pour ce qui est du projet d'article 20, il tient compte des droits de la personne protégée à deux points de vue. Selon le paragraphe 1, ladite personne est associée à l'estimation du préjudice subi, avant qu'elle ne récupère, en principe, l'intégralité de la somme reçue à titre d'indemnisation. Telle qu'elle est libellée, la disposition n'empêche pas l'État de demander réparation du dommage qu'il a lui-même subi du fait de la violation du droit international par l'État fautif dans le cas où un préjudice est subi à la fois par l'État et par son ressortissant. C'est pourquoi M. Daoudi approuve le libellé actuel du paragraphe.

113. Le paragraphe 2 de l'article 20 reconnaît le droit de la personne protégée de percevoir, à la fin du processus de la protection diplomatique, l'indemnisation qui a été accordée. Tel qu'il est actuellement rédigé, le paragraphe

n'établit pas clairement de lien entre d'un côté l'estimation du dommage subi par la personne protégée et de l'autre la part des sommes reçues que l'État doit lui verser, après déduction des frais occasionnés par la présentation de la réclamation. Une telle question se poserait avec davantage d'acuité si le mot «devrait» était retenu au lieu de «doit».

114. En conclusion, M. Daoudi dit que le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et le projet d'articles sur la protection diplomatique devraient tous deux prendre la forme de conventions dans la mesure où les deux sujets sont complémentaires.

115. M. ADDO appuie pleinement les modifications apportées par le Rapporteur spécial à un certain nombre de projets d'article. Il est en revanche réservé vis-à-vis du projet d'article 20 proposé. Il est favorable au droit du national lésé de recevoir une indemnisation, et dans cet esprit il considère qu'il faudrait imposer à l'État l'obligation de remettre l'indemnisation à la personne lésée.

116. Lorsqu'un dommage est subi par une personne physique ou une autre entité juridique établie en droit interne, la règle générale est que le droit de présenter une réclamation à raison de la faute appartient à l'État de nationalité de la victime. Par conséquent, il est présumé que les nationaux sont des éléments indispensables des attributs territoriaux de l'État, de sorte que la faute commise à l'encontre du national affecte automatiquement les droits de l'État.

117. L'exercice de la protection diplomatique étant généralement considéré comme étant un droit de l'État, il a toujours été estimé, dans l'affaire de la *Barcelona Traction* par exemple, que l'État dispose à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire absolu. Il est en outre admis que la décision d'exercer la protection diplomatique repose toujours davantage sur des considérations d'ordre politique que sur le bien-fondé de la réclamation en droit. Ce point est brièvement abordé au paragraphe 79 de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, dans les termes suivants:

L'État doit être considéré comme seul maître de décider s'il accordera sa protection, dans quelle mesure il le fera et quand il y mettra fin. Il possède à cet égard un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice peut dépendre de considérations, d'ordre politique notamment, étrangères au cas d'espèce. Sa demande n'étant pas identique à celle du particulier ou de la société dont il épouse la cause, l'État jouit d'une liberté d'action totale.

118. Par conséquent, l'État n'est pas tenu de remettre l'indemnisation reçue à la personne lésée. En outre, dans la mesure où le droit de protection appartient à l'État, un État peut décider de présenter une réclamation y compris en cas d'opposition de la personne lésée.

119. Bien que la nature discrétionnaire de l'exercice de la protection diplomatique ait été ces dernières années vivement critiquée pour être contraire aux mécanismes internationaux de défense des droits de l'homme, la thèse selon laquelle le droit international général imposerait déjà aux États une obligation d'exercer la protection diplomatique n'est pas suffisamment étayée, même si cela semble souhaitable du point de vue du développement progressif du droit.

120. En conclusion, M. Addo dit que l'ensemble du projet d'articles, à l'exception du projet d'article 20, devrait être renvoyé au Comité de rédaction.

121. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à présenter des observations d'ordre général pour aider la Commission dans sa décision quant au renvoi du septième rapport au Comité de rédaction.

122. M. DUGARD (Rapporteur spécial) relève que deux dispositions continuent de soulever des problèmes. Il s'agit en premier lieu de la proposition du Gouvernement italien d'imposer aux États, dans le cadre du projet d'article 2, une obligation d'exercer la protection diplomatique – proposition qui a recueilli l'approbation d'un nombre restreint de membres de la Commission et à laquelle il est personnellement favorable dans une certaine mesure. Il reste que la majorité des membres, ou sont restés silencieux sur le sujet – ce qui implique que le *statu quo* sur le fait que l'État est investi d'un pouvoir discrétionnaire s'en trouve conforté – ou ont exprimé leur désaccord. Aussi, le Rapporteur spécial suggère-t-il de ne pas renvoyer cette proposition au Comité de rédaction et de souligner en revanche dans le commentaire que le droit international progresse dans cette direction. Il précise qu'à l'heure actuelle et selon son propre décompte, 12 membres sont favorables à l'inclusion du projet d'article 20 proposé et 6 membres sont contre. Parmi les premiers, beaucoup ont souhaité que la Commission adopte à cet égard une position prudente et modérée. Sur les six membres qui se sont prononcés contre l'inclusion du projet d'article, quatre ont estimé qu'il est inopportun ou prématuré de s'engager dans un tel exercice. Par conséquent, le Rapporteur spécial propose que l'ensemble des 19 projets d'article contenus dans le septième rapport, qui ont été adoptés en première lecture⁵², et le projet d'article 20 qu'il a proposé, soient renvoyés au Comité de rédaction en vue de leur examen à la lumière des commentaires des membres de la Commission et des gouvernements, étant entendu que ceux-ci ne devraient pas adopter sur le sujet une attitude par trop radicale, la majorité des membres de la Commission préconisant une approche prudente.

123. Le PRÉSIDENT déclare qu'en l'absence d'objection, il considérera que la Commission souhaite renvoyer l'ensemble des propositions au Comité de rédaction en vue de leur examen en seconde lecture.

Il en est ainsi décidé.

Organisation des travaux de la session (suite*)

[Point 1 de l'ordre du jour]

124. M. KOLODKIN (Président du Comité de rédaction) annonce que le Comité de rédaction sur le sujet de la protection diplomatique est actuellement composé comme suit: M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Gaja, M. Kemicha, M. Mansfield, M. Matheson, M. Momtaz, M. Yamada et M. Dugard (Rapporteur spécial) et M^{me} Xue (Rapporteur), *ès qualités*.

* Reprise des débats de la 2868^e séance.

⁵² *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 18-20, par. 59.

La séance est levée à 13 h 10.

2872^e SÉANCE

Mardi 9 mai 2006, à 10 h 2

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Candiotti, M. Chee, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Momtaz, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M^{me} Xue, M. Yamada.

Organisation des travaux de la session (suite)

[Point 1 de l'ordre du jour]

1. Le PRÉSIDENT souhaite la bienvenue à M. Valencia-Ospina et dit que la Commission se félicite de compter parmi ses membres un praticien du droit international aussi émérite.

2. M. VALENCIA-OSPINA se réjouit lui aussi à l'idée de contribuer aux travaux de la Commission. Il évoque le chemin qu'il a parcouru depuis le jour où, 40 ans auparavant, le jeune juriste qu'il était a réalisé son rêve en assistant à une session annuelle de la Commission. Il évoque également sa rencontre avec M. Sepúlveda, qu'il a l'honneur de remplacer et qui vient d'être nommé juge à la CIJ où lui-même a exercé par le passé les fonctions de greffier. Il est très reconnaissant aux membres de la Commission de l'accueillir parmi eux, car siéger au sein du plus haut organe onusien œuvrant dans le domaine du développement progressif du droit international et de sa codification couronne le travail de toute une vie consacrée aux activités juridiques de l'ONU.

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de pertes liées à un dommage transfrontière résultant d'activités dangereuses) [A/CN.4/562 et Add.1⁵³, A/CN.4/566⁵⁴ et A/CN.4/L.686]

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

3. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial, M. Sreenivasa Rao, à présenter son troisième rapport sur le régime juridique de la répartition des pertes en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses (A/CN.4/566).

4. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) explique qu'il analyse dans un premier temps (par. 3 et 4) les vues et commentaires des gouvernements (A/CN.4/562 et Add.1) sur le projet de principes relatifs à la répartition des pertes, adopté en première lecture en 2004⁵⁵. Dans l'ensemble, les gouvernements ont approuvé les choix qui sous-tendent ce projet de principes, à savoir que son champ d'application doit être le même que celui du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses⁵⁶, en attente d'une décision de l'Assemblée générale depuis 2001, et qu'il doit être général et supplétif, de façon à donner aux États la marge de manœuvre nécessaire pour concevoir des régimes de responsabilité adaptés à leurs besoins et aux particularités du secteur concerné.

5. Les États ont souscrit en particulier à l'obligation d'assurer, grâce à la mise en place d'un système efficace de recours, une indemnisation prompte et adéquate aux victimes des dommages transfrontières causés par des activités dangereuses. Cette obligation est énoncée au principe 4, qui définit les mesures à prendre à cet effet. Il prévoit que la responsabilité pèse sur l'exploitant, qu'elle soit objective mais limitée, avec des exceptions minimales. L'exploitant devrait souscrire une assurance pour couvrir les indemnisations éventuelles. En outre, les États sont de plus en plus partisans d'élargir la base des garanties financières, en particulier au cas où l'exploitant serait déchargé de sa responsabilité, ou si sa responsabilité limitée ne couvrirait pas l'étendue de la réclamation, ou encore s'il n'était pas en mesure de s'acquitter de ses obligations.

6. Les États ont jugé également essentiel de prévoir des procédures appropriées pour garantir que l'indemnisation prévue au principe 4 soit effective. C'est là l'objet du principe 6, qui traite des recours internes et internationaux. Parmi les moyens envisagés figurent la création de commissions internationales de règlement et le versement d'indemnités forfaitaires. Le droit à l'information, l'accès sans discrimination aux mécanismes administratifs et judiciaires, et la possibilité d'obtenir gain de cause rapidement et à moindres frais sont autant d'éléments nécessaires à tout mécanisme efficace. Le principe 6 souligne qu'en tout état de cause les voies de recours offertes ne doivent pas être moins efficaces, rapides et appropriées que celles ouvertes aux nationaux pour la même réclamation. Les États ont reconnu l'importance de ces différentes mesures dans leurs commentaires mais d'une façon générale ils sont d'avis qu'aucune formule standard ne peut concilier tous les éléments et qu'une approche souple est donc préférable.

7. La définition du terme «dommage» telle qu'elle figure au principe 2 a recueilli un large consensus. Les avis ont divergé cependant sur les questions relatives au dommage à l'environnement proprement dit, à la qualité pour agir dans ce cas et au type de réclamations recevables. Les États ont aussi donné leur aval dans l'ensemble aux principes 5, 7 et 8, qui concernent, respectivement, les mesures d'intervention, la nécessité d'élaborer des régimes de responsabilité plus spécifiques pour les dommages transfrontières (régimes internationaux spéciaux), et la

⁵³ Reproduit dans *Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie).

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 68-70, par. 175.

⁵⁶ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie), p. 157, par. 97.

nécessité de transposer le projet de principes dans le droit interne des États (application). Certains ont jugé qu'il serait utile que la Commission précise les moyens de rendre plus effective l'obligation fondamentale d'assurer une indemnisation prompte et adéquate aux victimes, mais d'autres ont estimé qu'en voulant trop détailler, on risquait de compromettre le caractère général et supplétif du système et de pêcher par excès de réglementation. Les avis ont divergé également sur la forme que devrait revêtir le projet de principes.

8. À la section suivante, le Rapporteur spécial répond aux demandes d'éclaircissement des États sur un certain nombre de points soulevés à propos de différents principes. Les paragraphes 11 à 22 portent notamment sur les réclamations relatives aux dommages à l'environnement et aux dommages à des valeurs autres que celle des services rendus, sur la manière de traiter une multiplicité de réclamations, et sur le statut juridique du projet de principes. S'agissant de la définition de l'environnement, que certains jugent peut-être trop générale, le Rapporteur spécial pense qu'il convient, dans le cadre d'un régime général et supplétif, de la formuler dans les termes les plus larges possible afin de «tempérer toute limite imposée par les régimes de responsabilité aux mesures correctives acceptables»⁵⁷. Une définition globale est également nécessaire pour faciliter le recouvrement des coûts liés aux mesures raisonnables d'intervention visant à éviter un dommage à l'environnement ou à en atténuer les effets, ainsi que pour favoriser le développement progressif du droit, en se fondant notamment sur la jurisprudence de la Commission d'indemnisation des Nations Unies en matière de réclamations pour dommages à l'environnement proprement dit.

9. La multiplicité des réclamations est un problème bien réel, qui peut surgir selon différents scénarios à la suite d'un dommage transfrontière. À cet égard, la tendance veut que l'on laisse à la victime le choix du for, par exemple entre l'État où est exercée l'activité dangereuse et l'État où le dommage s'est produit. Avec une seule juridiction, le risque d'une multiplicité de réclamations est évité ou réduit. Lorsqu'il y a multiplicité de réclamations déposées à la fois contre l'exploitant et contre l'État d'origine, une même qualité pour agir risque de donner lieu à une double indemnisation. Le tribunal peut l'éviter en regroupant les réclamations, ou en partageant la réparation du dommage entre l'exploitant et l'État d'origine selon la part de responsabilité de chacun. Mais d'autres solutions sont également possibles. En tout état de cause, le postulat aux fins du projet de principes est que la responsabilité de l'État n'est pas invoquée car l'on présume qu'il s'est pleinement acquitté de son obligation de faire preuve de la diligence voulue.

10. En ce qui concerne le statut juridique du projet de principes, le Rapporteur spécial rappelle que la Commission n'a pas pour pratique de préciser quelles parties d'un projet relèvent de la codification du droit coutumier et quelles parties entrent dans la catégorie du développement progressif du droit. Il reste cependant indéniable que ses efforts pour «reprendre à son compte

l'évolution qui s'est produite dans un domaine bien précis du droit et l'incorporer dans le droit acquis» ne sont pas dénués d'intérêt juridique.

11. En réponse aux commentaires de certains États, le Rapporteur spécial rappelle aux paragraphes 7 à 10 du rapport pourquoi il a été décidé de fixer un «seuil» pour l'application du projet de principes, pourquoi il serait inutile de dresser une liste des activités relevant de son champ d'application, et pourquoi il est difficile d'élargir la portée du sujet.

12. Le chapitre suivant traite de l'évolution des règles qui sous-tendent le projet de principes, comme le principe de précaution, le principe du «pollueur-payeur», le fondement juridique de la responsabilité, les obligations notables des États en matière de réglementation des activités dangereuses, les normes minimales permettant de garantir l'égalité d'accès à la justice, et d'assurer une indemnisation prompte et adéquate.

13. Le principe de précaution joue un rôle essentiel lorsque l'État s'acquitte de son devoir de prévention, en particulier au stade de l'autorisation d'une activité dangereuse. Son rôle est tout aussi important lorsqu'un dommage transfrontière est imminent ou s'est déjà produit. De ce principe découle aussi l'obligation qu'a l'État d'éviter un dommage transfrontière, ou d'en atténuer les effets, au moyen des meilleures techniques disponibles. En outre, les tribunaux décident souvent de suspendre ou de faire cesser une activité dangereuse pour l'environnement même si la menace d'un dommage grave et irréparable n'est pas démontrée par des éléments scientifiques sûrs, ce qui montre que le principe de précaution intervient même après que l'activité a été autorisée.

14. Né du droit coutumier, le principe du pollueur-payeur, qui consiste à faire peser sur l'exploitant – quel que soit le sens donné à ce terme – une responsabilité objective mais limitée, est de plus en plus accepté. Cependant, si la responsabilité objective est retenue comme norme internationale pour la responsabilité des activités dangereuses susceptibles de causer un dommage transfrontière, il convient d'en définir soigneusement les éléments. Une définition appropriée est indispensable pour servir l'objectif clef du projet de principes, qui est d'assurer une indemnisation prompte et adéquate aux victimes. À cet égard, la pratique tend de plus en plus à assouplir la notion de prévisibilité, à réduire la possibilité de faire valoir «l'utilisation naturelle» et à limiter au maximum les exceptions à la responsabilité de l'exploitant (par. 29 et 30 du rapport).

15. Les obligations notables des États concernent la gestion des activités dangereuses susceptibles de causer un dommage transfrontière, en particulier après la survenance d'une situation donnant lieu à un dommage. L'État est notamment tenu d'exercer un contrôle continu sur les activités dangereuses, d'élaborer des plans d'urgence aussi efficaces que possible en tenant compte des connaissances les plus récentes en matière de risque et des moyens techniques, technologiques et financiers disponibles, et d'employer les meilleures techniques existantes pour éviter tout dommage transfrontière ou en atténuer les conséquences. L'État est également

⁵⁷ *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 70-96, par. 176, projet de principe 2, par. 16 du commentaire.

dans l'obligation de prévenir tous les États concernés lorsqu'une situation critique survient; une fois prévenus, ces derniers doivent à leur tour prendre toutes les mesures raisonnables pour atténuer le dommage transfrontière. Cette obligation de diligence voulue est une obligation de bonne gouvernance, dont chaque État s'acquitte en fonction de sa situation sociale et économique. En effet, les normes appliquées par certains pays peuvent ne pas convenir à d'autres, en particulier aux pays en développement du fait de leur coût social et économique injustifié (par. 32 du rapport).

16. L'État a en outre l'obligation d'établir un régime juridique approprié prévoyant des recours effectifs en vue d'offrir une indemnisation prompte et adéquate à ses nationaux. Cette obligation devra ensuite être étendue aux victimes de dommages transfrontières, sans aucune discrimination, exigence qui est de mieux en mieux acceptée. Toutefois, l'État doit au minimum s'assurer que les recours offerts aux victimes de dommages transfrontières ne sont pas moins rapides, adéquats et effectifs que ceux dont disposent ses nationaux (par. 33 du rapport).

17. En ce qui concerne la question de l'indemnisation prompte et adéquate, les propositions de création de tribunaux spéciaux nationaux et internationaux dans le domaine de l'environnement pour accélérer les procédures ne sont pas encore aussi bien accueillies sur le plan international que par certains pays. Par ailleurs, l'indemnisation «adéquate» est difficile à définir avec précision. Cela étant, une indemnisation qui n'est ni arbitraire ni hors de toute proportion avec le dommage effectivement subi, même si elle n'est pas intégrale, peut être considérée comme adéquate. En d'autres termes, adéquat ne signifie pas «suffisant» (par. 37 du rapport).

18. S'agissant enfin de la forme finale des projets de principes (par. 38 à 44 du rapport), la Commission a réservé sa position la dernière fois qu'elle a examiné le sujet en 2004⁵⁸. Dans le rapport, il est recommandé une nouvelle fois de s'en tenir à des principes et de ne pas transformer le projet en une convention. La raison principale en est qu'il faudra un certain temps pour que l'ensemble de prescriptions associées à l'obligation de base d'assurer une indemnisation prompte et adéquate soit reconnu par les tribunaux et affirmé de manière uniforme dans la pratique des États. On constate actuellement des différences en fonction de l'instance judiciaire et du type d'activité (par. 39 et 40). Le Rapporteur spécial estime par ailleurs qu'un projet de principes qui ferait l'objet d'un large consensus serait beaucoup plus utile au développement du droit qu'un projet d'articles qui ne serait probablement adopté qu'à la majorité qualifiée.

19. Le dernier chapitre du rapport (par. 45 et 46) traite de la relation entre les projets de principe et les projets d'article sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses adoptés par la Commission en 2001. Il est suggéré que l'Assemblée générale envisage d'adopter le projet d'articles sur la prévention sous la forme d'une convention, après

avoir examiné ces articles dans le cadre d'un groupe de travail de la Sixième Commission. On pourrait alors envisager d'inclure certains éléments de responsabilité sous la forme d'un article supplémentaire du projet de convention, où il serait précisé que l'obligation d'offrir une indemnisation prompte et adéquate aux victimes de dommages transfrontières pourrait être exécutée par les États dans l'esprit des projets de principes sur la répartition des pertes, qui pourraient être annexés à cette convention. Une autre solution serait que l'Assemblée générale adopte deux résolutions distinctes, l'une pour adopter un projet de convention sur la prévention et l'autre pour adopter les projets de principes sur la répartition des pertes.

20. Le Rapporteur spécial ajoute qu'il a fait de son mieux pour traiter les différents points soulevés par les gouvernements ainsi que certaines questions importantes qui sont largement commentées au sein de la Commission et à l'extérieur. S'il s'est efforcé de n'esquiver aucune question, il doit reconnaître qu'il n'a pas de réponse complète et définitive à chacune d'entre elles. En recommandant la forme d'un projet de principes, il a suivi son jugement et son intuition, et il ne peut qu'espérer que les autres membres en feront autant.

21. M. MANSFIELD juge le troisième rapport du Rapporteur spécial encourageant, car il brosse un tableau du sujet très différent de celui qui a prévalu pendant la très longue période durant laquelle ce sujet a figuré à l'ordre du jour de la Commission. L'analyse des vues des gouvernements sur les projets de principes relatifs à la répartition des pertes en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses montre que les avis se rejoignent, ce qui contraste avec les fortes divergences du passé.

22. Selon toute probabilité, la Commission achèvera l'examen du sujet à la session en cours et soumettra à la Sixième Commission un produit que celle-ci attend depuis longtemps. Si elle y parvient, ce sera grâce au Rapporteur spécial, qui n'a pas ménagé ses efforts. Il a écouté avec attention et bienveillance des points de vue très différents, apaisé des craintes très diverses, recherché des compromis et des solutions constructives alors que les désaccords semblaient rendre tout progrès impossible. Il a en outre recherché et obtenu la participation et le concours de l'ensemble des membres de la Commission et mis à profit leur compétence et leur expérience. M. Mansfield tient à lui exprimer personnellement sa reconnaissance et son admiration pour les talents juridiques et diplomatiques dont il a fait preuve.

23. Après l'introduction, le Rapporteur spécial décrit ce qu'il appelle des tendances significatives qui se dégagent des commentaires et observations formulés par les gouvernements, tendances qui montrent le chemin parcouru dans l'examen du sujet. Comme le Rapporteur spécial le fait observer, elles indiquent que les États partagent les considérations d'ordre général sur la base desquelles la Commission a déjà adopté le projet de principes en première lecture en 2004.

24. Énumérant les raisons pour lesquelles il était essentiel que la Commission aborde ce sujet et en achève l'examen, M. Mansfield dit que premièrement, les travaux de

⁵⁸ Ibid., commentaire général, par. 14.

la Commission sur la responsabilité de l'État ne portent que sur des actes ou omissions internationalement illicites imputables à l'État. Deuxièmement, les projets d'article sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses et l'intervention élaborés par la Commission sont très importants, mais même suivis à la lettre, ils ne peuvent entièrement éliminer le risque d'accident. Troisièmement, si une perte survient alors que l'État concerné s'est acquitté de ses obligations de prévention, il n'y a pas de fait internationalement illicite sur lequel fonder une réclamation. Quatrièmement, à moins que cette perte ne soit supportée par une victime innocente, il est clair que les travaux de la Commission comportent une lacune qui se fait suffisamment sentir, compte tenu de la complexité technologique du monde contemporain. Le fait que les États ont, dans l'ensemble, appuyé les principales considérations d'ordre général qui sous-tendent les projets de principe montre qu'ils sont soucieux de voir cette lacune comblée d'une manière appropriée, élaborée, et qui offre suffisamment de souplesse pour tenir compte des besoins spécifiques des différents secteurs d'activité potentiellement dangereuses ainsi que des différents mécanismes prévus dans les différents systèmes juridiques pour assurer l'indemnisation des victimes.

25. Pour M. Mansfield, cela montre également que l'on comprend et accepte de mieux en mieux l'idée que l'indemnisation des victimes de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses fait aujourd'hui partie des coûts essentiels inhérents à toute activité et, qui plus est, des coûts qu'il est possible de contrôler. Comme il l'a déjà fait observer, les coûts occasionnés par les accidents sont très élevés, qu'il y ait ou non obligation de verser une indemnisation. C'est pourquoi il importe peu que l'activité soit exercée dans le secteur public ou dans le secteur privé, dans un pays développé ou dans un pays en développement, car la prévention des accidents doit être une priorité absolue, ne fût-ce que du point de vue de l'efficacité et de la rentabilité. On s'accorde aujourd'hui à reconnaître que le coût de la prévention, et les coûts associés si celle-ci échoue, ne constituent pas une charge inopportune, inutile ou supplémentaire et que la prévention est une condition essentielle de l'efficacité et de l'efficience sans lesquelles il est peu probable qu'une entreprise survive longtemps, à moins de bénéficier de subventions coûteuses qui ne sont ni acceptables ni viables dans le contexte international actuel.

26. À la section suivante (par. 5 à 22), le Rapporteur spécial évoque certains des points que les gouvernements ont soulevés à propos du projet de principes. En ce qui concerne la question du seuil, M. Mansfield accepte l'utilisation de l'adjectif «significatif», étant entendu, comme le Rapporteur spécial l'indique au paragraphe 7 de son rapport, que «ce seuil est conçu pour prévenir le dépôt de réclamations frivoles ou abusives et qu'il est défini de façon à permettre toutes les réclamations qui concernent un dommage autre que négligeable». Il suppose que cette explication figurera dans les commentaires.

27. S'agissant des points abordés aux paragraphes 9 et 10 du rapport, c'est-à-dire, respectivement, la suggestion d'inclure une liste d'activités qui relèvent du champ d'application du sujet et l'idée d'élargir la portée du projet de principes, M. Mansfield pense, pour les raisons

exposées par le Rapporteur spécial, qu'il n'est pas nécessaire de modifier le texte adopté en première lecture en 2004.

28. En ce qui concerne le point intitulé «Dommage à l'environnement et réclamations pour dommages à des valeurs autres que celle des services rendus», il est vrai que le fait de ne pas inclure l'indivis mondial dans la définition de l'environnement, au projet de principe 2, crée une lacune importante, mais cette décision délibérée du Groupe de travail, dont M. Mansfield faisait partie, ne traduit aucunement un manque d'intérêt pour la question. Elle indique plutôt, comme le Rapporteur spécial le fait observer (par. 12), que l'indivis mondial soulève des problèmes qui lui sont propres en ce qui concerne la qualité pour agir, le for compétent, le droit applicable et la quantification du dommage, qu'il est nécessaire d'examiner dans un autre cadre. Cela étant, M. Mansfield partage l'avis exprimé par le Rapporteur spécial au paragraphe 13, selon lequel il est souhaitable de maintenir une définition large de l'«environnement», et approuve les observations qu'il formule au paragraphe 14, à savoir que l'importance de la «valeur non commerciale» de l'environnement est de plus en plus reconnue sur le plan international et qu'il est légitime d'en tenir compte dans les réclamations portant sur des dommages à l'environnement.

29. À propos du point suivant, M. Mansfield n'est pas convaincu de l'existence du risque de multiplicité des réclamations. Il n'a pas connaissance d'une situation dans laquelle une victime aurait reçu une double indemnisation. Les réclamations sont toujours gérées de manière à éviter cela. Il est vrai que la possibilité de présenter une réclamation pour non-respect de l'obligation de prévention n'apparaît parfois qu'une fois qu'un dommage a été causé et qu'une réclamation pour celui-ci est également présentée, mais on peut se fier aux tribunaux nationaux et internationaux pour veiller à ce que ces questions et réclamations distinctes soient gérées comme il convient.

30. M. Mansfield estime que les commentaires du Rapporteur spécial à propos du statut juridique du projet de principes sont fondés (par. 19 à 22). Il n'est pas certain qu'il y ait intérêt à poursuivre l'étude. Pour sa part, il ne doute pas que les principes auront une utilité et un poids, non seulement sur le plan politique, mais aussi sur le plan juridique. De plus, certains d'entre eux ont peut-être déjà le statut de règle générale du droit international comme le Rapporteur spécial l'indique dans le chapitre consacré à l'examen de certains points saillants des projets de principe. Dans l'ensemble, M. Mansfield appuie les observations du Rapporteur spécial concernant les cinq aspects des principes examinés dans ces paragraphes (23 à 37). Il note que, dans ce chapitre, le Rapporteur spécial a pris soin d'inclure de nouvelles références à la pratique récente et à des décisions et publications qui viennent renforcer les principes eux-mêmes. M. Mansfield attire l'attention sur une erreur dans la version anglaise dans la note à la fin du paragraphe 30 où il faudrait lire «*could not have been reasonably foreseen*» au lieu de «*could have been*»...

31. Sur la base du troisième rapport du Rapporteur spécial, M. Mansfield approuve le renvoi du projet de principes au Comité de rédaction. Ce faisant, il reconnaît

qu'un consensus sur ce sujet délicat, qui a longtemps fait défaut à la Commission, s'est dégagé en faveur de la forme d'un projet de principes et, pour les raisons supplémentaires fournies par le Rapporteur spécial, il pense qu'il est approprié que le produit final demeure sous cette forme. Cela dit, il ne manquera pas d'appuyer tout effort que pourrait faire le Comité de rédaction pour envisager des formulations plus impératives à certains endroits, en respectant le statut du projet ou, du moins, pour que le libellé non contraignant des principes ne remette pas en question le fait que certains d'entre eux, au moins, auraient pu obtenir un statut supérieur.

32. Quant à la relation entre le projet de principes et le projet d'articles sur la prévention, M. Mansfield n'a pas, à ce stade, d'opinion très tranchée. Les deux possibilités exposées par le Rapporteur spécial semblent toutes deux exploitables, mais il se peut qu'à la fin des travaux du Comité de rédaction, celui-ci ou un groupe de travail soit mieux placé pour formuler certaines recommandations plus spécifiques et nuancées.

33. M^{me} ESCARAMEIA félicite le Rapporteur spécial pour sa disponibilité, sa patience et ses efforts en vue de parvenir à un compromis entre des points de vue très différents dans un domaine qui évolue rapidement.

34. Abordant la question de la forme définitive du document, M^{me} Escarameia rappelle que la Commission s'est réservé le droit de revenir sur cette question à l'occasion de l'examen du projet en deuxième lecture⁵⁹, en fonction des observations qui auraient été formulées par les gouvernements. Sur les trois États qui ont communiqué leurs observations par écrit, deux, à savoir le Mexique et les Pays-Bas, ont préconisé une convention-cadre tandis que le troisième, les États-Unis, a déclaré préférer les principes car ils étaient «plus susceptibles d'être largement acceptés s'ils étaient formulés sous forme de projets recommandés». C'est cet argument qui a été constamment mis en avant, mais M^{me} Escarameia tient à se démarquer de cette position. En fait, c'est la conclusion inverse qui lui paraît la plus plausible. Les observations des gouvernements comme les débats à la Sixième Commission montrent que la plupart des États sont favorables à une convention ou ouverts à cette idée. C'est pourquoi, au paragraphe 3 de sa résolution 56/82 en date du 12 décembre 2001, l'Assemblée générale a estimé que la prévention et la répartition des pertes constituaient un seul sujet, et a indiqué que la Commission devait tenir compte des liens entre les volets «prévention» et «responsabilité». Il découle inévitablement de ces instructions qu'on ne peut adopter une convention pour la prévention et un ensemble de principes pour la répartition des pertes. Dans ses observations écrites, le Mexique déclare que la forme d'un projet d'articles ne contribuerait pas à la sécurité juridique et ne servirait pas le but final, qui est de protéger l'environnement et d'appliquer le principe du pollueur-payeur (A/CN.4/562). À cela s'ajoute pour M^{me} Escarameia le fait que la victime innocente – qu'il s'agisse de l'environnement ou d'une personne – ne doit pas supporter la perte. Si l'on souhaite qu'il y ait des obligations juridiques, il ne faut pas se

contenter de quelques principes généraux, mais plutôt formuler un ensemble de règles impératives. Le résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa cinquante-neuvième session en 2005 semble indiquer que les États y sont favorables⁶⁰. En outre, la nécessité d'un ensemble de règles impératives est reconnue presque universellement par les organisations non gouvernementales et les universitaires tels qu'Alan E. Boyle, si souvent cité par le Rapporteur spécial.

35. Au vu de cette situation, M^{me} Escarameia déplore que le Rapporteur spécial rejoigne les vues exprimées par les États-Unis dans leurs observations en préconisant la forme d'un projet de principes au paragraphe 44 de son rapport.

36. À titre d'observations générales, M^{me} Escarameia relève que les projets de principe ne rendent en aucune façon l'indemnisation obligatoire: même s'ils revêtaient la forme de projets d'article, ils ne donneraient pas aux victimes un droit à indemnisation mais prévoiraient simplement la mise en place de mécanismes d'indemnisation – et comme il ne s'agit que de projets de principe, la garantie d'une indemnité pour les victimes est extrêmement éloignée. Ces mécanismes ne sont même pas pré-coordonnés de façon à permettre à ces dernières d'avoir aisément accès à un recours, si bien qu'il leur faudra beaucoup d'énergie, de temps, de connaissances et de ressources financières pour pouvoir utiliser les procédures qui sont envisagées dans les principes.

37. En ce qui concerne les projets de principe, il conviendrait tout d'abord, comme les Pays-Bas l'ont fait observer, de supprimer les termes «autant que possible» au cinquième alinéa du préambule, car des mesures efficaces doivent être en place pour que les personnes physiques et morales ne subissent pas de perte. Pour ce qui est du principe 1, M^{me} Escarameia rappelant qu'elle a elle-même déjà demandé, sans succès, la suppression de la notion de «dommage significatif» relève que dans leur observation écrite les Pays-Bas, reprenant des arguments déjà avancés par les pays nordiques devant la Sixième Commission, se disent opposés à l'emploi du terme «significatif»⁶¹. Ils font valoir, notamment, que plusieurs conventions, dont la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires, n'exigent pas ce seuil et qu'il faudrait retenir un seuil beaucoup plus bas car il ne s'agit pas de relations entre les États, comme dans le cadre de la prévention, mais de l'indemnité versée à un individu pour un dommage quelconque. Il faudrait également éviter toute pratique discriminatoire: or, les victimes nationales ne doivent pas prouver qu'elles ont subi un dommage significatif et peuvent obtenir une indemnisation pour un dommage quel qu'il soit, alors que les victimes étrangères doivent le prouver. À cet égard, M^{me} Escarameia n'a pas très bien compris ce que veut dire le Rapporteur spécial au paragraphe 8 du rapport, à propos «des formes de discrimination dans le traitement des ressortissants et des étrangers» qui seraient admises dans le droit international. Si cette discrimination existe, elle est probablement en faveur des étrangers, alors que dans le cadre du projet de

⁵⁹ *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 71, par. 176, commentaire général, par. 14.

⁶⁰ A/CN.4/549/Add.1, par. 98 (reprographié, disponible sur le site de la Commission, documents de la cinquante-septième session).

⁶¹ *Ibid.*, par. 72.

principes, elle est favorable aux nationaux. Il serait donc bon d'avoir quelques explications à cet égard.

38. En ce qui concerne la question du temps, déjà évoquée par d'autres membres de la Commission, un dommage peut sembler négligeable au moment où il se produit et devenir très significatif avec le temps; 20 ans peuvent ainsi passer, dans l'intervalle desquels se posent les questions, entre autres, des obligations et de la prescription. Un dommage peut aussi ne pas être significatif en soi mais le devenir du fait de sa répétition ou de sa reproduction, ce qui soulève la question de la fréquence, qui doit aussi être traitée pour déterminer le seuil. Le Rapporteur spécial n'a pas non plus tenu compte du fait que dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*, qui est peut-être la première dans laquelle les problèmes d'environnement ont été abordés, il a suffi de faire valoir un dommage, et non un «dommage significatif», comme plusieurs délégations l'ont fait observer à la Sixième Commission.

39. En ce qui concerne le projet de principe 4 (Indemnisation prompte et adéquate), M^{me} Escarameia est d'accord, s'agissant du paragraphe 1, pour ajouter le mot «toutes» avant l'expression «les mesures nécessaires», comme l'a suggéré un État. Elle se félicite que le Rapporteur spécial approuve, au paragraphe 3 c du rapport, l'observation du Mexique selon laquelle la charge de la preuve de la relation qui existe entre le dommage et l'agent ne doit pas incomber à la victime innocente. Il faut établir une présomption de causalité et c'est au défendeur de prouver qu'il n'y a pas de relation causale. Il faudrait le préciser dans le principe 4, soit en ajoutant une phrase à cet effet au paragraphe 2, soit en y insérant une disposition expresse en ce sens dans un nouvel alinéa au paragraphe 2. Dans la première phrase de ce paragraphe, il faudrait supprimer les termes «le cas échéant» et ajouter après «une autre personne ou entité» les mots «y compris l'État». Ce point a déjà fait l'objet d'un vif débat mais, s'il est établi que l'État doit mettre en place des fonds et mécanismes, la question de savoir s'il doit utiliser ses propres fonds n'est pas tranchée, et il faudrait que les choses soient plus claires. Étant donné que l'on s'accorde à reconnaître que les assurances et autres garanties financières ne sont «pas faciles à obtenir» [*not easy to secure*], selon les termes du Royaume-Uni, l'État doit faire partie des entités devant assumer la responsabilité, comme l'ont affirmé à la Sixième Commission le Portugal, le Mexique, la Sierra Leone et plusieurs autres délégations (voir le paragraphe 10 du rapport).

40. En conclusion, M^{me} Escarameia se félicite des progrès réalisés, en ce sens que les États ont accepté l'idée que des ressources doivent être allouées pour ce type de situations, même si elle juge insuffisantes les propositions actuelles. La question de la forme lui semble essentielle pour garantir l'indemnisation de la victime, qu'il s'agisse d'un individu ou de l'environnement. En outre, elle ne croit pas qu'il faille fixer un seuil pour les dommages, qu'il est difficile de mesurer précisément. Enfin, elle pense que l'État devrait prévoir des fonds pour indemniser les victimes lorsque tous les autres moyens échouent, ce qui est d'autant plus probable que les dommages sont considérables. Les principes dont la Commission est

saisie sont donc surtout des encouragements adressés aux États de bonne volonté pour qu'ils mettent en place des mécanismes d'indemnisation, et portent pour l'essentiel sur des questions de procédure. M^{me} Escarameia aurait préféré que la Commission instaure des obligations et que les principes visent davantage à mettre en place le droit pour la victime innocente d'obtenir réparation; elle espère donc que le Comité de rédaction tiendra compte de ses observations à cet égard.

41. M. GAJA dit que le troisième rapport du Rapporteur spécial permet à la Commission de progresser sur un sujet qui donne lieu depuis 30 ans à l'échange de nombreuses idées intéressantes, sans qu'aucun résultat ne soit en vue. Ce rapport traite de questions soulevées dans les commentaires relatifs au projet adopté en première lecture en 2004 et, pour l'essentiel, donne des raisons convaincantes de conserver la solution qui a été retenue, sous réserve de quelques modifications d'ordre rédactionnel. Une des difficultés cependant réside dans le fait que le Rapporteur spécial aborde parfois des thèmes nouveaux sans préciser s'il préférerait que le texte adopté en première lecture soit complété ou modifié – sans doute ne veut-il pas préjuger de certaines questions et préfère-t-il recueillir les avis de la Commission avant de faire des propositions particulières sur ces questions.

42. Au paragraphe 8, le Rapporteur spécial soulève la question de savoir si le fait de définir un seuil violerait le principe de non-discrimination et ferait courir le risque qu'un État exerce une discrimination à l'égard de ceux qui subiraient un dommage transfrontière non significatif. Cependant, il est clair que la discrimination ne résulterait pas du fait que les principes généraux qui doivent être adoptés soient limités aux cas de dommage significatif. Les autres cas ne seraient pas visés puisqu'ils n'entreraient pas dans le champ d'application des projets de principe, pour les raisons mentionnées au paragraphe 7. Cela étant, ces raisons n'excluent nullement l'existence, en droit international, de principes de non-discrimination qui s'appliqueraient aux cas qui ne sont pas visés par les projets de principe; peut-être faudrait-il ajouter une disposition à cet effet.

43. Aux paragraphes 17 et 18, le Rapporteur spécial analyse les questions de la compétence des tribunaux et du droit applicable. Certaines des explications qu'il a données à ce sujet portent à croire qu'il ne cherche pas à introduire de nouveaux thèmes dans le texte des projets de principe, mais veut tenir compte des critiques que certains États ont formulées à l'égard du paragraphe 3 du principe 6, qui prévoit l'accès des victimes de dommages transfrontières aux «mécanismes administratifs et judiciaires», estimant qu'il n'est pas suffisamment précis puisqu'il n'indique pas quels tribunaux seraient compétents ni quel droit s'appliquerait. Il est vrai qu'il existe des tendances dans ces domaines, mais il faut rester extrêmement prudent et peut-être éviter de suggérer, même dans le commentaire, qu'il existe des règles générales que les États devraient respecter, concernant la compétence des tribunaux et le droit applicable; en effet, ces questions sont plus complexes qu'elles ne paraissent au premier abord et la Commission n'a pas la compétence nécessaire pour proposer des solutions appropriées. Le débat qui est en cours dans l'Union européenne au sujet

de la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) montre bien à quel point cette question est controversée, car il ne s'agit pas simplement de fixer une règle générale permettant à la partie lésée de choisir entre le droit du lieu où le dommage s'est produit et le droit du lieu où l'acte à l'origine du dommage s'est produit. Il serait donc préférable de s'en tenir à la déclaration générale énoncée au paragraphe 3 du principe 6 plutôt que de proposer des solutions qui prêteront inévitablement le flanc aux critiques.

44. M. Gaja note aussi que l'approche adoptée dans les paragraphes 27 à 30 est incompatible avec l'adoption de règles spécifiques relatives au droit applicable, parce qu'on n'y propose pas que chaque État adopte ses propres règles de conflit, mais on y envisage plutôt des règles uniformes sur la responsabilité objective. On pourrait aller un peu plus loin que ce qui est énoncé au principe 4, selon lequel «la responsabilité ne devrait pas dépendre de la preuve d'une faute» et dire qu'il ne s'agit pas d'une responsabilité absolue. On pourrait même prévoir, comme le laisse entendre le Rapporteur spécial au paragraphe 30, une exonération de responsabilité dans les cas de force majeure ou de catastrophes naturelles. Mais aller aussi loin pose un problème: en effet, s'il y a un risque de tremblement de terre, par exemple, l'État aurait une obligation de prévention et ne pourrait pas construire un barrage dans une zone à risque, en raison des conséquences prévisibles. Mais il serait difficile de considérer que la responsabilité serait totalement exclue dès lors que l'obligation de prévention aurait été respectée. Par conséquent, dès que l'on exerce une activité dangereuse, il faut savoir que l'on peut être rendu responsable de ses conséquences même si celles-ci ne sont pas nécessairement imputables à l'intervention de tel ou tel exploitant.

45. En ce qui concerne la nature de l'instrument que devrait proposer la Commission, M. Gaja n'a pas de vues particulières à exprimer mais pense, comme M. Mansfield, que les États peuvent tenir compte des projets de principe de plusieurs façons: tout d'abord, lors de l'adoption de traités qui s'appliquent à diverses catégories d'activités dangereuses – et il est clair que pour de nombreuses activités, il faut des dispositions bien particulières; certains principes généraux mis au point par la Commission pourraient les aider à décider du contenu de ces instruments. Mais les principes généraux peuvent aussi être pris en compte et appliqués par un tribunal d'arbitrage international chargé de trancher un différend sur ces points; ou encore, un tribunal national pourrait s'inspirer des projets de principe et décider qu'ils doivent être considérés comme contraignants ou en tout cas, les prendre en considération pour appliquer la loi. Quoi qu'il en soit, la nature de l'instrument ne saurait être qualifiée de décisive, qu'il s'agisse d'un traité ou de principes généraux.

46. Le fait que la Commission soit favorable à l'adoption d'un traité sur la prévention ne signifie pas qu'elle doive opter aussi pour cette solution dans le cas de la responsabilité [*liability*]. Il faut bien comprendre que la violation d'une obligation du traité sur la prévention relèverait du régime de responsabilité [*responsibility*] internationale et non de celui de la responsabilité sans faute [*liability*], qui intervient en l'absence de violation d'une obligation découlant du droit international. Il existe

donc deux domaines distincts et la Commission a eu raison de marquer la différence entre les deux pour dissiper toute confusion. Si l'on essaie de faire un seul instrument ou d'établir des renvois entre le projet d'articles et le projet de principes, on risque de semer de nouveau la confusion. M. Gaja préfère donc conserver deux instruments distincts, sous une forme différente, de façon que tout soit bien clair.

La séance est levée à 11 h 30.

2873^e SÉANCE

Mercredi 10 mai 2006, à 10 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Candioti, M. Chee, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskeniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Momtaz, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M^{me} Xue, M. Yamada.

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de pertes liées à un dommage transfrontière résultant d'activités dangereuses) [suite] (A/CN.4/562 et Add.1, A/CN.4/566 et A/CN.4/L.686)

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à poursuivre l'examen du troisième rapport sur le régime juridique de la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses.

2. M. MATHESON dit que le Rapporteur spécial doit être félicité pour le travail remarquable qu'il a accompli en très peu de temps et qui a permis d'adopter en première lecture un ensemble de projets de principe sur la responsabilité internationale en cas de dommage transfrontière⁶². Ces principes ont bénéficié d'un large appui des États assorti d'éloges, tant à la Sixième Commission⁶³ que dans les observations officielles formulées par les gouvernements.

3. À de nombreux et importants égards, les projets de principe constituent une étape marquante vers l'indemnisation prompte et adéquate de toutes les victimes de dommages transfrontières découlant d'activités

⁶² *Annuaire...* 2004, vol. II (2^e partie), p. 68-70, par. 175.

⁶³ Voir «Résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa cinquante-neuvième session» (A/CN.4/549/Add.1), par. 57 à 107 (document reprographié, disponible sur le site de la Commission, documents de la cinquante-septième session).

dangereuses. Parmi les progrès les plus notables figurent: la reconnaissance du fait qu'une réparation doit être accordée aux victimes d'activités dangereuses, même si ces activités ne sont pas interdites par le droit international; une large définition des dommages pouvant donner lieu à réparation, notamment la détérioration de l'environnement lui-même, et les coûts de mesures raisonnables de remise en état et d'intervention; la reconnaissance du fait qu'il est souhaitable de faire reposer la responsabilité objective sur l'exploitant – c'est-à-dire la personne qui assure le contrôle de l'activité au moment où survient l'incident – et que toute condition ou exception relative à cette responsabilité doit être conforme au principe fondamental de l'indemnisation prompte et adéquate; la reconnaissance de l'importance de prévoir des arrangements en vue de compléter la responsabilité de l'exploitant, y compris une assurance, des garanties financières, des fonds financés par la branche d'activité et, éventuellement, des contributions des États; et l'accent mis sur l'importance de prévoir, afin de garantir qu'il y aura réparation, des procédures nationales et internationales appropriées, rapides, non discriminatoires, qui n'impliquent pas de charge induë à la victime.

4. Le fait que les États aient indiqué qu'ils acceptaient ces progrès est important et encourageant. Il incombe maintenant à la Commission d'achever ses travaux sur le sujet d'une manière qui préserve ce degré élevé de consensus à propos des principes.

5. M. Matheson est totalement d'accord avec la manière dont plusieurs questions fondamentales sont abordées dans le troisième rapport. Premièrement, le Rapporteur spécial conclut que la Commission doit retenir le seuil du dommage «significatif», nécessaire pour éviter des réclamations frivoles ou abusives mais suffisamment souples pour pouvoir tenir compte des différentes circonstances propres à chaque situation. Deuxièmement, le Rapporteur spécial met en garde la Commission contre l'élargissement du champ d'application du projet de principes à l'indivis mondial, parce que celui-ci soulève des problèmes qui lui sont propres en ce qui concerne la qualité pour agir, le for compétent, le droit applicable et la quantification du dommage, qui exigent un traitement entièrement différent et ne sauraient être correctement analysés dans le cadre du projet de principes. Troisièmement, le Rapporteur spécial conclut que la Commission doit retenir la forme actuelle de principes ayant valeur de recommandations plutôt que de tenter de les transformer en un instrument différent et plus contraignant tel qu'une convention ou un projet d'articles. M. Matheson approuve entièrement cette conclusion. Sauf erreur de sa part, une majorité substantielle des États qui ont commenté ce point, à la Sixième Commission en 2004⁶⁴ et en 2005⁶⁵ et dans des observations officielles en 2006 (A/CN.4/562 et Add.1), appuient la décision de la Commission de produire des principes ayant valeur de recommandations – sans parler des nombreux autres États dont on peut supposer qu'ils ne se sont pas prononcés sur ce point parce qu'ils étaient d'accord avec la Commission. Cette solution présente l'avantage de ne pas nécessiter une harmonisation des

lois et systèmes juridiques nationaux qui risquerait de se révéler impossible, et elle a plus de chances d'aboutir à une large acceptation des dispositions de fond.

6. Le Rapporteur spécial encourage la Commission à étudier les moyens d'améliorer la formulation de certaines propositions aux projets d'articles 4, 5 et 6. La Commission devrait y songer sérieusement. Elle pourrait peut-être trouver des moyens d'indiquer clairement aux États combien il importe d'inscrire ces principes de base dans l'action générale qu'ils mènent pour mettre leur conduite en conformité avec le droit international, les meilleures pratiques et les normes relatives à un comportement responsable.

7. Ce faisant, toutefois, il est essentiel de ne pas transformer des principes ayant valeur de recommandations en des énoncés d'obligations juridiques – par exemple en employant des termes tels que «doit» ou «devoir». Les projets de principe vont bien au-delà de ce qui peut être considéré objectivement comme le droit coutumier actuel, et c'est en fait un de leurs principaux atouts. Les États ont indiqué qu'ils les appuyaient sous la forme de directives et d'appels à l'action, mais cet appui serait beaucoup moins ferme s'ils étaient transformés en énoncés d'obligations juridiques. Il n'y a guère de consensus à l'heure actuelle sur le fait que les États ont l'obligation d'assurer réparation pour des activités qui sont elles-mêmes internationalement licites – ce qui représente le champ d'application des principes. Si la Commission énonce une telle obligation, la conséquence, selon les règles normales de la responsabilité de l'État, en sera que les États seront eux-mêmes responsables si une telle réparation n'est pas assurée, et il va sans dire que les États ne sont pas disposés actuellement à accepter une responsabilité de l'État si générale pour les activités privées. Si l'on est parvenu à un accord sur un ensemble de normes très progressiste et novateur, c'est précisément parce qu'elles ne sont pas présentées comme des obligations, et si la formulation en est altérée, il se posera la question de savoir si ces innovations peuvent être maintenues ou si elles doivent être édulcorées. La Commission ne doit pas sacrifier le grand progrès qu'elle a accompli sur le fond pour obéir au réflexe d'adopter un langage prescriptif. Si elle doit transformer ces principes en énoncés d'obligations, il lui faudra au minimum les reformuler sous forme d'articles d'une convention, ce qui lui demandera beaucoup de temps et d'énergie et qui risque de ne pas être possible avant la fin de la session en cours, qui promet d'être occupée. Elle ne devrait certainement pas effectuer un changement aussi fondamental en deuxième lecture, alors que les États n'auront plus la possibilité d'exprimer leurs vues.

8. Cela étant, la Commission peut préciser que les États devraient appliquer les principes en négociant et en concluant des arrangements obligatoires spécifiques: c'est la fonction la plus importante que les principes puissent remplir. Il pourrait s'agir d'arrangements bilatéraux ou régionaux, ou encore d'arrangements relatifs à certains types d'activités, par lesquels les États pourraient s'entendre sur des modalités précises de responsabilité et de réparation. En bref, la Commission ne doit rien faire qui risque d'amoindrir l'adhésion des États aux principes eux-mêmes, ce qui se produira si elle rend leur libellé plus prescriptif. C'est pourquoi M. Matheson demande

⁶⁴ «Résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa cinquante-huitième session» (A/CN.4/537), par. 144 et 148 (document reprographié, disponible sur le site de la Commission, documents de la cinquante-sixième session).

⁶⁵ A/CN.4/549/Add.1, par. 98 à 107.

instamment à la Commission de conserver la forme de recommandations, qui bénéficie de l'appui de tant d'États.

9. Abordant d'autres questions soulevées dans le rapport du Rapporteur spécial, M. Matheson note premièrement la suggestion tendant à ce que la Commission prévoie une présomption de causalité entre l'activité dangereuse et le dommage transfrontière. Il partage les préoccupations de M. Gaja concernant l'aptitude de la Commission à prescrire des règles de preuve et de procédure dans ce domaine complexe. La Commission peut recommander de ne pas imposer indûment la charge de la preuve aux parties lésées, mais il doit être logiquement démontré qu'une activité particulière a un lien effectif avec un incident ou un dommage transfrontière particulier, sans quoi tous les exploitants peuvent être présumés responsables de tous les dommages.

10. Deuxièmement, on s'est posé la question de savoir si les principes couvraient ou devaient couvrir ce qu'on a appelé les dommages à l'environnement proprement dits – c'est-à-dire les dommages à l'environnement qui vont au-delà de l'amoindrissement de sa valeur économique. M. Matheson supposait que les principes couvraient déjà ce type de dommages et que la définition de «dommage» au projet de principe 2 était suffisante de ce point de vue. En fait, c'est l'un des traits positifs du projet. Cela pourrait peut-être être confirmé dans le commentaire.

11. Troisièmement, il a été suggéré d'adopter le «principe de la loi la plus favorable» signifiant apparemment qu'au moment de choisir l'État dont le droit doit être appliqué dans un cas particulier, une instance doit toujours choisir l'État dont le droit est le plus favorable à la victime. M. Matheson ne voit pas très bien comment un tel principe pourrait fonctionner dans la pratique. Par exemple, si un grave incident de pollution survenu au Mexique cause de nombreux dommages localement mais aussi des dommages moins graves aux États-Unis, un tribunal mexicain sera-t-il toujours contraint d'accorder à un plaignant américain les avantages prévus dans les dispositions plus larges du droit américain à propos de questions telles que le montant de la réparation pour *pretium doloris*, dommages et intérêts et frais de justice, tout en usant de critères moins généreux pour les victimes mexicaines? On peut en douter.

12. Quatrièmement, M. Matheson note qu'il y a un désaccord important à propos de la manière dont les mesures de précaution doivent être décrites et du contenu qu'elles doivent avoir. Dans le contexte actuel, il fera seulement remarquer qu'il n'est pas nécessaire d'aborder ces questions s'agissant des principes, car elles n'ont pas de conséquence directe sur la responsabilité ou l'indemnisation.

13. Cinquièmement, il a été suggéré qu'il pouvait être opportun de citer un minimum de cas d'exonération de la responsabilité des exploitants, comprenant les hostilités, l'insurrection et les catastrophes naturelles. La première réaction de M. Matheson est qu'il serait préférable de laisser aux États la marge de manœuvre nécessaire pour décider des cas d'exonération à approuver dans un contexte donné, étant entendu qu'ils doivent avant tout

respecter le principe d'une indemnisation prompte et adéquate de toutes les victimes.

14. Dans l'ensemble, le projet de principes adopté en première lecture représente un excellent produit susceptible d'avoir des effets prononcés et progressifs sur le comportement des États. Si la Commission envisage d'en modifier le texte, elle devra se montrer prudente afin de ne pas amoindrir l'appui et l'approbation dont il bénéficie déjà.

15. M^{me} XUE dit que le projet de principes adopté en première lecture en 2004 représente une grande réussite pour la Commission. Bien que le projet lui-même n'ait encore suscité que peu d'observations de la part des États, ceux qui ont répondu ont, de manière générale, apprécié le fait qu'il ait été achevé si rapidement.

16. Dans l'ensemble, M^{me} Xue approuve l'analyse que le Rapporteur spécial fait des sept tendances significatives énumérées au paragraphe 3 de son troisième rapport, et partage son opinion selon laquelle le projet doit avoir un caractère général et supplétif. Les exploitants qui entreprennent des activités dangereuses doivent en principe avoir une responsabilité objective pour les dommages transfrontières. Les États doivent veiller à ce que des mécanismes de réparation soient établis pour régler les réclamations.

17. Compte tenu des observations que les gouvernements ont émises à la Sixième Commission ou communiquées ultérieurement par écrit, trois points doivent être pris en considération à la deuxième lecture. Premièrement, des mécanismes de réparation pour les victimes de dommages transfrontières doivent être établis et le montant de l'indemnisation doit être calculé en tenant compte du contexte et de la situation spécifique du secteur concerné. Les projets de principe ont été élaborés sur la base des mécanismes internationaux de réparation existants et compte tenu de l'évolution récente du droit international. Toutefois, cela ne signifie pas qu'ils sont automatiquement applicables aux mécanismes de réparation pour toutes les sortes d'activités dangereuses, car les mécanismes existants diffèrent beaucoup. Les futurs mécanismes devront tenir compte des caractéristiques et des méthodes de fonctionnement des activités industrielles concernées pour ce qui a trait aux questions telles que l'attribution de la responsabilité, les limites en matière de responsabilité, les garanties financières et l'harmonisation des législations nationales.

18. L'établissement d'une responsabilité objective a pour principal objectif d'assurer une indemnisation raisonnable même s'il n'y a aucune preuve de faute de la part de l'exploitant. Le principe de l'indemnisation prompte et adéquate ne suppose pas que le niveau de réparation et d'indemnisation pour un dommage causé par une activité dangereuse est encore plus élevé qu'en cas de responsabilité avec faute.

19. Tous les États ont l'obligation de prévenir, par leur législation, les dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses exécutées sur leur territoire, d'atténuer ces dommages et d'offrir des voies de recours appropriées en cas d'incident. Il s'agit d'un principe

établi de droit international. Cependant, on peut contester l'affirmation faite au paragraphe 3 *e*, selon laquelle

il n'est plus considéré acceptable en droit international qu'un État autorise sur son territoire une activité dangereuse qui présente le risque de causer des dommages transfrontières en l'absence d'une législation garantissant dans le même temps des voies de recours et une indemnisation appropriées en cas d'incident causant des dommages transfrontières.

Peu d'États ont adopté une législation dans ce sens. En outre, un grand nombre des conventions internationales existantes relatives à l'indemnisation pour activités dangereuses comptent très peu d'États parties et sont donc dépourvues d'universalité. C'est pourquoi le rapport de la Commission devrait indiquer qu'il y a encore beaucoup à faire en matière de développement tant en droit national qu'en droit international.

20. Les paragraphes 27 à 30 du rapport contiennent des analyses et suggestions utiles à propos d'un certain nombre de questions importantes concernant le principe du pollueur-payeur. Celles qui concernent les «dommages à l'environnement» et les dommages amoindissant la «valeur de non-usage» (par. 11 à 14) ainsi que la multiplicité des réclamations (par. 15 à 18) sont toutes de nature très technique et dépassent la portée de principes généraux. Les discussions à la Conférence de La Haye de droit international privé à propos de l'avant-projet de convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale ont duré plus de 10 ans avant que l'on ne parvienne à un accord⁶⁶. Lorsqu'en juin 2005, la Conférence a finalement adopté la Convention sur les accords d'élection de for, le texte était radicalement différent de la version de 2001⁶⁷. Cet exemple montre qu'il n'est pas nécessaire que la Commission aborde des détails aussi techniques que la compétence ou le droit applicable.

21. Le Rapporteur spécial a fait une analyse équilibrée du statut juridique des projets de principe. Comme il ressort des observations émises par les gouvernements, même un partisan aussi convaincu de la responsabilité objective pour les dommages transfrontières que le Gouvernement néerlandais a été surpris par le texte des projets de principe adoptés en première lecture en 2004. Loin d'être trop conservatrice, la Commission s'est tenue à l'avant-garde en élaborant des principes clairement ambitieux. M^{me} Xue pense avec le Rapporteur spécial que la valeur juridique des projets de principe réside dans le fait qu'ils sont de nature à renforcer la responsabilité des États en matière de protection de l'environnement.

22. Le principe de précaution examiné aux paragraphes 24 à 26 du rapport est d'une grande importance pour la prévention des dommages, même si les États divergent encore quant à la question de savoir s'il doit s'agir d'un principe ou tout simplement d'une

norme. Il est nécessaire d'examiner en détail la question de savoir si une telle norme peut s'appliquer à la répartition des pertes car le régime en cours d'élaboration est fondé sur plusieurs considérations. Premièrement, bien que les activités en jeu soient hautement dangereuses, elles ne sont pas interdites par le droit international. Deuxièmement, une évaluation des risques a été effectuée pendant la phase de prévention afin de déterminer quelles activités doivent être autorisées. Si un incident survient, l'activité ne doit pas être arrêtée ou interrompue, car il arrive fréquemment que l'État touché en fasse la demande. Telles qu'elles ont été définies, les mesures de précaution ne sont pas fondées sur des preuves scientifiques concluantes et il peut y avoir des différends quant au rôle exact qu'elles peuvent jouer dans la présentation d'éléments de preuve. La sentence arbitrale rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* montre qu'une demande tendant à faire cesser ou à interrompre une activité industrielle d'un autre État ne peut être fondée que sur des preuves tangibles et non sur la précaution. Troisièmement, la répartition des pertes a pour objectif d'éviter toute situation dans laquelle des victimes innocentes ne seraient pas en mesure de recevoir une réparation ou une indemnisation. Lorsqu'un dommage transfrontière se produira, des questions telles que celles de savoir quel type de mesures de sauvetage pourrait réduire les pertes et quel autre pourrait éviter des effets à moyen ou à long terme sur l'environnement susciteront probablement des différends quant au degré de précaution que ces mesures devront comporter. L'accent doit être mis sur la coopération entre l'État d'origine et l'État touché. Il faudrait que le rapport de la Commission exprime d'une manière ou d'une autre cette question de principe de manière à appeler sur elle l'attention des gouvernements.

23. En ce qui concerne le principe du pollueur-payeur, le paragraphe 29 du rapport retient un critère rigoureux pour l'imputation de la responsabilité objective, affirmant «qu'il suffit que l'utilisation comporte un risque de préjudice pour autrui pour établir la responsabilité». Tant que l'on n'aura pas clairement déterminé les activités qui entrent dans la catégorie des activités très dangereuses, ce critère peut être poussé à l'extrême. Ce qui est le plus important, c'est la manière dont on pourrait l'aligner sur le régime de la responsabilité de l'État.

24. En ce qui concerne les obligations notables des États (par. 31 et 32), M^{me} Xue approuve pleinement l'analyse et les observations du Rapporteur spécial. Pour ce qui est du principe de non-discrimination (par. 33 à 35), le critère couvert en matière de procédure et de fond doit être celui du traitement accordé aux nationaux.

25. La norme relative au caractère prompt et adéquat de l'indemnisation (par. 36 et 37) est considérée comme la contribution la plus importante du projet de principes. Cependant, le Rapporteur spécial fait observer à juste titre qu'un montant adéquat ne signifie pas le montant le plus élevé possible mais plutôt un montant raisonnable et approprié.

26. En ce qui concerne la forme finale des projets de principe, il est clair qu'ils doivent encore être mis à l'épreuve de la pratique internationale pour voir dans quelle mesure ils peuvent être acceptés par les États. Le

⁶⁶ Conférence de La Haye de droit international privé, «Avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale, adopté par la Commission spéciale et Rapport de Peter Nygh et Fausto Pocar», Document préliminaire n° 11 d'août 2000, établi à l'intention de la Dix-neuvième session diplomatique de juin 2001.

⁶⁷ Pour plus de détails sur les origines historiques de la Convention, F. Pocar et C. Honorati (éds.), *The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgments*, Milan, CEDAM, 2005.

Rapporteur spécial a bien fait de se montrer prudent, faisant observer au paragraphe 39 les incertitudes juridiques qui entourent certains d'entre eux. De l'avis de M^{me} Xue, la démarche la plus pragmatique, et la meilleure de celles qui ont été proposées jusqu'à présent, serait de présenter le produit final sous la forme d'un ensemble de projets de principe. Quant à la relation entre le projet de principes et le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses adoptés par la Commission en 2001⁶⁸ (par. 45 et 46), la Sixième Commission voudra peut-être envisager d'établir un groupe de travail en vue d'étudier la question plus avant.

27. M. KOSKENNIEMI dit qu'il centrera son intervention sur trois points: premièrement, il abordera un aspect paradoxal du sujet qui est révélateur de la situation dans laquelle se trouve la Commission; deuxièmement, il partagera la frustration de M^{me} Escarameia quant à la situation actuelle et expliquera pourquoi, malheureusement, il ne peut appuyer ses suggestions; enfin, il fera une proposition de fond concernant le projet.

28. En ce qui concerne l'aspect paradoxal de la responsabilité, M. Koskenniemi a été frappé, lorsqu'il a lu le compte rendu des débats sur le sujet à la Sixième Commission⁶⁹, de constater à quel point les gouvernements s'étaient approprié le langage de la répartition des pertes que la Commission avait décidé d'employer lorsqu'elle avait abordé le sujet. Lorsqu'il est entré au Ministère des affaires étrangères, de nombreuses années auparavant, il a travaillé tout d'abord avec l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) et d'autres organisations internationales qui examinaient des questions de droit de l'environnement et s'efforçaient de résoudre les problèmes suscités par des activités non interdites, licites, qui engendraient toutefois de la pollution et étaient très néfastes pour la société à plusieurs égards. À ce moment-là, des notions telles que le principe du pollueur-payeur – qui était en fait un principe de répartition économique et pas du tout un principe de responsabilité privée ou publique – ou le principe de précaution étaient nouvelles, et les juristes ne savaient pas très bien ce qu'elles pouvaient signifier en tant que critères d'établissement de la preuve. De nos jours, les juristes à la Sixième Commission et ailleurs emploient volontiers le langage du droit et de l'économie et songent à la responsabilité en termes de répartition des pertes. Cela semble être un progrès, mais il a son prix. Un consensus s'est dégagé au sujet du vocabulaire et de la démarche, et il est devenu fréquent que les organisations internationales et la Commission elle-même abordent les problèmes liés à l'environnement en termes de progrès technique et de faisabilité économique. Cependant, le résultat en est que tout est devenu beaucoup trop général, fluide, provisoire et incitatif. Dans l'intervalle, comme l'a demandé M^{me} Escarameia, que sont devenus les droits de la victime de la pollution? Chaque élément du projet de principes se réduit finalement à la recherche de la meilleure solution sur le plan économique, ce qui revient quelquefois à laisser la perte à la charge de la victime. D'une certaine manière, cela est raisonnable, mais en tant

que juriste, M. Koskenniemi éprouve de la frustration et de la colère face à un tel résultat. On ne peut nier que les instruments juridiques et le droit ont pour mission d'établir des droits subjectifs qui ne sont pas négociables en ce sens que, quelle que soit la meilleure solution sur le plan économique, certains droits doivent être protégés et ne peuvent être réduits aux éléments d'un raisonnement macroéconomique à propos des activités industrielles.

29. Les projets de principe ont valeur de recommandations; ils ne sont pas contraignants. D'ailleurs, M. Matheson a déclaré qu'il ne les acceptait qu'à condition qu'ils ne soient pas des obligations. C'est pourquoi M. Koskenniemi comprend tout à fait et partage le sentiment de frustration qu'éprouve M^{me} Escarameia: la notion de seuil du dommage a été incluse dans les projets de principe afin de permettre aux juristes de calculer la formule qui servira le mieux les intérêts d'un État donné. Lorsque le droit s'engage dans des calculs de pertes économiques, le résultat en est que ce sont les intérêts les plus puissants qui l'emportent lors des négociations. Une telle situation est difficile à accepter. Bien entendu, il est possible que des groupes écologiques ou autochtones ou d'autres groupes affectés par des activités industrielles ou commerciales à grande échelle s'organisent afin d'être reconnus comme de véritables interlocuteurs. C'est toutefois peu fréquent. Ce sont généralement les intérêts les plus puissants qui posent les conditions; et le droit les laisse faire.

30. M^{me} Escarameia a suggéré d'étoffer les projets de principe et de les renforcer pour en faire une convention. Si cette solution était réaliste, M. Koskenniemi l'appuierait. Cependant, le pire serait que les projets de principe soient reformulés en une convention tout en restant non contraignants. Comme l'a écrit Prosper Weil, c'est faire fi de la distinction entre droits et privilèges et entre obligations et recommandations, tout rendre négociable et donner libre cours aux intérêts les plus puissants⁷⁰. Le réalisme politique suggère que les États – et la Commission – ne sont pas prêts à ce que les projets de principe deviennent des dispositions contraignantes; adopter une convention soi-disant «contraignante» contenant des obligations non contraignantes serait hypocrite.

31. La plupart des principes et du vocabulaire utilisés par le Rapporteur spécial vont dans le sens d'une approche au cas par cas pour évaluer ce qui serait une solution raisonnable dans une situation donnée. Bien que cette approche pose également problème, il semble que ce soit la seule réalisable, dans la plupart des cas au moins. Cependant, la section du rapport, comprenant les paragraphes 33 à 35, ne peut entrer dans ce raisonnement. Alors que des notions telles que le seuil du dommage, le principe de précaution ou la responsabilité de l'exploitant font toutes partie d'une évaluation contextuelle de ce qui est raisonnable, la non-discrimination et les normes minimales sont absolument non négociables: l'État a une obligation non négociable d'accorder aux victimes étrangères et à ses propres nationaux un accès égal aux voies de recours, par exemple. Il ne s'agit pas d'une obligation relative aux droits de l'homme, mais d'une procédure qui, de nature, est non négociable. Étant donné

⁶⁸ *Annuaire...* 2001, vol. II (2^e partie), p. 157, par. 97.

⁶⁹ A/CN.4/549/Add.1.

⁷⁰ «Vers une relativité normative en droit international», *RGDIP*, vol. 86 (1982), p. 5 à 47.

que les articles sur la prévention ont plus de chances d'être adoptés sous la forme d'une convention que le projet de principes à l'examen, M. Koskenniemi propose que les dispositions relatives à la non-discrimination et aux normes minimales soient incorporées dans le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses adopté par la Commission en 2001. Cela étant, il pense que, dans l'ensemble, le projet de principes est acceptable, bien qu'il regrette que la Commission ait manqué d'ambition en se repliant sur des négociations *ad hoc* plutôt que d'énoncer des règles contraignantes. Il est triste de constater que dans le monde moderne, ces dernières ne seraient pas acceptables pour les États.

32. Le PRÉSIDENT dit que, aussi triste que puisse être la conclusion de M. Koskenniemi, elle pose une question fondamentale, celle de savoir si une convention ne doit contenir que des dispositions contraignantes.

33. M. GAJA partage l'avis de M. Koskenniemi selon lequel le principe de non-discrimination est contraignant. Le principe de non-discrimination s'applique à un dommage causé à un étranger sur le territoire de l'État à l'origine du dommage. Cependant, les recours dans l'État d'origine du dommage ne sont généralement pas accessibles en cas de dommage survenu à l'extérieur du territoire de cet État. Les États doivent donc être encouragés à offrir des voies de recours aux personnes qui se trouvent au-delà de leurs frontières.

34. M^{me} XUE dit que M. Koskenniemi a une vision trop cynique de la situation. Si la Commission conclut qu'il ne peut y avoir d'accord international contraignant sur le sujet, ce ne sera pas parce que l'industrie a le dernier mot lors des négociations. En cas de dommage transfrontière, il faut souvent maintenir un équilibre, non seulement entre les intérêts de l'industrie et ceux de chaque victime, mais également entre les intérêts des États. Les universitaires citent souvent la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*, qui concernait une atteinte à des intérêts agricoles dans l'État de Washington provoquée par une fonderie dans la ville canadienne de Trail. Malgré des recherches approfondies, M^{me} Xue a été surprise de constater que très peu de choses avaient été écrites sur les éléments factuels de l'arbitrage. Il s'est avéré que dans un premier temps, la partie canadienne avait craint que l'affaire ne soit portée devant les tribunaux canadiens et que les lois canadiennes relatives à la pollution atmosphérique n'entrent en jeu. La fonderie de Trail et d'autres industries le long de la frontière entre les États-Unis et le Canada revêtaient la plus grande importance pour le Canada et, pour cette raison, la partie canadienne aurait cherché à appliquer les lois américaines sur l'eau, ce qui aurait ménagé la possibilité que la fonderie reste en activité tandis que l'application du droit canadien aurait inévitablement abouti à sa fermeture. Finalement, les deux parties, ayant mené des recherches conjointes sur le niveau de pollution, sont convenues que les victimes seraient indemnisées et l'émission de fumée progressivement réduite. Il a souvent été dit que parce que la loi américaine sur l'eau avait été appliquée, l'affaire ne faisait pas partie du corpus de droit international; il n'en demeure pas moins qu'elle est d'une grande pertinence pour la Commission et le projet de principes, car le cœur

de cette affaire repose sur des conflits d'intérêt entre États plutôt qu'entre industries.

35. M. MATHESON dit qu'à son avis, le message du projet de principes n'est pas du tout que les intérêts des victimes en matière d'indemnisation soient compromis et subordonnés aux intérêts des entreprises. Tout au contraire: l'objectif fondamental du projet de principes est d'assurer l'indemnisation prompte et adéquate de toutes les victimes, comme le montrent, par exemple, les projets de principes 4 et 6, même s'il appartient aux États de choisir les mécanismes et procédures visant à assurer une telle indemnisation. M. Koskenniemi devrait être plus optimiste.

36. M^{me} ESCARAMEIA, après avoir remercié M. Koskenniemi pour sa compréhension, même s'il ne lui a pas apporté un soutien total, dit que comme toujours, elle a été impressionnée par l'analyse brillante qu'il a faite mais frustrée par les conclusions qu'il a tirées. Alors qu'il tend à voir la réalité comme statique et ne pouvant être modifiée, elle est convaincue que les projets de principe peuvent – si ce n'est pas immédiatement, alors d'ici 20 ans – prendre la forme d'une convention. Contrairement à M. Matheson, qui semble convaincu que les États souhaitent des principes non contraignants, elle en est venue à penser, en s'appuyant sur son expérience en tant que représentante à la Sixième Commission et sur la base des observations écrites émises par les gouvernements, que la majorité des États – tous, en fait, sauf les plus puissants – sont en faveur d'une convention contenant des principes contraignants. Elle continuera à défendre cet argument dans chaque instance et elle est convaincue que l'opinion publique finira par l'emporter sur des droits économiques acquis.

37. M. MOMTAZ, après avoir salué le troisième rapport, qui constitue un travail à la fois de synthèse, de recherche et d'équilibre, dit qu'il centrera son intervention sur deux aspects du sujet: la forme finale que le projet de principes devrait revêtir et son champ d'application *ratione materiae*. En ce qui concerne la forme, elle dépend beaucoup de la relation entre le projet de principes et le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses adopté par la Commission en 2001. Il ne s'agit pas uniquement d'une question de forme, mais aussi d'une question de fond, qui aura une incidence sur le sort final des travaux de la Commission sur le sujet. L'importance de cette question est reconnue par les États dans leurs commentaires et observations. La République tchèque, par exemple, a qualifié le projet de principes d'outil prometteur pour le développement progressif du droit international, tandis que le Mexique a estimé que le travail de la Commission aboutirait à la consolidation de normes existantes et souligné que l'objectif du projet n'était pas seulement de faire progresser le droit international mais aussi de codifier les règles applicables. Il a également exprimé l'avis que, si les dispositions conservaient la forme de principes, certaines devraient être reformulées, en particulier les projets de principes 4 à 8, de manière à leur donner un caractère plus prescriptif et moins incitatif. Cette approche coïncide avec les vues de M^{me} Escarameia sur la question, que M. Momtaz partage également. Si la Commission doit répondre à la demande du Mexique, il lui faudra clairement aller

au-delà des principes déjà énoncés dans la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement (Déclaration de Stockholm)⁷¹ et la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement⁷², qui contiennent des affirmations relatives au principe de précaution et au principe du pollueur-payeur, que les États-Unis ont, à juste titre, qualifiés de notions controversées. Bien que les principes énoncés dans ces déclarations aient été très utiles en leur temps, le droit international a depuis lors évolué en de nombreux aspects importants qu'on ne saurait négliger. La Commission ne doit donc pas se contenter d'énoncés généraux dépourvus de tout caractère prescriptif.

38. La meilleure chose à faire est d'adopter le texte sous la forme d'un traité ou d'un accord-cadre. Ainsi, les principes énoncés dans les Déclarations de Stockholm et de Rio pourront être développés sur la base de la pratique existante. On disposera alors d'une base pour la coopération entre les États parties à l'instrument, qui leur permettra de fixer dans des accords distincts les arrangements détaillés à établir pour une telle coopération.

39. Un tel accord-cadre serait comparable à un *pactum de contrahendo* et aboutirait, après un certain temps, à la création de normes. Le projet de convention-cadre que M. Momtaz propose devrait premièrement préciser le sens et la portée des principes sur lesquels le régime juridique de la répartition des pertes devrait être fondé. Le principe le plus important est celui du pollueur-payeur, dont le corollaire, la responsabilité objective du pollueur, constituerait le fondement de tout projet d'articles sur la réparation. Cet exercice est d'autant plus essentiel que la Déclaration de Rio énonce le principe du pollueur-payeur de manière extrêmement timide. Depuis, il a été consacré par de nombreux instruments internationaux, l'un des plus récents étant la Convention-cadre pour la protection de l'environnement marin de la mer Caspienne (*Framework Convention for the Protection of the Marine Environment of the Caspian Sea*), signée à Téhéran le 4 novembre 2003. Les écrits de la doctrine confirment que le principe du pollueur-payeur, qui était à l'origine ancré dans des considérations économiques, est en train de devenir un principe contraignant du droit international de l'environnement. Étant donné que, de l'avis général, il se situe à la croisée de la prévention et de la réparation, ce principe relève du droit de la responsabilité sans faute ou responsabilité objective.

40. Étant donné que les législations nationales relatives aux activités anormalement dangereuses répertoriées dans l'étude établie par le Secrétariat optent généralement pour la responsabilité objective⁷³, il est étonnant que le Rapporteur spécial ne se prononce pas avec une plus grande fermeté en faveur de la responsabilité objective

⁷¹ *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 et rectificatif), première partie, chap. 1^{er}.

⁷² *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.I.8 et rectificatifs), vol. I: *Résolutions adoptées par la Conférence*, résolution 1, annexe I.

⁷³ *Annuaire... 2004*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/543, par. 29 à 260.

en tant que règle juridique internationale. L'accent mis sur la responsabilité principale de l'exploitant n'exonère évidemment pas de toute responsabilité l'État sur le territoire duquel l'acte dommageable s'est produit, peut-être en raison de son manquement à une règle primaire du droit international de l'environnement, à savoir son obligation de prévenir de tels actes. C'est pourquoi la Commission ne peut qu'appuyer le paragraphe 5 du principe 4, dont le bien-fondé est confirmé par la pratique des États lors des catastrophes écologiques déclenchées par les marées noires qui ont pollué les côtes de l'Europe occidentale.

41. Quant au champ d'application *ratione materiae* des projets de principe, ceux-ci sont incontestablement appelés à couvrir tout acte non interdit par le droit international susceptible de causer un dommage transfrontière atteignant ou dépassant un seuil déterminé. Il est inutile d'établir une liste d'activités. Une approche au cas par cas suffira. Comme il ne fait aucun doute que les actes terroristes sont interdits par le droit international, les dommages pouvant découler de ces actes ne relèveront certainement pas du champ d'application du projet de principes. Il en va de même des dommages causés à un État neutre par un État en guerre, étant donné qu'en vertu du droit international humanitaire les parties à un conflit armé doivent s'abstenir de porter préjudice aux États tiers; dès lors, les dommages causés à un État neutre ne peuvent résulter d'une activité licite.

42. M. Momtaz ne comprend pas le raisonnement qui sous-tend la note concernant les implications du droit international humanitaire régissant les conflits armés en ce qui concerne les principes de responsabilité, figurant au paragraphe 10 du troisième rapport. En droit international humanitaire, il importe peu que le recours à la guerre ait été illicite; toutes les parties doivent respecter les dispositions de ce corpus de droit. C'est le fondement même de la distinction entre le *jus ad bellum* et le *jus in bello*. Même un État victime d'un acte d'agression qui exerce son droit de légitime défense doit respecter le droit international humanitaire. Dans le cas du conflit entre l'Iraq et le Koweït, la responsabilité de l'Iraq ne découle pas du fait qu'il a eu recours à la force d'une manière contraire au droit international, mais de sa pollution délibérée de l'environnement et de sa confiscation de biens appartenant à des nationaux d'États neutres. De même, les attaques contre des barrages, que le droit international humanitaire qualifie d'«objectifs contenant des forces dangereuses», sont soumises à toute une série de règles lorsqu'elles surviennent dans le contexte d'un conflit armé et il n'est donc pas nécessaire que la Commission aborde cette question.

43. M. Momtaz partage les vues exprimées par le Rapporteur spécial aux paragraphes 7 et 8 de son troisième rapport et approuve pleinement l'idée de retenir le seuil du dommage significatif, de même que le principe d'un traitement égal des nationaux et des étrangers.

44. Le PRÉSIDENT, intervenant en sa qualité de membre de la Commission, se félicite que M. Momtaz appuie l'idée d'une convention-cadre, que lui-même avait lancée l'année précédente. Le sujet examiné par la Commission se situe au carrefour du droit de

l'environnement, du droit international économique et du droit de la responsabilité. C'est un sujet émaillé de grands principes qui gagnerait à être guidé par des considérations juridiques plutôt que politiques. Étant donné qu'une convention-cadre énoncerait en effet des règles pour la conduite des États, il pourrait être avisé de reformuler certains des principes. M. Pambou-Tchivounda demande donc instamment à M. Momtaz et à M^{me} Escarameia de se joindre au Comité de rédaction de manière que leur approche soit mieux reflétée dans le texte final.

45. M. ECONOMIDES dit que les observations faites par M. Momtaz et M^{me} Escarameia sont d'une grande importance. Les suggestions figurant dans le rapport du Rapporteur spécial représentent un pas en arrière à deux égards. La proposition tendant à adopter des principes formulés comme des recommandations non contraignantes ne constituera ni une codification ni un développement progressif du droit sur le sujet. Si les principes contiennent des règles coutumières, le fait de les transformer en recommandations affaiblira le caractère normatif de ces règles et, ce faisant, la Commission trahira son rôle de codification. Si, au contraire, les principes traitent de questions qui n'ont pas encore acquis le statut de règles coutumières, le fait de les énoncer sous la forme de recommandations plutôt que de règles reviendra, pour la Commission, à esquiver sa tâche consistant à contribuer au développement progressif du droit.

46. Il serait préférable que la Commission rédige des projets d'article, mais en confiant à l'Assemblée générale le soin de décider de leur forme finale – procédure qui a été suivie avec le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁷⁴. Le Rapporteur spécial n'a pas été assez courageux. Il a beaucoup amoindri la force du texte en le formulant d'un bout à l'autre sous la forme de recommandations, même lorsque les questions en jeu étaient couvertes par le droit coutumier, et en rédigeant un texte non contraignant qui peut être rangé dans un tiroir et oublié.

47. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial), répondant aux observations des membres, dit qu'il partage l'avis de M^{me} Escarameia selon lequel le sujet à l'examen est chargé d'émotion. Or, la difficulté est de savoir comment passer de l'émotion à l'action. Il faut être attentif de manière à produire un texte qui ne subira pas le même sort que l'excellent projet d'articles proposé par M. Barboza⁷⁵, qui a été rejeté par la Sixième Commission en 1996⁷⁶. Malgré tout le respect qu'il doit à M. Economides, qui est un conseiller juridique et un négociateur très expérimenté, le Rapporteur spécial est convaincu qu'il est essentiel de déterminer si les États souhaitent véritablement avoir une convention en bonne et due forme et de veiller à ce qu'une telle convention ne soit pas simplement ignorée une fois adoptée.

⁷⁴ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26, par. 76.

⁷⁵ *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), annexe 1, p. 109.

⁷⁶ «Résumé thématique des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale pendant sa cinquante et unième session, établi par le Secrétariat» (A/CN.4/479), p. 15, par. 64 (reprographié, disponible sur le site de la Commission, documents de la quarante-neuvième session).

48. Ce n'est ni délibérément ni par malveillance que le Rapporteur spécial a tenté d'édulcorer un projet de texte qui est l'aboutissement de 27 années de débats d'experts. Cependant, les bonnes intentions ne suffisent pas; l'expérience montre que dans le passé, même après de grandes catastrophes, la réparation s'est fait attendre, ou que seuls des paiements à titre gracieux ont été effectués. Bien que des navires de guerre nucléaires parcourent les mers, aucune garantie financière n'a été établie pour faire face aux conséquences d'éventuels accidents. La réparation immédiate que M^{me} Escarameia appelle de ses vœux n'existe pas et le seul recours accessible aux victimes de dommages transfrontières est l'action en justice, qui peut durer des années. Quoiqu'il en soit, il y a lieu d'espérer qu'un effort lent et constant finira par engendrer des progrès. La Commission continuera à se heurter au paradoxe que M. Koskeniemi a évoqué: la survie du plus fort est la règle depuis le début des temps.

49. Les publications juridiques qui traitent de l'indemnisation soulèvent de nombreuses questions concernant la forme que celle-ci doit prendre, la manière de la calculer, la rapidité avec laquelle elle doit être versée, le montant qui doit être jugé adéquat et la recherche du for le plus favorable. Comme M. Gaja l'a fait observer, certaines de ces questions n'entrent pas dans le champ d'application du sujet mais, en tant que Rapporteur spécial, M. Sreenivasa Rao a le devoir d'apporter une réponse au moins à certaines des interrogations soulevées par les États. Cependant, beaucoup de ces questions devront être décidées au niveau national et ne se prêtent pas à une harmonisation internationale.

50. Dans un premier temps, le Rapporteur spécial préconisait une convention libellée en des termes très forts, mais il a été prévenu qu'il y avait peu de chances qu'une telle convention soit ratifiée. Il ne s'opposera pas à la Commission si elle souhaite tout de même adopter une convention de ce type, mais il constate que dans son propre pays, de nombreux éléments montrent que les tribunaux nationaux sont plus susceptibles d'appliquer des principes et de les intégrer dans leurs décisions que de tenir compte d'une convention qui n'a pas été ratifiée. Le principe de précaution, le principe du pollueur-payeur et les principes de réparation qu'il a examinés dans son rapport sont tous appliqués par les tribunaux nationaux. L'adoption d'un bon ensemble de projets de principe assorti d'un excellent commentaire est donc la meilleure manière de traiter le sujet.

51. Le Rapporteur spécial approuve pleinement l'analyse théorique que M. Momtaz a faite des implications du droit international humanitaire régissant les conflits armés en ce qui concerne les principes de responsabilité. Si l'un des aspects de la question n'est pas déjà couvert dans la note y relative au paragraphe 10 de son rapport, il est tout disposé à réparer cette omission.

La séance est levée à 11 h 35.

2874^e SÉANCE

Jeudi 11 mai 2006, à 10 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Candioti, M. Chee, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Momtaz, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M^{me} Xue, M. Yamada.

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de pertes liées à un dommage transfrontière résultant d'activités dangereuses) [suite] (A/CN.4/562 et Add.1, A/CN.4/566 et A/CN.4/L.686)

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. M. FOMBA note que, comme il l'indique au paragraphe 2 de son rapport, le Rapporteur spécial n'a pas tenu compte des propositions de rédaction faites par certains gouvernements, laissant le soin au Comité de rédaction de les étudier. Peut-être aurait-il fallu présenter les suggestions des gouvernements à la Commission d'abord pour lui permettre, notamment à ceux de ses membres qui ne font pas partie du Comité de rédaction, d'en avoir une idée. En présentant une synthèse des tendances significatives des commentaires reçus de gouvernements, le Rapporteur spécial a néanmoins fait œuvre utile et le fait que les États, en dépit de quelques divergences de vues sur la forme finale du projet de principes, partagent les considérations d'ordre général sur la base desquelles la Commission a adopté ce projet en première lecture est bien la preuve qu'elle a pris la bonne direction et que l'on n'est plus loin d'aboutir à un consensus final à son sujet.

2. Analysant ensuite les éclaircissements apportés par le Rapporteur spécial sur divers points en réponse aux demandes formulées en ce sens par les États, M. Fomba juge tout d'abord convaincante et acceptable la conclusion du Rapporteur spécial selon laquelle il n'y a aucune raison impérieuse de remettre en cause le seuil du «dommage significatif» dans la partie du sujet qui traite de la responsabilité, malgré l'inquiétude exprimée à tort ou à raison au sujet du risque de violation par cette définition du principe de non-discrimination. Il appuie les raisons exposées avec éloquence par le Rapporteur spécial à la fin du paragraphe 9 de son rapport au nom desquelles la Commission devrait maintenir sa position consistant à ne pas s'engager dans une opération délicate et périlleuse en ce qui concerne la question de savoir s'il serait utile de dresser une liste d'activités susceptibles d'être considérées comme relevant de la portée du projet de principes. Les conclusions que le Rapporteur spécial

tire de l'analyse des cas qui pourraient relever d'un élargissement de la portée du sujet («faits de guerre causant des dommages à des États neutres», «activité dangereuse causée par une activité terroriste» et «dommage transfrontière causé par toute activité innocente comme le stockage d'eau dans le cas de barrages») lui semblent par ailleurs pertinentes et acceptables. Pour ce qui est de la portée du dommage à l'environnement, M. Fomba estime que l'on peut raisonnablement souscrire à l'avis exprimé par le Rapporteur spécial sur les trois séries de questions soulevées par les gouvernements à cet égard (l'indivis mondial, le caractère général de la définition de l'environnement et la recevabilité de réclamations pour dommages à l'environnement proprement dit), selon lequel l'adoption d'une définition plus large de l'environnement dans le cadre du projet de principes ouvre des possibilités de développement futur du volet «responsabilité». Notant que le Rapporteur spécial reconnaît, à juste titre, que la question de la multiplicité des réclamations n'est pas qu'une simple vue de l'esprit, il se réjouit que d'importantes questions comme celle de la priorité à accorder au «principe de la loi la plus favorable» soient abordées dans le rapport. En ce qui concerne le statut juridique du projet de principes, M. Fomba estime que le Rapporteur spécial est fondé à conclure qu'en dépit de la prescription de l'article 15 de son statut, la Commission ne distingue pas dans la pratique les recommandations qu'elle adopte au titre de la codification du droit international de celles qui relèvent du développement progressif du droit. Il souscrit en outre à l'avis selon lequel on ne saurait, en tout état de cause, sous-estimer la valeur juridique des projets de principe.

3. Abordant ensuite l'«Examen de certains points saillants des projets de principe», M. Fomba dit que les conclusions auxquelles parvient le Rapporteur spécial à propos du principe de précaution (par. 26) et du principe du pollueur-payeur (par. 27) lui semblent justes, logiques et acceptables. S'agissant des obligations notables des États, il note que la question de la responsabilité de l'État pour les dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses ou extrêmement dangereuses ne semble recueillir aucun appui – y compris au titre du développement progressif du droit – et que le Rapporteur spécial se réfère à la jurisprudence établie par la CIJ dans l'arrêt *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* pour souligner de façon opportune le principe international selon lequel l'État doit s'acquitter de l'obligation de diligence raisonnable, tant au stade de l'autorisation et du contrôle des activités dangereuses que postérieurement à la survenance effective d'un dommage, et malgré tous les efforts faits pour le prévenir. M. Fomba partage l'avis selon lequel cette obligation de diligence raisonnable a des conséquences et estime que les arguments présentés en ce sens par le Rapporteur spécial sont à la fois fondés et pertinents. Il appuie également l'argument du Rapporteur spécial selon lequel le principe de l'égalité stricte des États ne saurait prévaloir dans la mise en œuvre de cette obligation de diligence pour les raisons avancées à la fin du paragraphe 32. Concernant le principe de non-discrimination et les normes minimales, M. Fomba est d'avis que c'est le principe de l'égalité de traitement des nationaux et des étrangers, fermement établi en droit international coutumier, qui doit prévaloir. Quant à l'obligation d'assurer une indemnisation prompte et adéquate aux victimes, c'est évidemment la question

clef du sujet à l'examen, et l'interprétation donnée par le Rapporteur spécial de la notion d'indemnisation «adéquate» au paragraphe 37 de son rapport semble correcte et acceptable.

4. En conclusion, M. Fomba dit qu'en raison de l'interdépendance fondamentale entre la prévention et la responsabilité (*liability*), il préférerait que les projets de principe soient finalement adoptés sous forme de convention en bonne et due forme, ou à défaut, d'un accord-cadre. C'est seulement en désespoir de cause qu'il faudrait s'orienter vers l'adoption de «principes directeurs».

5. M. DAOUDI, abordant tout d'abord les points soulevés par les gouvernements et examinés au début du rapport, estime que la Commission devrait conserver le seuil du dommage prévu dans le projet actuel car la répétition d'un dommage non significatif peut rendre ce dommage significatif. Le dépassement de ce seuil devra en tout état de cause faire l'objet d'un examen au cas par cas. Pour ce qui est de l'élargissement de la portée du sujet, il convient de rappeler que les opérations militaires engagées en vertu d'une résolution du Conseil de sécurité et au cours desquelles il est fait usage de munitions à base d'uranium non enrichi, ce qui n'est pas encore interdit par le droit international, peuvent causer des dommages aux personnes, aux biens et à l'environnement d'un État tiers ainsi qu'à ses propres militaires. L'hypothèse de dommages résultant de la rupture d'un barrage hydraulique envisagée par le Rapporteur spécial entre tout à fait dans le cadre du sujet. Selon M. Daoudi, les dommages causés à l'indivis mondial doivent être traités à part du fait de la particularité des questions qu'ils soulèvent. Par ailleurs, les deux scénarios évoqués par le Rapporteur spécial s'agissant de la multiplicité des réclamations soulèvent des questions délicates dont les solutions demeurent théoriques en l'état actuel des choses.

6. S'agissant de l'objectif principal du projet de principes, à savoir «assurer une indemnisation prompte et adéquate aux personnes physiques et morales, y compris les États, qui sont victimes de dommages transfrontières, dont les dommages causés à l'environnement», M. Daoudi estime qu'il est nécessaire d'exprimer l'obligation d'indemnisation en des termes plus impératifs étant donné que l'obligation de diligence de l'État et la responsabilité de l'exploitant relèvent du droit coutumier, comme l'indique le Rapporteur spécial dans plusieurs paragraphes de son rapport. Il se demande par ailleurs s'il ne conviendrait pas d'adapter la formulation du paragraphe 3 du principe 4 à la description que le Rapporteur spécial donne de la responsabilité objective et au renversement de la charge de la preuve dans les paragraphes 3 c, 26, 27 et 29 de son rapport.

7. Notant que le Rapporteur spécial lie l'accomplissement des obligations des États en matière de prévention des dommages à l'environnement à la notion de «bonne gouvernance» tout en soulignant que les États et notamment les pays en développement ne disposent pas des mêmes moyens économiques pour s'acquitter de telles obligations, M. Daoudi fait remarquer que la prévention des dommages à l'environnement doit également justifier l'existence d'une obligation de transfert des technologies

nécessaires à cet effet. Il regrette que le projet de principe 5 ne reflète pas ces importantes préoccupations et espère que la deuxième lecture du projet de principes permettra de combler cette lacune.

8. En ce qui concerne la question de la forme du projet de principes, M. Daoudi souligne la difficulté de regrouper des dispositions de nature différente, qui relèvent soit du droit international public soit des règles coutumières, dans un projet d'articles de codification et d'inclure des règles coutumières obligatoires dans un projet de principes, et appuie la proposition faite par le Rapporteur spécial au paragraphe 45 de son rapport tendant à ce que la Sixième Commission confie à un groupe de travail la tâche d'insérer dans le projet d'articles sur la prévention⁷⁷ l'obligation des États d'offrir des recours judiciaires effectifs et une indemnisation prompte et adéquate aux victimes de dommages transfrontaliers. Un tel projet de convention pourrait contenir une disposition précisant que l'obligation d'indemniser doit être exécutée compte tenu du projet de principes sur la répartition des pertes.

9. En conclusion, M. Daoudi se dit favorable au renvoi du projet de principes au Comité de rédaction.

10. M. KEMICHA félicite le Rapporteur spécial pour son troisième rapport et se réjouit que le projet de principes ait été favorablement accueilli par les États. Comme le rappelle le Rapporteur spécial au paragraphe 4 de son rapport, la question de la forme définitive du projet est toujours pendante. Toutefois, les échanges empreints d'émotion auxquels a donné lieu cette question donnent à penser qu'il faut y répondre dans le respect du mandat de la Commission. M. Kemicha partage à cet égard les craintes, exprimées en particulier par M. Economides, que la Commission, en se contentant d'un projet de principes, ne faillisse à sa mission de codification et de développement progressif du droit international.

11. Commentant certains des points soulevés par le Rapporteur spécial dans cette partie du rapport, M. Kemicha estime à propos du principe de précaution, que celui-ci devrait trouver sa place dans le contexte de l'application des projets de principes sur la répartition des pertes lors de la survenance de dommages transfrontières. Le Rapporteur spécial semble suggérer qu'il en soit fait mention mais il n'explicite pas davantage sa proposition. La question est donc de savoir si ce principe devrait figurer dans le corps même du projet de principes, ce qui favoriserait un renversement de la charge de la preuve au détriment de l'exploitant, ou dans les commentaires. Il en est de même du principe du pollueur-payeur qui établit la responsabilité de l'exploitant pour les dommages découlant d'activités dangereuses. La piste évoquée au paragraphe 29 du rapport, soit l'adoption d'une définition appropriée du terme «dommage», devrait être explorée plus avant. Le Rapporteur spécial a par ailleurs raison d'insister sur la responsabilité de l'État du fait des dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses et de mettre à la charge de ce dernier une obligation de diligence, même si cette proposition ne semble pas avoir recueilli d'appui – y compris au titre du développement progressif du droit.

⁷⁷ *Annuaire...* 2001, vol. II (2^e partie), p. 157, par. 97.

12. M. Kemicha note également que, selon le Rapporteur spécial, le principe de non-discrimination énoncé dans le paragraphe 3 du projet de principe 6 suppose en premier lieu que des recours appropriés et une indemnisation adéquate soient ouverts aux nationaux d'abord en cas de dommages résultant d'activités dangereuses et offerts également aux victimes transfrontières. Pour M. Kemicha, la principale contribution du projet de principes demeure l'assurance, prévue au principe 3, d'une indemnisation prompte et adéquate des victimes de dommages transfrontières, fondée sur des bases solides dans la pratique des États et les décisions judiciaires et considérée au même titre que les autres principes, comme ayant valeur de règle générale du droit international, ainsi que le relève le Rapporteur spécial au paragraphe 23 du rapport. Dans ce contexte, on peut comprendre qu'on soit tenté d'élargir et de généraliser à l'ensemble de la communauté des États l'adoption de principes qui recueillent jour après jour l'adhésion du plus grand nombre en adoptant un projet de convention-cadre, hypothèse que la Commission n'a d'ailleurs nullement écartée puisqu'il suffisait de modifier le texte des principes 4 à 8. Mais le Rapporteur spécial est d'avis que le projet de principes devrait l'emporter sur une éventuelle convention ou accord-cadre, dans la mesure où, comme il l'affirme, «la présentation du résultat final sous une forme prescriptive ne présente d'intérêt que si elle est possible et réalisable». Pour l'heure, M. Kemicha appuie sa démarche et comprend sa détermination à suivre une approche plus patiente, laissant aux normes le temps de bien mûrir et d'acquiescer une légitimité, sans écarter pour autant la possibilité de rédiger «dans des termes plus prescriptifs les dispositions relatives à l'obligation fondamentale de verser une indemnisation et au droit de recours».

13. M. YAMADA salue la qualité du troisième rapport sur le régime juridique de la répartition des pertes en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses, et se réjouit que la Commission soit sur le point d'achever ses travaux sur cette question, à laquelle elle travaille depuis 27 ans.

14. La Commission s'est longtemps efforcée de conceptualiser ce vaste sujet, avant de décider en 1997 de se centrer sur les activités susceptibles de causer un dommage transfrontière significatif, et de se pencher d'abord sur le volet de la prévention avant d'aborder celui de la responsabilité⁷⁸. À partir de là, en cinq ans seulement, elle a été en mesure de présenter en 2001 un projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, sur lequel l'Assemblée générale ne s'est hélas pas encore prononcée mais qu'il serait souhaitable qu'elle adopte en tant que convention. Ensuite, en un laps de temps très court également, le Rapporteur spécial a produit un excellent projet de principes sur le volet très complexe de la responsabilité, qui a recueilli un large appui.

15. En ce qui concerne sa forme finale, certains affirment que le projet de principes doit être traité de la même manière que celui relatif à la prévention, conformément à la volonté exprimée par les États Membres dans la résolution 56/82 du 12 décembre 2001 (par. 3). La

Commission a cependant clairement précisé en 1996 que les deux volets, bien que liés, étaient distincts. Leur forme finale sera donc fonction de considérations distinctes⁷⁹. À cet égard, M. Yamada souscrit aux conclusions du Rapporteur spécial, qui a étudié la question mieux que quiconque, selon lequel le produit final de l'examen de la question devrait être présenté sous la forme de projets de principe.

16. Pour ce qui est du seuil du dommage transfrontière, M. Yamada se félicite que le Rapporteur spécial ait respecté la position adoptée par la Commission. La notion de «dommage significatif» est relative et souple. Il convient en outre de garder à l'esprit que les activités dangereuses dont il est question ne sont pas des activités superflues ou indésirables. Elles sont au contraire essentielles pour le développement et le bien-être des populations.

17. À propos de l'idée très répandue que les pollueurs sont des acteurs puissants et les victimes des acteurs faibles, M. Yamada fait observer que même si tel est en effet souvent le cas, l'inverse peut également se produire. Il cite à cet égard l'exemple des très nombreux navires qui s'échouent chaque année au large des côtes japonaises. La très grande majorité d'entre eux sont originaires de petits pays peu puissants. Ces exploitants n'ont pas la capacité financière de rembourser au Japon les frais énormes qu'il supporte pour sauver les équipages, combattre la pollution et enlever les épaves. La seule solution à ce problème réside dans l'élaboration d'un régime international spécifique, comme celui qui est prescrit au projet de principe 7. M. Yamada espère que des conventions pourront être conclues pour couvrir les cas de ce genre, mais il n'est pas certain que les pays faibles acceptent ou soient capables d'assumer une aussi lourde responsabilité.

18. Enfin, M. Yamada rappelle que c'est la dernière session à laquelle participe le Rapporteur spécial et qu'en conséquence, si on ne lui permet pas de finaliser ses travaux, la Commission risque de revenir à la case départ. Il appuie donc le renvoi du projet de principes adopté en première lecture⁸⁰ au Comité de rédaction pour qu'il en établisse la version définitive.

19. M. KOLODKIN félicite à son tour le Rapporteur spécial, non seulement pour son troisième rapport mais également pour l'ensemble de ses travaux sur la responsabilité internationale en cas de pertes causées par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses. M. Rao a effectivement ouvert une brèche qui a permis à la Commission de terminer beaucoup plus rapidement l'examen de cette question. Il est probable qu'un produit fini pourra être présenté à la prochaine session de l'Assemblée générale.

20. M. Kolodkin approuve la plupart des conclusions et des propositions contenues dans le rapport. Il est partisan notamment de conserver le champ d'application et le seuil du «dommage significatif» déjà retenus par la Commission en première lecture, et convient également qu'il n'y a pas de raison d'énumérer les activités relevant du projet de principes. Au stade de la première lecture, il avait douté

⁷⁹ Ibid., par. 165.

⁸⁰ *Annuaire...* 2004, vol. II (2^e partie), p. 68-70, par. 175.

⁷⁸ *Annuaire...* 1997, vol. II (2^e partie), p. 60, par. 168.

de l'utilité d'inclure les dommages à l'environnement proprement dit, mais à la lumière des débats tenus depuis, il estime que c'est une décision justifiée.

21. Comme le souligne le Rapporteur spécial, la responsabilité des États pour les dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses, voire extrêmement dangereuses, ne recueille aucun appui, même au titre du développement progressif du droit. À cet égard, il convient de rappeler que ces activités, nonobstant leur caractère dangereux, ne sont pas interdites par le droit international, et qu'elles sont en outre nécessaires au développement socioéconomique des États. En même temps, il est admis comme principe général du droit international que l'État a une obligation de diligence voulue, tant au stade de l'autorisation des activités dangereuses qu'à celui du contrôle des activités autorisées. Cependant, une violation de cette obligation de diligence voulue relève de la responsabilité de l'État pour une activité contraire au droit international, et non de la responsabilité pour une activité qui n'est pas interdite par le droit international. Il est donc justifié de ne pas obliger l'État sur le territoire duquel est exercée l'activité à l'origine du dommage à indemniser les victimes. En revanche, l'importance voulue est accordée au principe qui veut que chaque État prenne les mesures nécessaires pour assurer l'indemnisation prompte et adéquate des victimes, notamment en imputant la responsabilité à l'exploitant.

22. Le principe de la responsabilité objective mais limitée de l'exploitant est un principe du droit international déjà acquis dans le domaine de la protection de l'environnement. Il est important de préciser, comme au paragraphe 2 du projet de principe 4, que cette responsabilité n'est pas subordonnée à la preuve d'une faute. Il conviendrait en outre d'indiquer dans le commentaire qu'en cas de faute la responsabilité de l'exploitant peut n'être pas limitée. Cette responsabilité illimitée de l'exploitant a été prévue notamment dans le Protocole de Kiev sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières. Le projet de principes autorise des exceptions à la responsabilité de l'exploitant, à condition qu'elles soient compatibles avec l'objectif défini au principe 3, soit assurer une indemnisation prompte et adéquate aux victimes. Il faudrait insister dans le commentaire sur le caractère exceptionnel de ces dérogations et donner des exemples.

23. Cela dit, l'inclusion ou non d'exceptions dépend de la forme du produit final. Nombre de dispositions devront être remaniées si l'on décide de recommander à l'Assemblée générale un projet d'articles ou un projet de convention internationale. À cet égard, il importe que le mandat du Comité de rédaction soit clair. Pour sa part, M. Kolodkin estime qu'il convient à ce stade de s'en tenir à des recommandations, car la majorité des dispositions du projet de principes ne sont pas encore des normes du droit international. Un ensemble de recommandations est d'ailleurs probablement ce qu'attendent les États, qui pourront s'en servir pour l'élaboration de leurs lois et l'administration de la justice dans ce domaine.

24. La Commission ne devrait pas se contenter de soumettre un projet de principes à l'Assemblée générale,

mais aussi en recommander l'adoption sous forme d'une déclaration, qui pourra servir de base à l'adoption future d'une convention internationale.

25. M. ECONOMIDES félicite le Rapporteur spécial qui, grâce à sa sagesse, son expérience et son talent, a su traiter en très peu de temps un sujet extrêmement difficile.

26. Comme M^{me} Xue, M. Economides juge encourageant que les gouvernements aient bien accueilli les tendances significatives du projet que le Rapporteur spécial présente en sept points au paragraphe 3 de son rapport.

27. En ce qui concerne le seuil du dommage, M. Economides rappelle qu'il combat depuis plus de 20 ans, sans succès, la notion de dommage «significatif». Cette fois cependant, il lui semble qu'il apparaît plus clairement que l'expression en question ne correspond pas à la réalité que la Commission souhaite couvrir, puisqu'elle veut ici exclure de la responsabilité les dommages minimes ou négligeables. Il est pourtant évident que «significatif» va plus loin. M. Economides propose donc de remplacer «dommage significatif» par «dommage autre que minime», définition négative plus appropriée en raison de sa grande souplesse. L'occasion de paraître plus respectueux à l'égard du principe de non-discrimination entre ressortissants et étrangers donne en outre à la Commission une bonne raison de fond pour baisser la barre et atténuer quelque peu la portée du dommage. Le Rapporteur spécial pose judicieusement la question de la non-discrimination au paragraphe 8 de son rapport, mais il n'en tire pas les conclusions qui s'imposent.

28. M. Economides est par ailleurs d'accord pour exclure du projet les questions qui concernent les dommages causés à l'indivis mondial. Il pense toutefois que la Commission a le devoir de proposer officiellement que ces questions, qui intéressent la communauté internationale dans son ensemble, soient inscrites à son programme de travail pour être traitées dans les années à venir.

29. M. Economides est pleinement d'accord avec M. Momtaz pour exclure catégoriquement du champ d'application du projet les actes de terrorisme, les actes de guerre quels qu'ils soient et tout autre acte interdit par le droit international, opinion que partage également le Rapporteur spécial. En lisant le paragraphe 14 du rapport, et en particulier la note concernant les réclamations F-4 pour dommages causés à l'environnement et préjudices causés à la santé publique, M. Economides se demande, bien qu'il n'ait jamais étudié cette question, si la jurisprudence récente de la Commission d'indemnisation des Nations Unies sur ces questions peut être considérée comme représentative et allant dans la bonne direction. Il souhaiterait avoir l'avis du Rapporteur spécial à ce sujet.

30. Le Rapporteur spécial a raison de souligner, au paragraphe 15 de son rapport, que la responsabilité internationale de l'État d'origine pour manquement à l'obligation de diligence prévue par le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses peut aller de pair avec la responsabilité (*liability*) de l'exploitant. Bien que souvent

étroitement liées, ces deux responsabilités semblent être indépendantes l'une de l'autre, du fait notamment qu'elles sont soumises, pour leur mise en œuvre, à des conditions différentes. À ce sujet, M. Economides ne partage pas l'opinion exprimée dans la note selon laquelle les personnes et États intéressés ne seraient plus fondés à soulever la question de la responsabilité de l'État s'ils ne l'ont pas fait dans un délai raisonnable. La conduite passive des États et des personnes intéressés peut certes réduire la responsabilité de l'État d'origine, mais non pas l'effacer complètement, du moins de façon générale. Les circonstances particulières de chaque affaire sont, de ce point de vue, déterminantes.

31. Enfin, comme il l'a dit à la séance précédente, M. Economides pense que la Commission doit présenter un projet d'articles, qui sera plus utile pour les États et les juridictions nationales et internationales qu'une simple liste de principes à valeur de recommandations. Bien entendu, la Commission devrait préciser autant que possible, dans le commentaire de chaque article, si la disposition est le résultat d'une codification de la coutume internationale ou si elle constitue une règle nouvelle relevant du développement progressif. Cela est d'ailleurs conforme à son statut et à sa pratique.

32. En revanche, en ce qui concerne la forme définitive du projet, M. Economides pense qu'au stade où en sont les travaux, la Commission doit se montrer plus souple et adopter la même solution que pour le projet sur la responsabilité internationale de l'État, c'est-à-dire demander à l'Assemblée générale de prendre pour le moment connaissance du projet, et de n'examiner la question de la forme qu'on pourrait lui donner qu'après un délai de quelques années.

33. Bien entendu, M. Economides approuve le renvoi au Comité de rédaction, le plus rapidement possible, du projet de principes et des observations et propositions qui ont été faites au cours du débat général. Il pense toutefois avec M. Kolodkin que la Commission devrait préciser davantage la question de la forme. Le Rapporteur spécial lui-même n'exclut pas que certains projets de principe deviennent des règles positives. Pour M. Economides, cela constituerait une solution intermédiaire valable. Quoi qu'il en soit, il préconise de laisser au Comité de rédaction une grande latitude à ce sujet.

34. M. CANDIOTI félicite le Rapporteur spécial pour la qualité de son travail et lui exprime son appui total. Il remercie M. Yamada d'avoir retracé l'historique du sujet. Lorsque lui-même est entré à la Commission, l'examen du sujet avait lieu dans un climat quasiment funèbre, et de nombreux membres éminents préconisaient de l'abandonner, invoquant l'absence de fondement théorique solide. C'est lorsque M. Sreenivasa Rao a été désigné Rapporteur spécial pour la prévention⁸¹ que la Commission est parvenue, en peu de temps, à mettre au point un projet d'articles définitif sur les obligations de prévention, qui a recueilli l'adhésion des gouvernements et de l'opinion et qui mérite d'être inscrit dans une convention. C'est pourquoi la Commission ne doit pas se décourager: là aussi, en peu de temps, le Rapporteur

spécial a élaboré un projet de principes fort intéressant, qui introduit un changement fondamental de perspective.

35. M. Candiotti pense donc que la Commission doit améliorer encore ces huit projets de principe et les soumettre à l'Assemblée, qui devrait décider de la marche à suivre. Il lui semble toutefois important de répondre à la demande du Président du Comité de rédaction et de donner au Comité certaines instructions. La Commission pourrait recommander à celui-ci de déterminer si certaines dispositions pourraient être formulées de manière plus impérative, par exemple en remplaçant dans la version anglaise les nombreux «*should*» par des «*shall*».

La séance est levée à 11 h 20.

2875^e SÉANCE

Vendredi 12 mai 2006, à 11 h 35

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

puis: M. Víctor RODRÍGUEZ CEDEÑO

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Candiotti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskeniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Momtaz, M. Sreenivasa Rao, M. Valencia-Ospina, M^{me} Xue, M. Yamada.

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de pertes liées à un dommage transfrontière résultant d'activités dangereuses) [suite] (A/CN.4/562 et Add.1, A/CN.4/566 et A/CN.4/L.686)

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

1. M. CHEE félicite le Rapporteur spécial pour sa ténacité et son sens de la diplomatie, qui lui ont permis de surmonter de nombreux obstacles. Grâce à son excellent troisième rapport sur le régime juridique de la répartition des pertes en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses, la Commission parviendra sans nul doute à achever ses travaux.

2. À la suite de l'adoption du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses⁸², le Rapporteur spécial a élaboré le projet de principes sur la responsabilité découlant de dommages transfrontières, qui est destiné à être un instrument juridique non contraignant. Cet instrument s'articule autour de la mise en place de recours pour les victimes de

⁸¹ *Annuaire... 1997*, vol. II (2^e partie), p. 60, par. 168.

⁸² *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie), p. 157, par. 97.

dommages; si l'indemnisation du dommage n'est pas adéquate, des ressources financières supplémentaires doivent être allouées selon le principe de la répartition des pertes. La rédaction du principe 4 semble basée sur la «formule de Hull», énoncée par le Secrétaire d'État américain Cordell Hull en 1938 après que le Gouvernement mexicain eut nationalisé des biens américains⁸³.

3. Le préambule des projets de principe renvoie à la Déclaration de Rio de 1992 sur l'environnement et le développement⁸⁴, qui a fait suite à la Déclaration de la Conférence des Nations Unies de 1972 sur l'environnement (Déclaration de Stockholm)⁸⁵. Il est significatif que ces deux déclarations contiennent une disposition sur l'obligation qu'ont les États de faire en sorte que «les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommages à l'environnement dans d'autres États ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale» (Déclaration de Rio, principe 2; Déclaration de Stockholm, principe 21).

4. Le rapport du Rapporteur spécial a mis en lumière trois principes, à savoir le principe de précaution, le principe du pollueur-payeur et le principe de diligence raisonnable. Au paragraphe 42 de son rapport, le Rapporteur spécial indique que son objectif est de présenter le produit final sous forme de projets de principe, lesquels ont le double avantage de ne pas nécessiter l'harmonisation, vraisemblablement irréalisable, des législations et des systèmes juridiques nationaux et d'être plus susceptibles d'être largement acceptés, ce qui est le but recherché. Au paragraphe 43, il note que cette approche pourrait ouvrir la voie à une codification du droit international sur ce sujet.

5. Le principe 21 de la Déclaration de Stockholm de 1972 a également un rapport direct avec le sujet et il faudrait y renvoyer dans le préambule du projet de principes sur la répartition des pertes. Alors que les pays en développement, de même que les pays développés, continuent de tendre vers le développement industriel, la réalité est que la pollution de l'environnement a été essentiellement le fait des pays développés. Il faut donc s'attendre à ce qu'ils soient réticents à la réguler. Cependant, l'enjeu est de taille: si la pollution industrielle n'est pas régulée, c'est l'avenir même de la vie humaine sur la Terre qui est menacé.

6. En ce qui concerne le seuil du dommage «significatif» adopté dans le projet de principe 1, M. Chee note que ce critère doit être évalué en fonction de l'ampleur du risque que ce dommage survienne. Le projet de principe 2 contient des définitions complètes des termes «dommage», «dommage transfrontière», «activité dangereuse», «environnement» et «exploitant». Le projet de principe 3 est essentiel car il définit l'objectif des projets de principe, à

savoir assurer une indemnisation prompte et adéquate. De même, conformément au paragraphe 1 du projet de principe 4, chaque État devrait prendre les mesures nécessaires pour assurer la possibilité d'une indemnisation prompte et adéquate aux victimes de dommages transfrontières. Les paragraphes 3, 4 et 5 de ce projet de principe ont trait aux garanties financières telles qu'une assurance pour faire face aux demandes d'indemnisation et à la création, s'il y a lieu, d'un fonds alimenté par la branche d'activité au niveau national; si ces mesures se révèlent insuffisantes, ils disposent que les États doivent veiller à ce que des ressources financières supplémentaires soient allouées. Conformément au projet de principe 5 relatif aux mesures d'intervention, les États devraient notamment prendre des mesures promptement pour notifier les autres États affectés. Le projet de principe 6 dispose que les États doivent prévoir des procédures appropriées pour garantir que les victimes reçoivent une indemnisation pour les pertes résultant de dommages transfrontières. Au projet de principe 7, les États sont instamment priés de coopérer à l'élaboration d'accords mondiaux, régionaux ou bilatéraux prévoyant des mesures de prévention et d'intervention.

7. Au paragraphe 2 du projet de principe 8, les États sont invités à mettre en œuvre les projets de principe et les mesures d'application sans aucune discrimination fondée, par exemple, sur la nationalité, le domicile ou la résidence. Au paragraphe 3, ils sont priés d'appliquer les projets de principe conformément aux obligations qui leur incombent en vertu du droit international. Les projets de principes 4 à 8 revêtent à l'évidence la forme de recommandations plutôt que de prescriptions.

8. Pour ce qui est de la forme finale que devraient revêtir les projets de principe, M. Chee estime qu'il faudrait en faire un instrument juridiquement contraignant. Il cite à titre de précédents certains principes des Déclarations de Rio et de Stockholm qu'il a mentionnés précédemment et qui peuvent être considérés comme des principes déclaratoires de droit international créant des normes. L'adoption par la Commission, en 1950, d'un texte énonçant les Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal⁸⁶ constitue un autre précédent. En tout état de cause, que les projets de principe soient adoptés sous forme d'instrument contenant des articles normatifs ou sous forme d'instrument juridique non contraignant ayant valeur de recommandation, le Rapporteur spécial est assuré d'avoir le soutien de M. Chee.

9. M. BAENA SOARES dit que, même si le Président a déjà accueilli M. Valencia-Ospina au nom de la Commission, il tient à lui souhaiter très chaleureusement la bienvenue au nom des membres latino-américains de la Commission.

10. Le troisième rapport sur la répartition des pertes en cas de dommages transfrontières met une nouvelle fois en lumière l'art qu'a le Rapporteur spécial de synthétiser et d'harmoniser des positions divergentes et d'examiner soigneusement tous les aspects d'une question. Il n'est

⁸³ Cité dans A. Cassese, *International Law in a Divided World*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 322.

⁸⁴ *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.I.8 et rectificatifs), vol. I: *Résolutions adoptées par la Conférence, résolution 1, annexe I*.

⁸⁵ *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 et rectificatif), première partie, chap. 1^{er}.

⁸⁶ *Yearbook... 1950*, vol. II, document A/1316, «Report of the International Law Commission covering its second session, 5 June–29 July 1950», p. 374 (le rapport est disponible en français sur le site de la Commission).

donc pas étonnant que les projets de principe aient reçu un accueil favorable à l'Assemblée générale. Le fait que la Commission entame à présent la phase finale de ses travaux sur ce projet est le signe que des progrès extraordinaires ont été accomplis. Comme l'a fait observer le Rapporteur spécial, 24 rapports ont été consacrés au sujet sur une période de 27 ans, et M. Candioti a rappelé qu'il y a 10 ans un certain nombre d'éminents juristes ont tenté d'enterrer la question. C'est donc vraiment un magnifique renversement de tendance que la Commission soit en mesure d'achever ses travaux à la session en cours.

11. D'une manière générale, M. Baena Soares appuie les sages et prudentes recommandations du Rapporteur spécial. La souplesse et l'efficacité doivent caractériser les décisions qui seront prises, en particulier en ce qui concerne la forme finale que les projets de principe revêtiront. C'est à juste titre que le Rapporteur spécial note, aux paragraphes 42 à 44 de son rapport, que la meilleure façon pour la Commission de travailler avec les États est de présenter le produit final sous forme de projets de principe accompagnés de commentaires et d'attendre que la période soit favorable pour adopter un instrument contraignant. Pour l'heure, il ne semble pas que ce soit le cas. Le fait qu'en octobre 2005, près de 10 ans après son adoption, la Convention de 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation n'ait été ratifiée que par 6 États et signée que par 16 États n'incite guère à l'optimisme.

12. Compte tenu de la diversité des facteurs en jeu et des situations, il est indispensable de faire preuve de souplesse pour assurer le succès des travaux de la Commission, ce que le Rapporteur spécial a parfaitement compris. M. Baena Soares convient avec lui que le projet devrait être général et supplétif pour permettre aux États d'élaborer des régimes spécifiques prenant en considération des circonstances particulières. En outre, il est essentiel de faire en sorte que les victimes d'activités dangereuses reçoivent une indemnisation prompte et adéquate, comme il est indiqué dans le rapport où la responsabilité des exploitants est qualifiée d'objective mais limitée, avec un minimum d'exceptions. Le rapport avalise prudemment le principe du pollueur-payeur et, en ce qui concerne la multiplicité des réclamations, fait référence au soutien considérable qui s'est exprimé en faveur de l'adoption du principe de «la loi la plus favorable».

13. Le Rapporteur spécial demeure à juste titre convaincu qu'il n'y a pas de raison valable de ne pas conserver le seuil de dommage «significatif», excluant par là les dommages négligeables et les réclamations frivoles. M. Baena Soares n'a aucune réserve à exprimer concernant le traitement par le Rapporteur spécial de la question des dommages à l'environnement en soi, et considère que la définition du terme «environnement» proposée par la Commission est suffisamment large.

14. À la section intitulée «Obligations notables des États», le Rapporteur spécial a souligné que la responsabilité des États pour les dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses ou extrêmement dangereuses ne semblait recueillir aucun appui, mais que l'obligation de diligence raisonnable s'était imposée en tant que principe général du droit international que les États devaient

respecter tant au stade de l'autorisation des activités dangereuses qu'à celui du contrôle des activités en cours autorisées par eux, de même que l'obligation corollaire d'atténuer les conséquences des dommages lorsqu'ils surviennent. Au paragraphe 32, le Rapporteur spécial renvoie à juste titre au principe 11 de la Déclaration de Rio et rappelle qu'il est nécessaire de tenir compte de l'écart important qui existe entre les conditions sociales et économiques des États. Les normes appliquées par certains pays risquent d'être inappropriées et d'entraîner des coûts économiques et sociaux abusifs dans d'autres États.

15. À la fin du rapport, le Rapporteur spécial soulève la question de la relation entre le projet d'articles sur la prévention adopté par la Commission en 2001 et sur lequel l'Assemblée générale doit se prononcer, et les projets de principe à l'examen, en proposant à la Commission, aux paragraphes 45 et 46, deux possibilités d'action. Selon M. Baena Soares, ces deux possibilités devraient être soumises à l'Assemblée générale pour qu'elle prenne une décision après les avoir examinées, car toutes deux sont pertinentes et appropriées. Pour sa part, il préfère l'option présentée au paragraphe 45 du rapport.

16. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial), résumant le débat, dit qu'il est regrettable et frustrant que, session après session, la Commission n'ait pas jugé bon de consacrer le temps nécessaire à l'examen d'un sujet aussi complexe. Bien que M. Pellet ait fait observer à bon droit que ce sujet exigeait une étude approfondie et qu'il ne fallait pas se précipiter, il reste que les travaux sur ce point, qui est inscrit à l'ordre du jour de la Commission depuis près de 30 ans, n'ont pas avancé. La Commission devrait décider si elle veut réellement poursuivre l'examen de la question ou, à défaut, l'enterrer dignement.

17. M. Sreenivasa Rao remercie tous les membres qui ont fait des observations sur son troisième rapport, dans lequel il s'est efforcé de rester bref et concis. Il ne comptait pas être en mesure de régler tous les problèmes restés pendants depuis tant d'années, d'autant que les questions à l'examen deviennent de plus en plus techniques et politiquement sensibles. Soulignant que les travaux au sein de la Commission doivent se fonder sur un esprit de compromis, la bonne foi et la transparence afin que les avis de tous les membres soient pris en compte et que nul ne se retrouve isolé, il remercie M. Economides pour son indépendance d'esprit, M^{me} Escarameia pour ses efforts méritoires, M. Matheson pour avoir ouvert une perspective entièrement nouvelle et contribué à la poursuite d'un but commun, et M. Gaja pour avoir attiré l'attention sur un certain nombre d'aspects d'une question qui étaient jusqu'alors passés inaperçus. Il ne faut pas oublier, cependant, que les objectifs ne peuvent pas tous être atteints. M. Sreenivasa Rao dit qu'il est conscient de la lourde responsabilité qui lui incombe car il n'a pas pu progresser aussi vite que certains l'auraient souhaité. Il peut simplement faire des propositions et compte sur les contributions et commentaires que feront les membres de la Commission dans le cadre de ce qui devrait être un effort collégial.

18. Une lourde tâche attend encore le Comité de rédaction. À l'instar de la Sixième Commission, la CDI a recensé en séance plénière certains principes

clairement établis. M. Matheson a résumé la situation dans la déclaration admirable qu'il a faite sur le sujet. M. Sreenivasa Rao l'avait fait lui aussi, dans une certaine mesure, à la section du rapport intitulée «Obligations notables des États».

19. Tout au long des 27 années de débat, l'attention s'est focalisée sur l'État, et il est devenu clair, au milieu des années 90, que même s'il n'est pas directement responsable d'un dommage, un État a l'obligation de mettre en place un régime de responsabilité, faute de quoi c'est sa propre responsabilité qui risque d'être mise en jeu. Ces 10 dernières années, en gros, la Commission a mis en avant les idées de responsabilité civile et de responsabilité objective et limitée de l'exploitant dans la mesure du possible, notion qui a déjà été acceptée dans la plupart des juridictions. Mais il n'est pas possible de concevoir une formule unique à cet égard. Si la responsabilité est rendue moins objective et que la responsabilité pour faute est établie, certains objectifs pourraient tout de même être atteints. En outre, comme M. Kolodkin l'a fait observer à juste titre, en cas de faute ou de négligence de la part de l'exploitant, la responsabilité de celui-ci est illimitée. Cependant, bien que la doctrine montre que la responsabilité objective et limitée n'est pas le seul moyen d'assurer l'indemnisation prompte et adéquate des victimes, la tendance générale veut qu'une responsabilité objective et limitée soit exigée de l'exploitant à l'égard des activités dangereuses. Ceci s'explique par la difficulté d'obtenir des éléments de preuve: les activités sont complexes et le secret industriel et d'autres exigences de confidentialité ne permettent pas de révéler pleinement les modalités d'exploitation. S'il est difficile à des nationaux ou des gouvernements d'obtenir des éléments de preuve, la tâche est plus ardue encore pour les victimes de dommages transfrontières. La responsabilité objective, qui allège la charge de la preuve, s'impose donc. Comme M. Yamada l'a noté, cette responsabilité doit être limitée parce que dans le monde moderne, la poursuite de ces activités répond à l'intérêt de tous; nul ne souhaite qu'un exploitant cesse son activité à cause d'un seul accident, en particulier s'il est irremplaçable. En outre, les exploitants ont encore du mal à obtenir des garanties, sous forme notamment d'assurance les couvrant en cas de réclamation, si bien que certaines obligations ne peuvent leur être imposées strictement.

20. Aucun État ne peut plus permettre que des activités dangereuses soient menées sur son territoire sans mettre en place un mécanisme d'indemnisation ou un régime de responsabilité au profit des victimes éventuelles d'un dommage transfrontière. Les États ne peuvent invoquer l'absence de législation appropriée pour ne pas verser d'indemnisation. Si l'exploitant ne paie pas, c'est à l'État de le faire. En dernière analyse, il n'est plus acceptable, au regard des droits de l'homme et du développement du droit international, que l'État n'intervienne pas et ne verse pas d'indemnisation.

21. La question est de savoir comment intégrer ces considérations dans les projets de principe. La Commission est fondée à se satisfaire du projet de principe 4, mais celui-ci doit être renforcé. Comme l'a fait observer M^{me} Escarameia, c'est le contenu de cette disposition qui pose problème. M. Sreenivasa Rao prie instamment les membres de la Commission de proposer de nouvelles formulations.

22. La Commission est convenue que la mise en place de mécanismes de financement supplémentaires est très importante. Comme dans d'autres contextes, les États doivent attirer d'autres contributeurs que l'exploitant en invoquant l'intérêt commun que représente la poursuite d'une activité. À défaut, ils peuvent prendre des mesures fiscales. Il y va de l'intérêt commun des autres parties prenantes d'instaurer des mécanismes de financement supplémentaires pour faire face aux déversements d'hydrocarbures ou aux accidents nucléaires. Dans certains cas, l'État lui-même a contribué à instaurer un régime de responsabilité pour les accidents susceptibles de se produire dans les centrales nucléaires, dans la mesure où il participe directement à la gestion des sites et souhaite que le processus d'exploitation se poursuive. Il serait difficile d'imposer un mécanisme supplémentaire de caractère contraignant sans recenser les parties prenantes qui ont un intérêt commun à y contribuer. Il faudra trouver différents types de contributeurs pour chaque activité dangereuse.

23. Il est important de relever les domaines dans lesquels un consensus existe. L'État dispose d'une latitude considérable pour décider des mesures à prendre pour que l'exploitant, quelle que soit la définition de celui-ci, indemnise les victimes d'un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses, mais cette idée doit être exprimée clairement et sans ambiguïté dans un projet de principe ou un autre; il appartient au Comité de rédaction d'y veiller. M. Sreenivasa Rao indiquera dans le commentaire dans quelle mesure certains des principes sont en passe de devenir des obligations claires. Il n'est pas nécessaire de tout faire figurer dans le texte lui-même; de nombreuses questions peuvent être traitées dans le commentaire, ce qui ouvrira la voie au compromis. Quant à la forme, ce doit être celle de projets de principe; en effet, la Commission ne peut établir un principe sans l'étoffer, et si l'un de ces principes reste creux, il sera dénué d'utilité. C'est pourquoi M. Sreenivasa Rao n'est pas prêt à faire prendre aux projets de principe la forme d'une convention, car cela obligerait à tout énoncer en termes impératifs et normatifs, ce qui est impossible.

24. En conséquence, il serait préférable que le Comité de rédaction examine les projets de principe à la lumière des suggestions et commentaires relatifs à la rédaction avant de débattre de la question de savoir comment renforcer certaines formulations, en gardant à l'esprit l'observation de M. Koskeniemi sur la nécessité fondamentale de veiller à ce que les victimes reçoivent une indemnisation. Si la Commission perd de vue cet objectif essentiel, l'ensemble de l'exercice aura été vain, ce qui serait d'autant plus dommage qu'il n'est pas trop tard pour exploiter le fort potentiel du sujet.

25. Le PRÉSIDENT dit que la Commission achève ainsi l'examen de la question de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses). Conformément à la pratique de la Commission, les projets de principe seront renvoyés au Comité de rédaction afin que leur examen en deuxième lecture puisse commencer, compte tenu des

propositions du Rapporteur spécial, des commentaires des gouvernements et des observations faites par les membres de la Commission au cours du débat.

26. Le bureau est d'avis que la Commission devrait suivre les recommandations du Rapporteur spécial et que c'est à l'Assemblée générale de décider si les résultats des travaux sur le sujet doivent prendre la forme d'une convention ou d'une déclaration de principes. En outre, le Comité de rédaction devrait garder à l'esprit qu'il y a deux groupes de principes: ceux qui sont déjà considérés comme faisant partie du droit international général ou coutumier, et ceux qui s'inscrivent dans le cadre du développement progressif. Les principes qui font déjà partie du droit international coutumier devraient être libellés en termes normatifs, alors que ceux qui ont vocation à être intégrés dans le droit international général devraient avoir un libellé plus souple, de sorte que la Commission parvienne à rallier tous les États et la communauté internationale dans son ensemble. Le Président demande si, compte tenu de la convergence de vues qui se dessine dans les commentaires des membres, de l'orientation proposée par le Rapporteur spécial et de l'évaluation du bureau, la Commission souhaite renvoyer les projets de principe au Comité de rédaction.

27. M. MATHESON dit que le Comité de rédaction prendra sans nul doute en compte les observations du Président concernant l'éventuel fondement dans le droit coutumier de certains des projets de principe. Il voudrait néanmoins être certain que la Commission ne demande pas au Comité de rédaction de rédiger deux ensembles distincts de principes, l'un relevant du droit coutumier et l'autre pas. En effet, cette façon de procéder poserait trop de problèmes et nuirait aux travaux de la Commission. Mieux vaudrait que le Comité de rédaction travaille sur la base des principes énoncés par le Rapporteur spécial.

28. Le PRÉSIDENT dit que personne n'a jamais laissé entendre qu'il faudrait élaborer deux ensembles de principes. Chaque projet de principe sera examiné et traité de manière appropriée. En l'absence d'objections, il considérera que la Commission souhaite renvoyer les projets de principe au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

M. Rodríguez Cedeño (Vice-Président) prend la présidence.

Responsabilité des organisations internationales⁸⁷
(A/CN.4/560, sect. C, A/CN.4/564 et Add.1 et 2⁸⁸,
A/CN.4/568 et Add.1⁸⁹, A/CN.4/L.687, Add.1 et
Corr.1)

[Point 4 de l'ordre du jour]

⁸⁷ Les projets d'articles 1 à 3 ont été adoptés provisoirement à la cinquante-cinquième session [*Annuaire... 2003*, vol. II (2^e partie), par. 49], les projets d'articles 4 à 7 à la cinquante-sixième session [*Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), par. 69], et les projets d'articles 8 à 16 à la cinquante-septième session [*Annuaire... 2005*, vol. II (2^e partie), par. 205].

⁸⁸ Reproduit dans l'*Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie).

⁸⁹ *Idem.*

QUATRIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

29. M. GAJA (Rapporteur spécial), présentant son quatrième rapport sur la responsabilité des organisations internationales, dit qu'il ne traitera que de la première partie. La seconde partie de son rapport sera présentée pendant la session en cours si le programme de travail le permet. Les commentaires reçus d'organisations internationales à la suite de la cinquante-septième session de la Commission sont publiés sous les cotes A/CN.4/568 et Add.1. M. Gaja évoquera surtout deux commentaires – celui de l'Organisation internationale du Travail (OIT) et celui de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) – qui ont été reçus après la date à laquelle a été soumis le rapport mais qui comprennent un bref exposé des circonstances excluant l'illicéité.

30. Au cours des mois passés, les organisations internationales ont prêté un intérêt accru aux travaux de la Commission sur la responsabilité des organisations internationales, comme il est apparu au cours de deux réunions auxquelles M. Gaja a assisté. La première, organisée par la Banque mondiale, rassemblait des juristes de la Banque mondiale, du Fonds monétaire international (FMI) et d'autres institutions financières. Ont assisté à la seconde, tenue à Vienne à l'initiative du Conseiller juridique de l'ONU, les conseillers juridiques de toutes les institutions spécialisées des Nations Unies et de l'institution hôte, l'Agence internationale de l'énergie atomique (AIEA).

31. En ce qui concerne les circonstances excluant l'illicéité, il faut souligner qu'il n'y a guère de pratique ni de doctrine sur le sujet. Cela ne signifie pas que les circonstances excluant l'illicéité ne sont pas pertinentes en ce qui concerne les actes illicites commis par des organisations internationales; ni que, par exemple, le consentement exclurait l'illicéité du fait d'un État, mais pas celle du fait d'une organisation internationale. On ne saurait davantage prétendre qu'une organisation internationale ne peut jamais invoquer la force majeure. En même temps, cela dit, les circonstances excluant l'illicéité ne peuvent pas toutes s'appliquer de la même façon aux États et aux organisations internationales.

32. Bien que le rapport passe en revue toutes les circonstances excluant l'illicéité qui ont été traitées dans le contexte des États, M. Gaja dit qu'il se bornera, dans son introduction, à examiner trois circonstances qui soulèvent apparemment des problèmes particuliers en ce qui concerne les organisations internationales, en se fondant sur la pratique limitée qu'il a glanée dans ce domaine. Ces trois circonstances sont la légitime défense, les contre-mesures et l'état de nécessité.

33. Les conditions à réunir pour qu'un fait soit considéré comme licite parce qu'il a été commis en état de légitime défense sont dans une certaine mesure controversées. La Commission ne les a pas examinées lorsqu'elle a rédigé le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁹⁰; elle ne devrait pas non plus, selon M. Gaja, le faire dans le contexte des organisations internationales. La première question qui

⁹⁰ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26, par. 76.

se pose est celle de savoir si la légitime défense est une notion pertinente pour les organisations internationales. Ce terme a souvent été utilisé dans des documents de l'ONU – sans doute pas toujours à bon escient – afin de préciser les circonstances dans lesquelles les forces de maintien de la paix des Nations Unies sont autorisées à faire usage de la force. Selon la position adoptée par l'ONU, ces forces sont autorisées à réagir à des attaques – y compris pour défendre une mission – et cette réaction doit être considérée comme licite. Le même raisonnement s'appliquerait à d'autres organisations que l'ONU qui emploient légalement des forces armées. La légitime défense peut également être invoquée par une organisation internationale dans d'autres circonstances, telles qu'une attaque armée sur un territoire qu'elle administre. Si, pour l'Organisation mondiale de la santé, «il est évident qu'une circonstance comme la légitime défense ne vaut par nature que pour les actes de l'État», ce point de vue ne prend pas en compte les circonstances dans lesquelles la légitime défense serait pertinente. L'UNESCO, pour sa part, a préféré classer la légitime défense parmi les circonstances excluant l'illicéité.

34. La deuxième question est celle de savoir si une organisation internationale qui est la cible d'une attaque armée peut invoquer la légitime défense dans les mêmes conditions qu'un État. Là non plus, M. Gaja dit qu'il ne voit pas ce qui justifierait que des conditions différentes s'appliquent à une organisation internationale. Comme il est noté au paragraphe 18 du rapport, la CIJ a indiqué dans son arrêt sur l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, qu'elle «n'exclut pas que le minage d'un seul navire de guerre puisse suffire à justifier qu'il soit fait usage du "droit naturel de légitime défense"» (par. 72 de l'arrêt). C'est, il est vrai, une conception large de la légitime défense, mais il va de soi qu'elle devrait s'appliquer si une force armée déployée par une organisation internationale ou un territoire qu'une organisation administre fait l'objet d'une attaque de ce type.

35. Il est question des contre-mesures à l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁹¹, dans le chapitre sur les circonstances excluant l'illicéité, uniquement à cause de l'effet qu'elles ont sur l'illicéité du fait de l'État qui y recourt. Des dispositions détaillées sur les contre-mesures ont été insérées dans la troisième partie des projets d'article. Il faudrait procéder de la même façon en ce qui concerne les organisations internationales. On ne peut exclure qu'une organisation internationale prenne des contre-mesures dans certaines circonstances. Par exemple, si un État ou une autre organisation internationale ne respecte pas une obligation découlant d'un accord bilatéral avec une organisation internationale, rien ne justifie que celle-ci ne soit pas autorisée à recourir à des contre-mesures. Il faudra débattre des conditions dans lesquelles elle peut le faire. L'UNESCO a noté que cette question doit être «nettement distinguée de celle des sanctions qui peuvent être adoptées par une organisation contre ses propres États membres». La Commission devra se demander si des sanctions peuvent être considérées comme des contre-mesures. Elle ne devrait cependant le faire qu'au moment où elle se penchera sur la mise en jeu de la

responsabilité internationale. Entre-temps, elle peut soit laisser la disposition en blanc, exception faite du titre, soit insérer un texte inspiré de l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, assorti d'une référence implicite aux dispositions – qui restent à élaborer – qui préciseront les conditions dans lesquelles une organisation internationale peut avoir recours à des contre-mesures.

36. Les références à l'état de nécessité dans la pratique des organisations internationales ne se comptent plus. La principale question est celle de savoir si, en tant que circonstance excluant l'illicéité, la notion d'état de nécessité devrait s'appliquer aux organisations internationales aussi généreusement qu'aux États. Selon l'article 25 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁹², les États peuvent invoquer l'état de nécessité lorsqu'un péril grave menace un de leurs intérêts essentiels ou un intérêt essentiel de la communauté internationale dans son ensemble. Les intérêts essentiels qu'une organisation internationale peut invoquer ne doivent pas, cependant, avoir l'ampleur de ceux des États. Le paragraphe 42 du rapport précise la manière dont ce terme a été compris par diverses organisations internationales, notamment la Banque mondiale et le FMI. La Commission européenne a fait référence à la nécessité de protéger «un intérêt essentiel énoncé dans son acte constitutif comme l'une de ses tâches essentielles et sa raison d'être». La première partie de ce libellé a été expressément avalisée par l'OIT, et l'UNESCO a également fait référence aux «fonctions» de l'organisation. En fait, l'UNESCO a – un peu prématurément – approuvé le texte du projet d'article 22 qui figure au paragraphe 46 du rapport, selon lequel les seuls intérêts essentiels pour lesquels une organisation internationale peut invoquer l'état de nécessité sont ceux que cette organisation a pour fonction de protéger. Cela exclurait, d'une part, les autres intérêts de la communauté internationale qui ne sont pas confiés à cette organisation et, d'autre part, les intérêts relatifs à l'existence même de l'organisation, sauf si le péril grave affecte également les intérêts essentiels qu'elle a pour fonction de protéger.

La séance est levée à 13 heures.

2876^e SÉANCE

Mardi 16 mai 2006, à 10 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candiotti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskeniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Momtaz, M. Operti Badan, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M^{me} Xue, M. Yamada.

⁹¹ Ibid., p. 28, et p. 79 pour le commentaire.

⁹² Ibid., et p. 85 pour le commentaire.

Responsabilité des organisations internationales (suite)
 [A/CN.4/560, sect. C, A/CN.4/564 et Add.1 et 2, A/CN.4/568 et Add.1, A/CN.4/L.687, Add.1 et Corr.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

QUATRIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à formuler leurs observations sur le quatrième rapport sur la responsabilité des organisations internationales établi par le Rapporteur spécial, M. Gaja.

2. M^{me} ESCARAMEIA félicite le Rapporteur spécial pour la qualité de son travail sur une question éminemment technique et d'autant plus difficile à traiter qu'il n'existe guère d'exemples l'illustrant dans la pratique, ce qui explique peut-être pourquoi le projet d'articles reste dans le droit fil du projet d'articles sur la responsabilité de l'État. Cela étant, elle n'a pas bien compris pourquoi certains domaines ont été retenus et d'autres exclus, en particulier les situations de contrainte, mentionnées au paragraphe 8. Ces situations sont également exclues dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁹³ mais, faute d'avoir pu assister au débat sur ce sujet, elle ignore les raisons exactes de cette exclusion, car la lecture du commentaire n'a pas suffi à l'éclairer. Il existe en effet des organisations internationales très petites sur lesquelles un État puissant ou une autre organisation peuvent aisément exercer une contrainte, comme l'a notamment fait observer le Bélarus (voir par. 8 du rapport). Non seulement la contrainte engage la responsabilité de l'État qui l'exerce mais elle exclut aussi l'illicéité du fait de l'entité qui la subit: or on ne comprend pas, à la lecture du commentaire du projet d'article 18 sur la responsabilité de l'État, pourquoi la contrainte ne figure pas parmi les circonstances excluant l'illicéité, alors que, d'après le paragraphe 2 de ce commentaire, «la contrainte a les mêmes caractéristiques essentielles que la force majeure»⁹⁴, en ce sens que l'État sur lequel la contrainte est exercée n'a effectivement d'autre choix que de faire ce que veut l'État qui exerce la contrainte. De même, il est indiqué, au paragraphe 4 du commentaire du même projet d'article, que «l'illicéité d'un fait est exclue vis-à-vis de l'État contraint»⁹⁵ et, au paragraphe 3 du commentaire du projet d'article 23, que la contrainte peut équivaloir à une situation de force majeure si elle répond aux conditions énoncées à cet article⁹⁶. Il semble donc que l'exclusion de la contrainte des circonstances excluant l'illicéité soit essentiellement une question de degré: il s'agit de savoir si cette force est ou non irrésistible au point d'empêcher l'organisation de s'acquitter de ses obligations. Étant donné que la force majeure recouvre plusieurs autres cas de figure, notamment les événements imprévisibles, il faudrait prévoir pour la contrainte une certaine autonomie dans le projet d'articles, éventuellement dans le cadre de limites strictes. En effet, M^{me} Escarameia ne voit pas pourquoi il faudrait décider que la contrainte a des effets uniquement sur celui qui l'exerce et non sur celui sur lequel elle est

exercée, même si ce choix s'explique sans doute par des raisons évoquées lors de l'examen du projet d'articles sur la responsabilité de l'État; ces considérations pourraient également s'appliquer aux cas de fraude, dans lesquels une organisation internationale est incitée à tort par un État ou une autre organisation à commettre un acte.

3. Le Rapporteur spécial a recensé, comme dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État, six circonstances excluant l'illicéité. La première est le consentement, dont on trouve plusieurs exemples dans la pratique, ce qui permet de se faire une idée précise sur la question. M^{me} Escarameia est d'avis qu'il faudrait indiquer dans le projet d'article 17 que d'autres entités qu'un État ou une organisation internationale, par exemple des territoires ou des régions autonomes, lesquels peuvent être membres d'organisations internationales, peuvent donner leur consentement à la commission par une organisation internationale d'un fait donné. Il n'y a pas de raison que ces entités soient exclues.

4. La question de la légitime défense prête davantage à controverse car, en principe, celle-ci est associée à la défense de populations ou de territoires, ce qui ne s'applique pas aux organisations internationales sauf lorsqu'elles administrent des territoires. Dans tous les autres cas, il s'agit de la défense des forces qui sont au service de l'organisation internationale. Les États ont évidemment le droit d'invoquer la légitime défense si leurs forces armées sont attaquées, de sorte que l'on peut établir un parallèle si les forces armées des Nations Unies, par exemple, sont attaquées; en effet, ainsi qu'il ressort clairement de l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, le territoire n'est pas la seule cible. Il existe plusieurs exemples dans la pratique, notamment les règles d'engagement des forces de l'ONU citées par le Rapporteur spécial. En cas d'usage de la force par une organisation internationale dont l'un des membres fait l'objet d'une attaque armée, en particulier si cette organisation est une organisation de défense collective, comme l'OTAN ou d'autres organisations régionales, la légitime défense peut être invoquée uniquement si c'est l'organisation internationale qui riposte, et non pas ses membres, même collectivement. En ce qui concerne le projet d'article 18, qui traite expressément de la question, M^{me} Escarameia propose d'y remplacer les mots «la Charte des Nations Unies» par «le droit international» car la Charte ne contient aucune référence à la légitime défense de la part d'organisations internationales.

5. Pour ce qui est du projet d'article 19 (Contre-mesures), M^{me} Escarameia pense que les organisations internationales peuvent effectivement appliquer des contre-mesures, lesquelles sont même des mécanismes assez courants, en particulier dans le domaine commercial, puisque des organisations à but commercial, comme l'Union européenne, y ont déjà eu recours à l'égard d'autres organisations internationales ou d'États non-membres. Elle estime donc que les contre-mesures ont leur place parmi les projets d'article et approuve la variante B du texte de cet article proposée au paragraphe 25 du rapport comme base de travail.

6. À propos de la force majeure, M^{me} Escarameia note que le Rapporteur spécial a soulevé une question très

⁹³ *Annuaire...* 2001, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26, par. 76.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 73.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 74.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 81.

intéressante, à savoir l'incapacité financière d'une organisation internationale à s'acquitter de ses obligations. Sans doute faut-il examiner ce point de plus près, mais si ce cas de figure est retenu, la condition requise à l'alinéa *b* du paragraphe 2 du projet d'article 20 est trop rigoureuse. Il semble difficile qu'une organisation internationale n'assume pas le risque que survienne une telle situation, puisque ce risque existe toujours: en effet, une organisation internationale ne dispose pas des mêmes moyens qu'un État pour s'assurer des ressources financières; elle peut bien sûr expulser les membres qui ne versent pas leurs cotisations, mais cela risque d'aggraver le problème au lieu de le résoudre.

7. S'agissant de la détresse, il est difficile de trouver des exemples de telles situations dans la pratique, du moins en ce qui concerne les organisations internationales – lorsque celles-ci administrent des territoires, cependant, on peut penser au non-respect de l'obligation de sauver la vie des personnes qui se trouvent sur ces territoires ou à la situation des forces armées d'une organisation internationale qui sont amenées à pénétrer sur un territoire sans autorisation préalable pour sauver la vie de membres de ces forces. Peut-être faudrait-il élargir le champ du projet d'article 21 en remplaçant au paragraphe 1 le membre de phrase «celle de personnes qu'il a la charge de protéger» par une expression telle que «personnes avec lesquelles il a une relation spéciale». En effet, dans le paragraphe 7 du commentaire du projet d'article 24 sur la responsabilité de l'État, on a employé l'expression «dans les cas où il existe une relation spéciale entre l'organe ou l'agent de l'État et les personnes en danger»⁹⁷, qui semble préférable car il peut s'agir non pas de personnes que l'auteur du fait a la charge de protéger mais de membres de sa famille, par exemple, ou de toute autre personne dont le sort lui importe. Dans un autre contexte, mais pour la même raison, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale exclut la responsabilité pénale internationale dans les situations où la vie de l'auteur ou de ses proches est en jeu.

8. L'état de nécessité est une notion qui mérite d'être incluse dans le texte, ce qui est aussi l'avis de la plupart des États et des organisations internationales. En ce qui concerne la question des intérêts essentiels à protéger, M^{me} Escameia estime que, contrairement à ce que dit le Rapporteur spécial au paragraphe 41 de son rapport, les intérêts défendus par une organisation internationale telle que l'ONU, par exemple, sont bien plus importants que ceux que défendent certains petits États, et que la disparition de cette organisation aurait des conséquences bien plus graves pour la communauté internationale que la disparition, par exemple, de quelques petits États insulaires qui n'aurait guère d'incidences sur le reste du monde. Par conséquent, les intérêts défendus par une organisation internationale n'ont pas nécessairement un caractère moins essentiel que ceux défendus par un État. Comme l'a fait observer l'UNESCO, ces intérêts ne devraient pas être seulement ceux qui sont prévus dans les statuts de l'organisation – et M^{me} Escameia pense que le Rapporteur spécial est d'accord sur ce point – mais aussi ceux mentionnés dans d'autres documents, voire des pouvoirs implicites. Il faudrait donc, à l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 22, mentionner

l'existence même de l'organisation internationale en tant qu'intérêt essentiel – même si cela peut sembler risqué, pour des raisons dont le Rapporteur spécial a probablement tenu compte – car cette existence peut avoir, en soi, des conséquences considérables pour l'ensemble de la communauté internationale. À l'alinéa *b*, il faudrait également examiner si l'obligation de ne pas porter gravement atteinte à un intérêt essentiel ne doit viser que les États, ou également d'autres organisations internationales ou d'autres entités. M^{me} Escameia approuve dans l'ensemble le projet d'article 22, sous réserve des deux points qu'elle a soulevés, ainsi que le projet d'article 23, qui n'appelle aucun commentaire.

9. Enfin, pour ce qui est du projet d'article 24 (Conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité), elle approuve les observations du Rapporteur spécial, en particulier au sujet de la limitation dans le temps qui est implicite à l'alinéa *a*, et propose de remplacer les mots «n'existe plus» par «n'existe pas».

10. M. MANSFIELD dit que l'examen de la question des circonstances excluant l'illicéité du fait d'une organisation internationale confirme la sagesse de l'approche du Rapporteur spécial consistant à suivre le schéma adopté pour les projets d'article sur la responsabilité de l'État tout en examinant attentivement dans chaque situation s'il y a lieu de s'écarter des dispositions pertinentes ou de les modifier dans le cas des organisations internationales. Il partage l'avis du Rapporteur spécial selon lequel les raisons qui avaient amené la Commission à ne pas retenir la distinction entre le «fait justificatif» et «l'excuse» dans le cadre de la responsabilité de l'État sont également valables en ce qui concerne la responsabilité des organisations internationales.

11. Pour ce qui est du consentement, M. Mansfield pense aussi, comme le Rapporteur spécial, que les conditions dans lesquelles cette circonstance peut exclure l'illicéité du fait d'une organisation internationale ne donnent lieu à aucune difficulté particulière et appuie sa proposition tendant à ce que la disposition y relative soit établie sur le modèle de l'article pertinent qui s'applique en matière de responsabilité de l'État, moyennant les quelques modifications de forme nécessaires. L'inclusion d'un article faisant de la légitime défense une circonstance excluant l'illicéité du fait d'une organisation internationale est à première vue plus problématique car on n'imagine pas *a priori* qu'une organisation ait besoin de recourir à la force pour se défendre. Néanmoins, comme le Rapporteur spécial le fait observer à juste titre, la légitime défense peut se révéler nécessaire dans le contexte d'opérations de maintien de la paix des Nations Unies et dans le cas d'autres organisations déployant aussi des forces armées ou s'occupant d'administrer des territoires. Il n'y a donc aucune raison de priver une organisation internationale de la possibilité de réagir légitimement si elle fait l'objet d'une attaque armée. La formulation du projet d'article 18 est satisfaisante à cet égard et M. Mansfield souscrit à l'avis selon lequel c'est dans le commentaire qu'il conviendra d'aborder la question de la possibilité pour une organisation internationale d'invoquer la légitime défense dans des circonstances appropriées, en cas d'attaque armée contre l'un de ses membres.

⁹⁷ Ibid., p. 84.

12. Quant aux contre-mesures, il est clair que, comme le Rapporteur spécial le souligne à juste titre, l'on ne pourra pas se prononcer sur la question tant que les conditions dans lesquelles une organisation internationale peut y recourir n'auront pas été examinées. Il semble toutefois qu'aucune raison ne justifie qu'on interdise à une organisation internationale de le faire dès lors que les circonstances le justifient. C'est pourquoi un article provisoire s'inspirant de la variante B suggérée par le Rapporteur spécial au paragraphe 25 de son rapport semble pour l'heure souhaitable.

13. En ce qui concerne la force majeure, M. Mansfield ne voit pas pourquoi une organisation internationale ne serait pas en mesure de l'invoquer en tant que circonstance excluant l'illicéité, en particulier si l'on songe à une catastrophe naturelle ou à un «événement de nature irrésistible», mais il lui est en revanche plus difficile d'admettre que la «détresse financière» évoquée au paragraphe 31 du rapport puisse constituer un cas de force majeure. Il est vrai que le non-paiement par des États membres de leurs contributions financières à une organisation internationale peut assurément placer celle-ci dans une situation particulièrement difficile. Cela dit, aucun État ne peut invoquer le fait de ne pas avoir reçu de paiement ni d'avoir engrangé les recettes essentielles à sa solvabilité comme un cas de force majeure excluant l'illicéité, et on voit mal pourquoi il en irait différemment pour les organisations internationales. Il paraîtrait pour le moins inacceptable qu'une organisation internationale contracte de nouvelles obligations contractuelles, sachant que ses membres n'affecteront pas les fonds nécessaires à leur exécution. Tel qu'il est libellé, le projet d'article 20 est donc acceptable.

14. Abordant la question de l'état de nécessité, M. Mansfield dit qu'il n'est toujours pas acquis à l'idée que les États puissent l'invoquer en tant que circonstance excluant l'illicéité d'un fait qui, autrement, serait considéré comme contraire au droit international, en raison des abus auxquels cela risque de mener, et il y a encore moins de raison, à son avis, de l'accepter dans le cas d'une organisation internationale. Une organisation ne saurait invoquer l'état de nécessité au nom de sa propre survie. Elle ne peut l'invoquer que pour la préserver ou protéger un intérêt justifiant son existence même, c'est-à-dire un intérêt essentiel dont la protection fait partie des fonctions qui lui ont été spécifiquement confiées. Étant donné que le projet d'article 22 reflète cette vue restrictive, exposée aux paragraphes 41 à 44 du rapport, des circonstances dans lesquelles une organisation internationale peut invoquer l'état de nécessité, M. Mansfield peut l'accepter, bien qu'il ait encore quelques doutes.

15. M. ADDO félicite chaleureusement le Rapporteur spécial pour la qualité de son quatrième rapport dont il approuve la teneur dans sa quasi-totalité. Il souscrit à l'approche du Rapporteur spécial consistant à suivre le schéma général adopté pour les projets d'article sur la responsabilité de l'État. Passant en revue les différents projets d'article relatifs aux circonstances excluant l'illicéité du fait d'une organisation internationale, il appuie notamment le projet d'article 17 (Consentement) et le projet d'article 18 (Légitime défense) qui s'inspirent des projets d'articles 20 et 21, respectivement, du texte sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement

illicite⁹⁸. En ce qui concerne les contre-mesures, il souscrit à l'idée de laisser en blanc le texte de l'article pertinent comme cela est envisagé au paragraphe 25 du rapport. Pour ce qui est de la force majeure, il rappelle que, selon le droit international, la responsabilité de l'État n'est pas engagée si l'inexécution de l'une de ses obligations est due à des circonstances totalement indépendantes de sa volonté et estime qu'il doit en aller de même pour les organisations internationales. C'est la raison pour laquelle il juge acceptable le projet d'article 20 qui reprend les termes de l'article 23 du texte sur la responsabilité de l'État⁹⁹.

16. À propos de la détresse, M. Addo pense, comme le Rapporteur spécial, qu'il n'y a pas de raison de vouloir appliquer aux organisations internationales des règles différentes de celles qui régissent la responsabilité de l'État et juge par conséquent satisfaisant l'article 21 qui est inspiré du projet d'article 24 du texte sur la responsabilité de l'État. S'agissant de l'état de nécessité, il souscrit à l'avis du Rapporteur spécial selon lequel il ne faut pas s'écarter du modèle du projet d'article 25 du texte sur la responsabilité de l'État et appuie le libellé proposé pour l'article 22. Enfin, il approuve également le projet d'article 23 (Respect de normes impératives) et le projet d'article 24 (Conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité) qui reproduisent plus ou moins les projets d'articles 26 et 27, respectivement, du texte sur la responsabilité de l'État¹⁰⁰.

La séance est levée à 10 h 45.

2877^e SÉANCE

Mercredi 17 mai 2006, à 10 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Momtaz, M. Operti Badan, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M^{me} Xue, M. Yamada.

Responsabilité des organisations internationales (suite)
[A/CN.4/560, sect. C, A/CN.4/564 et Add.1 et 2, A/CN.4/568 et Add.1, A/CN.4/L.687, Add.1 et Corr.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

QUATRIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. M. MOMTAZ dit qu'en établissant son quatrième rapport, le Rapporteur spécial a – avec juste raison – suivi une fois de plus le schéma adopté dans le projet d'articles

⁹⁸ Ibid., p. 27.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Ibid., p. 28.

sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Cette approche n'a toutefois pas facilité la tâche du Rapporteur spécial; les remarques d'ordre général qui figurent en introduction au rapport montrent clairement les embûches qu'il a rencontrées dans l'élaboration des projets d'article sur les circonstances excluant l'illicéité. La Commission lui est particulièrement redevable d'avoir imaginé des scénarios et des cas d'espèce concernant spécifiquement les organisations internationales pour justifier le maintien des circonstances excluant l'illicéité des actes des États dans le cadre du projet d'articles à l'examen.

2. Les projets d'articles 17, 19, 20 et 21 ne soulèvent pas de difficultés. La lecture que M. Momtaz fait du projet d'article 18 relatif à la légitime défense l'amène à la conclusion que le recours à la force par une organisation internationale dans l'exercice de son droit naturel à la légitime défense au titre de l'Article 51 de la Charte de l'ONU n'engagerait pas la responsabilité de l'organisation, même si l'attaque armée est menée par une entité non étatique. En d'autres termes, il n'est guère nécessaire que l'attaque contre une organisation internationale soit lancée par un État ou imputable à un État. Les États et les entités non étatiques sont ainsi placés sur un pied d'égalité. Si cette lecture du projet d'article 18 est correcte, et si l'on en juge d'après les paragraphes 17 et 18 du rapport, cette disposition est incontestablement fondée sur une interprétation extensive de l'Article 51. Au paragraphe 17, le Rapporteur spécial conclut que, dans la pratique, la légitime défense de la part des forces de maintien et de rétablissement de la paix des Nations Unies constitue une circonstance excluant l'illicéité, que l'auteur de l'attaque armée lancée contre elles soit un État ou une entité non étatique.

3. L'approche retenue au projet d'article 18 ne pose pas de problème en soi, car les attaques dont les installations des Nations Unies ont fait l'objet de la part d'entités non étatiques, en particulier en Iraq, confirment incontestablement la nécessité de permettre aux organisations internationales de se défendre contre de telles attaques. M. Momtaz s'inquiète toutefois du fondement juridique d'une telle approche, étant donné que la question du recours des États à la légitime défense face aux attaques armées menées par des entités non étatiques continue de faire l'objet de très vives controverses. À la suite des événements tragiques du 11 septembre 2001 et de l'adoption des résolutions 1368 (2001) et 1373 (2001) du Conseil de sécurité, en dates du 12 et du 28 septembre 2001, respectivement, certains auteurs ont estimé que le Conseil de sécurité avait élargi la possibilité d'invoquer le droit de légitime défense face à de telles attaques.

4. De l'avis de M. Momtaz, tel n'est pas le cas; premièrement, parce que lorsque le Conseil de sécurité a voulu adopter des mesures de lutte contre le terrorisme au titre du Chapitre VII de la Charte, sur la base des résolutions précitées, il a dû établir un lien entre l'Afghanistan et Al-Qaïda. En d'autres termes, les actes terroristes justifiant le recours à la légitime défense ont été imputés, non à une entité non étatique, mais à un État – l'Afghanistan.

5. En outre, la CIJ a toujours rejeté l'idée que le droit à la légitime défense pouvait être invoqué après une attaque armée menée par une entité non étatique. Par exemple,

au paragraphe 139 de son avis consultatif concernant les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, le 9 juillet 2004, la Cour a estimé que, puisqu'Israël n'avait pas prétendu que les attaques dont il était victime étaient imputables à un État étranger, il ne pouvait affirmer qu'il exerçait un droit de légitime défense au titre de l'Article 51 de la Charte. Ainsi, la Cour a estimé que pour que le droit à la légitime défense puisse être invoqué, l'attaque armée devait avoir été menée par un État, ou être imputable à un État si elle avait été menée par des entités non étatiques. Il faut reconnaître que ce raisonnement a été critiqué par certains membres de la Cour, notamment la juge Higgins, actuelle Présidente de la Cour, qui a déclaré au paragraphe 33 de son opinion individuelle «que nulle part dans l'Article 51 il n'est ainsi stipulé que la légitime défense ne peut être invoquée qu'en cas d'agression armée par un État» [p. 215 de l'avis]. La juge Higgins a donc considéré que les attaques menées contre un État par des acteurs non étatiques étaient couvertes par l'Article 51 de la Charte. Elle a en outre affirmé que le refus de la Cour d'étendre le droit naturel de légitime défense aux attaques menées par des entités non étatiques résultait de la décision prise en ce sens par la Cour en 1986 dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. Il est intéressant de noter que, si la juge Higgins a reconnu que l'interprétation de l'Article 51 dans cette affaire devait être «considérée comme l'énoncé de l'état actuel du droit» et a accepté cette conclusion, elle a également maintenu toutes les réserves qu'elle avait émises dans une de ses publications antérieures [ibid.].

6. Au paragraphe 11 de son opinion individuelle concernant les *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, le juge Simma s'est lui aussi insurgé contre l'interprétation restrictive de l'Article 51 de la Charte. Il a affirmé que l'Article 51 concernerait également les mesures défensives prises à l'encontre de groupes terroristes et a estimé que les résolutions 1368 (2001) et 1373 (2001) du Conseil de sécurité justifiaient une interprétation extensive de l'Article 51 [p. 337 de l'arrêt].

7. S'il est vrai que ces prises de position inaugurent une approche nouvelle du concept de légitime défense, il n'en demeure pas moins que la pratique étatique et la majorité de la doctrine continuent à s'en tenir à l'interprétation restrictive de l'Article 51 de la Charte. C'est pourquoi M. Momtaz se demande s'il ne serait pas opportun que le Rapporteur spécial présente des arguments supplémentaires en faveur de la thèse qu'il soutient, et ce d'autant plus qu'il se base sur le projet d'articles sur la responsabilité de l'État. Il n'est pas convaincu par la référence que fait le Rapporteur spécial, au paragraphe 18 de son rapport, aux motifs de la Cour dans son arrêt sur les *Plates-formes pétrolières*. Il ne voit pas en quoi l'élargissement de la notion d'attaque armée par la CIJ pourrait justifier une interprétation extensive de l'Article 51 justifiant l'exercice du droit naturel de légitime défense par une organisation internationale à la suite d'une attaque armée menée par une entité non étatique – à moins que l'inclusion de ce droit ne soit considérée comme relevant du développement progressif du droit international. Il n'a absolument aucune objection à adopter cette interprétation large en tant qu'exercice de développement progressif.

8. M. Momtaz appuie pleinement le projet d'article 22 relatif à l'état de nécessité, mais les explications et commentaires figurant au paragraphe 37 du rapport le laissent perplexe. En particulier, il est troublé par les références faites dans ce paragraphe aux concepts de la «nécessité opérationnelle» ou de l'«impératif militaire», qui n'ont rien à voir avec l'état de nécessité intéressant la Commission dans le contexte du projet d'article 22. Il se demande si le Rapporteur spécial souhaite suggérer qu'en cas d'atteinte aux biens privés lors d'une opération militaire conduite par les forces de maintien de la paix des Nations Unies la nécessité opérationnelle exclurait l'illicéité de tels actes. Ces questions, qui relèvent plutôt du droit des conflits armés que de l'état de nécessité, ne devraient pas être examinées dans le quatrième rapport. Les forces des Nations Unies engagées dans des opérations militaires en vertu du Chapitre VII de la Charte sont soumises au droit international humanitaire, comme l'a rappelé le Secrétaire général dans sa circulaire du 6 août 1999¹⁰¹. En conséquence, bien qu'une organisation internationale – dans ce cas précis, l'ONU – ne soit pas partie à un conflit armé, elle doit respecter le droit international humanitaire et toute violation du droit par ses forces engage sa responsabilité. Cette question ne devrait pas être abordée dans les projets d'article relatifs aux circonstances excluant l'illicéité, car cela risque de créer un malentendu.

9. Par ailleurs, l'état de nécessité comme circonstance excluant l'illicéité est inapplicable à une violation du droit des conflits armés. Le commentaire de l'article 25 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite indique très clairement que l'état de nécessité ne concerne nullement les violations des règles du droit international humanitaire¹⁰².

10. En ce qui concerne le projet d'article 23 relatif au respect des normes impératives, M. Momtaz note qu'au paragraphe 47 de son rapport le Rapporteur spécial déclare qu'«en principe, les normes impératives lient les organisations internationales de la même façon que les États, mais l'application de certaines d'entre elles aux organisations internationales n'est pas sans soulever quelques difficultés». M. Momtaz souhaiterait savoir si cette remarque est fondée sur les dispositions de l'article 5 commun aux deux Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, qui contient une réserve en faveur des organisations internationales en ce sens que ces conventions s'appliquent sous réserve de toute règle pertinente de l'organisation. Dans l'affirmative, le Rapporteur spécial devrait tenir compte de cette réserve dans le libellé du projet d'article 23, étant donné qu'il s'agit d'une question extrêmement controversée et intensément débattue par la doctrine. Il s'agit de savoir si cette référence de l'article 5 aux règles pertinentes de l'organisation doit être considérée comme autorisant certaines organisations internationales à déroger aux règles impératives du droit international. Peut-on ainsi imaginer que l'acte constitutif d'une organisation internationale donne expressément à

un organe de cette organisation le pouvoir de déroger à des normes impératives? Cette question est particulièrement pertinente dans le cas d'un organe tel que le Conseil de sécurité, qui est censé représenter la communauté internationale des États dans son ensemble. Si tel était le cas, le Conseil de sécurité pourrait être exempté de son obligation de se conformer à des normes de *jus cogens* dans l'exercice de ses pouvoirs en vertu du Chapitre VII de la Charte. Par exemple, il pourrait habiliter un État à recourir à la force armée à l'encontre d'autres États en l'absence de toute attaque armée, en d'autres termes lorsque l'Article 51 de la Charte ne s'applique pas. Une telle situation pourrait se présenter lorsqu'un État commettrait des violations des droits de l'homme de ses nationaux, auquel cas le Conseil de sécurité pourrait adopter une résolution au titre du Chapitre VII de la Charte autorisant les États à recourir à la force en violation d'une norme impérative du droit international, afin d'aider la population de ce pays et de mettre fin aux violations des droits de l'homme. L'article 16 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale donne également au Conseil de sécurité la possibilité de demander à la Cour un sursis à poursuivre les personnes accusées d'avoir commis le crime de génocide. M. Momtaz pense que le fait d'empêcher le procès de personnes accusées de génocide est également une violation du *jus cogens*. Il est convaincu que la Commission devra tenir dûment compte de ces questions lorsqu'elle examinera le projet d'article 23.

11. M. GAJA (Rapporteur spécial), répondant à l'intervention de M. Momtaz, dit que celui-ci a trop interprété son rapport et a soulevé des questions que la Commission n'a pas à examiner car elles n'entrent pas dans le champ d'application du sujet. Rien dans son quatrième rapport ne suggère que la légitime défense devrait s'appliquer en ce qui concerne les entités non étatiques ou que la question devrait être abordée dans le contexte actuel. Il est simplement indiqué, au paragraphe 17, qu'en matière de légitime défense la pratique de l'ONU ne fait pas de distinction selon l'auteur de l'attaque armée. Cette pratique a été évoquée parce qu'elle semble en fait appuyer l'idée que la légitime défense peut s'appliquer aux organisations internationales.

12. Il est compréhensible que M. Momtaz ne voie pas, au paragraphe 18, la relation entre l'affaire des *Plates-formes pétrolières* et la question de la légitime défense car, dans ce paragraphe, le Rapporteur spécial n'a pas examiné l'auteur de l'attaque mais ce qui constitue une attaque armée et quand il est possible de dire qu'une attaque armée suffit pour invoquer la légitime défense. Il est impossible d'établir une distinction sur ce point entre les organisations internationales et les États. C'est la raison pour laquelle le Rapporteur spécial s'est référé à l'Article 51 de la Charte des Nations Unies.

13. Le Rapporteur spécial n'a laissé entendre à aucun endroit du rapport que la disposition relative à l'état de nécessité devait permettre une quelconque dérogation aux obligations imposées par le droit international humanitaire autres que celles autorisées en raison d'un impératif militaire, lorsque ce motif était applicable. En se référant, au paragraphe 37, à la pratique concernant les cas d'impératif militaire qui pouvaient être couverts par le

¹⁰¹ «Respect du droit international humanitaire par les forces des Nations Unies» (ST/SGB/1999/13).

¹⁰² *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 85 à 90.

droit international humanitaire, le Rapporteur spécial avait pour objectif de montrer que la notion d'état de nécessité n'est pas étrangère aux organisations internationales et non que l'état de nécessité pourrait justifier le non-respect du droit international humanitaire. Rien dans son rapport ne suggère le contraire, et il n'incombe pas à la Commission de se prononcer à ce sujet.

14. Enfin, pour ce qui est des obligations en vertu de normes impératives, le rapport ne mentionne pas la possibilité d'autoriser les organisations internationales à y déroger. Ce serait une proposition étrange, qu'elle soit fondée sur l'article 5 commun aux Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 ou sur toute autre disposition. Le problème que le Rapporteur spécial a évoqué se pose dans le contexte de la Charte de l'ONU. S'agissant de l'emploi de la force, il pourrait être difficile pour les organisations internationales d'être placées dans la même position que les États et de réagir, par exemple, au titre de la légitime défense collective. Les États peuvent à ce moment-là être fondés à employer la force à l'encontre du paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies, mais cela serait-il valable pour une organisation internationale? Cependant, il n'est pas nécessaire que la Commission exprime une opinion à ce sujet. Si elle doit examiner toutes les questions pertinentes à l'exclusion de l'illicéité, même celles d'ordre technique, elle ne doit pas se préoccuper de questions qui ne sont pas considérées comme telles, même par implication. Si certaines des observations figurant dans le rapport paraissent ambiguës, elles peuvent être clarifiées en temps voulu.

15. M. KOLODKIN dit que, de manière générale, il approuve les remarques du Rapporteur spécial. Nombre des questions soulevées par M. Momtaz n'ont pas de lien avec le sujet à l'examen.

16. M. CHEE, se référant à la nature des activités militaires dans le cadre des opérations de maintien de la paix de l'ONU, dit que dans son avis consultatif sur *Certaines dépenses des Nations Unies* la CIJ a distingué entre opérations de surveillance de la paix, d'imposition de la paix et de maintien de la paix. La nature des opérations de maintien de la paix de l'ONU veut qu'elles ne soient pas dirigées contre un État et qu'elles ne constituent pas des mesures au sens du Chapitre VII de la Charte. En raison de la distinction établie dans l'avis consultatif de 1962, les opérations de maintien de la paix sont qualifiées d'opérations «au titre du Chapitre VI et demi» par Dag Hammarskjöld.

17. M. ECONOMIDES dit que, bien qu'il ait été surpris par les remarques de M. Momtaz, il les approuve sur le fond. Il ne voit pas comment un rapport sur la responsabilité des organisations internationales peut aborder des questions cruciales telles que la portée de la légitime défense, les pouvoirs du Conseil de sécurité en ce qui concerne les normes de *jus cogens* ou les circonstances autres que les cas de légitime défense dans lesquelles la force doit être employée. Cependant, le Rapporteur spécial a dissipé ses craintes en faisant observer que le rapport n'avait rien à voir avec ces questions et que, s'il contenait une observation risquant d'être mal interprétée et de créer un malentendu, celle-ci devra être corrigée. Il salue les observations de M. Momtaz, en particulier en ce

qui concerne la légitime défense, notion qui doit toujours être interprétée de manière restrictive.

18. M. BROWNLIE dit que la question de ce qu'il préfère appeler des «justifications» est un aspect très difficile du sujet à l'examen, comme elle l'a été à propos de la responsabilité de l'État. C'est une question pertinente, parce que la Commission a pris la métaphore de la responsabilité de l'État comme point de départ pour l'examen du sujet de la responsabilité des organisations internationales, et a autorisé le Rapporteur spécial – voire, peut-être, lui a demandé – de traiter le sujet sur cette base. Rétrospectivement, il est clair que dans le contexte du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, la question des justifications n'a jamais été correctement traitée. À chaque nouvelle affaire portée devant la CIJ et à chaque nouvel arbitrage, il est de plus en plus évident que le sujet est immature, mais la Commission a nié collectivement l'évidence, de sorte qu'elle a maintenant un splendide ensemble d'articles traitant des justifications dans le contexte de la responsabilité de l'État qui sont très difficiles à appliquer. La Commission s'est ensuite attaquée à un autre sujet pour lequel il y avait beaucoup moins de pratique ou d'appui dans la doctrine et a demandé à son intrépide Rapporteur spécial de l'examiner. Aucun Rapporteur spécial ne s'aventurerait jamais à dire qu'il n'y a pas suffisamment d'éléments pour appuyer quelque norme que ce soit sur n'importe quel point.

19. Malgré tout cela, la Commission s'est vu offrir un exposé des problèmes, courageux, bien organisé et clair. L'unique réserve d'ordre général de M. Brownlie est que le rapport est trop succinct. Sur la question importante de savoir s'il y a une pratique des États en matière de contre-mesures en ce qui concerne les organisations internationales, il note que le paragraphe 22 contient une référence à la monographie de Pierre Klein¹⁰³, mais qu'il n'explique pas l'appui que celle-ci représente, ni ne fournit d'information sur la pratique ou les opinions. À certains endroits, davantage d'explications concernant les éléments sur lesquels le Rapporteur spécial s'est appuyé auraient été fort bienvenues.

20. M. Brownlie n'a pas de problème en ce qui concerne le consentement, la force majeure ou les normes impératives, mais il a beaucoup de mal avec certaines des autres catégories. L'analogie avec les relations interétatiques, qui est la base des travaux de la Commission sur le sujet, est particulièrement mise à l'épreuve s'agissant des justifications. La légitime défense en est un exemple parfait: la géographie politique et stratégique de la légitime défense dans les relations interétatiques est complètement différente de sa contrepartie dans les activités des organisations internationales. La question du maintien de la paix illustre les difficultés. Au paragraphe 15 de son rapport, le Rapporteur spécial utilise la catégorie de la légitime défense en tant que telle, au sens de l'Article 51 de la Charte des Nations Unies, et souligne que, de toute évidence, les organisations internationales ont un tel droit. M. Brownlie ne suit pas

¹⁰³ *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Bruxelles, Bruylant/Éditions de l'Université de Bruxelles, 1998, 673 p.

du tout ce raisonnement. Il est vrai qu'il doit y avoir une analogie, mais il ne semble pas correct de dire qu'il s'agit du même droit. Comme on peut le constater à la lecture du paragraphe 17, les opinions ont évolué, et une opération de maintien de la paix peut recourir à la force en vue de protéger une mission. M. Brownlie le conçoit. Il n'est pas opposé à l'idée d'un article couvrant le cas dans lequel une organisation internationale, dans l'exercice de son mandat, a le droit d'employer la force pour atteindre ses objectifs ou mener une opération spéciale, autorisée – qui dépasse peut-être les buts normaux de l'organisation et qui est peut-être conduite par une organisation régionale ou par le Conseil de sécurité. Un exemple typique en est l'Opération des Nations Unies au Congo, créée le 14 juillet 1960 par la résolution 143 du Conseil de sécurité: le mandat de maintien de la paix incluait le droit à la liberté de circulation et autorisait le recours à la force pour lever les barrages routiers¹⁰⁴. Il s'agissait d'un acte licite dans l'accomplissement de la mission. Ainsi, la légitime défense n'est que l'un des actes licites qu'une organisation internationale peut avoir à accomplir dans le cadre de son mandat. La Commission doit examiner plus avant cette catégorie; de l'avis de M. Brownlie, l'expression «légitime défense» ne convient guère.

21. Le Rapporteur spécial a reconnu que les contre-mesures soulevaient des difficultés particulières; en fait, dans la dernière phrase du paragraphe 23 de son rapport, il suggère qu'il peut y avoir de bonnes raisons de reporter l'examen des circonstances dans lesquelles une organisation peut recourir à des contre-mesures à l'égard d'une autre organisation. M. Brownlie souhaiterait personnellement avoir davantage de détails sur la pratique des organisations en la matière. La question des contre-mesures montre une fois de plus que l'analogie avec les relations interétatiques ne fonctionne pas bien.

22. Le projet d'article 21 relatif à la détresse semble relever davantage de l'état de nécessité. M. Brownlie ne voit pas pourquoi il serait nécessaire de rédiger un article distinct, mais s'il doit être retenu, la licéité doit être subordonnée à l'indemnisation. Il existe une tendance à traiter l'indemnisation en réservant la question, comme cela a été fait dans la clause «sans préjudice» du projet d'article 24. Cela fait penser à la responsabilité délictuelle. Selon la doctrine de l'*incomplete privilege*, dans la jurisprudence américaine, si un navire provoque un dommage dans un point de débarquement où il a été contraint de mouiller lors d'un orage, cela ne constitue pas un délit civil au sens ordinaire, mais plutôt une faute conditionnelle qui peut être effacée par le versement d'une indemnisation non pénale d'un montant raisonnable correspondant aux coûts supportés pour remédier au préjudice. Il arrive que les sources de droit interne soient utiles pour ce type de questions.

23. M. Brownlie n'a jamais été très satisfait par la catégorie de l'état de nécessité, bien que celle-ci ait été largement reconnue à l'article 25 du projet d'articles sur

la responsabilité de l'État¹⁰⁵ ainsi que par la CIJ dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, avec une certaine prudence. Si la Commission doit retenir l'état de nécessité, elle doit mettre davantage l'accent sur la question de la proportionnalité, et la question se pose une nouvelle fois de savoir si l'indemnisation doit être traitée de manière plus positive.

24. M. ECONOMIDES dit qu'il est heureux que M. Brownlie se soit demandé si les contre-mesures au niveau interétatique pouvaient être placées sur le même plan qu'au niveau des organisations internationales. Cela pose un problème de fond. Les contre-mesures ont toujours été une pratique archaïque, anachronique et quelque peu primitive, qui ne tient pas compte du droit international – et qui, en outre, est fondée sur la force et appliquée de manière unilatérale. Il se demande si une telle pratique doit être transposée au droit des organisations internationales. Quelle raison y a-t-il de recommander de recourir aux contre-mesures plutôt que d'épuiser toutes les possibilités qui existent en droit international de régler les différends de manière pacifique? Une question de principe plus vaste est en jeu et elle mérite d'être examinée attentivement.

25. M. KOSKENNIEMI dit qu'il est d'accord avec M. Brownlie au sujet de la nature complexe de la légitime défense et des contre-mesures s'agissant des organisations internationales. Il serait intéressant d'avoir une discussion approfondie sur la manière dont les notions interétatiques de contre-mesures et de légitime défense devraient être modifiées pour être applicables aux activités des organisations internationales. Cependant, la Commission se trouve face à un dilemme: si elle souhaite tenir un débat de fond sur la légitime défense, les contre-mesures et l'état de nécessité en ce qui concerne les organisations internationales, le rapport ne contient pas les informations nécessaires sur la pratique. Si elle ne souhaite pas entrer dans ce débat, il lui faudra suivre la structure du projet d'articles sur la responsabilité de l'État et simplement noter que les mêmes «justifications», comme M. Brownlie l'a dit, sont applicables *mutatis mutandis* aux organisations internationales. Sur la base des renseignements disponibles, M. Koskenniemi pense que la Commission doit adopter la deuxième approche, même si elle risque d'être insatisfaisante et inintéressante sur le plan intellectuel. C'est ce que semble préconiser le Rapporteur spécial, qui a noté que les questions soulevées par M. Momtaz, bien qu'intéressantes, n'étaient pas pertinentes. Donc, soit les membres devraient citer des problèmes concrets concernant les organisations internationales de sorte qu'il y ait matière à un débat sur la façon dont les notions de légitime défense, de contre-mesures et d'état de nécessité doivent être modifiées, soit la Commission devrait se contenter des propositions plutôt limitées que le Rapporteur spécial a formulées.

26. M. GAJA (Rapporteur spécial) dit que les sujets de l'état de nécessité et de la légitime défense doivent sans aucun doute être examinés. Il s'est efforcé de rassembler autant d'éléments de pratique que possible, a demandé aux organisations internationales de lui en fournir d'autres

¹⁰⁴ Voir notamment les résolutions 161 (1961) et 169 (1961) du 21 février et 24 novembre 1961, respectivement, dans lesquelles le Conseil autorise «le recours à la force, si besoin est, en dernier ressort».

¹⁰⁵ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 28.

et accueillera volontiers toute information pertinente provenant des membres. Certaines questions, telles que celles soulevées par M. Momtaz, ont été délibérément laissées de côté dans les travaux sur la responsabilité de l'État mais, dans le contexte actuel, elles doivent être examinées. Cependant, les contre-mesures ne devraient pas être examinées à ce stade. Elles le seront en détail dans le contexte de la mise en œuvre de la responsabilité. Le Rapporteur spécial a simplement souhaité indiquer que, s'il est établi que les contre-mesures sont autorisées, les actes accomplis en tant que contre-mesures ne seront pas illicites.

27. M. Sreenivasa RAO dit que la discussion a été utile en ce sens qu'elle a clarifié une fois pour toutes la question de savoir quelles questions le Rapporteur spécial juge non pertinentes dans le contexte actuel. La responsabilité de l'État et la responsabilité des organisations internationales sont des sujets parallèles, mais très différents. Le droit naturel des États à la légitime défense en vertu de l'Article 51 de la Charte est une chose; la légitime défense en tant que circonstance excluant l'illicéité s'agissant des organisations internationales ou d'autres acteurs non étatiques en est une autre. Sans doute, un acte d'un État ou d'une organisation internationale contre une attaque armée par un acteur non étatique est une circonstance excluant l'illicéité; mais ce droit est d'un rang inférieur à celui du droit de légitime défense en vertu de l'Article 51.

28. M. MATHESON dit que les rapports du Rapporteur spécial sur la responsabilité des organisations internationales sont complets, concis, méticuleux, tant sur le plan de la recherche que sur celui de l'analyse juridique, et perspicaces dans leur évaluation des considérations d'ordre pratique. Le quatrième rapport n'y fait pas exception. En général, il faut tenir dûment compte du fait que la compétence et les responsabilités des organisations internationales se sont considérablement étendues au cours des dernières décennies. Dans de nombreux cas, les organisations assument désormais des fonctions pleinement comparables à celles des États, en particulier en ce qui concerne la gouvernance de territoires placés sous contrôle international. En conséquence, elles doivent avoir des motifs d'exclusion de l'illicéité comparables à ceux des États: sans cela, elles risquent de ne pas être en mesure de s'acquitter efficacement des tâches qui leur sont confiées par la communauté internationale ou d'être incapables de répondre à des situations d'urgence ou des événements imprévus qui peuvent menacer leur mission ou la vie et le bien-être de personnes innocentes. Le commentaire devrait préciser, le cas échéant, que seules des circonstances limitées comparables à celles qui ont donné lieu à des dispositions similaires dans les projets d'article sur la responsabilité de l'État sont envisagées.

29. Abordant certains articles en particulier, M. Matheson dit qu'il est évident que le projet d'article 17 relatif au consentement est nécessaire, puisque le consentement peut exclure l'illicéité dans de nombreuses situations, du cas le plus anodin consistant à autoriser l'utilisation de matériel breveté à celui, plus sérieux, d'une entrée armée sur le territoire d'un État. Il est clair que le projet d'article 18 relatif à la légitime défense est également nécessaire, étant donné que les organisations internationales

sont aujourd'hui appelées à s'engager dans des situations qui supposent des risques graves pour la vie et la sécurité. M. Momtaz a soulevé des questions intéressantes concernant l'étendue du droit à la légitime défense, mais M. Matheson pense, avec le Rapporteur spécial, qu'il ne serait pas avisé que la Commission, dans le texte ou dans le commentaire, tente de définir l'étendue de ce droit ou les circonstances pouvant permettre de l'invoquer. Cette question doit être laissée à l'appréciation du Conseil de sécurité, d'un autre organe directeur dans le cas d'une opération de maintien de la paix ou, dans le cas de la défense collective, à une organisation de sécurité collective ou à ses membres. Bien entendu, le projet d'article 18 est sans préjudice du droit du Conseil de sécurité, en vertu du Chapitre VII de la Charte, d'autoriser l'emploi de la force par une organisation internationale au-delà de la légitime défense, et le commentaire devrait peut-être préciser ce point.

30. Pour ce qui est du projet d'article 19, la légitimité des contre-mesures doit être reconnue pour les organisations internationales comme elle l'est pour les États. À l'instar des États, les organisations internationales doivent avoir des possibilités licites de faire face aux actes illicites d'autres entités.

31. En ce qui concerne la force majeure, M. Matheson n'a pas d'objection au projet d'article 20 mais, comme M. Mansfield, il a du mal à accepter la suggestion, au paragraphe 31 du rapport, selon laquelle le manque de fonds peut constituer un cas de force majeure qu'une organisation internationale peut invoquer pour écarter l'illicéité du non-respect de ses obligations. Au lieu de l'être par l'organisation et ses membres, les conséquences de ces défaillances financières seraient supportées par d'autres parties qui auraient traité de bonne foi avec l'organisation. Le manque de fonds n'est ni «une force irrésistible» ni «un événement imprévu» aux fins de la force majeure, mais plutôt une situation prévisible et courante. L'organisation doit gérer ses finances et ses engagements de manière à faire face à de tels problèmes de financement, plutôt que d'être simplement exonérée de ses obligations.

32. Pour ce qui est de la détresse, il faut en effet accorder aux organisations internationales l'avantage d'une exception telle que celle prévue au projet d'article 21. Cela étant, le libellé du paragraphe 1 devrait peut-être être modifié, comme l'a suggéré M^{me} Escarameia, étant donné qu'aujourd'hui il est fréquent que les organisations internationales soient responsables de la vie et de la sécurité de nombreuses personnes dans des situations dangereuses.

33. Le projet d'article 22 relatif à l'état de nécessité est peut-être la plus controversée de toutes les dispositions. Comme M. Mansfield, M. Matheson a vraiment des doutes quant à la façon dont ce principe a été énoncé dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État. Néanmoins, si cette excuse a été reconnue pour les États, elle devrait probablement l'être pour les organisations internationales. Bien que ces organisations n'aient pas, pour la plupart, les mêmes intérêts que les États, elles peuvent avoir, dans certaines situations, des intérêts «essentiels» comparables qu'elles se doivent de protéger. M. Matheson n'a donc

aucune objection de principe au projet d'article 22, mais suggère de préciser que celui-ci est essentiellement conçu pour des situations où les organisations internationales exercent des fonctions comparables à celles des États, par exemple lorsqu'elles sont chargées de la gouvernance d'un territoire et de la protection de la vie et du bien-être de sa population.

34. En ce qui concerne le respect des normes impératives, M. Matheson ne voit aucune objection au projet d'article 23 mais il a du mal à accepter ce qui est dit au paragraphe 48 du rapport et qui semble suggérer que le consentement à une intervention militaire ne peut être donné que dans certains cas précis et non à l'avance pour une catégorie définie de situations. Il est convaincu que les États ont le droit souverain de donner à l'avance leur consentement à d'autres États ou à des organisations internationales pour leur permettre d'exercer des activités militaires sur leur territoire et, de fait, c'est souvent le cas. La Commission ne doit pas tenter, que ce soit dans le commentaire ou dans les projets d'article, de résoudre des questions aussi controversées et difficiles concernant le fond des normes impératives ou leur relation avec d'autres principes hiérarchiques du droit international, question qui est examinée dans le cadre du sujet de la fragmentation du droit international.

35. Enfin, M. Matheson n'a pas d'objection au projet d'article 24, qui est, en toute logique, parallèle aux clauses de sauvegarde figurant dans les articles sur la responsabilité de l'État. En conclusion, il approuve le renvoi des projets d'article au Comité de rédaction.

36. M. YAMADA salue le rapport concis et bien argumenté du Rapporteur spécial, qu'il approuve presque entièrement. Il est gratifiant de constater que les organisations internationales montrent à présent un vif intérêt pour les travaux de la Commission sur le sujet.

37. Les circonstances excluant l'illicéité sont un domaine dans lequel il n'y a aucune raison de s'écarter des principes de fond énoncés dans les projets d'article sur la responsabilité de l'État. Ces principes, qui sont en train de s'inscrire dans le droit international coutumier, seront bientôt examinés par l'Assemblée générale. La Commission ne doit pas créer une confusion en proposant de modifier ces principes de fond. C'est pourquoi M. Yamada appuie les propositions du Rapporteur spécial, qui tendent uniquement à modifier le texte lorsque c'est nécessaire ou à améliorer la rédaction.

38. Il est préférable de reporter l'examen du projet d'article 19 relatif aux contre-mesures jusqu'à ce qu'une décision soit prise sur la question de savoir si les contre-mesures prises par une organisation internationale à l'encontre d'un État doivent être abordées dans le projet d'articles à l'examen. À l'exception du projet d'article 19, donc, les dispositions proposées dans le rapport devraient être renvoyées au Comité de rédaction.

La séance est levée à 11 h 30.

2878^e SÉANCE

Jeudi 18 mai 2006, à 10 h 5

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskeniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Momtaz, M. Operti Badan, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M^{me} Xue, M. Yamada.

Responsabilité des organisations internationales (suite)
[A/CN.4/560, sect. C, A/CN.4/564 et Add.1 et 2; A/CN.4/568 et Add.1, A/CN.4/L.687, Add.1 et Corr.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

QUATRIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. M. KEMICHA félicite le Rapporteur spécial pour la qualité de son travail. Il note que dans un souci de cohérence avec le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, le Rapporteur spécial a évité, sans grande conviction, lui semble-t-il, des circonstances excluant l'illicéité qui n'y étaient pas considérées comme telles, comme l'hypothèse où l'organisation internationale agit sous la contrainte, qu'il évoque au paragraphe 8 de son rapport.

2. En ce qui concerne le consentement, l'exemple des missions d'observation d'élections est tout à fait pertinent et le projet d'article 17 ne soulève aucune difficulté. La légitime défense, en revanche, offre peut-être une occasion de mesurer les limites de la transposition, le plus souvent justifiée, des articles relatifs à la responsabilité de l'État à la responsabilité des organisations internationales. Comme l'article 21 du projet sur la responsabilité de l'État¹⁰⁶, le projet d'article 18 exige que la mesure de légitime défense soit «licite» et «prise en conformité avec la Charte des Nations Unies». M. Kemicha souscrit à la proposition de M^{me} Escarameia tendant à ce qu'il ne soit pas fait référence uniquement à la Charte des Nations Unies mais, plus généralement, au droit international. D'ailleurs, le Rapporteur spécial lui-même déclare, au paragraphe 18 de son rapport, que la possibilité d'invoquer la légitime défense ne devrait pas être limitée à l'Organisation des Nations Unies.

3. Pour ce qui est des contre-mesures, M. Kemicha note que le Rapporteur spécial s'interroge sur l'opportunité de prévoir un article inspiré de l'article 22 du projet sur la responsabilité de l'État¹⁰⁷ sans savoir si la question des contre-mesures prises par une organisation à l'égard d'un État sera ou non abordée. Lui-même préférerait prévoir à titre provisoire un article 19 en bonne et due forme plutôt que de laisser le texte en question en blanc.

¹⁰⁶ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 27.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 28.

4. La force majeure est d'évidence une circonstance excluant l'illicéité que le Rapporteur spécial énonce dans son projet d'article 20. Quant à la détresse, M. Kemicha ne peut souscrire à la proposition évoquée par le Rapporteur spécial au paragraphe 31 de son rapport, tendant à considérer la détresse financière que peuvent connaître certaines organisations internationales comme une circonstance constituant un cas de force majeure que l'organisation peut invoquer pour écarter l'illicéité du non-respect d'une obligation internationale. Il comprend le sentiment d'impuissance et de frustration que peuvent ressentir les intéressés devant la démission de certains États à l'égard de leurs obligations financières et de leur devoir de solidarité mais, comme l'a dit M. Mansfield, la détresse financière ne peut en aucun cas être assimilée à la force majeure car ceux qui ont la charge de diriger ces organisations ont une obligation de diligence et de prudence et les situations de détresse financière sont rarement imprévisibles. La situation de détresse que couvre le projet d'article 21 est de toute autre nature: il y est question de sauver sa vie ou celle de personnes qu'on a la charge de protéger. Le Rapporteur spécial note, au paragraphe 33, que la pratique n'offre aucune illustration de la situation de détresse pour une organisation internationale, aussi M. Kemicha se demande pourquoi il propose une disposition calquée sur l'article 24 du projet sur la responsabilité de l'État¹⁰⁸.

5. En ce qui concerne l'état de nécessité, M. Kemicha approuve l'observation du Rapporteur spécial, au paragraphe 35 du rapport, selon laquelle lorsqu'elle a déclaré que l'état de nécessité constituait une clause, reconnue par le droit international coutumier, d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à une obligation internationale, la CIJ ne songeait qu'aux relations entre États, et qu'une organisation internationale ne peut invoquer l'état de nécessité pour légitimer une infraction à ses obligations au titre du droit international général [*Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, par. 51]. M. Kemicha approuve l'idée de fixer des conditions plus strictes pour les organisations internationales que pour les États, afin d'éviter tout risque d'abus, et pense lui aussi que le critère de «l'intérêt essentiel contre un péril grave et imminent», que l'article 25 du projet sur la responsabilité de l'État¹⁰⁹ exige pour permettre à un État d'invoquer l'état de nécessité, doit, s'agissant des organisations internationales, s'entendre comme étant «l'intérêt que l'organisation a pour mission de protéger».

6. Le projet d'article 23 relatif au respect de normes impératives ne soulève aucune difficulté. En revanche, le projet d'article 24, qui traite des conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité et qui reprend les termes de l'article 27 du projet sur la responsabilité de l'État¹¹⁰, aurait pu donner l'occasion au Rapporteur spécial de faire œuvre utile et novatrice, en améliorant, comme il le suggère lui-même au paragraphe 52 de son rapport, le libellé de l'alinéa a pour mentionner de manière générale tous les éléments de la circonstance dont il s'agit, et pas seulement sa durée dans le temps. La question de l'indemnisation, qui n'est

pas prévue dans les articles relatifs à la responsabilité de l'État, aurait également mérité d'être mieux explicitée. Cela étant, une telle prudence de la part du Rapporteur spécial n'est guère étonnante puisque la Commission lui a demandé de suivre scrupuleusement le projet d'articles sur la responsabilité de l'État. M. Kemicha lui exprime de nouveau sa reconnaissance et son admiration.

7. M. Sreenivasa RAO félicite le Rapporteur spécial pour son rapport riche et mûrement réfléchi, mais fort concis et bien structuré du point de vue logique tout comme, du reste, les rapports précédents.

8. Le fait d'avoir aligné les projets d'article sur la responsabilité des organisations internationales sur le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite présente des avantages, mais aussi des inconvénients, sur lesquels M. Sreenivasa Rao reviendra ultérieurement.

9. Dans son rapport, le Rapporteur spécial rappelle qu'un débat passionnant qui a eu lieu dans le cadre de l'examen du projet d'articles sur la responsabilité de l'État reste d'actualité à propos de la responsabilité des organisations internationales: il s'agit de la question de savoir si les exceptions retenues constituent un fait justificatif excluant l'illicéité de l'acte en cause, ou si elles sont de simples facteurs ayant pour effet de limiter le caractère illicite à la durée de l'acte. Le Rapporteur spécial invite la Commission à adopter le même point de vue que dans le cadre de la responsabilité de l'État, c'est-à-dire à ne pas considérer ces exceptions comme des faits justificatifs et à préciser que si l'illicéité est suspendue, l'obligation d'indemniser, elle, demeure. Si l'acte en cause était licite, il n'est pas question d'indemnisation. Mais s'il était illicite, mais que son illicéité a été suspendue pendant un certain temps, la question de l'indemnisation reste ouverte. À ce propos, M. Sreenivasa Rao apprécierait que le Rapporteur spécial partage son raisonnement avec les membres de la Commission.

10. S'agissant du consentement, M. Sreenivasa Rao se demande si l'exemple cité par le Rapporteur spécial, à savoir celui des missions d'observation d'élections, est suffisamment pertinent pour régler une fois pour toutes la question du consentement. Des précisions quant à la teneur du mandat confié à la mission en Indonésie, mentionnée au paragraphe 13 du rapport, ou, de préférence, d'autres exemples tirés de la pratique seraient bienvenus.

11. L'expression «défense de la mission» qui vise à expliciter, au paragraphe 17 du rapport, le sens à donner à la «légitime défense» dans le cadre des mandats des forces de maintien et de rétablissement de la paix, est beaucoup trop vaste et donne à l'éventuel usage de la force dans ce contexte une connotation trop dynamique qui dépasse le cadre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies *stricto sensu*. Elle n'a donc pas sa place ici. Les remarques formulées par le Rapporteur spécial au paragraphe 18 du rapport, concernant la légitime défense en tant que circonstance excluant l'illicéité, sont fort pertinentes, mais il convient de souligner que le «droit naturel de légitime défense» évoqué par la CIJ est un droit naturel des États, et non pas des organisations internationales. Même si, comme le Rapporteur spécial le fait observer,

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Ibid.

la Commission n'a pas à se pencher ici sur la question de savoir dans quelle mesure une organisation internationale peut avoir recours à la force, cette distinction doit être gardée à l'esprit, et il faudrait y veiller, sans doute, lorsque le projet d'article 18 sera examiné par le Comité de rédaction. C'est l'un des exemples qui montrent, s'il en était besoin, qu'on ne peut reprendre aveuglément les articles sur la responsabilité de l'État pour les appliquer aux organisations internationales.

12. Quant aux contre-mesures, c'est un sujet qui semble se compliquer davantage à mesure qu'il est examiné, ce qui était déjà le cas à propos de la responsabilité de l'État. C'est pourquoi la proposition faite à la séance précédente par M. Yamada, tendant à le laisser de côté, en tout cas pour le moment, mérite d'être étudiée. Quoiqu'il en soit, il ne fait aucun doute que le Rapporteur spécial est le mieux placé pour choisir une solution qui évitera à la Commission de tourner en rond comme elle l'a fait par le passé.

13. S'agissant des normes impératives, M. Sreenivasa Rao préférerait éviter l'expression «intégration politique», employée au paragraphe 48 du rapport, qui ne lui semble pas adaptée au contexte. Enfin, de même que pour la légitime défense, le Rapporteur spécial aurait gagné en clarté s'il avait abordé ces questions en distinguant clairement les différentes entités (ONU, OTAN, forces de maintien de la paix...).

14. En conclusion, M. Sreenivasa Rao recommande que les projets d'articles 17 à 23 sur la responsabilité des organisations internationales soient renvoyés au Comité de rédaction.

15. M. BROWNLIE précise que son intervention à la séance précédente ne portait pas sur la notion de légitime défense et qu'il n'avait nullement l'intention de proposer que l'on définisse cette notion. Cela dit, la section sur la légitime défense présente des incohérences assez importantes et il conviendrait d'exposer plus clairement l'intention visée. Premièrement, le projet d'article 18 est un peu surprenant car il ne reflète pas la teneur des paragraphes 15 à 17 du rapport du Rapporteur spécial, et certainement pas le principe énoncé dans la phrase citée au paragraphe 17, à savoir: «les mission de maintien de la paix [...] ont le droit de faire usage de la force en état de légitime défense et il est généralement entendu que ce droit s'étend à la "défense de la mission"»¹¹¹. Il en ressort très clairement que la question n'est pas la légitime défense, mais l'usage licite de la force pour atteindre raisonnablement les objectifs d'une mission donnée. Or, le projet d'article 18 semble se limiter à la légitime défense au sens de l'Article 51 de la Charte, voire ne viser que l'ONU, alors que la Commission ne cherche certainement pas à limiter l'application de ces dispositions à une seule organisation. L'autre problème, c'est que lorsque la Commission fait du développement progressif du droit, il faut qu'elle le signale clairement; or, le projet d'article sur la légitime défense semble contenir des éléments de développement progressif, alors qu'il

s'appuie également sur la Charte des Nations Unies – même s'il ne mentionne pas expressément l'Article 51 – qui contient une clause sans préjudice s'appliquant au droit international coutumier relatif à la légitime défense, ce qui sème la confusion car personne n'a jamais dit que le droit coutumier faisait référence aux activités des organisations internationales. M. Brownlie pense donc qu'il est superflu de faire intervenir l'Article 51, même indirectement, et qu'il serait préférable de ne pas donner l'impression d'une part qu'une organisation internationale ne peut avoir recours à la force licitement que dans le cadre de la légitime défense et pas dans d'autres circonstances pour mener à bien sa mission, et de l'autre que la Charte s'applique, alors que cela semble impossible. Certains de ces problèmes pourraient être réglés sans apporter de modifications majeures au texte, de façon à aller davantage dans le sens de l'intention générale du Rapporteur spécial.

16. M. GAJA (Rapporteur spécial) précise que les références à la pratique concernant les forces de maintien ou d'imposition de la paix des Nations Unies et à la détresse financière évoquée par l'Organisation internationale de police criminelle (Interpol) ont été faites pour tenir compte de toutes les pratiques et de tous les points de vue qui ont été exprimés à ce sujet. Il n'avait certainement pas l'intention de trancher la question de savoir si une force de maintien de la paix des Nations Unies peut avoir recours à la force et dans quelle mesure elle peut y avoir recours en invoquant la Charte, car cela dépend, bien entendu, du mandat de la force et de l'interprétation qui en est faite. Le Groupe de personnalités de haut niveau a clairement énoncé ce qui correspond à la pratique, à savoir qu'il est généralement entendu que le droit de faire usage de la force s'étend à la «défense de la mission». Mais pour M. Gaja il ne s'agit pas là de légitime défense considérée comme circonstance excluant l'illicéité. Peut-être aurait-il dû ajouter un commentaire plus explicite à cet effet. Il est mentionné, au début du paragraphe 18, que «la possibilité d'invoquer la légitime défense ne devrait pas être limitée à l'Organisation des Nations Unies»; pour autant, il ne faut pas lire ces paragraphes comme s'il s'agissait d'une preuve de la conclusion: en effet, ce qui est dit dans le paragraphe 17 n'est pas ce qui est visé au projet d'article 18.

17. Le PRÉSIDENT dit que le sujet à l'examen pose un problème de méthode: en effet, tous les membres sont d'accord sur les principes généraux – ce à quoi le Rapporteur spécial les a invités en s'alignant sur le projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite. Mais il est impossible d'agir de même à propos des circonstances excluant l'illicéité, pour la simple raison que les organisations internationales sont des sujets de droit international autres que les États. La Commission doit donc, comme il a été recommandé dans toutes les contributions, examiner s'il est possible de conserver la même approche que celle adoptée pour les États ou s'il faut procéder à des ajustements.

18. S'exprimant en qualité de membre de la Commission, le Président demande s'il ne faudrait pas, en premier lieu, remonter à l'avis rendu par la CIJ en 1949 concernant les *Réparations des dommages subis au service des Nations Unies*, car il est question d'intérêts,

¹¹¹ Rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement, «Un monde plus sûr: notre affaire à tous» (A/59/565), par. 213.

de missions et d'objectifs de l'organisation internationale, toutes références qui rappellent le bénéfice par un sujet de droit international d'un ensemble de prérogatives et de droits reconnus par le droit international. Or la responsabilité internationale est la contrepartie de la jouissance de ces prérogatives; mais dans la gestion de cette contrepartie, l'organisation internationale n'est pas un État, ni même un super-État. Deuxièmement, la Commission est à la recherche de la pratique, et le quatrième rapport n'en fournit pas assez d'exemples. Or certaines organisations régionales en Afrique, parmi les plus importantes, ont connu ces dernières années des expériences intéressantes à cet égard, puisqu'une organisation internationale d'intégration économique a été appelée de façon inattendue à exercer des missions de maintien de la paix sur le territoire de l'un des États membres. En effet, lorsque le problème de la sécurité au Libéria s'est posé, le Nigéria a fourni des contingents de forces armées, se prévalant de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) au sein de laquelle il occupait une position dominante pour justifier sa présence militaire au Libéria. Cette mission attribuée à la CEDEAO n'a été, en réalité, assumée que par le seul Nigéria: se pose donc la question de savoir si une organisation dont la fonction est l'intégration économique mais qui opère à un moment en vertu d'une mission ou d'une compétence autre que la sienne va avoir à répondre des conséquences de ce changement de nature, et notamment, en cas d'affrontements sur le terrain, si cette organisation est fondée, en cas de responsabilité, à invoquer la légitime défense ou toute autre circonstance excluant l'illicéité. On trouve d'autres exemples dans la pratique: dans le cas du Darfour, par exemple, l'Union africaine a affiché des prétentions – rétablir la paix et gérer la démocratie – ne correspondant pas à la mesure de ses moyens, si bien qu'elle doit aujourd'hui faire intervenir l'Union européenne, l'OTAN et l'ONU. Lorsqu'un problème de responsabilité lié à la présence d'organisations internationales tierces dans le cadre des missions ou des activités de l'Union africaine se pose, la question est de savoir si l'illicéité pourrait, le cas échéant, être couverte par l'organisation internationale «invitante» ou par l'organisation internationale «coopérante». Peut-être y a-t-il là des pistes pour chercher des exemples dans la pratique, car celle-ci existe certainement. La Commission devrait demander au Rapporteur spécial d'étudier plus avant la pratique et de lui fournir des informations complémentaires sur la question des circonstances excluant l'illicéité à sa prochaine session, sans pour autant remettre en question l'ensemble des projets d'article dont elle est saisie.

19. M. Sreenivasa RAO précise qu'il n'a pas dit que le Rapporteur spécial aurait dû examiner la pratique et qu'il ne l'a pas fait, mais que cette pratique n'existe pas. Le Rapporteur spécial a fait un travail extrêmement sérieux et méthodique et on ne saurait lui reprocher de ne pas mentionner la pratique lorsqu'il n'y en a pas. Cela étant, si des membres de la Commission peuvent obtenir à cet égard des documents auxquels le Rapporteur spécial n'a pas accès, il serait bon qu'ils les lui fassent parvenir.

20. M. GAJA (Rapporteur spécial) dit que ni le Rapporteur spécial ni la Commission n'ont pour rôle de porter un jugement sur des affaires concrètes, de déterminer, par

exemple, s'il y avait consentement ou quelles pouvaient être les conséquences. En revanche, s'il existe des éléments de pratique, c'est-à-dire des prises de position par des États ou des organisations internationales qui n'ont pas été publiées, mais dont des membres de la Commission ont connaissance, il serait ravi d'y référer. Peut-être les membres de la Commission pourraient-ils faire intervenir leurs relations personnelles pour obtenir que des organisations internationales leur communiquent – et donc rendent accessibles – des documents intéressants, auquel cas, la Commission pourra toujours réexaminer les questions visées en deuxième lecture, mais il ne serait pas sage qu'elle suspende ses travaux dans l'espoir d'obtenir ultérieurement des documents. L'expérience montre que les États et les organisations internationales ont une certaine réticence à communiquer à la Commission des documents qui ne sont pas publiés par ailleurs. La Commission peut cependant espérer que ses travaux permettront aux États et aux organisations internationales de comprendre ce dont elle a besoin, afin qu'elle puisse corriger par la suite ce qu'elle fait actuellement en l'état de ses connaissances.

21. Le PRÉSIDENT dit qu'il s'efforcera d'obtenir des documents à Addis-Abeba et Lagos et que le Rapporteur spécial en sera le premier destinataire.

22. M. ECONOMIDES relève lui aussi que le débat a montré qu'il est impossible de s'aligner systématiquement sur le projet d'articles sur la responsabilité de l'État. Pour la première fois, en effet, on constate que certaines situations ne sont pas exactement les mêmes, voire sont complètement différentes. Comme l'ont noté à juste titre plusieurs membres de la Commission, il n'y a pas de pratique, ce qui explique que le Rapporteur spécial ne soit pas parvenu, malgré ses efforts, à donner une certaine substance à son rapport. Cette absence de pratique a deux conséquences: premièrement, la codification est impossible, puisqu'il n'y a rien à codifier; le droit des Nations Unies est un droit spécial, qui n'est relié qu'à l'ONU et à la Charte, de sorte qu'on ne peut l'appliquer à toutes les organisations internationales, même à celles qui ont des fonctions militaires; deuxièmement, le développement progressif est impossible, puisqu'il suppose que l'on connaisse les problèmes et aussi qu'il y ait un minimum de pratique. On ne peut même pas faire d'analogies entre États et organisations internationales, parce que les problèmes ne sont pas les mêmes. Certaines notions comme l'état de nécessité sont déjà extrêmement difficiles voire impossibles à appliquer pour les États; dès lors, il est évidemment exclu de l'appliquer aux organisations internationales, dans l'ignorance la plus totale faute de pratique.

23. En conclusion, M. Economides estime que la Commission doit faire un choix: soit elle copie un texte de manière artificielle, ce qui présente certains risques, soit elle innove, en ne suivant pas systématiquement le projet d'articles sur la responsabilité de l'État en ce qui concerne les circonstances excluant l'illicéité, et il s'efforcera de revenir sur ce point ultérieurement.

24. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO félicite le Rapporteur spécial pour son quatrième rapport, très complet et bien structuré, qui s'appuie sur des exemples particulièrement utiles, à défaut d'être nombreux, ce qui complique la

tâche de la Commission. Le projet d'articles proposé dans le rapport s'inspire des articles correspondants sur la responsabilité de l'État, dont l'Assemblée générale a pris note dans sa résolution 56/83 en date du 12 décembre 2001 – et cette référence est nécessaire, même si ces projets d'article ne peuvent s'appliquer *mutatis mutandis* à la responsabilité des organisations internationales, mais doivent être adaptés aux organisations internationales. On se trouve en effet face à deux sujets de droit international différents: alors que les compétences de l'organisation internationale reposent sur des documents fondamentaux et sur les règles qui la régissent, c'est-à-dire sur son texte constitutif, les règlements et les résolutions pertinentes de ses différents organes, celles de l'État reposent sur la souveraineté inhérente à la définition même de l'État. Étant donné en outre que la structure, les objectifs et les compétences des organisations internationales sont différents, il faut que les normes élaborées aient un caractère très général susceptible de couvrir toutes les situations, car le projet d'articles ne peut s'appliquer exclusivement à l'ONU. Par ailleurs, la question relève moins de la codification que du développement progressif du droit, et la Commission devra donc être très prudente lorsqu'elle prendra des décisions. M. Rodríguez Cedeño pense que la pratique évoquée par le Rapporteur spécial n'est pas suffisante pour codifier les règles relatives aux circonstances excluant l'illicéité ou, comme d'aucuns les appellent, les faits justificatifs. En tout état de cause, le développement progressif n'exige pas une pratique répétée ou constante. Il faut simplement qu'il existe des éléments suffisants pour pouvoir élaborer des normes ou des règles dans ce contexte. Donc, plus que l'existence de cette pratique, c'est l'évolution du droit international qui permettra le développement progressif de ce droit.

25. À propos, tout d'abord, de la légitime défense – droit naturel constituant une exception d'origine coutumière au recours à la force, lequel est interdit par le droit international, notamment au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies – M. Rodríguez Cedeño estime que cette circonstance ou fait justificatif, applicable dans le contexte des relations entre les États, est acceptable dans le contexte de la responsabilité des organisations internationales à condition que l'on tienne compte de deux éléments essentiels, à savoir l'état de nécessité et la proportionnalité, en excluant bien entendu toute intervention de légitime défense préventive effectuée au titre de la théorie du danger imminent, laquelle a été largement rejetée par la communauté internationale. Le droit de légitime défense est consacré dans de nombreux textes internationaux, notamment dans la Déclaration internationale relative aux relations d'amitié et de coopération entre les États. C'est pourquoi, M. Rodríguez Cedeño appuie la proposition de M^{me} Escameia visant à remplacer, dans le projet d'article 18, les mots «la Charte des Nations Unies» par «le droit international», car la Charte ne couvre pas tous les aspects du droit relatif à l'emploi de la force, notamment l'état de nécessité et la proportionnalité, et l'on peut à cet égard rappeler l'arrêt de la CIJ dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* de 1986, dans lequel la Cour n'a pas adhéré à la thèse selon laquelle il y a identité totale entre les règles du droit international coutumier

sur la légitimité du recours à la force et les dispositions de la Charte [par. 176 de l'arrêt]. En tout état de cause, M. Rodríguez Cedeño pense, comme le Rapporteur spécial, qu'il existe suffisamment d'arguments pour inclure une disposition de cette nature dans le projet et approuve le renvoi du projet d'article 18 au Comité de rédaction, avec les suggestions et observations qui ont été faites en vue de l'améliorer.

26. Quant à la force majeure, qui peut dans certains cas constituer une circonstance excluant l'illicéité, il s'agit d'une exception opposable en droit international, comme l'a reconnu la Cour permanente d'arbitrage dans le contexte des relations entre les États, qui peut être applicable ou envisagée dans le contexte de la responsabilité des organisations internationales. Il s'agit d'un événement extérieur assimilable au cas fortuit qui échappe au contrôle du sujet dont il est question, en l'espèce l'organisation, et l'empêche de s'acquitter d'une obligation internationale ou d'agir conformément au droit international. Comme pour les États, les conditions doivent être claires et précises.

27. M. Rodríguez Cedeño fait observer que la question des difficultés financières d'une organisation internationale comme circonstance ou fait justificatif de l'illicéité est épineuse et il ne pense pas que l'on puisse invoquer dans tous les cas la situation financière d'une organisation, qui dépend des contributions des États, pour justifier le non-respect de ses obligations internationales. Cette question touchant plutôt à la responsabilité de l'État dans ses relations avec l'organisation internationale, il pense que ces deux questions devraient être examinées ensemble en temps opportun.

28. Enfin, M. Rodríguez Cedeño relève que, comme l'indique le Rapporteur spécial dans son rapport, l'état de nécessité est une des circonstances les plus controversées. Cette situation est non provoquée et résulte de la nécessité pour un État de se protéger d'un péril grave et imminent. Il en résulte une opposition entre la nécessité de protéger les intérêts essentiels de l'État et la violation ou le non-respect de ses obligations internationales. Le fait d'invoquer l'état de nécessité dans ce contexte doit répondre à un certain nombre de conditions, énoncées à l'article 25 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État. L'appréciation de la situation ne peut être préjugée, comme l'a noté la CIJ dans son arrêt de 1997 sur l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. Cette exception, comme l'a indiqué le Rapporteur spécial, est applicable dans le contexte de la responsabilité des organisations internationales, même si l'expression «intérêt essentiel» ne recouvre pas la même réalité. Dans tous les cas, comme l'a noté la Cour dans l'arrêt précité, ce fait justificatif doit être considéré comme exceptionnel [par. 51 à 58 de l'arrêt].

29. En conclusion, M. Rodríguez Cedeño est d'accord pour que le projet d'articles soit renvoyé au Comité de rédaction, dont la tâche sera extrêmement complexe puisque la rédaction finale devra tenir compte de la nature des organisations internationales en tant que sujets de droit international et s'inspirer, dans la mesure du possible, des dispositions pertinentes du projet d'articles sur la responsabilité de l'État.

30. M. FOMBA dit que le Rapporteur spécial a analysé brillamment la question centrale posée par le sujet à l'examen, à savoir celle des points communs et des divergences entre une organisation internationale et un État et des conséquences juridiques que l'on doit en tirer en ce qui concerne la responsabilité. Faisant quelques observations d'ordre général, il juge légitime l'approche analogique adoptée par le Rapporteur spécial dans le cadre de son étude et note que ce dernier ne retient pas la distinction entre le «fait justificatif» et «l'excuse» comme l'avait déjà fait la Commission à propos de la responsabilité des États. En ce qui concerne les circonstances excluant l'illicéité qui n'ont pas été retenues dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État, M. Fomba note que le Rapporteur spécial plaide la cause de la cohérence en proposant d'écarter de telles circonstances dans le cas des organisations internationales et appuie son raisonnement sur l'exemple de la contrainte (par. 8 du rapport). Or il apparaît que cette circonstance est admise de façon implicite dans le texte de l'alinéa *a* de l'article 18 du projet sur la responsabilité de l'État¹¹² de sorte que l'argumentation du Rapporteur spécial semble contenir une contradiction dans les termes. À cet égard, M. Fomba fait observer que les points de vue exprimés à ce sujet par le Bélarus et la Fédération de Russie¹¹³ ne sont pas dénués d'intérêt. Il estime toutefois que faute d'avoir réfléchi en profondeur à la question, on pourrait admettre la thèse défendue par le Rapporteur spécial.

31. À propos du consentement, le Rapporteur spécial conclut, à juste titre, qu'il n'y a aucune raison d'adopter une démarche différente à l'égard des États et des organisations internationales en ce qui concerne les conditions dans lesquelles le consentement est une circonstance excluant l'illicéité et M. Fomba souscrit à cette idée.

32. S'agissant de la légitime défense, M. Fomba juge acceptable la thèse du Rapporteur spécial selon laquelle la possibilité d'invoquer la légitime défense ne devrait pas être limitée à l'ONU et que seules doivent être retenues comme conditions de la mesure de défense sa licéité et sa conformité avec la Charte des Nations Unies et il approuve le projet d'article proposé en ce sens par le Rapporteur spécial. Quant à la question de l'invocation de la légitime défense par une organisation internationale en cas d'attaque armée contre l'un de ses membres, il estime, comme le Rapporteur spécial, qu'elle ne devrait pas être complètement occultée et évoquée au moins dans le commentaire. Concernant les contre-mesures évoquées au projet d'article 19, il dit ne pas avoir pour le moment de position bien arrêtée sur cette question tout en estimant que la Commission peut d'ores et déjà aller dans le sens de la variante B suggérée par le Rapporteur spécial au paragraphe 25 du rapport.

33. En ce qui concerne la force majeure, l'argumentation du Rapporteur spécial, à l'appui de l'invocation de cette circonstance excluant l'illicéité par une organisation internationale, ne soulève pas de difficulté particulière ni du point de vue de la justification, même si celle-ci n'est

pas toujours apparente, ni du point de vue de la cohérence. M. Fomba relève que selon le Rapporteur spécial la «détresse financière» peut constituer un cas de force majeure et le fait qu'elle s'explique par le comportement des États membres n'empêche pas l'organisation internationale d'invoquer cette circonstance en sa qualité d'entité distincte. Il note à cet égard que le Rapporteur spécial appuie son argumentation sur le principe de la superposition de la personnalité de l'organisation internationale à celle de ses États membres et non sur celui de la subrogation. Le projet d'article proposé au paragraphe 20 du rapport sur le modèle de l'article 23 du projet sur la responsabilité de l'État¹¹⁴ ne lui pose pas de difficulté particulière.

34. S'agissant de la détresse, M. Fomba fait observer que faute d'un éclairage certain de la pratique en la matière on pourrait hésiter à appuyer la proposition faite par le Rapporteur spécial, l'exemple hypothétique présenté par Klein qui est repris dans la note de bas de page au paragraphe 33 pouvant inciter à une certaine prudence. Pour ce qui est de l'état de nécessité, le Rapporteur spécial aboutit à la conclusion qu'il n'y a aucune raison de s'écarter du modèle fourni par le projet d'article 25 sur la responsabilité de l'État¹¹⁵. M. Fomba estime qu'en l'absence d'une réflexion approfondie sur la pratique, si elle existe, l'argumentation du Rapporteur spécial, qui semble procéder d'une certaine lecture de la nature fonctionnelle et juridique des organisations internationales, peut constituer une bonne base de travail.

35. En ce qui concerne le respect de normes impératives, M. Fomba regrette que le Rapporteur spécial n'explique pas en quoi l'attribution de certains pouvoirs d'intervention militaire à une organisation régionale pourrait être considérée comme contrevenant à une norme impérative. Cela étant, il souscrit pleinement à l'idée, avancée par le Rapporteur spécial, qu'il puisse en aller différemment pour les organisations régionales habilitées à recourir à la force, à condition que ce pouvoir représente un élément d'intégration politique entre les États membres de ces organisations. Le Rapporteur spécial cite à juste titre en note au paragraphe 48 les dispositions pertinentes de l'alinéa *h* de l'article 4 de l'Acte constitutif de l'Union africaine qui prévoit notamment le «droit d'intervenir dans un État membre sur décision de la Conférence dans certaines circonstances graves à savoir: les crimes de guerre, le génocide et les crimes contre l'humanité». Dans ce contexte, M. Fomba estime qu'on pourrait également citer les dispositions pertinentes à cet égard de l'article 2, du paragraphe 3 de l'article 6 et de l'article 15 du Protocole d'assistance mutuelle en matière de défense ainsi que les articles premier et 52 du Protocole relatif au mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité, adoptés par la CEDEAO le 29 mai 1981 et le 10 décembre 1999, respectivement. Au paragraphe 49 du rapport, le Rapporteur spécial fait observer que l'application aux organisations internationales de la disposition «sans préjudice» figurant au chapitre V de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité de l'État peut présenter «certaines

¹¹² *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 27, voir le commentaire, p. 73 et 74.

¹¹³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, Soixantième session, compte rendu analytique de la 12^e séance (A/C.6/60/SR.12)*, par. 50 et 70, respectivement.

¹¹⁴ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 27, et p. 81 à 83 pour le commentaire.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 27, et p. 85 à 90 pour le commentaire.

particularités» sans préciser lesquelles, tandis qu'il estime que l'affirmation générale figurant à l'article 26 du projet sur la responsabilité de l'État¹¹⁶ pourrait être reproduit en remplaçant le mot «État» par «organisation internationale». Faute d'un décryptage permettant de conclure à l'existence éventuelle de particularités, M. Fomba accepte la solution pratique préconisée par le Rapporteur spécial. Enfin, le projet d'article 24 sur les conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité ne lui pose pas de problème particulier. En conclusion, M. Fomba se dit favorable au renvoi des projets d'article au Comité de rédaction.

36. M. CHEE félicite le Rapporteur spécial pour son quatrième rapport bien documenté sur la responsabilité des organisations internationales concernant les circonstances excluant l'illicéité et note qu'il suit les huit articles correspondants du texte sur la responsabilité de l'État. Ainsi, le projet d'article 17 qu'il propose sur le consentement reprend le libellé de l'article 20 du projet sur la responsabilité de l'État¹¹⁷ et M. Chee l'appuie.

37. Quant au projet d'article 18, il prévoit que la légitime défense est une circonstance excluant l'illicéité d'un fait d'une organisation internationale lorsque la mesure prise l'est en conformité avec la Charte des Nations Unies. Le Rapporteur spécial se réfère à la distinction établie par la CIJ dans son avis consultatif de 1962 concernant *Certaines dépenses des Nations Unies* entre les opérations de maintien de la paix et les opérations d'imposition de la paix, distinction fondée sur l'idée que les opérations de maintien de la paix ne sont dirigées contre personne en particulier et visent simplement à maintenir séparées les parties au conflit, tandis que les opérations d'imposition de la paix relèvent du Chapitre VII de la Charte. Il convient de souligner à cet égard que l'Article 51 de la Charte dispose que l'attaque armée d'un État est une condition préalable de l'exercice de la légitime défense. L'application des conditions fixées par la Charte en matière de légitime défense à l'intervention des forces de maintien de la paix des Nations Unies met celles-ci en danger lorsqu'elles sont amenées à participer à une opération militaire. Il apparaît donc que l'on défavorise les forces de maintien de la paix en fondant les règles d'engagement sur l'Article 51. En effet, selon la Charte, le droit de légitime défense ne peut être exercé par la victime d'une agression armée que lorsque cette agression a eu lieu et il est alors peut-être trop tard pour qu'elle puisse riposter. Il est utile de relever à cet égard que s'il est vrai que la Charte autorise la légitime défense, elle ne précise pas les conditions de l'exercice de ce droit. D'autre part, le droit de légitime défense peut être exercé jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires au maintien de la paix et de la sécurité internationales. Or le délai entre le moment où la décision du Conseil de sécurité intervient et le moment où la victime exerce la légitime défense risque d'être trop long pour que la victime puisse répondre à l'usage instantané de sa force de destruction par l'agresseur, compte tenu en particulier de la nature destructrice des armements modernes. M. Chee estime par conséquent que la Commission pourrait peut-être se référer aux règles classiques ou coutumières

du droit international traitant de la légitime défense. Il rappelle enfin qu'il convient de garder à l'esprit que selon les règles classiques pertinentes, l'exercice de la légitime défense doit se faire en conformité avec la règle de la proportionnalité.

38. Pour ce qui est des contre-mesures à raison d'un fait internationalement illicite, la variante B du projet d'article 19 proposée au paragraphe 25 du rapport reflète l'idée développée par le Rapporteur spécial au paragraphe 22 de son rapport qu'un nombre substantiel de commentaires où est analysée la pratique relative à la légitimité des contre-mesures des organisations internationales montrent qu'il n'est pas contesté qu'une organisation internationale puisse dans certains cas prendre des contre-mesures. Mais il reste toutefois à déterminer les circonstances dans lesquelles une organisation peut recourir à des contre-mesures dans le cadre actuel de la responsabilité des organisations internationales. Selon M. Chee, le Rapporteur spécial fait preuve de sagesse en différant l'examen de cette question au moment où la pratique des États et la doctrine seront suffisamment établies.

39. S'agissant de la force majeure, M. Chee note que le Rapporteur spécial a reproduit au projet d'article 20 y relatif le libellé de l'article 23 du projet sur la responsabilité de l'État¹¹⁸. Cette situation est analogue à celle qui est envisagée à l'article 61 de la Convention de Vienne de 1969 aux termes duquel l'impossibilité d'exécuter une obligation conventionnelle peut être justifiée par la survenance d'une situation rendant cette exécution impossible. Quant à l'article 21 relatif à la détresse, M. Chee note que le Rapporteur spécial reprend le libellé de l'article 24 du projet sur la responsabilité de l'État¹¹⁹.

40. En ce qui concerne l'état de nécessité, comme le souligne le Rapporteur spécial, cette question a toujours été considérée sous l'angle des États, mais il existe plusieurs cas, mentionnés aux paragraphes 37 à 41 du rapport, dans lesquels l'état de nécessité a été invoqué par une organisation internationale en tant que circonstance excluant l'illicéité et M. Chee appuie le projet d'article 22 proposé par le Rapporteur spécial sur la question. Il approuve également les projets d'articles 23 (Respect de normes impératives) et 24 (Conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité) et recommande le renvoi de l'ensemble des projets d'article sur la responsabilité des organisations internationales au Comité de rédaction.

41. M. KOLODKIN salue la qualité du quatrième rapport sur la responsabilité des organisations internationales. Le travail du Rapporteur spécial sur les circonstances excluant l'illicéité est tout à fait complet eu égard à l'état actuel des choses. La pratique dans ce domaine est en effet très réduite, et même si l'on aimerait davantage d'exemples, on ne pourrait les trouver. L'approche consistant à suivre la logique des projets d'article sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite est la plus indiquée.

¹¹⁶ Ibid., p. 28.

¹¹⁷ Ibid., p. 27.

¹¹⁸ Ibid., p. 28.

¹¹⁹ Ibid.

42. S'agissant de la légitime défense, M. Kolodkin ne voit pas l'utilité d'analyser dans quelles conditions cette mesure est ou non licite de la part d'une organisation internationale. Il suffit que l'illicéité d'un fait soit exclue si ce fait est une mesure de légitime défense conforme au droit international. Quant à la contrainte, elle est suffisamment couverte par l'alinéa *a* du projet d'article 14 et ne mérite pas, comme l'indique à juste titre le Rapporteur spécial, qu'on lui consacre un article distinct en tant que circonstance excluant l'illicéité.

43. Les exemples donnés par le Rapporteur spécial ne sont pas toujours bien choisis. Ainsi, la décision n° 24 du Tribunal administratif de l'OEA dans l'affaire *Fernando Hernández de Agüero v. Secretary General of the Organization of American States* citée au paragraphe 29 à propos de la force majeure porte sur un contrat qui ne donnait pas lieu à des obligations en vertu du droit international. De même, on comprend mal la différence qui est faite entre le consentement donné pour une intervention militaire précise et le consentement donné pour une intervention à caractère général (par. 48). On ne comprend pas davantage comment la licéité du consentement à une intervention pourrait se fonder sur le niveau d'intégration politique.

44. M. Kolodkin est néanmoins d'avis de transmettre au Comité de rédaction l'ensemble du projet d'articles, à l'exception de l'article 19 qu'il convient de laisser en blanc comme le propose le Rapporteur spécial dans la variante A au paragraphe 25 du rapport.

Ressources naturelles partagées¹²⁰ (A/CN.4/560, sect. A, A/CN.4/L.683 et A/CN.4/L.688 et Corr.1)

[Point 5 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL

45. M. CANDIOTI (Président du Groupe de travail sur les ressources naturelles partagées), présentant le rapport (A/CN.4/L.683) du Groupe de travail dont il assure la présidence, dit que celui-ci a tenu cinq réunions en mai 2006, au cours desquelles il a poursuivi l'examen du projet d'articles présenté par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport¹²¹. Il a également examiné le rapport du Groupe de travail de la cinquante-septième session¹²² et un document de travail du Rapporteur spécial proposant une version révisée des projets d'articles 9 à 22. Un expert en eaux souterraines de l'UNESCO a assisté aux trois premières réunions. Le Groupe de travail est maintenant en mesure de présenter un projet révisé de 19 articles (joint en annexe au rapport), susceptible d'être transmis au Comité de rédaction après examen par la Commission.

46. Tout comme l'année précédente, le Groupe de travail a estimé qu'il était prématuré de préjuger de la forme finale du document, compte tenu de la divergence

des vues exprimées à ce sujet par les États Membres à la Sixième Commission (A/CN.4/560, par. 42 et 43). C'est pourquoi l'article 4 proposé par le Rapporteur spécial a été supprimé, et l'article 19, considérablement raccourci. Le Groupe de travail a également laissé de côté les clauses finales (art. 22 à 25).

47. Le Groupe de travail a choisi de structurer le document de telle sorte que les principes généraux soient énoncés dans les premières parties, ce qui explique que le projet d'article 3 (Arrangements bilatéraux et régionaux) ait été déplacé dans la cinquième partie et le projet d'article 10 (Surveillance) dans la troisième partie. En 2005, le Groupe de travail s'était demandé s'il serait nécessaire de distinguer les obligations applicables à tous les États en général, les obligations réciproques des États de l'aquifère, et les obligations des États de l'aquifère vis-à-vis des États tiers. À ses dernières réunions, il a décidé que certains articles devraient énoncer des obligations imposées aux États tiers, tandis que d'autres porteraient sur les obligations des États de l'aquifère vis-à-vis des États tiers. Cette décision participe du souci de privilégier avant tout la protection des aquifères ou des systèmes aquifères transfrontières.

48. Des notes de bas de page signalent les points qui appelleront ultérieurement des précisions ou des explications dans le commentaire. Les numéros d'articles indiqués entre crochets sont ceux qui figuraient dans le troisième rapport du Rapporteur spécial.

49. Passant aux projets d'article proprement dits, M. Candiotti rappelle que le texte révisé des projets d'articles 1 à 8 a déjà été commenté l'année précédente¹²³. Seuls les projets d'articles 2, 3, 5 et 6 ont été modifiés depuis. Ainsi, la définition de l'«aquifère non alimenté» a disparu de l'article 2, puisqu'il a été décidé de supprimer cette expression dans tout le projet d'articles. En revanche, on a ajouté une définition des termes «zone de réalimentation» et «zone de déversement». Après réexamen du projet d'articles dans son ensemble, il a été décidé de ne pas modifier la seconde phrase du projet d'article 3, qui énonce donc le principe selon lequel chaque État de l'aquifère exerce sa souveraineté sur la portion de l'aquifère ou du système aquifère transfrontière qui relève de sa compétence territoriale, mais sans que cette souveraineté soit absolue. Le paragraphe 2 du projet d'article 5 (Facteurs pertinents pour une utilisation équitable et raisonnable) a été modifié de façon à y inclure la nécessité – initialement exprimée dans le projet d'article 11 figurant dans le troisième rapport du Rapporteur spécial – d'accorder une importance particulière aux besoins humains vitaux à l'heure d'évaluer quelles utilisations d'un aquifère ou d'un système aquifère sont équitables et raisonnables. L'ancien projet d'article 11 a été supprimé puisqu'il faisait double emploi avec les nouveaux projets d'articles 4 et 5. Dans le projet d'article 6 (Obligation de ne pas causer de dommages aux autres États de l'aquifère), l'expression controversée «sur leur territoire» a été supprimée au paragraphe 2, mais il sera précisé dans le commentaire que cet article concerne bien les activités menées par un État sur son propre territoire, même s'il est peu probable qu'un

¹²⁰ *Annuaire... 2005*, vol. II (2^e partie), p. 15, par. 30 et 31.

¹²¹ *Annuaire... 2005*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/551 et Add.1.

¹²² Document reprographié, disponible sur le site de la Commission (A/CN.4/L.681 et Corr.1).

¹²³ *Annuaire... 2005*, vol. I, 2863^e séance, p. 243 et 244, par. 7 à 17.

État de l'aquifère cause un dommage à un autre État par l'intermédiaire de l'aquifère ou du système aquifère en menant des activités en dehors de son territoire. Enfin, le Groupe de travail a décidé de ne pas traiter la question de l'indemnisation dans les cas où un dommage s'est produit malgré les efforts pour l'éliminer ou l'atténuer, estimant qu'elle était déjà couverte par d'autres instruments du droit international et ne demandait pas un traitement propre aux aquifères transfrontières. Deux notes de bas de page correspondantes ont donc été supprimées.

50. Abordant ensuite les troisième, quatrième et cinquième parties du projet d'articles, M. Candioti signale que le projet d'article 9 (Protection et préservation des écosystèmes) a été reformulé pour en préciser le sens. Le Groupe de travail a décidé qu'il convenait d'obliger uniquement les États à prendre «toutes les mesures appropriées» pour protéger les écosystèmes, afin de leur laisser la marge de manœuvre dont ils ont besoin pour s'acquitter de leurs responsabilités à cet égard. En effet, il peut y avoir des cas où la modification notable d'un écosystème est justifiée entre autres par une utilisation – conforme au projet d'articles – de l'aquifère.

51. S'agissant du projet d'article 10, le Groupe de travail a décidé de regrouper dans un même paragraphe l'obligation de protéger les zones de réalimentation et l'obligation de protéger les zones de déversement, puisqu'elles sont similaires. En revanche, il semblait plus logique de déplacer au projet d'article 11 (ancien article 14), qui concerne spécifiquement la pollution, l'obligation de prévenir la pollution dans la zone de réalimentation. Le Groupe de travail a également décidé que l'obligation de coopérer à la protection d'un aquifère devait être étendue aux États sur le territoire desquels se trouve une zone de réalimentation ou de déversement, même s'ils ne sont pas des États de l'aquifère. Les États de l'aquifère sont eux-mêmes tenus de coopérer en vertu du projet d'article 7.

52. À propos du projet d'article 11 (Prévention, réduction et maîtrise de la pollution), le Groupe de travail s'est demandé s'il fallait insister davantage sur la prévention en consacrant un article distinct au principe de précaution. Afin de mieux protéger les aquifères transfrontières, il a été décidé de renforcer l'obligation à cet égard en disant que les États «adoptent» une attitude prudente, plutôt que «sont incités à adopter».

53. Le projet d'article 12 (Surveillance) a été déplacé de la deuxième à la troisième partie, car il concerne davantage la protection, la préservation et la gestion que les principes généraux. Il a également été remanié de manière à énoncer d'abord au paragraphe 1 l'obligation générale de surveiller les aquifères transfrontières, puis au paragraphe 2 les modalités de cette surveillance, qui devra être exercée autant que possible de concert entre les États de l'aquifère. Ces modalités ont un caractère de recommandation, afin de permettre aux États de s'acquitter plus facilement de l'obligation de surveillance.

54. Le projet d'article 13 (Gestion) est sensiblement le même que celui qui avait été proposé par le Rapporteur spécial (en tant qu'article 15), à cette différence près que la mise en place d'un mécanisme de gestion mixte est

devenue une obligation dans les cas appropriés, en raison de l'importance accordée à cette question par les experts en eaux souterraines. Il a néanmoins été reconnu que dans la pratique, il n'était pas toujours possible de mettre en place un tel mécanisme.

55. La quatrième partie, relative aux activités touchant d'autres États, ne contient plus que le projet d'article 14 sur les activités projetées, né de la fusion des projets d'articles 16 et 17 proposés par le Rapporteur spécial qui couvraient une même situation. Le Groupe de travail a décidé d'étendre sensiblement le champ d'application de cet article de façon qu'il s'applique non seulement aux États de l'aquifère mais également à tout État raisonnablement fondé à penser qu'une activité projetée sur son territoire risque de porter atteinte à un aquifère ou à un système aquifère transfrontière et avoir des effets négatifs importants sur un autre État.

56. La cinquième partie intitulée «Dispositions diverses» contient les projets d'articles 15 à 19. Dans le projet d'article 15, le terme «coopération» a été préféré à celui d'«assistance» car il désigne mieux le processus bilatéral qui est nécessaire pour favoriser une croissance durable dans les pays en développement. Il sera indiqué dans le commentaire que les formes de coopération énumérées dans cet article ne sont que des exemples. Les États peuvent choisir les activités de coopération qu'ils veulent entreprendre pour s'acquitter de l'obligation énoncée dans la première phrase.

57. Le projet d'article 16 traite des situations d'urgence, définies au paragraphe 1^{er} comme des situations soudaines qui menacent de façon imminente de causer un dommage grave à des États. Il sera précisé dans le commentaire qu'une situation peut être considérée comme soudaine même si la probabilité qu'elle survienne pourrait être déduite des prévisions météorologiques. Le paragraphe 2 autorise les États à déroger aux dispositions des projets d'articles 4, 5 et 6 lorsque les besoins humains vitaux sont menacés. Le paragraphe 3 énonce les mesures à prendre lorsqu'une situation d'urgence touche un aquifère transfrontière.

58. Le projet d'article 17 n'a pas suscité de discussions particulières et n'a pas été modifié. Le projet d'article 18 en revanche est l'un des plus controversés. Certains ne voyaient pas dans quelles situations la sécurité nationale devrait l'emporter sur les dispositions du projet d'articles. D'autres au contraire ont estimé que la protection exprimée dans cet article était capitale pour les États Membres, qui ne manqueraient pas de la réclamer à la Sixième Commission. Ils ont fait valoir que le projet d'articles demandait dans de nombreux cas aux États de communiquer plus d'informations que celles qui sont strictement nécessaires pour protéger les aquifères, et que la protection des informations essentielles pour la sécurité nationale ne ferait pas obstacle à l'application des autres dispositions du projet. En tout état de cause, il a été convenu que le commentaire ferait état du désaccord sur ce point. De même, les avis étant partagés quant à la proposition d'inclure la protection des secrets industriels et de la propriété intellectuelle dans le projet d'article 18, il a été décidé qu'il vaudrait mieux traiter cette question dans le commentaire.

59. Le projet d'article 19 (Arrangements bilatéraux et régionaux) a été considérablement raccourci afin de ne pas préjuger, comme on l'a dit précédemment, de la forme finale du projet d'articles. Les deux derniers paragraphes, qui n'auraient pas lieu d'être dans un instrument non contraignant, ont donc été supprimés. Si la Commission optait pour un instrument contraignant, il conviendrait de revoir le projet d'article 19 initialement proposé par le Rapporteur spécial. Il en va de même pour le projet d'article 4.

60. M. BAENA SOARES salue l'excellent travail du Rapporteur spécial et du Groupe de travail sur un sujet difficile et encore peu connu, qui exige une importante collecte d'informations. Il est partisan de transmettre au Comité de rédaction le projet d'articles, qui offre aux États un ensemble utile d'orientations non contraignantes. Il souhaite toutefois insister sur l'importance des arrangements bilatéraux et régionaux pour réglementer au mieux l'utilisation des aquifères et systèmes aquifères transfrontières. La grande diversité de ces ressources exclut le recours à un modèle unique pour leur utilisation et leur protection. La Commission n'en a toutefois pas fini avec les ressources naturelles, puisqu'il reste encore la question du pétrole. Il est à espérer qu'elle lui accordera la même attention qu'aux eaux souterraines.

La séance est levée à 13 h 5.

2879^e SÉANCE

Vendredi 19 mai 2006, à 11 h 10

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Mansfield, M. Matheson, M. Momtaz, M. Operti Badan, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M^{me} Xue, M. Yamada.

Responsabilité des organisations internationales (suite) [A/CN.4/560, sect. C, A/CN.4/564 et Add.1 et 2, A/CN.4/568 et Add.1, A/CN.4/L.687, Add.1 et Corr.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

QUATRIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. M. ECONOMIDES dit que dans son excellent rapport le Rapporteur spécial, avec talent et aussi fidèlement que possible, a aligné le texte sur la responsabilité des organisations internationales sur le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite¹²⁴. Pourtant, lorsqu'il s'agit des circonstances excluant l'illicéité, cet alignement devient

plus problématique, voire artificiel, quand ce n'est pas carrément naïf. Il y a deux raisons principales à cela, comme plusieurs intervenants, notamment M. Brownlie, M. Sreenivasa Rao et le Président, l'ont déjà fait observer. La première est la différence essentielle entre les États et les organisations internationales, qui est tellement marquée qu'on ne peut traiter de la même façon deux institutions aussi profondément dissemblables.

2. La deuxième raison est qu'il n'y a guère de pratique significative concernant les circonstances excluant l'illicéité dans le cas des organisations internationales. La plupart des exemples cités dans le rapport ne sont pas pertinents ou sont extrêmement faibles, comme M. Economides compte le montrer. Il est clair qu'en l'absence de pratique significative, on ne peut faire ni de la codification ni du développement progressif utile.

3. Dans ces conditions, la Commission ne doit pas suivre aveuglément le texte du projet d'articles sur la responsabilité de l'État. Au contraire, trois circonstances excluant l'illicéité dans le cas des États doivent être supprimées du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales. Il s'agit – en commençant par la fin – de l'état de nécessité, de la détresse et des contre-mesures. L'état de nécessité n'a pas sa place dans le projet d'articles, pour plusieurs raisons. Premièrement, comme le Rapporteur spécial le reconnaît, il s'agit de la circonstance excluant l'illicéité la plus controversée en ce qui concerne les États, d'autant plus, donc, dans le cas des organisations internationales. Deuxièmement, elle a souvent été utilisée de manière arbitraire dans le passé, pour des raisons purement égoïstes. Troisièmement, elle a pour objectif de protéger un intérêt essentiel d'un État contre un péril grave et imminent. Les organisations internationales, étant essentiellement des institutions fonctionnelles, n'ont pas des intérêts essentiels au même sens que les États. En tout état de cause, la disposition relative à l'état de nécessité est presque impossible à appliquer, même dans le cas des États, tant les conditions requises sont difficiles à réunir. Il serait donc osé de chercher à l'appliquer aux organisations internationales. L'inclusion d'une telle disposition risque de créer plus de problèmes qu'elle n'en résoudra. En outre, les exemples fournis au paragraphe 42 du rapport ne sont ni pertinents ni convaincants. L'état de nécessité est une notion passive – un moyen de défense – et non une notion active ou un moyen d'attaque. Le paragraphe 44 ne le décrit pas correctement. Par ailleurs, comme M. Momtaz l'a fait observer, la nécessité opérationnelle ou militaire relève du droit des conflits armés et non de l'état de nécessité en tant que circonstance excluant l'illicéité.

4. La deuxième circonstance à exclure est la détresse. Elle est tout à fait inconnue dans le cas des organisations internationales, et M. Economides ne voit pas pourquoi cette situation devrait changer. Cela pourrait être expliqué dans le commentaire. Si la détresse évolue et devient une circonstance excluant l'illicéité, la porte sera ouverte au développement du droit coutumier.

5. La troisième circonstance excluant l'illicéité, et sans aucun doute la plus importante, est celle des contre-mesures. Elle doit être exclue du projet d'articles, pour les raisons que M. Economides a énoncées à une

¹²⁴ *Annuaire...* 2001, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26, par. 76.

séance précédente, à savoir que les contre-mesures constituent une pratique archaïque et primitive qui avantage les plus forts, lesquels se font justice eux-mêmes en adoptant des mesures unilatérales. Les organisations internationales ne devraient pas être autorisées à suivre cette voie. Les contre-mesures doivent être exclues au nom du développement progressif du droit international, qui est parfaitement à même de régir le règlement des différends pouvant survenir entre organisations internationales.

6. Quant aux autres circonstances excluant l'illicéité, elles devraient être couvertes par un article unique disant que les dispositions du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite relatives au consentement, à la légitime défense et à la force majeure s'appliquent également aux organisations internationales, si et dans la mesure où elles peuvent s'appliquer. M. Economides approuve pleinement les projets d'articles 23 (Respect de normes impératives) et 24 (Conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité).

7. M. Economides terminera par trois remarques spécifiques. Tout d'abord, le commentaire du projet d'article 17 devrait préciser que le consentement n'est pas valide s'il va à l'encontre d'une obligation internationale relevant d'une règle de *jus cogens*. Ensuite, étant donné que l'Article 51 de la Charte des Nations Unies concernant la légitime défense ne s'applique pas aux organisations internationales, le projet d'article 18 ne doit pas se référer à la Charte, mais au droit international général, comme l'ont suggéré plusieurs intervenants. Enfin, le mot «intervention», employé à la deuxième phrase du paragraphe 48 du rapport, n'est pas approprié.

8. M. KATEKA dit que la légitime défense, les contre-mesures et l'état de nécessité, qui sont tous des sujets controversés, ne doivent pas figurer dans la liste des circonstances excluant l'illicéité dans le cas des organisations internationales. Il est particulièrement préoccupé par l'inclusion de la légitime défense: il est impossible, contrairement à ce que certains ont suggéré, d'établir une distinction entre une organisation internationale et ses États membres dans ce contexte. Par exemple, à la séance précédente, le Président a cité le cas où le Nigéria, agissant au nom de la CEDEAO, est intervenu au Libéria. Une situation similaire s'est présentée lorsque les forces de l'OTAN ont bombardé des positions dans la République fédérale de Yougoslavie (Serbie-et-Monténégro), en 1999. D'un autre côté, l'intervention de la CEDEAO au Sierra Leone, en février 1998, a été qualifiée d'illégale par le Royaume-Uni, parce qu'elle n'avait pas été autorisée par le Conseil de sécurité au titre de l'Article 53 de la Charte des Nations Unies. Cela semble suggérer qu'aucun problème régional ne peut être réglé sans autorisation préalable. L'alinéa f de l'article 2 du Protocole sur la coopération en matière de politique, de défense et de sécurité, adopté en 2001 par les 14 États de la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC), dispose que l'organe établi par le Protocole «envisage de prendre des mesures coercitives conformément au droit international et n'y avoir recours qu'en dernière instance lorsque les moyens pacifiques ont échoué». Les pays de la SADC, représentés principalement par l'un des plus grands pays de la région, sont intervenus en vertu de cette disposition pour rétablir

le Gouvernement du Lesotho, qui avait été renversé par un coup d'État. Dans un autre cas, la Mission de l'Organisation des Nations Unies en République démocratique du Congo (MONUC), avec le Gouvernement de ce pays, a entrepris de poursuivre des insurgés dans l'est du Congo car ils constituaient un facteur de déstabilisation. M. Kateka se demande comment l'une ou l'autre de ces deux actions pourrait être qualifiée aux fins du projet d'articles.

9. Il est très difficile de décider quelles actions particulières peuvent être qualifiées de légitime défense. Cette expression ne devrait pas être utilisée s'agissant, par exemple, des forces qui tentent d'imposer la paix. Si une action est menée avec l'assentiment du gouvernement hôte et l'assistance de l'ONU, il n'y a aucun problème; mais le caractère délicat de la question est mis en relief par le fait que la Commission a esquivé la lourde tâche consistant à définir la légitime défense dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. De plus, bien que la Commission ait examiné la question des conditions à propos des contre-mesures, elle s'est abstenue de le faire à propos de la légitime défense. Elle se trouve donc sur un terrain dangereux, en particulier s'il est fait référence à l'Article 51 de la Charte des Nations Unies, ou même simplement au droit international coutumier. Le fait que certains membres se soient référés à des facteurs que le Rapporteur spécial ne juge pas pertinents montre la complexité de toute la question de la légitime défense, qui devrait être exclue du projet d'articles.

10. M. GAJA (Rapporteur spécial) dit que plusieurs membres ont souligné que les organisations internationales ne pouvaient pas être mises sur le même plan que les États. La conception dominante est toutefois que les différences en question ne sont généralement pas pertinentes s'agissant des circonstances excluant l'illicéité. Cela explique largement l'inclusion dans le projet d'articles de plusieurs textes semblables à ceux adoptés dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État. Comme l'ont relevé certains membres, celui-ci n'est pas parfait et certaines questions peuvent peut-être être traitées de manière plus appropriée. M. Brownlie, par exemple, pense que la détresse doit être considérée comme faisant partie de l'état de nécessité et que la question de l'indemnisation doit être traitée de façon plus positive. Bien que le Rapporteur spécial partage certaines des opinions exprimées à cet égard, il a décidé, dans son quatrième rapport, de maintenir une cohérence avec les travaux précédents de la Commission sur la responsabilité de l'État. Certains membres, tels que M. Yamada et M. Kolodkin, ont demandé instamment à la Commission de ne pas introduire des changements qui pourraient également affecter les États. Cette suggestion vient à point nommé pour rappeler que le projet d'articles sur la responsabilité de l'État est un ouvrage délicat qui risque de souffrir de toute incohérence avec les travaux actuels de la Commission. Tant que l'Assemblée générale n'aura pas pris de décision à propos du projet d'articles sur la responsabilité de l'État¹²⁵, il est préférable de ne

¹²⁵ L'Assemblée générale dans sa résolution 56/83 du 12 décembre 2001 a pris note du projet d'articles et décidé d'inscrire la question à l'ordre du jour de sa cinquante-neuvième session. Dans sa résolution 59/35 du 2 décembre 2004, elle a recommandé ledit projet d'articles à l'attention des gouvernements et décidé d'inscrire la question à l'ordre du jour de sa soixante-deuxième session en 2007.

pas introduire de changements, notamment en définissant des circonstances excluant l'illicéité supplémentaires qui s'appliqueraient également aux États.

11. Le projet d'article 17 relatif au consentement a emporté l'adhésion générale. Le Rapporteur spécial tient à souligner que l'exemple fourni au paragraphe 12 du rapport concernant le contrôle d'une consultation électorale a été choisi parce que le consentement ne faisait pas partie d'un accord officiel entre l'organisation chargée du contrôle et l'État concerné. Il en va de même de la Mission de contrôle à Aceh, en Indonésie, mentionnée au paragraphe 13, ou du moins de son déploiement initial, qui a eu lieu parce que le gouvernement indonésien avait invité plusieurs États et l'Union européenne à envoyer une mission de ce type.

12. Dans son rapport, le Rapporteur spécial s'est efforcé de broser un tableau aussi complet que possible de la pratique disponible qui, il doit le reconnaître, est rare. Certains exemples de pratique ne sont pas immédiatement pertinents mais ils sont utiles dans la mesure où ils démontrent une large acceptation de catégories telles que la légitime défense, l'état de nécessité et la force majeure. Par exemple, l'emploi de l'expression «légitime défense» pour ce qui a trait aux forces de maintien de la paix de l'ONU montre que l'ONU se considère comme étant autorisée à invoquer la légitime défense; de fait, les organes de l'ONU ont souvent donné à cette expression une signification plus vaste que celle que lui donne l'Article 51 de la Charte des Nations Unies. Le Rapporteur spécial n'a aucune intention d'élaborer une règle consacrée exclusivement à la pratique de l'ONU ni de se prononcer sur la question de savoir quand les forces de maintien de la paix doivent être considérées comme étant autorisées à employer la force. Le projet d'article 18 a été rédigé sur la base d'une analogie entre les États, d'une part, et les organisations qui déploient des forces armées ou administrent des territoires, d'autre part. On peut supposer que, dans un cas précis, le déploiement de forces est licite, peut-être sur la base d'une autorisation du Conseil de sécurité. Cependant, la question que la Commission doit trancher est celle de savoir si une organisation internationale qui déploie licitement des forces de maintien de la paix peut répondre à une attaque armée en invoquant la légitime défense, à l'instar d'un État. Il est clair que seules quelques organisations seront à même d'invoquer la légitime défense. Aussi évident que cela puisse paraître, on pourrait, dans le texte ou dans le commentaire, préciser que la légitime défense ne peut pas être invoquée par des organisations qui ne déploient pas de forces armées ou n'administrent pas de territoire, telles que celles, par exemple, qui s'occupent de questions de santé ou de services postaux.

13. Comme pour les États, les conditions dans lesquelles une organisation internationale peut recourir à la légitime défense sont quelque peu controversées. Étant donné que, selon le point de vue majoritaire, l'étude actuelle ne se prête pas à l'analyse de ces questions, la Commission devra suivre la même approche que celle qu'elle a adoptée pour le projet d'articles sur la responsabilité de l'État, dont l'article 21 parle évoque simplement de «conformité avec la Charte des Nations Unies»¹²⁶. La référence allant dans

le même sens au projet d'article 18 sur la responsabilité des organisations internationales n'est certainement pas fondée sur l'idée que la Charte régit expressément la légitime défense en ce qui concerne les organisations internationales. Bien que la référence au droit international que certains ont suggérée aurait probablement un résultat similaire, elle pourrait être interprétée comme signifiant qu'une organisation internationale peut également invoquer la légitime défense dans certaines circonstances non permises en vertu de la Charte. Cela ne veut pas dire qu'une telle interprétation serait nécessairement correcte. Le Comité de rédaction pourrait peut-être envisager de se référer aux «principes du droit international tels qu'énoncés dans la Charte».

14. La question des contre-mesures présente certaines difficultés. L'avis dominant semble être qu'elle devra être examinée lorsque la Commission abordera la question de la mise en œuvre de la responsabilité des organisations internationales. Par ailleurs, il semble être largement accepté que les organisations internationales prennent de fait des contre-mesures et doivent être autorisées à le faire dans certaines circonstances. Cela justifiera une référence aux contre-mesures dans le chapitre relatif aux circonstances excluant l'illicéité. Si, comme l'ont suggéré M. Kolodkin, M. Economides et M. Kateka, le projet d'article 19 n'est pas renvoyé au Comité de rédaction, cela donnera l'impression que la Commission pense que les organisations internationales ne sont jamais autorisées à prendre des contre-mesures.

15. Néanmoins, de l'avis du Rapporteur spécial, il est nécessaire d'inclure dans ce chapitre un article intitulé «Contre-mesures». Une solution serait d'inclure un article portant ce titre, mais de laisser le texte en blanc en attendant un examen des contre-mesures à un stade ultérieur. Si la Commission devait par la suite conclure que les contre-mesures ne sont jamais acceptables, cet article serait supprimé. Une autre possibilité serait d'insérer un texte s'inspirant de ce qui est suggéré dans la variante B proposé au paragraphe 25 du rapport. Les avis au sein de la Commission semblent partagés de manière égale entre ces deux options. Le Comité de rédaction pourrait toutefois trouver un compromis en incorporant un texte s'inspirant de la variante B, mais en le laissant entre crochets. Ce serait préférable à la solution de l'article en blanc, qui risque de troubler de nombreux lecteurs.

16. L'affirmation, au paragraphe 31, selon laquelle la détresse financière d'une organisation internationale peut constituer un cas de force majeure a suscité certaines critiques. Dans ce paragraphe, le Rapporteur spécial n'a fait que citer longuement l'avis exprimé par Interpol, selon lequel la détresse financière peut être invoquée, sans approuver cette opinion. Il importe en effet que la Commission dispose des opinions exprimées par toutes les organisations internationales. La détresse financière ne peut être considérée comme pertinente que si les conditions énumérées au projet d'article 20 sont réunies, c'est-à-dire en cas de survenance d'une force irrésistible ou d'un événement imprévu qui échappe au contrôle de l'organisation. Si ces conditions peuvent sembler trop clémentes, elles reflètent celles qui sont énoncées au

¹²⁶ *Annuaire...* 2001, vol. II (2^e partie), p. 78 et 79.

projet d'article 23 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite¹²⁷ et doivent donc être retenues par souci de cohérence.

17. Bien que la pratique connue n'offre pas d'exemple d'invocation de la détresse par une organisation internationale, cette possibilité est loin d'être lointaine, étant donné le nombre de personnes dont on peut considérer qu'une organisation donnée a la charge de protéger. L'exemple qui a guidé l'élaboration de la disposition relative à la détresse dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État était celui du capitaine d'un navire qui, lors d'un orage, entre dans un port étranger sans autorisation¹²⁸. La référence aux «personnes qu'il a la charge de protéger», au projet d'article 24, visait à couvrir ce type de situations. Il peut y avoir une relation similaire entre une organisation internationale ou l'un de ses organes, et certaines des personnes qu'il ou elle a la charge de protéger. Une formulation plus spécifique – telle que la référence à «une relation spéciale» entre l'organisation et les personnes en danger – risque d'aller à l'encontre des intérêts vitaux de certaines des personnes concernées, qui pourraient être considérées comme n'étant pas suffisamment proches de l'organisation.

18. Étant donné que plusieurs États à la Sixième Commission et un certain nombre d'organisations internationales préconisaient d'inclure l'état de nécessité dans le projet d'articles, le Rapporteur spécial a élaboré un article sur ce sujet couvrant l'éventualité d'un péril grave et imminent menaçant un intérêt essentiel. Comme la Commission n'est pas entièrement satisfaite de la disposition relative à l'état de nécessité figurant dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État, il pense que la Commission a de bonnes raisons de ne pas réaffirmer la règle acceptée en ce qui concerne les États et de préciser que l'intérêt essentiel en question doit être un intérêt que l'organisation a pour vocation de protéger. Cette proposition a bénéficié d'un appui considérable, malgré les critiques formulées par M^{me} Escameia qui préconisait d'étendre la gamme de situations dans lesquelles les organisations internationales pouvaient invoquer l'état de nécessité de manière à y inclure, par exemple, les cas où l'existence même de l'ONU était en danger. Or, cette éventualité dramatique serait couverte indirectement par la référence aux intérêts essentiels que l'organisation a pour mission de protéger, parce que certains des intérêts actuellement protégés par l'ONU seraient compromis si l'Organisation cessait d'exister. Par ailleurs, M. Matheson a proposé de se référer uniquement aux fonctions des organisations qui sont semblables à celles des États. Si cela sera généralement le cas, il est possible d'envisager des situations dans lesquelles l'état de nécessité peut être invoqué en vue de sauvegarder un intérêt essentiel qu'une organisation a pour mission de protéger, mais qui constitue une fonction que les États ne sont pas en mesure d'exercer, telle que les fonctions de supervision confiées à l'OIT.

19. Le Rapporteur spécial n'a jamais dit ni écrit que les organisations internationales n'étaient pas liées par les normes impératives. Le paragraphe 48 de son rapport, qui

a soulevé certaines difficultés, est fondé sur l'idée qu'un traité entre États autorisant l'un quelconque d'entre eux à intervenir militairement à son gré sur le territoire d'un autre État contreviendrait à une norme impérative. Bien que certains membres aient exprimé leur scepticisme, le Rapporteur spécial maintient que cette position est défendable. C'est celle qu'a adoptée Chypre devant le Conseil de sécurité en 1964. Chypre a considéré que si le Traité de garantie était interprété de telle sorte, il irait à l'encontre d'une norme impérative. C'était l'une des premières fois que les normes impératives étaient invoquées en ce qui concernait l'emploi de la force. On peut affirmer que les États Membres ont conféré à l'ONU un pouvoir général d'intervention qui, de toute évidence, ne contrevient pas à une norme impérative.

20. La question à laquelle il faudra répondre si la Commission doit examiner la manière dont les normes impératives relatives à l'emploi de la force s'appliquent en ce qui concerne les organisations internationales est celle de savoir si les États peuvent conférer à une organisation régionale un pouvoir général d'intervenir militairement à son gré sur leur territoire sans contrevenir à une norme impérative. Un problème se posera si un pouvoir général d'intervention doit être conféré à l'organisation internationale sans le consentement exprès de l'État sur le territoire duquel l'intervention doit avoir lieu. Certains des exemples cités par M. Fomba et certaines des questions soulevées par M. Kateka mériteront d'être examinés si cette question doit être étudiée, mais le Rapporteur spécial s'oppose à ce qu'elle le soit, et même à ce qu'elle soit mentionnée dans le commentaire. Une clause «sans préjudice» s'inspirant de celle figurant dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État sera suffisante.

21. En conséquence, le Rapporteur spécial propose que les projets d'articles 17 à 24 soient renvoyés au Comité de rédaction.

22. Le PRÉSIDENT, appuyant la proposition du Rapporteur spécial, demande instamment à la Commission de se montrer patiente si le Comité de rédaction estime qu'il n'est pas en mesure d'achever sa tâche à la session en cours. En l'absence d'objections, il considérera que la Commission souhaite renvoyer les projets d'articles 17 à 24, figurant dans le quatrième rapport du Rapporteur spécial, au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

Ressources naturelles partagées (suite) [A/CN.4/560, sect. A, A/CN.4/L.683 et A/CN.4/L.688 et Corr.1]

[Point 5 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL (suite)

23. M. OPERTTI BADAN dit qu'il centrera ses remarques sur ce qu'il pense être des aspects cruciaux de la poursuite de l'examen du sujet par la Commission. Premièrement, il est essentiel d'éviter de s'écarter radicalement de la teneur des délibérations précédentes de la Commission. Il convient de rappeler qu'en 2003,

¹²⁷ *Annuaire...* 2001, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 28.

¹²⁸ *Ibid.*, voir le commentaire de l'article 24, par. 2 à 6, p. 83 et 84.

le Rapporteur spécial pensait que son premier rapport¹²⁹ sur le plan général serait suivi d'un deuxième rapport sur les eaux souterraines captives en 2004¹³⁰, d'un troisième rapport sur le pétrole et le gaz et d'un quatrième rapport sur un examen d'ensemble en 2006. M. Operti Badan a beau être réaliste et savoir, grâce à sa propre expérience politique, qu'il est parfois impossible de respecter un programme, il tient à rappeler à la Commission ses engagements. Étant donné qu'à la cinquante-septième session, le Rapporteur spécial a reconnu qu'il y avait de nombreuses similarités entre les eaux souterraines, le pétrole et le gaz, il s'inquiète que le Rapporteur spécial dise ne pas savoir si la Commission souhaite continuer à traiter du gaz et du pétrole¹³¹.

24. Deuxièmement, il convient de reconnaître que, indépendamment de la forme définitive qui sera donnée au projet de texte, celui-ci est naturellement influencé par la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation de 1997. Cependant, bien qu'il y ait incontestablement un lien *ratione materiae*, un examen plus attentif de la Convention permet de constater que son objet est tout à fait différent de celui du projet d'articles sur les aquifères transfrontières. En conséquence, il semble quelque peu étrange d'envisager de transformer ces projets d'article en un protocole additionnel à un instrument dont l'objet est différent et qui, de plus, n'est pas encore entré en vigueur près de 10 ans après sa conclusion.

25. Troisièmement, il est essentiel de décider quel statut normatif le texte doit avoir. Ce n'est pas une question de forme, mais de fond, parce que le caractère contraignant ou non des dispositions est un aspect central de leur contenu. À ce propos, M. Operti Badan souhaite faire une suggestion. La deuxième partie du texte, intitulée «Principes généraux» ne suscite pas de controverse. Un moyen de trouver un équilibre entre des situations internationales et régionales pourrait être que les États de l'aquifère – qui sont seuls habilités à réglementer et contrôler leurs propres engagements – tiennent compte de ces principes généraux pour élaborer leurs propres arrangements régionaux ou bilatéraux, sans avoir à adopter le projet de texte dans sa totalité en tant qu'ensemble de dispositions contraignantes.

26. Quatrièmement, il est nécessaire d'examiner la relation entre le projet d'articles et d'autres instruments. Il faut des normes plus spécifiques que la plupart de celles qui figurent dans la Convention de 1997. C'est pourquoi M. Operti Badan approuve l'avis de M^{me} Escarameia selon lequel il ne serait guère utile d'élaborer un nouvel instrument qui ne ferait que répéter ce qui a déjà été établi dans cette Convention. En conséquence, il demande instamment à la Commission d'élaborer un ensemble d'articles adapté à l'objet très différent qui consiste à réglementer la gestion des aquifères.

¹²⁹ *Annuaire...* 2003, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/533 et Add.1.

¹³⁰ Le deuxième rapport sur les eaux souterraines transfrontières figure dans *Annuaire...* 2004, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/539 et Add.1; le troisième sur les eaux souterraines transfrontières dans *Annuaire...* 2005, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/551 et Add.1.

¹³¹ *Annuaire...* 2005, vol. I, 2836^e séance, p. 37, par. 12.

27. Pour ce qui est des arrangements régionaux, M. Operti Badan est préoccupé par la question de la primauté. Sera-t-elle fondée sur des considérations temporelles ou hiérarchiques, ou bien régie par les règles relatives à la *lex specialis*? Quelle sera la relation entre la nouvelle convention – s'il est décidé que c'est cette forme qu'il faut donner au projet d'articles – et les arrangements régionaux entre les États de l'aquifère? Cette préoccupation naît de ce que l'ancien projet d'article 3, qui est devenu le nouveau projet d'article 19, contenait deux paragraphes supplémentaires traitant précisément de cette situation, sur la base de sources citées avec force détails par le Rapporteur spécial. L'un des principes était que rien dans la Convention n'affectait le droit souverain des États d'exploiter, de mettre en valeur et de gérer leurs ressources naturelles. Cela correspondait à une double réaffirmation, celle du principe de la souveraineté et celle du principe selon lequel la convention ne serait pas imposée aux pays qui avaient conclu des arrangements spéciaux. M. Operti Badan approuve M. Kolodkin qui, à la séance que la Commission a tenue le 6 mai 2005, a dit que le terme «arrangements» pouvait inclure les arrangements politiques ou administratifs, qui n'étaient pas de même nature que les sources traditionnelles de droit international¹³². M. Galicki a exprimé des préoccupations similaires dans son intervention à la même séance¹³³. Au-delà de l'emploi de ce terme, qui semble avoir été adopté provisoirement dans l'attente de futures discussions, il est nécessaire de tenir compte des questions délicates de la primauté et de la coordination, qui sont d'une importance centrale.

28. Il faut également examiner le rôle joué par les États tiers en ce qui concerne les aquifères. M. Operti Badan suppose que c'est le même que celui que jouent les États tiers en ce qui concerne le gaz et le pétrole, à savoir acheter, importer et utiliser ces ressources. Dans le microclimat du Comité de rédaction et de la Commission, les membres oublient quelquefois que leurs travaux s'adressent à la communauté internationale des États et aux gouvernements. En raison du caractère extrêmement délicat de ces questions, il est impératif que la Commission retourne aux sources de ses travaux sur le sujet, en particulier au mandat qui lui a été conféré par l'Assemblée générale, au droit conventionnel et aux principes généraux du droit international. Comme M. Candiotti l'a fait observer à la 2834^e séance, la Commission doit se concentrer sur les obligations de chacun des États de l'aquifère¹³⁴. En conséquence, M. Operti Badan se félicite qu'elle ait l'intention d'axer son effort sur les droits et obligations de ces États.

29. Un autre point concerne la communauté internationale. À la 2834^e séance de la Commission, M. Candiotti a également mis en garde les membres contre l'internationalisation ou l'universalisation des aquifères¹³⁵. M. Operti Badan tient à appeler leur attention une nouvelle fois sur ce point, qui est d'une importance centrale.

¹³² *Ibid.*, 2834^e séance, p. 22, par. 34.

¹³³ *Ibid.*, p. 20, par. 14.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 23, par. 44.

¹³⁵ *Ibid.*

30. Par ailleurs, tout accord bilatéral ou régional doit être conforme aux principes généraux énoncés dans l'instrument envisagé, que celui-ci prenne la forme d'une convention ou une autre forme. Parmi ces principes figure l'engagement d'utiliser de manière équitable et raisonnable, en d'autres termes de protéger, les ressources naturelles, engagement qui devrait être étendu à toutes les autres sources d'énergie, y compris le gaz et le pétrole. D'ici à 2027, il est probable que toutes les sources d'énergie non renouvelables seront épuisées. C'est pourquoi il incombe à la société de veiller à ce qu'elles soient utilisées de manière rationnelle et responsable.

31. Ensuite, le problème de la souveraineté n'a été résolu qu'à moitié. Le projet d'articles l'affirme comme un principe général mais, sans passer outre la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale, en date du 14 décembre 1962, concernant la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, il indique toutefois que la souveraineté doit être exercée conformément aux limites établies par le projet d'articles. Une distinction technique doit être faite: la souveraineté signifie avoir le pouvoir de décision, mais les moyens d'exercer ce pouvoir peuvent et doivent être limités, pour autant que le droit international évolue dans cette direction. Le pouvoir de décision ne doit pas être confondu avec la réglementation de l'exercice de ce pouvoir. Selon la note proposée à l'alinéa *a* du projet d'article 2 figurant dans le rapport du Groupe de travail (A/CN.4/L.683), il conviendrait que le commentaire précise que l'expression «contenant de l'eau» a été employée pour établir une distinction avec les formations géologiques contenant du gaz et des hydrocarbures. Il s'agit d'une distinction importante, qui maintient le lien avec d'autres formations géologiques.

32. Le nouvel article 19 ne doit pas être interprété comme suggérant que le projet d'articles dans son ensemble constitue simplement un jeu de critères relatifs à l'utilisation et à la prévention de la pollution. Il va beaucoup plus loin que cela, et sa portée ne se limite pas aux questions relatives à l'environnement. M. Operti Badan approuve la philosophie générale qui sous-tend les dispositions relatives à la surveillance, à la gestion et à l'utilisation responsable des ressources. Il trouve que la référence aux «organisations internationales compétentes», au projet d'article 12, est relativement vague, et préférerait une référence aux organisations internationales ou régionales.

33. En conclusion, M. Operti Badan pense que le sujet a considérablement évolué depuis qu'il a commencé à être examiné sous l'égide de M. Rosenstock¹³⁶. Bien que M. Pellet ait suggéré d'inclure une section sur les réserves, il pense qu'il est désormais prêt à être achevé. Cependant, la communauté internationale a la responsabilité de traiter de toutes les ressources naturelles partagées, pas seulement les eaux souterraines. Les travaux actuels de la Commission sur le sujet auront une influence sur d'autres exercices de réglementation ou d'adoption de principes, concernant notamment le gaz et le pétrole.

34. M. MATHESON dit qu'il est pleinement satisfait du rapport du Groupe de travail et du texte des projets

d'article, et que ceux-ci doivent être renvoyés au Comité de rédaction. Le Président du Groupe de travail et le Rapporteur spécial méritent d'être tout particulièrement remerciés pour avoir élaboré si rapidement un projet qui couvre autant de points techniques et de questions importantes pour les États. Bien que la question de la forme n'ait pas encore été tranchée, il semble que le texte soit en train de prendre la forme d'une convention-cadre. C'est une forme appropriée pour un texte qui contient des obligations spécifiques et qui concerne une ressource spécifique. M. Matheson espère que le Comité de rédaction gardera cela à l'esprit.

35. M. Operti Badan a soulevé la question importante de la relation entre le texte et les accords régionaux ou bilatéraux. Comme cela a souvent été observé, l'unique moyen de parvenir à régler effectivement un aquifère souterrain qui présente des caractéristiques transfrontières est la coopération et l'accord entre les États de l'aquifère. En fait, cela sera la source principale d'obligations et de mise en œuvre. En conséquence, la Commission doit veiller à ne pas empiéter sur l'aptitude des groupes bilatéraux et régionaux d'États à régler effectivement les aquifères; elle ne doit pas infirmer les accords existants ni saper la capacité des États de prendre des dispositions spéciales pour gérer leurs aquifères de la manière qui convient le mieux à leurs populations.

36. La Commission doit se montrer très prudente en ce qui concerne le sujet du gaz et du pétrole. Le projet d'articles sur les aquifères n'offre pas nécessairement un modèle approprié. Les aquifères présentent des caractéristiques spéciales, en particulier leur vulnérabilité à l'utilisation et à la pollution, qui diffèrent considérablement de celles du pétrole et du gaz. En outre, avant de s'aventurer dans un domaine aussi sensible sur le plan politique, la Commission doit recevoir un nouveau mandat de l'Assemblée générale: ses travaux sur ce sujet ne peuvent être simplement une extension de ceux qu'elle a accomplis sur les aquifères. Des intérêts vitaux des États sont en jeu, et la Commission doit savoir si la communauté internationale souhaite véritablement qu'elle réglemente un domaine aussi difficile et important.

37. M. CHEE félicite le Président du Groupe de travail et le Rapporteur spécial d'avoir élaboré un ensemble de projets d'article prêts à être adoptés en première lecture. Les doutes qu'il avait au départ quant à la question de savoir si le sujet des eaux souterraines méritait l'attention de la Commission ont été dissipés par les efforts inlassables du Rapporteur spécial. Les pénuries d'eau sont devenues une menace pour l'avenir de l'humanité.

38. Les articles 4 et 5 du projet, consacrés à une utilisation équitable et raisonnable et au partage des ressources, sont les articles principaux. La répartition des ressources en eau sera une question cruciale, et les décisions s'y rapportant devraient être confiées au mécanisme de gestion mixte envisagé au projet d'article 13. Une autre disposition importante est le projet d'article 11 relatif à la prévention, la réduction et la maîtrise de la pollution. Ces activités peuvent également être placées sous le contrôle du mécanisme de gestion mixte, de même que les activités de surveillance au titre du projet d'article 12.

¹³⁶ *Annuaire... 2000*, vol. II (2^e partie), annexe, p. 147.

39. Le projet d'article 14 relatif aux activités projetées prévoit une évaluation des activités et une notification réciproque par les États de l'aquifère. Le lien entre ces obligations et l'obligation générale de coopérer énoncée dans la deuxième partie du projet d'articles devrait être mis davantage en relief d'une quelconque manière. Le projet d'article 17 traite de la protection des systèmes aquifères et des installations connexes en période de conflit armé. Des incidents comprenant la destruction d'installations pétrolières s'étant déjà produits, cette disposition envisage avec juste raison le cas comparable de dommage délibéré aux ressources en eau. Le projet d'article 19 traite des arrangements bilatéraux et régionaux du type de ceux qui existent déjà en Amérique du Sud et en Afrique. Il serait toutefois utile que le Rapporteur spécial explique mieux pourquoi il a choisi le terme «arrangement» plutôt qu'«accord».

40. Les conseils reçus de la part de consultants et d'experts d'organismes tels que l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), lors de réunions d'information informelles, ont été extrêmement utiles au Groupe de travail. M. Chee est convaincu que les travaux de la Commission sur les systèmes aquifères et la protection des eaux souterraines transfrontières constitueront un héritage précieux pour la population mondiale. Enfin, pour ce qui est de la forme que prendra l'instrument, il approuve l'avis de M. Matheson selon lequel ce devrait être une convention-cadre.

41. M. OPERTTI BADAN dit qu'il approuve la remarque de M. Matheson selon laquelle il est peu probable que les travaux de la Commission sur les aquifères puissent être transposés à d'autres domaines tels que le pétrole et le gaz, mais qu'il désapprouve sa suggestion selon laquelle un nouveau mandat est nécessaire. En réponse à la résolution 54/111 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 1999, la Commission a élaboré en 2002, pour le reste du quinquennat, un programme de travail et un calendrier provisoires qui prévoient un rapport sur le pétrole et le gaz¹³⁷. Cette information a été communiquée à l'Assemblée générale, et aucune mention n'a été faite à la Sixième Commission de la nécessité de modifier le mandat conféré à la Commission en 1999.

42. M. KEMICHA approuve la remarque importante faite par les intervenants précédents selon laquelle il n'est pas possible de transposer au pétrole et au gaz la démarche adoptée pour les aquifères, pour des raisons politiques et techniques ainsi que normatives, compte tenu des résolutions que l'ONU a déjà adoptées sur la question. Comme l'a fait observer M. Opertti Badan, la Commission a déjà un mandat pour ses travaux futurs. Cependant, au début du prochain quinquennat, la Commission nouvellement constituée pourrait examiner la question à la lumière de considérations politiques, juridiques et autres. Pour sa part, M. Kemicha souhaiterait que l'on parvienne à un consensus très large avant que la Commission n'aborde le sujet du pétrole et du gaz.

43. M. BAENA SOARES dit qu'en tant que l'un des membres les plus anciens de la Commission, il croit fermement aux mandats. Étant donné que la Commission

a déjà reçu un mandat de l'autorité compétente, elle ne doit pas se dérober. Elle ne peut guère demander à l'Assemblée générale de réaffirmer ou de modifier ce mandat, ni décider de s'en acquitter partiellement; cela entamerait sa crédibilité en tant qu'organe.

44. M. CANDIOTI (Président du Groupe de travail), remerciant les membres de la Commission pour leurs observations et le soutien qu'ils lui ont exprimé, note qu'aucune suggestion spécifique n'a été formulée à propos des projets d'article. Il convient de rappeler que la Commission commence seulement à examiner le projet en première lecture, et qu'il reste beaucoup à faire avant que les travaux ne soient achevés.

45. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en sa qualité de membre de la Commission, salue les efforts qui ont permis d'obtenir des résultats sur un sujet extrêmement technique qui a des implications considérables. À la session précédente, il a dit que le sujet devait être recentré, et il est satisfait de voir que cela a été fait, bien qu'il eût souhaité que l'accent soit mis davantage sur les eaux souterraines, en particulier dans le titre du rapport du Groupe de travail.

46. En l'absence d'objections, il considérera que la Commission souhaite renvoyer le projet d'articles contenu dans le rapport du Groupe de travail sur les ressources naturelles partagées au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 12 h 45.

2880^e SÉANCE

Mardi 23 mai 2006, à 10 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candiotti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Kolodkin, M. Koskeniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Momtaz, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M. Yamada.

Organisation des travaux de la session (suite*)

[Point 1 de l'ordre du jour]

1. Le PRÉSIDENT souhaite la bienvenue à Sir Kenneth Keith, juge à la Cour internationale de Justice, et se félicite que le travail de la Commission suscite ainsi l'intérêt de personnalités éminentes du droit international. Il invite ensuite le Président du Comité de rédaction sur les réserves aux traités à présenter la composition du Comité.

¹³⁷ *Annuaire...* 2002, vol. II (2^e partie), p. 105, par. 520.

* Reprise des débats de la 2872^e séance.

2. M. KOLODKIN (Président du Comité de rédaction sur les réserves aux traités) indique que les membres du Comité seront les suivants: M. Mansfield, M. Pellet (Rapporteur spécial), M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Matheson, M. Yamada et M^{me} Xue (membre de droit).

3. Le PRÉSIDENT présente le programme des deux semaines suivantes, qui sont les dernières de la première partie de la session. Ce programme a été établi de manière à permettre à la Commission d'achever ses travaux conformément au plan initial.

La séance est levée à 10 h 14.

2881^e SÉANCE

Mardi 30 mai 2006, à 10 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Momtaz, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M^{me} Xue, M. Yamada.

Protection diplomatique (*fin) [A/CN.4/560, sect. D, A/CN.4/561 et Add.1 et 2, A/CN.4/567, A/CN.4/575 et A/CN.4/L.684¹³⁸]**

[Point 2 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU COMITÉ DE RÉDACTION

1. M. KOLODKIN (Président du Comité de rédaction) présente les titres et textes des projets d'article adoptés par le Comité de rédaction, qui figurent dans le document A/CN.4/L.684, qui se lisent comme suit:

PROTECTION DIPLOMATIQUE

PREMIÈRE PARTIE

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. Définition et champ d'application

Aux fins du présent projet d'articles, la protection diplomatique consiste en l'invocation par un État, par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique, de la responsabilité d'un autre État pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit État à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier État en vue de la mise en œuvre de cette responsabilité.

Article 2. Droit d'exercer la protection diplomatique

Un État a le droit d'exercer la protection diplomatique conformément au présent projet d'articles.

DEUXIÈME PARTIE

NATIONALITÉ

CHAPITRE PREMIER

PRINCIPES GÉNÉRAUX

Article 3. Protection par l'État de nationalité

1. L'État en droit d'exercer la protection diplomatique est l'État de nationalité.

2. Nonobstant le paragraphe 1, la protection diplomatique peut être exercée par un État à l'égard d'une personne qui n'a pas sa nationalité conformément au projet d'article 8.

CHAPITRE II

PERSONNES PHYSIQUES

Article 4. État de nationalité d'une personne physique

Aux fins de la protection diplomatique d'une personne physique, on entend par État de nationalité un État dont cette personne a acquis la nationalité, conformément au droit de cet État, par sa naissance, par filiation, par naturalisation, à la suite d'une succession d'États ou de toute autre manière non contraire au droit international.

Article 5. Continuité de la nationalité d'une personne physique

1. Un État est en droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui avait sa nationalité de manière continue depuis la date du préjudice jusqu'à la date de la présentation officielle de la réclamation. La continuité est présumée si cette nationalité existait à ces deux dates.

2. Nonobstant le paragraphe 1, un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui a sa nationalité à la date de la présentation officielle de la réclamation mais qui n'avait pas cette nationalité à la date du préjudice, à condition que la personne lésée ait eu la nationalité d'un État prédécesseur ou qu'elle ait perdu sa première nationalité et acquis, pour une raison sans rapport avec la présentation de la réclamation, la nationalité de l'État réclamant d'une manière non contraire au droit international.

3. Le nouvel État de nationalité n'exerce pas la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un État de nationalité antérieur de cette personne à raison d'un préjudice subi alors que celle-ci avait la nationalité de l'ancien État de nationalité et non du nouvel État de nationalité.

4. Un État n'est plus en droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui, après la date de la présentation officielle de la réclamation, acquiert la nationalité de l'État contre lequel la réclamation est faite.

Article 6. Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État tiers

1. Tout État dont une personne ayant une double ou multiple nationalité peut exercer la protection diplomatique à l'égard de cette personne à l'encontre d'un État dont elle n'a pas la nationalité.

2. Deux ou plusieurs États dont une personne ayant une double ou multiple nationalité a la nationalité peuvent exercer conjointement la protection diplomatique à l'égard de cette personne.

Article 7. Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État de nationalité

Un État de nationalité ne peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un État dont cette personne a également la nationalité, à moins que la nationalité prépondérante de celle-ci soit celle du premier État en question tant à la date du préjudice qu'à la date de la présentation officielle de la réclamation.

Article 8. Apatrides et réfugiés

1. Un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne apatride si celle-ci, à la date du préjudice et à la date de la

* Reprise des débats de la 2871^e séance.

¹³⁸ Reprographié, disponible sur le site de la Commission.

présentation officielle de la réclamation, a sa résidence légale et habituelle sur son territoire.

2. Un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne à laquelle il reconnaît la qualité de réfugié, conformément aux critères internationalement acceptés, si cette personne, à la date du préjudice et à la date de la présentation officielle de la réclamation, a sa résidence légale et habituelle sur son territoire.

3. Le paragraphe 2 ne s'applique pas dans le cas d'un préjudice dû à un fait internationalement illicite commis par l'État de nationalité du réfugié.

CHAPITRE III

PERSONNES MORALES

Article 9. État de nationalité d'une société

Aux fins de la protection diplomatique d'une société, on entend par État de nationalité l'État sous la loi duquel cette société a été constituée. Néanmoins, lorsque la société est placée sous la direction de personnes ayant la nationalité d'un autre État ou d'autres États et n'exerce pas d'activités importantes dans l'État où elle a été constituée, et que le siège de l'administration et le contrôle financier de cette société sont tous deux situés dans un autre État, ce dernier est considéré comme l'État de nationalité.

Article 10. Continuité de la nationalité d'une société

1. Un État est en droit d'exercer sa protection diplomatique à l'égard d'une société qui avait sa nationalité, ou la nationalité d'un État prédécesseur, de manière continue depuis la date du préjudice jusqu'à la date de la présentation officielle de la réclamation. La continuité est présumée si cette nationalité existait à ces deux dates.

2. Un État n'est plus en droit d'exercer sa protection diplomatique à l'égard d'une société qui acquiert la nationalité de l'État contre lequel la réclamation est faite après la présentation de ladite réclamation.

3. Nonobstant le paragraphe 1, un État reste en droit d'exercer sa protection diplomatique à l'égard d'une société qui avait sa nationalité à la date du préjudice et qui, du fait de ce préjudice, a cessé d'exister d'après la loi de l'État où elle avait été constituée.

Article 11. Protection des actionnaires

Un État de nationalité des actionnaires d'une société ne peut exercer sa protection diplomatique à l'égard desdits actionnaires lorsqu'un préjudice est causé à la société que:

- a) si la société a cessé d'exister d'après la loi de l'État où elle s'est constituée pour un motif sans rapport avec le préjudice; ou
- b) si la société avait, à la date du préjudice, la nationalité de l'État qui est réputé en être responsable et si sa constitution dans cet État était une condition exigée par ce dernier pour qu'elle puisse exercer ses activités dans le même État.

Article 12. Atteinte directe aux droits des actionnaires

Dans la mesure où un fait internationalement illicite d'un État porte directement atteinte aux droits des actionnaires en tant que tels, droits qui sont distincts de ceux de la société, l'État de nationalité desdits actionnaires est en droit d'exercer sa protection diplomatique à leur profit.

Article 13. Autres personnes morales

Les principes énoncés dans le présent chapitre s'appliquent, le cas échéant, à la protection diplomatique de personnes morales autres que des sociétés.

TROISIÈME PARTIE

RECOURS INTERNES

Article 14. Épuisement des recours internes

1. Un État ne peut présenter une réclamation internationale à raison d'un préjudice causé à une personne ayant sa nationalité ou à

une autre personne visée à l'article 8 avant que la personne lésée ait, sous réserve de l'article 15, épuisé tous les recours internes.

2. Par «recours internes» on entend les recours ouverts à une personne lésée devant les autorités judiciaires ou administratives, ordinaires ou spéciales, de l'État prétendument responsable du préjudice.

3. Les recours internes doivent être épuisés lorsqu'une réclamation internationale ou une demande de jugement déclaratif lié à la réclamation est faite, principalement en raison d'un préjudice causé à une personne ayant la nationalité de l'État réclamant ou à une autre personne visée à l'article 8.

Article 15. Exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes

Les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsque:

- a) il n'y a pas de recours internes raisonnablement disponibles pour accorder une réparation efficace, ou les recours internes n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une telle réparation;
- b) l'administration du recours subit un retard abusif attribuable à l'État prétendument responsable;
- c) il n'y avait pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'État prétendument responsable à la date du préjudice;
- d) la personne lésée est manifestement empêchée d'exercer les recours internes; ou
- e) l'État prétendument responsable a renoncé à exiger que les recours internes soient épuisés.

QUATRIÈME PARTIE

DISPOSITIONS DIVERSES

Article 16. Actions ou procédures autres que la protection diplomatique

Les droits des États, des personnes physiques, des personnes morales ou d'autres entités d'engager en vertu du droit international des actions ou des procédures autres que la protection diplomatique en réparation du préjudice causé par un fait internationalement illicite ne sont pas affectés par les présents articles.

Article 17. Règles spéciales du droit international

Le présent projet d'articles ne s'applique que dans la mesure où il est compatible avec des règles spéciales du droit international, telles que des dispositions conventionnelles relatives à la protection des investissements.

Article 18. Protection des équipages des navires

Le droit qu'a l'État de nationalité des membres de l'équipage d'un navire d'exercer sa protection diplomatique n'est pas affecté par le droit qu'a l'État de nationalité d'un navire de demander réparation au bénéfice de ces membres d'équipage, quelle que soit leur nationalité, lorsqu'ils ont été lésés en raison d'un préjudice causé au navire par un fait internationalement illicite.

Article 19. Pratique recommandée

Un État en droit d'exercer sa protection diplomatique conformément au présent projet d'articles devrait:

- a) prendre dûment en considération la possibilité d'exercer sa protection diplomatique, en particulier lorsqu'un préjudice important a été causé;
- b) tenir compte, autant que possible, des vues des personnes lésées quant au recours à la protection diplomatique et à la réparation à réclamer; et
- c) transférer à la personne lésée toute indemnisation pour le préjudice obtenue de l'État responsable, sous réserve de déductions raisonnables.

2. Le Comité de rédaction a tenu 10 séances sur le sujet du 8 au 16 mai 2006, ainsi qu'une séance supplémentaire le 19 mai pour revoir le texte, et est parvenu à achever la deuxième lecture de tous les projets d'article. Il a examiné les projets d'article adoptés en première lecture à la cinquante-sixième session¹³⁹ en tenant compte des observations formulées par les gouvernements à la Sixième Commission ou par écrit et des vues exprimées par les membres de la Commission en plénière, ainsi que des recommandations du Rapporteur spécial figurant dans son septième rapport.

3. Le Comité de rédaction présente son rapport en recommandant à la Commission d'adopter les projets d'article en deuxième lecture.

4. Le Comité a décidé de conserver la structure des projets d'article adoptée en première lecture. Deux articles ont été fusionnés et un nouvel article a été ajouté.

5. La première partie est intitulée «Dispositions générales» et comprend les deux premiers articles applicables à l'ensemble du projet d'articles.

6. Le projet d'article premier a trait à la définition de la protection diplomatique aux fins du projet d'articles et au champ d'application de ce dernier. Au cours du débat en plénière, plusieurs intervenants se sont dits opposés à ce qu'il soit mentionné que l'État prend fait et cause «en son nom propre» pour un de ses nationaux, comme cela avait été fait en première lecture en référence au principe établi dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*. Il a également été suggéré par le Gouvernement italien que la Commission adopte une approche différente en insérant dans le projet d'article premier une référence aux droits de la personne lésée (ayant la nationalité de l'État). Le Comité a travaillé sur la base d'une proposition issue du débat en plénière consistant à éviter de dire en vertu de quoi l'État invoque la protection diplomatique et à mettre plutôt l'accent sur la responsabilité de l'État auteur du préjudice, étant entendu que cette reformulation n'empêche pas l'État d'agir en son nom propre, ce qui est un principe bien établi en droit international. Ce nouveau libellé laisse plutôt ouverte la question de savoir si l'État agit en son nom propre ou au nom de la personne lésée ou au nom des deux. C'est cette proposition qui a servi de base à l'article adopté ultérieurement en deuxième lecture.

7. Le premier membre de phrase, soit «[a]ux fins du présent projet d'articles», a été ajouté pour circonscrire la définition au projet d'articles. Il est dit ensuite que «... la protection diplomatique consiste en l'invocation par un État... de la responsabilité d'un autre État pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite», ce qui est une tentative délibérée pour aligner le texte sur celui du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite¹⁴⁰. Le Comité de rédaction a ainsi décidé d'indiquer que l'État de nationalité «invoquera» la responsabilité de l'État fautif par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique «... en vue de la mise en œuvre de cette responsabilité». Ce dernier membre de phrase

explique l'idée que la protection diplomatique est un processus consistant à invoquer la responsabilité en vue de sa mise en œuvre. Il est entendu qu'il est question de l'occurrence des réclamations présentées par un État à un autre État.

8. En ce qui concerne la formule «par une action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique», le Comité s'est également demandé à propos du mot «action» s'il ne vaudrait pas mieux reprendre la terminologie généralement employée dans le projet d'articles, comme «protection diplomatique» à l'article 2 et «réclamation internationale» aux articles 14 et 15. La majorité des membres ont estimé qu'il était néanmoins approprié de parler d'«action» diplomatique dans cet article étant donné que l'action diplomatique est l'une des formes de la protection diplomatique, laquelle englobe aussi, plus généralement, «d'autres moyens de règlement pacifique», et il a été rappelé que ce dernier membre de phrase avait été inséré dans le texte lors de la première lecture pour indiquer clairement que l'action diplomatique ne comprend pas le recours à la force.

9. Le Comité a examiné entre autres questions celle de savoir si des échanges informels entre États seraient considérés comme s'inscrivant dans le cadre de la protection diplomatique et si de ce fait les recours internes devraient être épuisés, étant donné qu'une telle obligation pourrait gêner les contacts quotidiens entre États. Pour le Comité, ce qui importait, c'était de savoir si l'action en question revient à invoquer la responsabilité de l'État défendeur. Si tel est le cas, alors le projet d'articles, y compris les dispositions relatives à l'épuisement des recours internes, s'appliquera.

10. L'expression «une personne physique ou morale» a été insérée à la place des mots «un de ses nationaux» qui figuraient dans le texte adopté en première lecture en raison de la difficulté de certains États à classer les personnes morales parmi les «nationaux». Dans son rapport, le Rapporteur spécial a proposé (par. 10 du rapport), comme l'avaient suggéré les Pays-Bas, de mentionner l'article 8 de façon à indiquer que la protection diplomatique pouvait être exercée aussi à l'égard des apatrides et des réfugiés visés dans cet article. Le Comité a jugé toutefois inutile de prévoir des exceptions dans une définition.

11. On se souviendra que, dans son septième rapport (par. 21), le Rapporteur spécial a proposé d'ajouter un paragraphe 2 excluant expressément l'exercice de l'assistance consulaire du champ d'application du projet d'articles. Cependant, cette proposition n'ayant pas été appuyée en plénière, le Comité de rédaction a décidé de ne pas ajouter ce paragraphe, la question pouvant être traitée dans le commentaire.

12. Le titre du projet d'article premier reste «Définition et champ d'application», comme dans le texte adopté en première lecture.

13. Le projet d'article 2 établit le principe selon lequel ce sont les États qui ont le droit d'exercer la protection diplomatique conformément aux dispositions du projet d'articles. Le Comité a adopté le texte déjà adopté en première lecture.

¹³⁹ *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 18-20, par. 59.

¹⁴⁰ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26, par. 76.

14. Dans son septième rapport (par. 24), le Rapporteur spécial a prévu d'inclure dans le projet d'article 2 un deuxième paragraphe traitant de l'obligation de l'État défendeur de recevoir une action en protection diplomatique formée en conformité avec le projet d'articles, comme l'avait proposé le Gouvernement autrichien. Le Comité a noté que la proposition du Rapporteur spécial avait suscité des objections en plénière et a donc décidé qu'il ne fallait pas inclure ce nouveau paragraphe mais traiter la question dans le commentaire.

15. L'Italie a proposé d'ajouter dans le projet d'article 2 un texte encore plus radical, tendant à établir qu'un État est tenu d'exercer la protection diplomatique en faveur de l'un de ses nationaux lésé dans certains cas impliquant de graves violations du droit international. Le Comité a aussi tenu compte de propositions analogues formulées au cours du débat en plénière. Néanmoins, il a estimé que ces propositions n'avaient pas reçu l'appui de la majorité des membres de la Commission et que par conséquent elles ne devraient pas être incorporées dans le projet d'articles.

16. Le titre de l'article 2 reste le même que dans le texte adopté en première lecture, à savoir «Droit d'exercer la protection diplomatique».

17. Le Comité a décidé de conserver la structure de la deuxième partie adoptée en première lecture. Cette deuxième partie, qui traite de la nationalité des réclamations, est divisée en trois chapitres, le premier établissant le principe général applicable à la fois aux personnes physiques et morales, le deuxième et le troisième traitant des personnes physiques et morales, respectivement. Elle est intitulée «Nationalité».

18. Pour le chapitre premier de la deuxième partie, qui ne comprend que le projet d'article 3, le Comité a décidé de retenir le titre «Principes généraux».

19. S'agissant du projet d'article 3, le Comité était saisi d'une proposition de remaniement du paragraphe 1, inspirée d'une proposition du Gouvernement néerlandais. Il a toutefois estimé que la formulation initiale était préférable parce qu'elle répondait à la question de savoir quel État était en droit d'exercer la protection diplomatique, tandis que la nouvelle proposition, qui mettait l'accent sur l'État de nationalité, était moins directive, puisqu'elle éludait la question de savoir quel État était l'État de nationalité.

20. Le Comité a également décidé de retenir le texte du paragraphe 2 adopté en première lecture en remplaçant, dans la version anglaise, le mot «*non-national*» par «*person that is not its national*», afin de rendre le texte plus précis.

21. Le titre du projet d'article 3 est «Protection par l'État de nationalité».

22. Le chapitre II de la deuxième partie, qui traite de la nationalité des personnes physiques, comprend les projets d'articles 4 à 8. Le Comité a décidé de retenir le titre «Personnes physiques», comme dans le texte adopté en première lecture.

23. Le Comité a noté que le Rapporteur spécial avait inclus dans sa proposition pour le projet d'article 4 une suggestion du Gouvernement autrichien tendant à ce que la référence à la «succession d'États», dans le texte adopté en première lecture, soit remplacée par les mots «une conséquence de la succession d'États» (par. 30). Cependant, il n'a pas accepté la proposition, car il était déjà sous-entendu que la nationalité était acquise comme conséquence de l'un des facteurs énumérés dans le projet d'article, à savoir la naissance, l'ascendance, la naturalisation et la succession d'États. En outre, une référence spécifique aux «conséquences de la succession» nécessitait d'examiner les conséquences de la succession d'États, ce qui dépassait la portée du sujet à l'examen. Le Comité de rédaction a en outre considéré que cette question avait été traitée par l'inclusion, sur la base d'une suggestion du Gouvernement ouzbek, d'une référence au «droit de cet État» conférant la nationalité, suggestion que le Comité a acceptée. De fait, les mots «conformément au droit de cet État» ont été insérés avant la liste des diverses possibilités de manière à indiquer que ce serait ce droit qui régirait la question, du moment qu'il n'était pas incompatible avec le droit international. Le Comité a en outre décidé de raccourcir le texte en remplaçant «l'individu objet de la protection» par «cette personne».

24. Quant à l'expression «non contraire au droit international», à la fin de la disposition, le Comité a noté, comme cela a été observé pendant le débat en plénière, qu'elle créait une lacune dans le cas des individus auxquels la nationalité avait été conférée d'une manière contraire au droit international. En vertu du projet d'articles, l'octroi de cette nationalité ne serait pas opposable aux autres États, privant ces individus de la possibilité d'une protection diplomatique. La question a été examinée dans le commentaire du texte adopté en première lecture, en particulier en ce qui concerne le cas des femmes qui acquièrent automatiquement une nouvelle nationalité en se mariant. Cependant, après avoir examiné des propositions tendant à traiter la question dans le texte sous la forme d'une clause «sans préjudice», le Comité y a renoncé, estimant que cela équivaldrait à reconnaître qu'une situation illégale peut néanmoins avoir des conséquences pour l'État défendeur. Il a décidé de s'y référer plus en détail dans le commentaire.

25. Le titre du projet d'article 4 reste «État de nationalité d'une personne physique».

26. Le projet d'article 5, qui traite de la règle de la continuité de la nationalité s'agissant des personnes physiques, compte quatre paragraphes dans la nouvelle version adoptée par le Comité de rédaction en deuxième lecture.

27. Au paragraphe 1, le Comité a décidé de ne pas préciser que la protection diplomatique pouvait être exercée «uniquement» de la manière énoncée dans le paragraphe, car il est possible qu'un État exerce la protection diplomatique en vertu du projet d'articles à l'égard d'une personne qui n'est pas son national, en particulier dans le cas des personnes apatrides et réfugiées visées au projet d'article 8. Il a toutefois accepté la suggestion tendant à ce que le texte adopté en première lecture soit modifié de manière à indiquer que la nationalité doit rester celle

de l'État réclamant de manière continue du *dies a quo* au *dies ad quem*, alors que le texte adopté en première lecture indiquait qu'elle devait le rester uniquement à ces deux dates. Dans le même temps, il a été reconnu que la nouvelle disposition était plus restrictive et qu'elle imposait à l'État réclamant de prouver qu'il y avait eu continuité pendant une période de temps qui pouvait être longue. Par conséquent, le Comité a inclus une phrase supplémentaire à la fin du paragraphe établissant une présomption réfutable en faveur de la continuité si la nationalité en question existait aux deux dates pertinentes.

28. S'agissant du *dies ad quem*, la date limite aux fins de la règle de la continuité de la nationalité, le Comité a décidé de retenir la date de la présentation officielle de la réclamation, comme cela avait été proposé dans le texte adopté en première lecture et qui avait été appuyé par la majorité des membres de la Commission. Le Comité a considéré que la date du règlement de la réclamation, proposée par le Gouvernement américain, n'était pas suffisamment appuyée par la pratique des États et que les circonstances particulières qui avaient conduit à l'application de la date postérieure pour le *dies ad quem* dans certaines décisions, à savoir que l'individu avait acquis la nationalité de l'État défendeur après la date de la présentation officielle de la réclamation, pouvaient être abordées séparément dans ce qui était maintenant le paragraphe 4. En outre, il a été jugé illogique de fonder la recevabilité d'une réclamation sur la question de savoir si la nationalité en question existait à la date du règlement de la réclamation. Le Comité a également harmonisé toutes les références, dans le projet d'articles, au «moment» du préjudice en les remplaçant par la «date» du préjudice.

29. Bien que le Rapporteur spécial ait proposé d'inclure une référence à l'«État prédécesseur» au paragraphe 1, le Comité a décidé de traiter la question de la succession d'États au paragraphe 2, car ce n'est pas une situation courante, réservant ainsi le paragraphe 1 à la vaste majorité des cas de protection diplomatique, dans lesquels il n'y a généralement pas d'État prédécesseur.

30. Le paragraphe 2 est fondé sur le texte adopté en première lecture, auquel on a ajouté la référence à l'«État prédécesseur». Certains ont craint qu'il ne soit interprété comme permissif et n'incite à pratiquer le *nationality shopping*. Cependant, le Comité a considéré que les mots «pour une raison sans rapport avec la présentation de la réclamation» répondaient suffisamment à ces préoccupations et que la disposition maintenait un certain degré de souplesse dans la règle de la continuité de la nationalité. Il a été convenu de préciser dans le commentaire que la raison ne devait pas avoir de rapport avec la promotion des intérêts commerciaux de l'individu. La référence à l'«État réclamant» a été ajoutée à la fin du paragraphe pour bien indiquer que l'on parle de l'État de nationalité et non de l'État prédécesseur.

31. En ce qui concerne le paragraphe 3, le Comité a retenu le texte adopté en première lecture. Le paragraphe 4 a été ajouté sur une proposition des États-Unis tendant à étendre le *dies ad quem* jusqu'à la date de la sentence arbitrale, comme dans la décision rendue dans l'affaire *Loewen*. Si le Comité n'a pas accepté d'étendre le *dies ad quem* jusqu'à cette date pour tous les cas de protection

diplomatique, il a appuyé l'inclusion du paragraphe 4, qui venait utilement couvrir la situation particulière de l'individu acquérant la nationalité de l'État défendeur après la date de la présentation officielle de la réclamation. Il a été décidé de placer cette disposition à la fin de l'article parce que les paragraphes 2 et 3 traitent de la recevabilité. Le paragraphe 4 traite du cas d'une réclamation qui a été recevable mais qui ne l'est plus.

32. Le titre du projet d'article 5 a été aligné sur le projet d'article 9 et se lit «Continuité de la nationalité d'une personne physique».

33. S'agissant du projet d'article 6, le Comité a retenu la version du paragraphe 1 adoptée en première lecture, en remplaçant, dans la version anglaise, le mot «*individual*» par «*person*», par souci de cohérence.

34. Le Comité a pris note de la proposition du Gouvernement autrichien tendant à supprimer le paragraphe 2. Cependant, il n'a vu aucune raison de s'écarter de la formulation du paragraphe adopté en première lecture, qui peut être considéré comme un élément novateur du projet d'articles, étant donné qu'il reconnaît le fait que deux ou plusieurs États ne peuvent être empêchés d'exercer conjointement la protection diplomatique à l'égard d'une personne ayant une double nationalité.

35. Le titre du projet d'article 6 reste «Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État tiers».

36. S'agissant du projet d'article 7, le Comité a décidé de retenir le texte adopté en première lecture, y compris le mot «prépondérante», qui a été discuté longuement lors de l'examen en première lecture et auquel la Commission ne s'est pas opposée lors du débat en plénière. Il a également décidé de ne pas aligner la disposition sur la nouvelle formulation du projet d'article 5, estimant qu'il serait difficile de maintenir la continuité de la nationalité entre le *dies a quo* et le *dies ad quem*. Ce qui importe est que la nationalité en question soit prépondérante aux deux dates critiques.

37. Le titre du projet d'article 7 reste «Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État de nationalité».

38. En ce qui concerne le projet d'article 8, le Comité a, pour l'essentiel, formulé l'ensemble de la disposition comme dans le texte adopté en première lecture, en modifiant le paragraphe 2. La principale question qu'il a examinée était celle de savoir s'il fallait maintenir le seuil retenu en première lecture pour la protection, à savoir la «résidence légale et habituelle», ou adopter un seuil plus bas, tel qu'un «séjour légal», comme cela avait été proposé, notamment, par les pays nordiques. S'agissant des personnes apatrides au paragraphe 1, le Comité a noté que la Convention sur la réduction des cas d'apatridie de 1961 se référait à la résidence «habituelle» et que «résidence habituelle» était un terme de mieux en mieux accepté en droit international privé. Bien entendu, aux fins de la protection diplomatique, une telle résidence habituelle doit être «légale», sans quoi l'État qui accorde la protection ne sera probablement pas disposé à user de son pouvoir discrétionnaire d'exercer cette protection. C'est pourquoi la référence à la «résidence légale et habituelle» dans le texte adopté en première lecture était appropriée.

39. Des considérations similaires s'appliquaient aux réfugiés au paragraphe 2. Le Comité a décidé de retenir le seuil qui figurait dans le texte adopté en première lecture car, aux fins du développement progressif des règles de la protection diplomatique, il était plus sage de reconnaître un seuil plus élevé. En bref, si l'individu est reconnu comme un réfugié par l'État qui souhaite exercer la protection diplomatique à son égard, alors l'affirmation du droit de protéger est opposable à l'État défendeur lorsque l'individu réside légalement et habituellement dans l'État réclamant.

40. Le Comité a en outre décidé d'inclure, au paragraphe 2, une référence à la reconnaissance de la qualité de réfugié «conformément aux critères internationalement acceptés», de manière que cette reconnaissance ne soit pas limitée à celle découlant de la Convention relative au statut des réfugiés de 1951 et de son Protocole de 1967 mais qu'elle couvre également, par exemple, les individus placés sous la protection du HCR, qui ne sont pas reconnus comme des réfugiés mais qui résident légalement dans un État donné. Cet ajout a pour objectif d'élargir le critère de manière à couvrir plusieurs catégories de personnes. Le Comité a préféré parler de «critères internationaux» plutôt que de «droit international» pour ne pas donner l'impression qu'il ne faisait allusion qu'à la Convention de 1951 et à son Protocole ou à quelque autre instrument (tel que l'une des conventions régionales).

41. Le Comité a retenu le paragraphe 3 tel qu'il avait été adopté en première lecture. Le titre du projet d'article 8 est «Apatrides et réfugiés», comme dans le texte adopté en première lecture.

42. Le chapitre III de la deuxième partie, qui traite de la nationalité des personnes morales, comprend les projets d'articles 9 à 13. Le Comité a également décidé de retenir le titre du chapitre adopté en première lecture, à savoir «Personnes morales».

43. Le texte du projet d'article 9 adopté en première lecture a été substantiellement modifié en réponse aux commentaires des gouvernements et à ceux des membres de la Commission en plénière. Il convient de rappeler que le texte adopté en première lecture suscitait trois principales préoccupations. Premièrement, les derniers mots semblaient suggérer qu'il devait y avoir un lien authentique entre la société et l'État exerçant la protection diplomatique, mais ils ne précisaient pas le contenu d'un tel lien. Deuxièmement, les conditions cumulatives qui devaient être réunies pour qu'un État puisse exercer la protection diplomatique ne tenaient pas compte de la possibilité qu'une société soit constituée dans un État mais ait son siège dans un autre, auquel cas on ne voyait pas clairement quel État était habilité à exercer la protection diplomatique. Troisièmement, le texte adopté en première lecture ne tenait pas compte du fait que plus d'un État pouvait avoir un intérêt suffisant pour exercer la protection diplomatique et qu'il devait y avoir certains critères permettant d'identifier ces États. Dans le même temps, un seul État devait finalement être habilité à exercer la protection diplomatique à l'égard d'une société, et il ne fallait épargner aucun effort pour éviter la possibilité que plus d'un État n'y soit autorisé.

44. Le Comité a reformulé le texte de l'article 9 à la lumière de ces préoccupations. Le projet d'article 9 ne vise pas à interférer avec la manière dont le droit interne pourrait définir la nationalité d'une société. Il considère la nationalité d'une société du point de vue du droit international, et uniquement aux fins de la protection diplomatique.

45. Le texte actuel du projet d'article 9, qui comprend deux phrases, définit l'État de nationalité d'une société comme étant l'État sous la loi duquel elle a été constituée. Il reconnaît néanmoins que dans certaines situations spécifiques, l'État dans lequel le siège de l'administration et le contrôle financier de la société sont tous deux situés est considéré comme l'État de nationalité. Cela revient à reconnaître qu'il peut y avoir des circonstances dans lesquelles le lien entre la société et l'État où elle a été constituée est si faible qu'il ne justifierait pas que l'on accorde à cet État la priorité pour exercer la protection diplomatique et qu'il existe un autre État qui a un intérêt plus grand à l'exercer. Les critères cumulatifs permettant d'établir l'insuffisance du lien avec l'État où la société a été constituée, qui sont plutôt élevés, sont énoncés dans la deuxième phrase du paragraphe 2. Il s'agit des situations dans lesquelles: a) la société est placée sous la direction de personnes ayant la nationalité d'un autre État ou d'autres États; b) la société n'exerce pas d'activités importantes dans l'État où elle a été constituée; c) le siège de l'administration *et* le contrôle financier de la société sont tous deux situés dans un autre État. Dans de telles situations, cet État, c'est-à-dire l'État sur le territoire duquel le siège de l'administration et le contrôle financier de la société sont situés, est considéré comme l'État de nationalité aux fins de l'exercice de la protection diplomatique. Les conditions sont cumulatives. Dans toute autre situation, l'État sous la loi duquel la société a été constituée sera considéré comme l'État de nationalité, habilité à exercer la protection diplomatique. Cette disposition a été spécifiquement élaborée pour établir clairement quel État peut être considéré comme l'État de nationalité d'une société aux fins de l'exercice de la protection diplomatique.

46. L'article est intitulé «État de nationalité d'une société», comme dans le texte adopté en première lecture.

47. Le projet d'article 10 qui est, à de nombreux égards, similaire au projet d'article 5, traite du principe général de la continuité de la nationalité d'une société. Nombre des questions qui ont été soulevées dans le contexte du projet d'article 5 s'appliquent également au projet d'article 10, raison pour laquelle celui-ci a été reformulé. Le texte actuel comprend trois paragraphes au lieu de deux.

48. Le paragraphe 1 correspond au paragraphe 1 du projet d'article 5. Les modifications ont trait au critère de la «continuité» de la nationalité entre les deux dates déterminantes du préjudice et de la présentation de la réclamation. Ce paragraphe traite également de la question de l'État prédécesseur, qui a été abordée dans un paragraphe distinct, s'agissant des personnes physiques, au projet d'article 5. Le paragraphe 1 énonce le principe selon lequel un État est en droit d'exercer sa protection diplomatique à l'égard d'une société qui avait sa nationalité ou la nationalité d'un État prédécesseur de manière continue

depuis la date du préjudice jusqu'à la date de la présentation officielle de la réclamation. La deuxième phrase, comme au paragraphe 1 du projet d'article 5, établit une présomption en faveur de la continuité de la nationalité si la nationalité existait à cette date. Comme au projet d'article 5, cette présomption est, bien entendu, réfragable.

49. Le paragraphe 2, qui est nouveau, correspond au paragraphe 4 du projet d'article 5. Il exclut la protection diplomatique d'une société qui a acquis la nationalité de l'État contre lequel la réclamation est faite après la date de la présentation officielle de la réclamation. En vertu du projet d'article 10, la société doit conserver la nationalité du même État au moment du préjudice et à celui de la présentation de la réclamation. Tout changement de nationalité entre ces deux dates exclurait le droit à la protection diplomatique. En outre, la question de l'État prédécesseur au projet d'article 10 est couverte dans le paragraphe 1 de celui-ci. La référence à l'État prédécesseur vise à permettre la protection diplomatique à l'égard d'une société qui avait la nationalité d'un État prédécesseur au moment du préjudice et la nationalité d'un État ayant succédé à cet État au moment de la présentation de la réclamation.

50. Le paragraphe 3 traite de la dissolution d'une société après la date du préjudice, mais avant la date de la présentation officielle de la réclamation. En vertu de ce paragraphe, un État est en droit d'exercer sa protection diplomatique à l'égard d'une société qui avait sa nationalité à la date du préjudice et qui, du fait de ce préjudice, a cessé d'exister d'après la loi de l'État où elle avait été constituée.

51. Le titre du projet d'article 10 n'a pas été modifié et se lit: «Continuité de la nationalité d'une société».

52. Le projet d'article 11 ayant généralement été accepté par les gouvernements, aucune modification substantielle n'était nécessaire. La suggestion d'un gouvernement tendant à élargir le champ d'application du projet d'article aux *trustees*, aux créanciers et aux autres personnes qui ont investi dans une société n'a pas été appuyée en plénière et n'a donc pas été incluse dans le projet. Le texte est presque identique à celui adopté en première lecture, avec quelques modifications mineures. Le premier mot, l'article défini «l'», a été remplacé par l'article indéfini «un». À l'alinéa *b*, par souci de cohérence avec d'autres dispositions, les mots «au moment du préjudice» ont été remplacés par «à la date du préjudice». Enfin, les mots «en vertu de la loi de cet État» ont été remplacés par «dans cet État». Cette dernière modification vise à tenir compte des situations dans lesquelles une société lésée est contrainte de se constituer dans l'État qui a causé le préjudice pour pouvoir y exercer ses activités. Une telle contrainte peut provenir de la législation ou d'autres pressions si fortes que la société n'a aucun choix sur ce point. Le commentaire approfondira cette question, en expliquant que l'alinéa *b* ne vise pas des modalités d'incitation raisonnables mais toute pression équivalant à une contrainte. Le titre du projet d'article (Protection des actionnaires) reste le même.

53. S'agissant du projet d'article 12, ni les gouvernements ni les membres de la Commission n'ont demandé sa modification, bien qu'il ait été suggéré qu'il était

peut-être superflu, compte tenu des dispositions des projets d'articles 2 et 3. Le Comité de rédaction a cependant estimé que ce projet d'article, qui avait pour objet de formuler une exception importante qui avait été faite dans l'arrêt *Barcelona Traction*, et qui était généralement considérée comme une contribution essentielle à la protection diplomatique des sociétés, devait être retenu. Il n'a pas jugé nécessaire de parler séparément des situations dans lesquelles les actionnaires ont la nationalité de différents États car, dans la pratique, les différents États de nationalité des actionnaires coopèrent les uns avec les autres. En tout état de cause, tous sont en droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard des actionnaires qui ont leur nationalité. Le titre du projet d'article (Atteinte directe aux droits des actionnaires) reste le même.

54. Le projet d'article 13, qui concerne les personnes morales autres que des sociétés, n'a pas suscité beaucoup de commentaires et semble généralement accepté. Certains se sont demandé s'il devait s'appliquer uniquement aux principes énoncés aux projets d'articles 9 et 10 – qui étaient essentiellement liés aux questions de nationalité – ou également à ceux contenus dans les projets d'articles 11 et 12. Le Comité a considéré qu'il y avait beaucoup d'autres formes de personnes morales qui n'étaient pas des sociétés et n'étaient pas organisées à des fins commerciales et qu'il serait donc plus approprié d'élaborer des dispositions couvrant toutes ces autres personnes morales. L'expression «le cas échéant» offre une sauvegarde grâce à laquelle il est inutile de limiter l'article aux principes énoncés aux projets d'articles 9 et 10. Comme l'expliquera le commentaire, elle signifie que les dispositions s'appliqueront dans la mesure où les caractéristiques juridiques d'une personne morale sont analogues à celles d'une société. Le titre (Autres personnes morales) n'a pas été modifié.

55. La troisième partie traite de la règle de l'épuisement des recours internes et ne comprend que deux projets d'article, contre trois dans le texte adopté en première lecture. Le Comité de rédaction a en effet décidé de fusionner deux des trois projets d'article initiaux.

56. Le paragraphe 1 du projet d'article 14 énonce la règle générale de l'épuisement des recours internes. Le Comité de rédaction a examiné une suggestion selon laquelle il n'était pas nécessaire ni souhaitable de préciser que les recours internes ne devaient être épuisés que par la personne lésée, mais il a décidé que le texte adopté en première lecture devait être retenu car il suivait la formulation traditionnelle de la règle et indiquait clairement qui devait épuiser les recours internes. Le fait qu'ils aient été épuisés par quelqu'un d'autre n'est qu'une indication de l'efficacité ou non des recours internes, et il est plus approprié de traiter cette question au projet d'article 15 (ancien art. 16).

57. L'unique modification apportée au paragraphe 2 de la version anglaise est l'insertion du mot «*causing*» avant «*the injury*», qui obéit à un souci de cohérence. Le paragraphe 3 comprend le texte qui avait été adopté en tant que projet d'article 15 en première lecture. Le Comité de rédaction en a décidé ainsi car le texte traite du type de réclamation qui nécessite l'épuisement des recours internes lorsque des réclamations sont présentées à la fois

pour un préjudice direct à l'État et pour un préjudice à l'individu. En combinant les deux, le Comité a évité de reformuler le titre de l'ancien projet d'article 15, comme cela avait été suggéré par certains gouvernements.

58. Le titre du projet d'article 14 (Épuisement des recours internes) est identique à celui adopté en première lecture.

59. Le projet d'article 15, qui correspond au projet d'article 16 adopté en première lecture, énonce les exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes. Le texte révisé comprend cinq dispositions, contre quatre dans la version antérieure, car le Comité a décidé de diviser l'alinéa *c* en deux dispositions distinctes. À l'alinéa *a*, il a décidé d'adopter une nouvelle formulation pour couvrir à la fois l'absence de possibilité raisonnable d'obtenir réparation, qui figurait déjà dans le texte en première lecture, et l'absence de recours internes raisonnablement disponibles. Cette dernière notion a été introduite en réponse à la crainte que l'expression «perspective raisonnable de succès» ne soit trop vague (il pouvait y avoir toute une série de raisons pour lesquelles il n'y avait aucune perspective raisonnable de succès). Dans ce contexte, le Comité a refusé de revenir à l'expression «futiles et manifestement inefficaces», critère qu'il avait rejeté en première lecture au motif qu'il ne reflétait plus l'état du droit à cet égard. L'alinéa *b* n'a pas été modifié.

60. S'agissant de l'alinéa *c*, il convient de rappeler que la première version visait à couvrir deux situations: celle dans laquelle il n'y avait pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'État réputé responsable et celle dans laquelle les circonstances de l'espèce faisaient par ailleurs qu'il était déraisonnable d'exiger l'épuisement des recours internes. Le Comité a examiné plusieurs propositions couvrant l'une ou l'autre de ces situations mais il a finalement décidé de retenir les deux, en les reformulant et en les présentant dans des alinéas distincts. Il a estimé que les deux dispositions couvraient des types de difficultés spécifiques auxquelles pouvaient se heurter les personnes tentant d'épuiser les recours internes, même s'il était également entendu que les situations en question étaient rares. Les alinéas *a* et *b* évoquent des manquements dans l'administration de la justice, tandis que l'alinéa *c* et le nouvel alinéa *d* couvrent des situations particulières dans lesquelles l'épuisement des recours internes n'est pas exigé pour des raisons d'équité. Ainsi, en prévoyant l'absence de lien «pertinent», l'alinéa *c* couvre la situation qui s'est présentée dans l'affaire de l'*Incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie)*, où il avait été déraisonnable d'exiger des personnes concernées qu'elles aient épuisé les recours internes dans un État avec lequel elles n'avaient pas de lien pertinent. La formulation de l'alinéa est fondée sur la première partie de celui adopté en première lecture, avec quelques améliorations techniques.

61. L'alinéa *d*, fondé sur la deuxième partie de l'alinéa *c* adopté en première lecture, traite de circonstances spéciales, par exemple lorsqu'il y a refus de l'entrée sur le territoire, lorsque la sécurité de la personne concernée est menacée ou lorsque des actes d'associations de malfaiteurs risquent d'empêcher l'introduction d'instances. Dans tous ces cas, il pourrait être déraisonnable d'exiger l'épuisement

des recours internes. Le Comité de rédaction a toutefois décidé de rendre le libellé plus strict. La référence aux circonstances qui font «qu'il est déraisonnable d'exiger l'épuisement des recours internes» a été remplacée par une disposition qui parle d'une personne lésée étant «manifestement empêchée d'exercer les recours internes». Plutôt que de considérer le caractère «raisonnable» des circonstances, cette nouvelle formulation est axée sur l'effet des circonstances spéciales, à savoir le fait qu'elles empêchent l'exercice des recours internes. Elle sert en outre à réduire le chevauchement avec l'alinéa *a*, la distinction entre les deux étant qu'en vertu de l'alinéa *d*, les recours internes peuvent être en fait disponibles, mais certaines circonstances empêchent la personne lésée d'en tirer profit. Cette question sera examinée dans le commentaire, qui précisera que la disposition est un exemple de développement progressif du droit international.

62. Le libellé de l'alinéa *e* reste identique, de même que le titre du projet d'article 15 (Exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes).

63. La quatrième partie contient les mêmes dispositions diverses que celles qui ont été adoptées en première lecture, avec quelques améliorations rédactionnelles et l'ajout d'un nouvel article. Le titre reste «Dispositions diverses».

64. Le projet d'article 16 correspond au projet d'article 17 adopté en première lecture. Le Comité de rédaction a examiné des propositions tendant à le fusionner avec le projet d'article 17 (ancien projet d'article 18), qu'il a rejetées au motif que les deux dispositions traitaient essentiellement de deux questions différentes: la première, de la protection des droits de l'homme et la seconde, des traités bilatéraux d'investissement. Le libellé adopté est fondé sur un texte proposé par le Gouvernement néerlandais. Le Comité de rédaction a ajouté à la liste originale, qui comprenait les États, les personnes physiques et les autres entités en droit d'engager d'autres procédures, une référence aux personnes morales car celles-ci peuvent également bénéficier des droits et autres recours existants, par exemple devant le CIRDI en vertu de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États. Il a conservé la référence à d'autres entités afin de couvrir, par exemple, les organisations internationales de protection des droits de l'homme. Il a également décidé de maintenir une référence au droit international car, à la différence des recours internes, les recours disponibles en vertu du droit international peuvent être affectés par l'application du projet d'articles.

65. Le titre du projet d'article 16 (Actions ou procédures autres que la protection diplomatique) reste le même.

66. Le projet d'article 17, qui correspond au projet d'article 18 adopté en première lecture, traite de la situation des traités spéciaux d'investissement, bilatéraux ou multilatéraux, mais il a été reformulé pour tenir compte des critiques dont le texte précédent avait fait l'objet. La disposition précise que si le projet d'articles établit des règles générales, il convient de garder à l'esprit que des règles spéciales concernant ou excluant

la protection diplomatique s'appliquent ailleurs. Les États sont pleinement habilités à conclure des traités établissant des conditions spécifiques pour la protection diplomatique ou excluant carrément celle-ci. Après avoir envisagé différentes formulations pour remplacer l'expression «dispositions conventionnelles spéciales», qui figurait dans le texte adopté en première lecture, le Comité a finalement décidé de retenir le libellé de l'article 55 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, qui parle de «règles spéciales du droit international»¹⁴¹. La référence à l'incompatibilité avec des règles spéciales du droit international a été retenue en vue de souligner que, si les dispositions pertinentes du projet d'articles ne sont pas incompatibles, elles peuvent s'appliquer dans l'interprétation des dispositions spéciales. L'expression «telles que des dispositions conventionnelles relatives à la protection des investissements» a été incluse pour indiquer que la Commission songeait principalement, mais pas exclusivement, à ce type de dispositions conventionnelles. La référence à des «dispositions conventionnelles», par opposition à des «traités» indique que non seulement des traités spéciaux relatifs à la protection des investissements, mais aussi des dispositions figurant dans d'autres traités, tels que des traités d'amitié ou des traités relatifs au commerce ou à la navigation, peuvent déroger aux règles supplétives énoncées dans le projet d'articles sur la protection diplomatique.

67. Le titre du projet d'article 17 a été modifié et se lit désormais «Règles spéciales du droit international».

68. S'agissant du projet d'article 18, qui correspond au projet d'article 19 du texte adopté en première lecture, et malgré les suggestions tendant à ce qu'il soit supprimé parce qu'il n'est pas strictement applicable à la protection diplomatique, le Comité de rédaction a décidé qu'il était utile en ce sens qu'il reconnaissait une procédure pouvant aider les équipages des navires. L'unique modification par rapport à la version antérieure est le remplacement des mots «à la suite d'un préjudice» par «en raison d'un préjudice», qui vise à indiquer que le préjudice causé à un membre d'équipage peut naître non seulement à la suite du préjudice causé au navire, mais également au moment même du préjudice. Le Comité de rédaction a également examiné mais rejeté une proposition tendant à placer la disposition en question après le projet d'article 16.

69. Le titre du projet d'article 18 a été modifié et se lit désormais «Protection des équipages des navires».

70. Le projet d'article 19 aborde un aspect des conséquences de la protection diplomatique. Étant donné que le texte adopté en première lecture ne contenait pas de disposition de ce type, les gouvernements n'ont pas eu la possibilité d'exprimer leurs vues à propos d'un texte précis. La question a toutefois été soulevée dans le septième rapport du Rapporteur spécial (par. 93 à 103). Les membres de la Commission étaient partagés quant à la question de savoir si le projet d'articles devait traiter des conséquences de la protection diplomatique et, dans l'affirmative, pourquoi il n'évoquerait que certains aspects de ces conséquences. Selon un autre avis, même

si une telle disposition devait être incluse, elle ne devait pas être contraignante mais plutôt prendre la forme d'une recommandation. Des vues similaires ont été exprimées au sein du Comité de rédaction, dont certains membres ont suggéré qu'une telle disposition serait plus à sa place dans une résolution ou une recommandation qui pourrait être adoptée à propos du texte final du projet d'articles mais indépendamment de celui-ci. Il a été finalement décidé que le contenu d'une telle disposition relevait du développement progressif du droit et que ce qui importait était la manière dont elle était formulée et expliquée dans le commentaire. Sur cette base, il a été décidé d'élaborer une disposition rédigée dans un langage non contraignant. On a ainsi abouti au texte présenté à la Commission.

71. Le projet d'article 19 exprime trois idées: premièrement, que les États doivent prendre en considération la possibilité d'exercer la protection diplomatique (al. *a*); deuxièmement, qu'ils doivent consulter la personne lésée quant à la marche à suivre et aux formes de réparation à réclamer (al. *b*); troisièmement, que l'indemnisation obtenue doit être transférée à la personne lésée (al. *c*). Il convient de noter l'emploi du mot «recommandée», dans le titre du projet d'article, et du mot «devrait» dans la formule liminaire, qui indiquent tous deux que la disposition a valeur de recommandation.

72. La formulation de l'alinéa *a*, selon laquelle un État devrait prendre dûment en considération la possibilité d'exercer sa protection diplomatique, en particulier lorsqu'un préjudice important a été causé, n'a pas pour objet de saper l'importance d'une telle protection lorsque le préjudice n'est pas significatif. Au contraire, l'intention est de souligner l'utilité de l'institution de la protection diplomatique en tant que moyen de règlement pacifique des différends entre États dont les nationaux sont lésés, sans préjudice du pouvoir discrétionnaire de l'État quant à l'exercice ou non de la protection diplomatique.

73. L'alinéa *b* dispose que les États devraient tenir compte, autant que possible, des vues des personnes lésées quant au recours à la protection diplomatique et à la réparation à réclamer. C'est ce que font normalement les États afin de gérer efficacement un différend particulier, mais l'expression «autant que possible» vise à tenir compte des situations dans lesquelles il y a un certain nombre de personnes lésées et où des consultations ne peuvent pas raisonnablement être tenues avec chacune d'elles pour savoir quel État devrait exercer la protection diplomatique ou quelle forme de réparation elles préféreraient. L'alinéa *b* vise également à tenir compte des situations dans lesquelles les personnes lésées ne voudraient pas que leur État de nationalité exerce la protection diplomatique à leur égard; l'État devrait tenir compte de cette préférence au moment de prendre sa propre décision. Il est utile qu'un État examine ces questions en concertation avec les personnes lésées.

74. L'alinéa *c* dispose que l'État devrait transférer à la personne lésée toute indemnisation pour le préjudice obtenue de l'État responsable, sous réserve de déductions raisonnables. Il reconnaît que le principal bénéficiaire – la personne lésée – doit être le destinataire de l'indemnisation; mais il tient compte également des situations dans lesquelles l'État peut avoir supporté

¹⁴¹ Ibid., p. 31.

certaines coûts et est en droit, conformément à ses lois et pratiques, de déduire ces coûts de la somme qu'il a reçue à titre d'indemnisation.

75. Le projet d'article est intitulé «Pratique recommandée», ce qui reflète exactement son caractère et son but.

76. Le PRÉSIDENT invite la Commission à adopter les projets d'article sur la protection diplomatique figurant dans le document A/CN.4/L.684 et Corr.1, en deuxième lecture.

PREMIÈRE PARTIE (Dispositions générales)

Projets d'articles 1 et 2

Les projets d'articles 1 et 2 sont adoptés.

DEUXIÈME PARTIE (Nationalité)

CHAPITRE I (Principes généraux)

Projet d'article 3

Le projet d'article 3 est adopté.

CHAPITRE II (Personnes physiques)

Projet d'article 4

77. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en tant que membre de la Commission, dit que dans la version française, l'expression «de toute autre manière non contraire au droit international» doit être remplacée par «d'une manière non contraire au droit international», afin d'aligner le texte sur celui du paragraphe 2 du projet d'article 5.

78. M. GAJA dit qu'il a suggéré cette nouvelle formulation car dans la version française, les mots «non contraire au droit international» semblent qualifier uniquement «manière», ambiguïté qui n'existe pas dans le texte anglais.

79. M. ECONOMIDES dit que bien que M. Gaja ait accompli un travail remarquable sur la version française, celle-ci peut encore être améliorée. Il suggère donc aux membres francophones du Comité de rédaction de revoir le texte.

80. Le PRÉSIDENT dit qu'il souhaiterait avoir la possibilité de participer à cet examen. Il compte également mettre en question le libellé des projets d'articles 5 et 9.

Le projet d'article 4 est adopté sous réserve d'éventuelles modifications rédactionnelles dans la version française.

Projets d'articles 5 à 8

Les projets d'articles 5 à 8 sont adoptés.

CHAPITRE III (Personnes morales)

Projet d'article 9

Le projet d'article 9 est adopté sous réserve d'éventuelles modifications rédactionnelles dans la version française.

Projets d'articles 10 à 13

Les projets d'articles 10 à 13 sont adoptés.

TROISIÈME PARTIE (Recours internes)

Projet d'article 14

81. M. VALENCIA-OSPINA dit qu'il ne s'oppose pas au texte du projet d'article 14, mais qu'il souhaite appeler l'attention sur l'absence de toute référence à la clause Calvo dans le commentaire. Dans son troisième rapport sur le sujet¹⁴², le Rapporteur spécial a proposé un projet d'article 16 sur la clause Calvo, qui a été examiné par la Commission à sa cinquante-quatrième session en 2002¹⁴³. Comme le Rapporteur spécial l'avait souligné à ce moment là, la clause Calvo fait partie intégrante de l'histoire et de l'élaboration de la règle de l'épuisement des recours internes, et elle demeure pertinente. La Commission a par la suite décidé de ne pas renvoyer le projet d'article 16 au Comité de rédaction – décision que M. Valencia-Ospina ne remet pas en cause. Le Rapporteur spécial a toutefois indiqué que si cette disposition était omise, la question devrait être abordée en détail dans le commentaire, en particulier celui du projet d'article 10 et du projet d'article 14, alinéa *b*, du texte adopté en première lecture, devenus les projets d'articles 14 et 15, alinéa *e*, du texte adopté par le Comité de rédaction en deuxième lecture. Or, aucune référence à la clause Calvo, en tant que telle, n'apparaît dans le commentaire du texte adopté en première lecture. Pendant la présentation de son troisième rapport, le Rapporteur spécial a expliqué de manière très complète la genèse et la pertinence de la clause Calvo¹⁴⁴. La Commission devrait donc expliquer pourquoi elle a décidé de ne pas faire référence à la clause Calvo, même dans le commentaire.

82. Le paragraphe 1 du projet d'article 14 introduit l'idée de la présentation d'une réclamation internationale. Comme cela a été expliqué dans le commentaire adopté en première lecture, l'expression «formuler une réclamation internationale» a été choisie de préférence à «présenter une réclamation internationale», car le mot «formuler» rend plus exactement compte de la procédure en jeu que le mot «présenter», qui suggère un acte formel auquel sont attachées des conséquences et qui s'emploie de préférence pour désigner le moment dans le temps où la réclamation est formellement faite. Le texte examiné en deuxième lecture utilise «présentation» aux projets d'articles 5, 7, 8 et 10, bien que dans la version anglaise le projet d'article 5 se réfère à la fois à la formulation et à la présentation d'une réclamation. S'il y a une distinction entre formulation et présentation, alors le projet d'article emploie clairement deux critères différents *ratione temporis* pour établir la date pertinente. Mais dans tous les cas, sauf en ce qui concerne l'épuisement des recours internes, le projet d'articles emploie l'expression «présentation de la réclamation»; la notion de formulation n'est employée que dans la version anglaise du projet d'article 14. Il ne semble pas qu'une telle distinction soit justifiée. En outre, on peut faire valoir que la présentation, plutôt que la formulation, de la réclamation doit être le critère pour l'épuisement des recours internes.

¹⁴² *Annuaire... 2002*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/523 et Add.1, p. 73 à 81, par. 119 à 158.

¹⁴³ *Annuaire... 2002*, vol. II (2^e partie), p. 68 à 70, par. 253 à 273.

¹⁴⁴ *Ibid.*

83. On pourrait éviter une controverse inutile à propos de la date effective et de la distinction entre formulation et présentation d'une réclamation en remplaçant tout le membre de phrase «présenter une réclamation internationale à raison d'un préjudice causé à une personne ayant sa nationalité ou à une autre personne visée à l'article 8» par l'expression plus succincte «exercer la protection diplomatique». Outre qu'elle permettrait de maintenir une certaine cohérence avec le reste du texte, cette modification rédactionnelle mineure éviterait également de se poser la question théorique de la différence entre «formulation» et «présentation» d'une réclamation. De plus, elle aurait aussi l'avantage d'éliminer la répétition de la référence aux personnes à l'égard desquelles l'État est en droit d'exercer la protection diplomatique, puisqu'elle couvrirait les personnes physiques et morales mentionnées au projet d'article premier et les personnes apatrides et réfugiées mentionnées au projet d'article 8.

84. M. MANSFIELD dit que tout en appréciant le raisonnement qui sous-tend la proposition faite par M. Valencia-Ospina, il a du mal à l'accepter. Il y a eu des discussions approfondies, tant en plénière qu'au sein du Comité de rédaction, à propos de la différence importante entre la présentation officielle d'une réclamation – le plus haut niveau de protection diplomatique – et le type de discussion, de négociation ou de demande informelle qui caractérise le niveau le moins élevé de l'action diplomatique. Pour les petits États, les discussions, les demandes de renseignements et les notifications sont plus importantes que la présentation officielle d'une réclamation. C'est pourquoi il serait inacceptable de suggérer que ce type d'action informelle ne peut avoir lieu jusqu'à ce que les recours internes aient été épuisés. L'avantage de la formulation actuelle est qu'elle ne suppose pas que le niveau informel le moins élevé de la protection ou de l'action diplomatiques doive être précédé de l'épuisement des recours internes. Pour cette raison, bien qu'une expression différente soit employée dans ce projet d'article, il est justifié de la conserver.

85. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit qu'il approuve l'explication de M. Mansfield à propos des raisons qui ont motivé l'adoption de la formulation en question, qui a été examinée de manière approfondie au sein du Comité de rédaction. Bien qu'il apprécie la clarté et la concision de la proposition de M. Valencia-Ospina, il suggère de conserver la formulation existante.

86. Il tient à s'excuser de n'avoir pas inclus dans le commentaire une référence à l'institution importante que représente la clause Calvo. Il insérera un paragraphe à ce sujet, que la Commission pourra examiner ultérieurement. Il ne serait pas approprié toutefois de remettre en cause les considérations qui ont conduit au rejet de l'ancien projet d'article 16, car cela ne serait pas conforme à la pratique habituelle s'agissant du commentaire en deuxième lecture.

87. M. VALENCIA-OSPINA remercie le Rapporteur spécial d'être disposé à mentionner la clause Calvo dans le commentaire. Il est bien entendu conscient de la différence entre formulation et présentation d'une réclamation, mais c'est précisément pour les motifs avancés par M. Mansfield qu'il est essentiel d'identifier

des méthodes d'action autres que la présentation officielle d'une réclamation. Selon le projet d'article 14, un État ne peut présenter une réclamation si les recours internes n'ont pas été épuisés, ce qui signifie que le texte affirme précisément le contraire de ce que M. Mansfield voudrait lui faire dire.

88. M. CANDIOTI dit que le projet d'article 14 devrait être libellé avec autant de clarté et de concision que le paragraphe 1^{er} du projet d'article 3 sur la règle de la continuité de la nationalité. Il devrait simplement indiquer qu'un État ne peut exercer la protection diplomatique avant que la personne lésée ait épuisé les recours internes. Ces deux projets d'article énoncent les deux règles générales; les modalités, conditions et exceptions viennent ensuite. Le libellé concis et dépourvu d'ambiguïté proposé par M. Valencia-Ospina est très intéressant car il évite toute confusion. Le projet d'article se réfère aux réclamations internationales, mais il peut y avoir des réclamations internationales qui ne nécessitent pas l'épuisement des recours internes. L'épuisement des recours internes est une règle fondamentale de la protection diplomatique traditionnelle qui a été incorporée dans la première version. La notion de protection diplomatique a ensuite été très clairement définie et le libellé proposé par M. Valencia-Ospina est donc approprié.

89. Le commentaire du paragraphe 3, qui a trait aux réclamations mixtes, lorsqu'il y a eu préjudice à la fois à l'État et à la personne protégée, devrait souligner qu'en pareil cas les recours internes doivent être épuisés en premier lieu lorsqu'une réclamation internationale est faite principalement en raison d'un préjudice causé à la personne protégée.

90. M. MANSFIELD répète que le non-épuisement des recours internes ne doit pas exclure une action diplomatique générale. La définition de la protection diplomatique englobe toute la gamme des actions diplomatiques. Le libellé proposé par M. Valencia-Ospina pose un problème, dans la mesure où l'exercice de la protection diplomatique est défini de manière à inclure tous les niveaux de l'action diplomatique. Si, dans sa version anglaise, le projet d'article utilisait le mot «*present*» (présenter) au lieu de «*bring*» (formuler), ce serait une proposition différente. M. Mansfield ne peut accepter que le projet d'article dise qu'un État ne peut présenter une réclamation internationale avant que tous les recours internes aient été épuisés. Sous sa forme actuelle, la proposition de M. Valencia-Ospina est trop vaste, ce qui pose le problème qu'il vient de mentionner.

91. Le PRÉSIDENT suggère, comme compromis, de remplacer le mot «*bring*» (formuler) par «*present*» (présenter).

92. M. ECONOMIDES approuve la proposition de M. Valencia-Ospina et la déclaration de M. Candiotti. Le nouveau libellé proposé est plus concis, plus élégant et peut-être plus attrayant. Il peut toutefois accepter le compromis suggéré par le Président.

93. M. KOLODKIN (Président du Comité de rédaction), répondant à une demande du Président, dit qu'il approuve pleinement M. Mansfield sur le fond mais qu'il est disposé à accepter la solution de compromis.

94. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que, comme M. Kolodkin, il est disposé à accepter la modification, mais que les arguments avancés par M. Mansfield contre le libellé proposé par M. Valencia-Ospina sont corrects.

Le projet d'article 14, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Projet d'article 15

Le projet d'article 15 est adopté.

QUATRIÈME PARTIE (Dispositions diverses)

Projet d'article 16

95. M. VALENCIA-OSPINA dit que le projet d'article 16 est une clause «sans préjudice» portant sur les sujets auxquels le projet d'articles, dans son ensemble, s'applique, c'est-à-dire les États, les personnes physiques (nationaux, individus, apatrides et réfugiés) et les personnes morales (sociétés et personnes morales autres que des sociétés), comme le prévoient les projets d'articles 1, 8, 9 et 13. Le projet d'article 16 ajoute une autre catégorie – d'autres entités – dont un exemple est donné au paragraphe 1 du commentaire de l'article 17 du texte adopté en première lecture¹⁴⁵, c'est-à-dire les organisations non gouvernementales. Lorsqu'il a présenté le rapport du Comité de rédaction, le Président du Comité a expliqué que la référence avait été retenue afin de couvrir les organisations internationales s'occupant des droits de l'homme. Mais sous sa forme actuelle, la disposition implique que ces autres entités ne sont pas des personnes morales, car une distinction est faite entre les personnes morales et les autres entités. Si telle est véritablement l'intention de la Commission, ces autres entités ne peuvent faire l'objet de la protection diplomatique, car elles ne sont pas des personnes morales et, par conséquent, elles n'entrent pas dans le champ d'application du projet d'articles en vertu du projet d'article premier. Si tel est le cas, il n'est pas nécessaire de mentionner d'autres entités dans le texte de l'article. Il est incohérent de se référer dans une clause «sans préjudice» à des entités qui ne sont pas couvertes par l'ensemble du projet d'articles. C'est pourquoi M. Valencia-Ospina suggère de supprimer la référence à «d'autres entités».

96. M. GAJA dit que bien que le libellé du projet d'article 16 puisse être lu comme impliquant que les «autres entités» ne sont pas des personnes morales, cela n'est pas exact. Par conséquent, le texte n'appuie pas pleinement l'interprétation de M. Valencia-Ospina. L'objet principal du projet d'article n'est pas de dire que les personnes qui ont été lésées peuvent recourir à des procédures autres que la protection diplomatique mais que, par exemple, lorsque les droits de l'homme sont violés, des États autres que l'État de nationalité peuvent être en mesure d'intervenir et d'autres entités, telles que les organisations internationales, peuvent aussi avoir un rôle à jouer. Il ne s'agit pas de dire que les individus ou les personnes morales peuvent bénéficier à la fois de la protection diplomatique et d'autres recours. Il s'agit de montrer que si la protection diplomatique vise à offrir une certaine protection aux personnes morales et, en particulier, aux individus, les droits d'autres institutions

de recourir en vertu du droit international à d'autres moyens ou procédures pour obtenir réparation ne sont pas affectés par le projet d'articles. Dans le fond, le projet d'article 16 ne semble pas être contradictoire.

97. M. CHEE dit que d'un point de vue factuel plutôt que du point de vue de l'interprétation, l'expression «personne morale» désigne une société commerciale tandis qu'«autres entités» désigne des organes de nature non commerciale. Il cite l'exemple de la Harvard Corporation, qui entreprend des activités commerciales. Si, dans ce contexte, elle devait subir un préjudice, il faudrait qu'elle soit en mesure d'obtenir une protection. C'est, à son avis, l'apport du projet d'article 16.

98. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en tant que membre de la Commission, dit que le membre de phrase «actions ... autres que la protection diplomatique» est quelque peu ambigu: il est difficile de voir comment les États, dans leurs relations avec d'autres États, pourraient directement bénéficier de la protection diplomatique. La fin du projet d'article est cependant tout à fait claire quant à l'objectif poursuivi. Le Rapporteur spécial pourrait peut-être tenter de résumer dans le commentaire l'explication que M. Gaja a fournie.

99. M^{me} XUE dit qu'en tant que membre de droit du Comité de rédaction, elle ne devrait pas normalement préconiser de modifications rédactionnelles à ce stade. Cependant, M. Valencia-Ospina a fait une observation tout à fait pertinente: la protection «d'autres entités» dépasse le champ d'application du projet d'articles sur la protection diplomatique. Il faut s'en tenir à une clause de sauvegarde cohérente sur le plan logique qui traite de la protection des droits de l'homme s'agissant des personnes physiques et morales.

100. M. ECONOMIDES est d'accord: le projet d'article pose un problème logique, puisqu'il se réfère au droit des États, des personnes physiques, des personnes morales et d'autres entités d'engager en vertu du droit international des actions ou des procédures autres que la protection diplomatique, ce qui donne l'impression que les personnes physiques et morales peuvent exercer la protection diplomatique. Ce n'est certainement pas de cette manière que la protection diplomatique est comprise. Il faudrait trouver une formulation plus neutre et dire par exemple que «les présents projets d'article sont sans préjudice de toute action ou procédure que les États, les personnes physiques ou les personnes morales pourraient engager...»

101. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que la question a été débattue assez longuement au Comité de rédaction dont la position, c'est-à-dire que le membre de phrase «ou d'autres entités» doit être inclus, a été expliquée en détail par M. Gaja. Il voit difficilement comment cette position pourrait être modifiée. La suppression de «ou d'autres entités» est une question de fond et non de forme.

102. M. Sreenivasa RAO dit que la question des autres entités n'a été examinée à aucun stade de l'examen du sujet et que l'inclusion de ce point, aussi légitime qu'elle puisse être, ne relève pas de l'exercice en cours. Il préférerait que le membre de phrase «ou d'autres entités» soit supprimé.

¹⁴⁵ *Annuaire...* 2004, vol. II (2^e partie), p. 20-46, par. 60.

103. M. BROWNLIE fait observer que l'expression «personnes morales» est considérée comme ne couvrant pas les associations non constituées en sociétés, l'hypothèse retenue – peut-être de manière inconsidérée – étant qu'elle se réfère aux sociétés. C'est pourquoi on associe habituellement personnes morales et associations non constituées en sociétés. Cependant, le membre de phrase «ou d'autres entités» ne portera probablement pas à conséquence.

104. M. CHEE pense, avec le Rapporteur spécial, que la suppression de «ou d'autres entités» est une question de fond et non de forme. Cette expression vise à couvrir les situations auxquelles il s'est déjà référé, et elle doit être conservée.

105. M. FOMBA dit que l'idée fondamentale qui sous-tend le projet d'article 16 est que l'exercice de la protection diplomatique en tant qu'institution est sans préjudice du recours à d'autres actions ou procédures. Cependant, il semble y avoir une certaine confusion à propos du champ d'application du projet d'article *ratione personae*: si la notion d'«autres entités» en est éliminée, d'autres organisations de nature sociale, économique ou autre risquent d'être exclues à tort.

106. M. KOLODKIN (Président du Comité de rédaction) dit qu'il ne se sent pas propriétaire du texte: celui-ci a été adopté par un comité dont il a été élu Président. Il a été adopté après des discussions longues et détaillées qui ont porté, entre autres, sur les questions qui viennent d'être soulevées. Tous les membres de la Commission qui sont membres du Comité de rédaction ont participé à la discussion. Premièrement, le texte n'implique en aucune manière qu'une personne physique ou morale a le droit d'exercer la protection diplomatique. Au contraire, du moins dans les versions anglaise et russe, il indique clairement que les États, les personnes physiques, les personnes morales ou d'autres entités peuvent recourir à des mécanismes autres que la protection diplomatique pour la protection de leurs droits. Deuxièmement, le membre de phrase «ou d'autres entités» a été inclus précisément pour faire en sorte que le texte ait le champ d'application le plus large possible. Il a été observé que même les États et les organisations internationales pouvaient être considérés comme des personnes morales, mais après une discussion approfondie, le Comité de rédaction a décidé d'inclure le membre de phrase en question pour combler ce qui aurait été une lacune. M. Kolodkin s'en remet entièrement à la Commission, mais il préférerait que le texte soit laissé en l'état. Les problèmes qui se posent éventuellement dans la version française ou dans d'autres versions peuvent être réglés par des groupes de membres qui parlent ces langues.

107. M. KATEKA suggère que, si la Commission ne parvient pas à s'entendre sur un texte, elle procède à un vote consultatif.

108. M. DAOUDI dit que cette discussion a été entamée parce que la disposition n'a été examinée que par le Comité de rédaction. Tous les membres de la Commission sont en droit d'exprimer leurs vues sur la question en plénière. Il ne s'agit pas seulement d'un problème de forme, mais aussi de fond. Les remarques de M. Valencia-Ospina contribueront à faire en sorte que le projet de texte

qui sera soumis à l'Assemblée générale soit logique et cohérent. Il ne voit pas pourquoi, dans un texte traitant de la protection diplomatique, il serait nécessaire d'appeler l'attention sur l'existence de mécanismes autres que la protection diplomatique. Il n'a aucune objection à ce que l'on mentionne toutes les formes possibles de protection des personnes en vertu du droit international, mais cela ne justifie pas nécessairement l'inclusion d'une disposition telle que le projet d'article 16. C'est pourquoi il préférerait que la question soit couverte dans le commentaire; cependant, si le projet d'article 16 doit être retenu, il approuve la proposition de M. Economides tendant à le reformuler comme une simple clause «sans préjudice».

109. M. MOMTAZ dit que l'observation de M. Valencia-Ospina est très juste: le membre de phrase «d'autres entités» vise clairement les organisations non gouvernementales et les universités, qui sont indiscutablement des personnes morales. Or, si l'on parle de «personnes morales ou d'autres entités», cela semble supposer que ces autres entités ne sont pas des personnes morales. Pour résoudre le problème, on pourrait supprimer les mots «ou d'autres entités» et expliquer dans le commentaire que l'expression «personnes morales» doit être comprise comme désignant non seulement les sociétés, mais aussi les organisations non gouvernementales et les universités.

110. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que certains orateurs ont donné l'impression que les mots «ou d'autres entités» surgissaient de nulle part et n'avaient pas été examinés en plénière. Cela est bien entendu inexact: ils figurent dans le projet d'article 17 adopté en première lecture¹⁴⁶. Le Comité de rédaction a en fait ajouté les mots «personnes morales» qui ne figuraient pas dans le texte original. M. Momtaz a affirmé que toutes les autres entités étaient couvertes par l'expression «personnes morales», mais le Comité de rédaction a estimé que certaines entités pouvaient ne pas être considérées comme telles. Il a été plutôt difficile de trouver un moyen d'englober les personnes morales autres que les sociétés. La disposition spéciale figurant dans le projet d'article 13 couvrira probablement la plupart mais pas la totalité de toutes les organisations non gouvernementales et organisations de défense des droits de l'homme, et le Comité de rédaction souhaitait que le projet soit aussi exhaustif que possible. Il serait préférable que le problème soulevé par M. Valencia-Ospina soit abordé dans le commentaire.

111. Le PRÉSIDENT note que le membre de phrase en question n'a pas suscité de commentaires ni d'observations de la part des gouvernements. Le projet d'article 16 indique simplement que le système établi par les 19 articles du projet n'est en aucune manière incompatible avec d'autres actions pouvant être engagées par les diverses entités énumérées afin d'obtenir réparation en vertu d'un système général ou spécial de responsabilité internationale.

112. M. BROWNLIE propose à la Commission de suivre le conseil du Président du Comité de rédaction et d'adopter le texte soumis par le Comité, compte tenu en particulier du fait que les gouvernements n'ont pas critiqué les mots «ou d'autres entités».

¹⁴⁶ Ibid.

113. Le PRÉSIDENT dit que le débat a soulevé un certain nombre de questions intéressantes que le Rapporteur spécial tentera de couvrir dans le commentaire.

Le projet d'article 16 est adopté.

Projets d'articles 17 à 19

Les projets d'articles 17 à 19 sont adoptés.

114. Le PRÉSIDENT dit qu'il considère que la Commission souhaite adopter en deuxième lecture les titres et les textes des projets d'article sur la protection diplomatique, dans leur ensemble, tels qu'ils ont été modifiés.

Il en est ainsi décidé.

115. M. DUGARD (Rapporteur spécial) exprime sa reconnaissance à la Commission pour avoir adopté les projets d'article en deuxième lecture. Il tient à remercier tout particulièrement le Président du Comité de rédaction, M. Kolodkin, les autres membres du Comité de rédaction et le Président de la Commission pour avoir guidé celle-ci jusqu'à la phase finale de la procédure.

Organisation des travaux de la session (suite)

[Point 1 de l'ordre du jour]

116. M. KOLODKIN (Président du Comité de rédaction) annonce que le Comité de rédaction sur la responsabilité des organisations internationales est composé des membres suivants: M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Mansfield, M. Matheson, M. Momtaz, M. Valencia-Ospina et M. Yamada, ainsi que M. Gaja (Rapporteur spécial) et M^{me} Xue (Rapporteur), de droit. Le Comité de rédaction sur les ressources naturelles partagées est composé des membres suivants: M. Candioti, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Mansfield, M. Matheson et M. Pambou-Tchivounda (Président de la Commission), ainsi que M. Yamada (Rapporteur spécial) et M^{me} Xue (Rapporteur), de droit.

La séance est levée à 12 h 30.

2882^e SÉANCE

Vendredi 2 juin 2006, à 10 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Kolodkin, M. Koskeniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Momtaz, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M^{me} Xue, M. Yamada.

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de pertes liées à un dommage transfrontière résultant d'activités dangereuses) [*fin*] (A/CN.4/562 et Add.1, A/CN.4/566 et A/CN.4/L.686**)

[Point 3 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU COMITÉ DE RÉDACTION

1. M. KOLODKIN [Président du Comité de rédaction sur le sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (Responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses)], présentant le rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.686**) sur l'examen en deuxième lecture du projet de principes relatifs à la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses, signale tout d'abord que la question de la forme finale de l'instrument ayant continué à donner lieu à différents points de vue tout au long des différentes étapes de l'examen du sujet, et la majorité des membres de la Commission s'étant prononcée en faveur d'un projet de principes, c'est sur cette base que le Comité de rédaction a fondé son approche. Il ne faut pas oublier d'ailleurs que la Commission a déjà adopté des textes sous forme de principes, notamment en 1950 le texte des Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal¹⁴⁷.

2. Le titre et la structure du texte adopté en première lecture ont été conservés¹⁴⁸. Le Comité de rédaction était conscient du fait que certains principes, comme le projet de principe 1 sur le champ d'application ou le projet de principe 2 sur les termes employés, ne sont pas des principes au sens strict du terme. Il a décidé néanmoins de retenir le terme «principe» qui ne fait que refléter le souhait de la Commission d'aboutir à un texte juridiquement non contraignant, présentant une certaine cohérence interne et une uniformité dans l'emploi de ce terme.

3. Le Comité savait que par ces projets de principe la Commission entend établir un ensemble cohérent de normes en matière de conduite et de pratique que tous les États devraient respecter. Il se peut que certains aspects du projet de principes correspondent à des éléments existants ou en cours de développement du droit international coutumier. Toutefois, le Comité de rédaction ayant axé ses travaux sur la formulation du contenu des projets de principe, il n'a pas jugé utile d'analyser en profondeur ni d'évaluer le statut actuel des différents principes ou de leurs différents aspects en droit international. C'est pourquoi le libellé des projets de principe, y compris les formes verbales utilisées, ne reflète pas une telle préoccupation.

* Reprise des débats de la 2875^e séance.

¹⁴⁷ *Yearbook... 1950*, vol. II, document A/1316, Report of the International Law Commission covering its second session, 5 June–29 July 1950, p. 374 (le texte des Principes... est disponible en français sur le site de la Commission).

¹⁴⁸ *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 68-70, par. 175.

4. Passant au texte proprement dit, M. Kolodkin indique que le Comité de rédaction a examiné le préambule sur la base du texte adopté en première lecture auquel il a apporté un certain nombre de modifications. Il a jugé nécessaire de maintenir la mention expresse des principes 13 et 16 de la Déclaration de Rio¹⁴⁹ dans le premier alinéa, plutôt que de faire une référence générale à cette déclaration. Estimant par ailleurs que son exercice se fondait sur ces principes, il a décidé de remplacer le mot «rappelant» par celui plus énergique de «réaffirmant». Le troisième alinéa du préambule a également été modifié: pour ne pas préjuger du résultat des travaux de l'Assemblée générale sur le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses¹⁵⁰, dont elle demeure saisie¹⁵¹, la référence aux dispositions de ce projet d'articles a été modifiée afin de rappeler que l'État est tenu de respecter ses obligations en matière de prévention des dommages transfrontières. Le but du préambule étant d'énoncer des objectifs, le Comité a retenu un libellé plus fort pour le cinquième alinéa du préambule, en y supprimant l'expression «autant que possible», suivant en cela certains gouvernements et en remplaçant l'expression «seront en mesure d'obtenir» par «seront à même d'obtenir». En outre, le mot «soucieuse» a été remplacé par «soulignant» afin d'éviter la répétition avec l'alinéa suivant, nouveau texte qui devient le sixième alinéa, lequel met l'accent sur un point également couvert dans le texte du projet de principes, à savoir la nécessité de prendre des mesures d'intervention appropriées en cas de survenance d'un événement. Quant au septième alinéa (ancien sixième alinéa), il demeure inchangé en anglais hormis le fait que les mots «*shall be*» sont remplacés par «*are*» et se lit désormais comme suit en français: «la responsabilité des États est engagée en cas de violation de leurs obligations de prévention en vertu du droit international». Le Comité a par ailleurs supprimé le septième alinéa du préambule pour une simple raison d'équilibre interne du texte et non pour remettre en cause l'importance de la coopération entre États. Enfin, le huitième alinéa du préambule a été modifié pour rappeler la portée des accords internationaux en vigueur visant les différentes catégories d'activités dangereuses et pour souligner l'importance de conclure de nouveaux accords de cette nature.

5. Passant ensuite à l'examen de chaque projet de principe, M. Kolodkin rappelle à propos du principe 1 (Champ d'application) qu'il est généralement entendu que le projet de principes à l'examen a le même champ d'application que le projet d'articles sur la prévention, dans la mesure où tous deux portent sur des «activités non interdites par le droit international qui comportent le risque de causer un dommage transfrontière significatif de par leurs conséquences physiques». Lors de la première lecture, on avait donc aligné le libellé du projet de principes sur celui du projet d'articles sur la prévention. En deuxième lecture, le Comité a estimé que la formulation qui en résultait était trop lourde et il a cherché à remédier à ce manque d'élégance, sans

pour autant perdre de vue le lien essentiel avec le projet d'articles sur la prévention et à simplifier le texte sans en altérer la portée. La formule «dommages transfrontières causés par des activités dangereuses qui ne sont pas interdites par le droit international» englobe toujours quatre éléments essentiels qui occupent une place prépondérante dans le projet d'articles sur la prévention. Les deux premiers éléments – activités non interdites par le droit international qui comportent un risque de causer des dommages significatifs – sont pris en compte dans la formulation actuelle du projet de principe 1 et partiellement repris dans la définition de l'activité dangereuse énoncée à l'alinéa *c* du projet de principe 2 (Termes employés). Le troisième élément – territorial – est reflété dans le terme «transfrontière» et dans la définition du «dommage transfrontière» qui en découle à l'alinéa *e* du même projet de principe. Quant au quatrième élément, soit les conséquences physiques des activités visées, il ne figure plus dans le texte étant entendu que la question sera évoquée dans le commentaire. Le projet de principes continue donc de s'appliquer aux activités dangereuses qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière de par leurs conséquences physiques. Par conséquent, les dommages transfrontières causés par les politiques menées par les États dans les domaines monétaire, socioéconomique ou autres domaines analogues sont exclus du champ d'application du projet de principes. Il convient de noter à cet égard que l'expression «dommage transfrontière» est utilisée aux fins du projet de principes simplement pour attirer l'attention sur l'importance attachée au dommage effectivement causé aux fins de la responsabilité (*liability*).

6. En ce qui concerne le projet de principe 2 (Termes employés), M. Kolodkin signale que certains de ses paragraphes ont été renumérotés en raison de l'introduction de deux nouveaux termes: «État d'origine» et «victime» que le Comité a jugé nécessaire de définir pour les besoins du projet de principes. La définition du dommage énoncée à l'alinéa *a* reste inchangée. Elle vise trois éléments essentiels, à savoir les personnes, les biens ou l'environnement, et il est entendu que le dommage causé à des biens peut désigner le dommage causé aux biens de l'État. M. Kolodkin indique qu'après une brève discussion sur l'opportunité de supprimer la redondance dans la définition du dommage énoncée à l'alinéa *a*, notamment en utilisant d'autres termes dans la version anglaise comme «*significant harm*» par exemple, le Comité a estimé que le terme «dommage» avait une signification particulière dans le contexte des travaux sur le projet de principes, qui sont distincts des travaux sur la prévention, et a décidé de conserver la définition initiale. Il faudra expliquer dans le commentaire que l'exigence du seuil «significatif» a également pour but d'empêcher des réclamations frivoles ou abusives. Quant à la définition de l'environnement énoncée à l'alinéa *b*, elle demeure également inchangée.

7. En revanche, la définition de «l'activité dangereuse» énoncée à l'alinéa *c* du présent projet de principe (ancien alinéa *d*) a été légèrement modifiée. En raison des changements opérés au principe 1, la référence initiale aux «conséquences physiques» de l'activité qui figurait à la fin de l'alinéa a été supprimée. Il sera précisé dans le commentaire que les activités dangereuses visées

¹⁴⁹ Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.I.8 et rectificatifs), vol. I: Résolutions adoptées par la Conférence, résolution 1, annexe I.

¹⁵⁰ Annuaire... 2001, vol. II (2^e partie), p. 157, par. 97.

¹⁵¹ Ibid., p. 156, par. 94.

par le projet de principes sont celles qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière de par leurs conséquences physiques. En outre, là encore, la question s'est posée de savoir s'il fallait employer dans la version anglaise l'expression «*significant damage*» au lieu de «*significant harm*». Il est entendu que cette dernière expression est conforme à l'orientation générale des travaux de la Commission sur le sujet depuis des années. La notion de «*damage*» n'a été en fait introduite dans le projet de principes à l'étude que pour souligner la spécificité du dommage (*harm*) transfrontière qui est causé. C'est pourquoi l'expression «*significant harm*» a été conservée dans le texte anglais.

8. La définition de «l'État d'origine» figurant à l'alinéa *d* reprend celle qui est énoncée dans le projet d'articles sur la prévention et revêt la même importance. Le commentaire apportera des éclaircissements sur d'autres notions telles que celles d'«État affecté», d'«État susceptible d'être affecté» et d'«États intéressés» qui apparaissent dans le texte du projet de principes mais que le Comité de rédaction a décidé de ne pas définir expressément afin de préserver un certain équilibre dans le texte des principes dans leur ensemble.

9. L'alinéa *e* (ancien alinéa *d*) qui contient une définition du «dommage transfrontière» a subi deux modifications. Premièrement, on a inséré après les mots «dommage causé» le membre de phrase «à des personnes, à des biens ou à l'environnement» figurant à la fin de l'alinéa *a* afin de préciser le sens qu'il convient de donner au verbe «causé», lequel signifie «subi» en l'espèce. Deuxièmement, en raison de l'introduction d'une définition de «l'État d'origine» dans le projet, le membre de phrase «autre que l'État sur le territoire ou sous la juridiction ou le contrôle duquel s'exercent les activités visées dans le premier projet de principe» a été remplacé par l'expression «autre que l'État d'origine». Ainsi formulée, la définition du «dommage transfrontière» couvre les dommages qui pourraient être causés, par exemple aux zones économiques exclusives, comme le prévoient certains régimes de responsabilité, ou aux plates-formes pétrolières.

10. Un nouvel alinéa *f* contenant une définition de la «victime» a été ajouté, à la suite de l'examen d'une proposition du Rapporteur spécial concernant le projet de principe 3, qui visait à préciser qu'aux fins du projet de principes des personnes physiques ou morales y compris des États pouvaient être des «victimes» selon la nature du dommage subi. Estimant qu'un texte en ce sens serait plus à sa place dans la disposition du projet relative aux termes employés que dans le projet de principe 3, le Comité a décidé d'y définir la notion de «victime» au sens du projet de principes. Quant à la définition de l'exploitant qui est énoncée à l'alinéa *g* (ancien alinéa *e*), elle demeure inchangée, étant donné que c'est une définition fonctionnelle, l'expression «au moment de la survenance de l'événement» visant à établir un lien entre l'exploitant et l'activité transfrontière.

11. Pour ce qui est du principe 3, M. Kolodkin fait observer tout d'abord que son titre en anglais: «*Objective*» (Objectif) a été remplacé par «*Purposes*» (Objectifs), afin de mieux rendre compte de la raison d'être de l'élaboration du projet de principes. Le Comité a travaillé sur

la base d'une proposition du Rapporteur spécial tendant à séparer les différents éléments couverts dans le texte précédent, qui était trop touffu. La nouvelle formulation reprend dans deux paragraphes distincts les deux premiers de ces objectifs essentiels, soit d'assurer une indemnisation prompte et adéquate aux victimes de dommages transfrontières (al. *a*) et préserver et protéger l'environnement (al. *b*). Comme l'atteste la pratique, ce dernier objectif serait atteint essentiellement grâce à l'adoption de mesures d'intervention visant à atténuer les dommages et de mesures raisonnables de restauration ou de remise en état (notions évoquées dans le projet de principe 2). Le troisième objectif consiste en l'identification des victimes des dommages. Cette question est désormais abordée dans la disposition relative aux «termes employés».

12. Le projet de principe 4 (Indemnisation prompte et adéquate) joue un rôle déterminant dans le régime de la répartition des pertes et il est quasiment identique à celui qui a été adopté en première lecture. Il établit quatre éléments importants du régime de la répartition des pertes. Premièrement, chaque État est tenu d'élaborer un régime de responsabilité (*liability*) permettant aux victimes de dommages transfrontières d'exercer des recours et d'obtenir une indemnisation. Deuxièmement, ce régime doit mettre la responsabilité à la charge de l'exploitant sans que soit exigée la preuve d'une faute. Troisièmement, la responsabilité en question peut être sujette à des conditions, restrictions ou exceptions dès lors que celles-ci sont compatibles avec les objectifs énoncés au principe 3. Enfin, il est nécessaire d'établir un plan à plusieurs niveaux permettant d'indemniser ceux qui ont subi le dommage. Un tel plan devrait s'efforcer d'intégrer et d'exploiter, avec toute la souplesse voulue et en tenant compte des besoins et des intérêts particuliers, les différentes formes de cautionnement, d'assurance et de fonds industriels permettant l'octroi de garanties financières suffisantes d'indemnisation. Il convient de relever que la notion de responsabilité sans la preuve d'une faute, énoncée au paragraphe 2 de ce projet de principe, couvre les diverses dénominations retenues dans les différents systèmes juridiques sur lesquelles on s'appuie pour décrire la «responsabilité objective». Il est convenu que le commentaire précisera ce qu'il faut entendre par indemnisation «prompte et adéquate». Quelques changements mineurs ont été apportés au projet de principe 4 proprement dit. Ainsi, selon le paragraphe 5 de ce projet de principe, l'État d'origine n'est pas directement tenu d'alimenter des fonds publics destinés à garantir une indemnisation prompte et adéquate; il doit assurer la disponibilité de ressources financières supplémentaires. Le Comité de rédaction a en outre estimé que le mot «disponibilité» convenait mieux que «soient allouées».

13. S'agissant du principe 5 (Mesures d'intervention), M. Kolodkin rappelle que la disposition adoptée en première lecture regroupait différentes notions en un seul paragraphe; elle a subi des modifications de fond et de forme. Sur la base d'une proposition du Rapporteur spécial, les différentes actions à entreprendre en cas de survenance d'un événement ont été précisées. Les trois premières, à savoir la notification de l'événement, les mesures d'intervention ainsi que la consultation et la coopération, incombent à l'État d'origine. Les deux

autres, à savoir l'atténuation des effets du dommage et la recherche d'une aide, sont à la charge, respectivement, des États affectés ou susceptibles de l'être et des États intéressés. L'adoption de mesures d'intervention rapides lors de la survenance d'un événement est un facteur important dans l'atténuation de l'ensemble des dommages susceptibles d'en découler.

14. La structure du principe 6 (Recours internes et internationaux) a également été modifiée sur la base d'une proposition du Rapporteur spécial afin de mettre davantage en lumière le principe de l'égalité d'accès aux recours internes dont les trois éléments constitutifs, à savoir la participation aux auditions administratives et aux procédures judiciaires, la non-discrimination et l'accès à l'information, sont abordés de manière détaillée et séparée dans le nouveau texte. Ces éléments, initialement regroupés dans le paragraphe 3 de l'ancien principe 6, sont désormais énoncés dans les paragraphes 1, 2, 3 et 4. La référence aux procédures internationales de règlement des réclamations, qui figurait au paragraphe 2 de l'ancienne version, a été maintenue et apparaît dans le nouveau paragraphe 4. Il s'agit notamment des commissions mixtes de réclamations et des négociations en vue de versements forfaitaires. La composante internationale n'exclut pas la possibilité pour l'État d'origine de participer au versement d'une indemnisation à l'État affecté par l'intermédiaire d'une procédure interne relative aux réclamations instituée par ce dernier.

15. Quant au principe 7 (Élaboration de régimes internationaux spécifiques), il s'appuie sur le principe 22 de la Déclaration de Stockholm¹⁵² et sur le principe 13 de la Déclaration de Rio¹⁵³. Le changement opéré au paragraphe 1 vise à renforcer le texte en insistant sur la nécessité de conclure de tels accords spécifiques qui traiteraient des trois principaux éléments du projet de principes, à savoir l'indemnisation, l'intervention et les recours. Le paragraphe 2 a également subi quelques modifications rédactionnelles. Aux termes de la nouvelle formulation, de tels accords devraient, selon qu'il convient, prévoir des arrangements concernant le financement de fonds par la branche d'activité et/ou par l'État en tant que troisième source d'indemnisation. Le mot «pertes» qui figurait dans la version initiale a été remplacé par celui plus précis de «dommages» qui est utilisé dans l'ensemble du projet de principes. La souplesse offerte par ce paragraphe est analogue à celle dont les parties à la négociation de tels accords jouissent pour mettre au point des arrangements adaptés au secteur ou à l'activité concernés.

16. En ce qui concerne le principe 8 (Mise en œuvre), les modifications apportées à son libellé ont eu pour but de le rendre plus clair et d'améliorer et de préciser la terminologie employée. La référence à la nationalité, au domicile ou à la résidence vise seulement à mettre l'accent sur les circonstances dans lesquelles la discrimination se manifeste fréquemment dans les situations couvertes par le projet de principes, sans pour autant exclure d'autres formes de discrimination. Le membre de phrase «conformément

aux obligations qui leur incombent en vertu du droit international» qui figurait à la fin du paragraphe 3 de la version adoptée en première lecture, jugé superflu et vague, a été supprimé. L'élément clef sur lequel il faudrait insister est le devoir de coopération des États pour appliquer le projet de principes.

17. En conclusion, M. Kolodkin recommande à la Commission d'adopter en deuxième lecture le projet de principes qui lui est soumis par le Comité de rédaction.

18. Le PRÉSIDENT propose à la Commission d'examiner et, le cas échéant, d'adopter, paragraphe par paragraphe, le texte du projet de principes relatifs à la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses (A/CN.4/L.686**), présenté par le Président du Comité de rédaction.

Préambule

Premier alinéa

Le premier alinéa du préambule est adopté.

Deuxième alinéa

19. M. VALENCIA-OSPINA souhaiterait qu'il soit rappelé – même si cela va sans dire – que le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières a déjà été soumis à l'Assemblée générale¹⁵⁴.

20. Le PRÉSIDENT propose que cette précision figure dans une note de bas de page, conformément à la pratique habituelle.

Il en est ainsi décidé.

Le deuxième alinéa du préambule est adopté, sous réserve de l'ajout proposé.

Troisième à huitième alinéas

Les troisième à huitième alinéas du préambule sont adoptés.

Neuvième alinéa

21. M. ECONOMIDES propose de supprimer l'adjectif «ultérieur» qui lui semble superflu pour qualifier le développement du droit international.

22. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) appuie cette proposition.

Le neuvième alinéa du préambule, ainsi modifié, est adopté.

Principe 1 (Champ d'application)

L'ensemble du principe 1 est adopté.

Principe 2 (Termes employés)

Alinéa a

L'alinéa a est adopté.

¹⁵² 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 et rectificatif), première partie, chap. I^{er}.

¹⁵³ Voir note 149, *supra*.

¹⁵⁴ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie), p. 157, par. 97.

Alinéa *b*

23. Le PRÉSIDENT propose de commencer l'alinéa *b* par l'expression «Le terme...», sur le modèle de l'alinéa précédent, uniquement dans la version française.

Il en est ainsi décidé.

24. M. KATEKA dit qu'il ne voit pas l'utilité des deux points après le verbe «comprend».

25. Le PRÉSIDENT approuve leur suppression, dans toutes les versions.

L'alinéa b, tel que modifié par le Président et M. Kateka, est adopté.

Alinéas *c* à *g*

Les alinéas c à g sont adoptés.

Principe 3 (Objectifs)

L'ensemble du principe 3 est adopté.

Principe 4 (Indemnisation prompte et adéquate)

L'ensemble du principe 4 est adopté.

Principe 5 (Mesures d'intervention)

26. M. VALENCIA-OSPINA propose de supprimer «transfrontière» à l'alinéa *a*, puisque l'on parle déjà de «dommage transfrontière» dans le texte introductif et que l'adjectif n'est pas repris pour qualifier le dommage aux alinéas *c* et *d*.

27. M. GAJA estime que cette suppression modifierait le sens. Il faudrait à tout le moins conserver le lien avec la première mention du dommage transfrontière en reprenant par «ce» ou «ledit» dommage.

28. M. VALENCIA-OSPINA suggère alors de qualifier le dommage de «transfrontière» à tous les alinéas.

29. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) souscrit à cette proposition mais relève que l'expression «dommage transfrontière» apparaîtrait alors deux fois à l'alinéa *d*. Il propose de ne mettre l'adjectif qu'à la deuxième occurrence, afin d'éviter la répétition.

30. M. VALENCIA-OSPINA suggère de faire plutôt l'inverse, c'est-à-dire de qualifier le dommage à la première occurrence et de reprendre ensuite par «ce» ou «ledit» dommage.

31. Le PRÉSIDENT conclut que l'alinéa *d* se lirait comme suit, dans toutes les versions: «Les États affectés par le dommage transfrontière ou susceptibles de l'être prennent toutes les mesures possibles pour atténuer et, si possible, éliminer les effets dudit dommage.»

Les alinéas a à e sont adoptés avec les modifications proposées par M. Valencia-Ospina.

Principe 6 (Recours internes et internationaux)

L'ensemble du principe 6 est adopté.

Principe 7 (Élaboration de régimes internationaux spéciaux)

L'ensemble du principe 7 est adopté.

Principe 8 (Application)

L'ensemble du principe 8 est adopté.

L'ensemble du projet de principes relatifs à la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses est adopté.

32. M^{me} ESCARAMEIA tient à préciser qu'elle ne s'est pas opposée à l'adoption du projet de principes uniquement par respect pour le travail de ses collègues, mais qu'elle ne peut en aucun cas souscrire à la teneur des travaux de la Commission sur la question et souhaite que sa déclaration à cet égard soit consignée dans les annales.

33. La seule façon dont la Commission aurait pu s'acquitter du mandat que lui a confié l'Assemblée générale dans sa résolution 56/82 du 12 décembre 2001 aurait été d'adopter un projet d'articles sur la répartition des pertes, de façon à compléter le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières, puisqu'il s'agit des deux volets d'un même sujet. La résolution présente la prévention et la répartition des pertes comme un volet du sujet, et la Commission est priée de tenir compte des liens entre les volets «prévention» et «responsabilité» (par. 3). Or, la Commission a choisi d'adopter une déclaration contenant un projet de principes dont le statut juridique est loin d'être clair. Cette formule n'a été retenue qu'une seule fois, aussi loin qu'en 1949, à propos des droits et des devoirs des États, et avec un langage beaucoup plus catégorique. Les Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal, auxquels s'est référé le Président du Comité de rédaction au début de la séance, constituent un ensemble de principes sans pour autant revêtir la forme d'une déclaration. Plus récemment, à propos de la question de la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, la Commission a adopté un projet d'articles sous forme de déclaration¹⁵⁵, mais, là encore, le langage était péremptoire.

34. En outre, il est essentiel que les victimes aient droit à réparation si l'on veut leur assurer une indemnisation prompte et adéquate et garantir la protection de l'environnement comme le prévoit le principe 3 du présent projet. Or, le projet de principes présenté dit simplement qu'il est souhaitable de mettre en place des mécanismes pour réagir en cas de pertes. En un sens, c'est un pas en arrière par rapport aux principes déjà consacrés 14 ans auparavant par la Déclaration de Rio.

35. Pour M^{me} Escarameia, cette déclaration constitue bien peu de chose dans un monde de plus en plus menacé par une pollution dangereuse pour l'environnement. C'est ce qu'elle a essayé en vain de faire comprendre à ses collègues. Il ne lui reste plus qu'à espérer que les États, à la Sixième Commission, en auront conscience et qu'ils donneront au présent projet la teneur qu'il mérite.

¹⁵⁵ *Annuaire... 1999*, vol. II (2^e partie), p. 21, par. 47.

36. M. MANSFIELD dit qu'il respecte pleinement le droit de M^{me} Escarameia d'exprimer son opinion, mais qu'il tient à ce que la sienne soit également consignée. Il pense que la Commission a parcouru un long chemin et accompli des progrès considérables depuis qu'elle a entrepris d'examiner le sujet. Lorsque le premier Rapporteur spécial a présenté son premier rapport¹⁵⁶, la plupart des États étaient d'avis que les victimes d'un dommage transfrontière devaient supporter seules les pertes occasionnées par ce dommage. Par la suite, l'on a accepté l'idée que les États qui entreprenaient des activités dangereuses devaient avoir certaines obligations, en particulier en matière de prévention, mais la situation des victimes en cas de survenance d'un dommage malgré le respect de ces obligations demeurait préoccupante. Aujourd'hui, comme l'explique le Rapporteur spécial dans son troisième rapport, il est jugé inacceptable que les États s'engagent dans des activités dangereuses sans prévoir des mécanismes appropriés permettant d'assurer une indemnisation prompte et adéquate à toute victime d'un dommage transfrontière découlant de ces activités. Compte tenu de cette exigence, les projets de principe qui viennent d'être adoptés offrent un ensemble cohérent et pertinent. Aucun État soucieux de préserver sa position sur le plan international n'aurait l'idée de les négliger et en ce sens, ils représentent un progrès considérable. Bien entendu, il serait hautement souhaitable que ces principes soient renforcés et qu'ils revêtent la forme d'une convention qui serait universellement adoptée, mais la situation actuelle est largement préférable à celle que représenterait une convention qui recueillerait l'adhésion d'une poignée d'États. Il ne faut pas négliger l'influence que peut avoir une déclaration de ce type formulée par un organe tel que la Commission du droit international.

37. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) remercie les membres de la Commission et, en particulier, les membres du Comité de rédaction et le Président de la Commission pour avoir permis d'achever cette «saga» à laquelle a donné lieu le sujet de la responsabilité internationale depuis qu'il a été inscrit à l'ordre du jour de la Commission, en 1978¹⁵⁷. Les difficultés théoriques que présentait le sujet, associées à la charge émotionnelle résultant d'incidents survenus au fil des ans dans le monde ont fait que, parfois, les moyens que supposait cet exercice semblaient dépassés. Pendant ce temps, la pratique des États continuait d'évoluer et différents types de mesures et d'instruments ont été adoptés. La complexité du sujet s'en est accrue. C'est pourquoi l'adoption des projets de principe représente un progrès considérable. Certes, la question de la forme est importante, mais elle peut encore être débattue à la Sixième Commission et, après tout, les États sont le mieux placés pour la trancher. Quant à la Commission, elle a enfin accompli sa tâche, qui consistait essentiellement à identifier tous les éléments qui permettraient de dégager des critères raisonnables en vue de garantir que les victimes de dommages transfrontières n'aient pas à supporter seules les pertes pouvant en découler, ce qui aurait pu se produire si les questions en jeu n'avaient pas été clarifiées. La Commission peut être fière du travail qu'elle a accompli et qui aura sans aucun doute une influence notable sur le comportement des États.

¹⁵⁶ *Annuaire... 1980*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/334 et Add.1 et 2, notamment p. 247, par. 13 à 15.

¹⁵⁷ *Annuaire... 1978*, vol. II (2^e partie), p. 167 à 169, document A/33/10, chap. VIII, sect. C, annexe.

38. Le PRÉSIDENT, remerciant le Rapporteur spécial et le félicitant pour son travail, son pragmatisme et son sens du devoir, se dit convaincu que la communauté des nations saura apprécier le résultat de cet effort.

La séance est levée à 11 h 30.

2883^e SÉANCE

Mardi 6 juin 2006, à 10 h 5

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Candioti, M. Chee, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Momtaz, M. Rodríguez Cedeño, M^{me} Xue, M. Yamada.

Les réserves aux traités¹⁵⁸ (A/CN.4/560, sect. G, A/CN.4/558 et Add.1 et 2¹⁵⁹, A/CN.4/572¹⁶⁰ et 574¹⁶¹, A/CN.4/L.685 et Corr.1)

[Point 7 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU COMITÉ DE RÉDACTION

1. M. MANSFIELD présente le rapport du Comité de rédaction sur le sujet intitulé «Les réserves aux traités» en raison de l'absence du Président du Comité de rédaction et du Rapporteur spécial pour le sujet, qui a exprimé son regret de ne pouvoir participer à la séance. Le rapport figure dans le document A/CN.4/L.685 et Corr.1. Aux deux réunions qu'il a consacrées au sujet, les 23 et 24 mai 2006, le Comité de rédaction a examiné cinq projets de directive qui lui avaient été renvoyés par la Commission réunie en plénière à sa cinquante-septième session¹⁶². Il a également réexaminé deux projets de directive qui avaient déjà été adoptés, en vue de revoir les termes qui y étaient employés à la lumière du débat que la Commission avait tenu sur le sujet en 2005¹⁶³. Les cinq projets de directive traitent de la validité substantielle des réserves. Le terme «validité», assez général, renvoie aux conditions de forme et de fond nécessaires à la formulation de réserves. Les directives se situent dans la troisième

¹⁵⁸ Pour le texte des projets de directive provisoirement adoptés à ce jour par la Commission, voir *Annuaire... 2005*, vol. II (2^e partie), p. 72, par. 437.

¹⁵⁹ *Annuaire... 2005*, vol. II (1^{re} partie). Pour la présentation et l'examen du dixième rapport du Rapporteur spécial, voir *Annuaire... 2005*, vol. I, 2854^e séance, p. 168 et 2856^e à 2859^e séances, p. 186 à 221, *Annuaire... 2005*, vol. II (2^e partie), p. 64 à 72, par. 333 à 436, et *infra* 2888^e à 2891^e séances.

¹⁶⁰ Reproduits dans *Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie).

¹⁶¹ *Idem.*

¹⁶² *Annuaire... 2005*, vol. II (2^e partie), p. 72, par. 435.

¹⁶³ *Ibid.*

partie du Guide de la pratique, qui aura l'intitulé général de «Validité des réserves». Pour distinguer entre la validité substantielle et la validité générale, le Comité de rédaction a décidé de désigner la première par le terme «validité matérielle». Il a estimé que l'emploi des termes «validité» et «validité matérielle» permettrait de clarifier une question fort débattue et contribuerait à accroître la cohérence et la précision du projet de directives. Les questions terminologiques en jeu et le choix du terme «validité» par la Commission seront analysés dans le commentaire.

2. Le projet de directive 3.1 se lit comme suit:

«3.1 Validité matérielle d'une réserve

«Un État ou une organisation internationale, au moment de signer, de ratifier, de confirmer formellement, d'accepter, d'approuver un traité ou d'y adhérer, peut formuler une réserve, à moins:

«a) que la réserve ne soit interdite par le traité;

«b) que le traité ne dispose que seules des réserves déterminées, parmi lesquelles ne figure pas la réserve en question, peuvent être faites;

«c) que, dans les cas autres que ceux visés aux alinéas a et b, la réserve ne soit incompatible avec l'objet et le but du traité.»

Ce projet de directive était initialement intitulé «Faculté de formuler une réserve». Il y a eu une longue discussion en plénière sur son titre et son contenu, ce dernier reproduisant fidèlement l'article 19 de la Convention de Vienne de 1986¹⁶⁴. Le Comité a examiné le texte très en détail, et bien qu'il ait été d'abord suggéré d'omettre le facteur temporel, puisqu'il figurait dans la définition donnée au projet de directive 1.1, il a finalement été décidé de le conserver. De fait, cet élément figure aussi dans l'article 19 de la Convention de Vienne de 1986.

3. Le projet de directive porte à présent le titre «Validité matérielle d'une réserve». Le Comité de rédaction en a envisagé plusieurs, inspirés des propositions qui avaient été faites en plénière et par le souhait d'aligner le titre de la directive sur celui de l'article 19 de la Convention de Vienne de 1986, qui est «Formulation des réserves». Il a été observé, cependant, qu'un titre similaire avait déjà été employé pour le projet de directive 2.1.3 (Formulation d'une réserve au plan international). En fin de compte, le Comité a choisi le titre actuel en tenant compte du fait que ce projet de directive serait le premier de la troisième partie consacrée à la validité des réserves. L'expression «validité matérielle d'une réserve» renvoie à l'aspect substantiel des réserves valides, tandis que le terme «validité» est plus générique et englobe à la fois les conditions de fond de la validité et celles de forme. Il est entendu que cette distinction sera également établie dans le commentaire du projet de directive.

4. Le projet de directive 3.1.1 se lit comme suit:

«3.1.1 Réserves expressément interdites par le traité

«Une réserve est expressément interdite par le traité si celui-ci contient une disposition particulière:

«- interdisant toute réserve;

«- interdisant des réserves à des dispositions spécifiées et si une réserve à l'une de ces dispositions a été formulée; ou

«- interdisant certaines catégories de réserves et si une réserve relevant d'une de ces catégories a été formulée.»

Le débat en plénière a permis de constater une divergence entre le chapeau du projet de directive et le reste du texte: l'expression générale «interdite par le traité», dans le chapeau, n'était pas tout à fait conforme aux deuxième et troisième alinéas («interdisant des réserves à des dispositions spécifiques»; «interdisant certaines catégories de réserves»)¹⁶⁵. Le Comité a considéré que l'ajout des membres de phrase «et si une réserve à l'une de ces dispositions a été formulée» et «et si une réserve relevant de l'une de ces catégories a été formulée», respectivement, assurerait une certaine cohérence entre le chapeau et le texte.

5. Le Comité a tenu une longue discussion sur l'emploi du mot «expressément» dans le titre et le texte de la directive. La question de l'interdiction «implicite» a été soulevée, et l'on a exprimé l'avis qu'une telle interdiction était propre à certains types de traités tels que les actes constitutifs d'organisations internationales et les conventions de l'OIT, bien qu'il ait été aussi observé que dans le deuxième cas, l'interdiction découlait plutôt de la pratique que des conventions elles-mêmes. Il a été remarqué que le critère de la compatibilité avec «l'objet et le but» convenait à toutes les catégories possibles d'interdiction des réserves, qu'elles soient expresses ou implicites. Le Comité de rédaction s'est par ailleurs demandé s'il serait utile d'élaborer une directive distincte portant sur les réserves aux actes constitutifs d'organisations internationales. Il a décidé que le commentaire du projet de directive 3.1.1 couvrirait cette catégorie, mais qu'il était souhaitable que le Rapporteur spécial élabore à cette fin un projet de directive qui serait présenté en plénière.

6. Le Comité a estimé que le mot «expressément» devait être conservé dans le titre et inclus dans la partie liminaire du projet de directive. Sa signification devait être expliquée dans le commentaire, de même que la possibilité d'une interdiction implicite des réserves. Les réserves formulées en dépit de leur interdiction implicite devraient satisfaire au critère de la compatibilité avec «l'objet et le but».

7. Le projet de directive 3.1.2 se lit comme suit:

«3.1.2 Définition des réserves déterminées

«Aux fins de la directive 3.1, l'expression “réserves déterminées” s'entend de réserves expressément

¹⁶⁴ Ibid., p. 69-70, par. 400 et 401.

¹⁶⁵ Ibid., p. 70, par. 402.

envisagées dans le traité à certaines dispositions du traité ou au traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers.»

La directive contient une définition générale de l'expression «réserves déterminées», qui figure à l'alinéa *b* de l'article 19 de la Convention de Vienne de 1986. Le libellé initial tentait de combiner une définition des réserves déterminées et celle des «réserves autorisées» décrites au paragraphe 1 de l'article 20 de la Convention de Vienne de 1986. Compte tenu du débat tenu en plénière, qui avait montré la nécessité de déterminer si le traité n'autorisait que certaines réserves particulières – et, dans l'affirmative, si une réserve formulée entraînait dans cette catégorie¹⁶⁶ – le Comité de rédaction a choisi une approche plus générale et globale. Les mots «autorisées par le traité» ont donc été remplacés par «envisagées dans le traité».

8. Il a également été observé que des réserves déterminées pouvaient être formulées, non seulement à certaines dispositions particulières, mais aussi au traité dans son ensemble. Il a donc été estimé qu'il pouvait être utile d'employer dans le projet de directive 3.1.2 les termes figurant dans le projet de directive 1.1.1 (Objet des réserves). Par ailleurs, les mots «devant répondre à des conditions spécifiées par le traité», inspirés de la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de la *Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République française [Mer d'Iroise]*, ont été jugés trop restrictifs et, en fin de compte, inutiles. La définition a été jugée suffisamment large pour inclure à la fois les réserves générales et les dispositions précisant en détail le contenu des réserves envisagées dans le traité. Cet aspect du projet de directive devra également être expliqué dans le commentaire.

9. Le projet de directive 3.1.3, initialement intitulé «Réserves implicitement autorisées par le traité», se lit comme suit:

«3.1.3 Validité des réserves non interdites par le traité

«Lorsque le traité interdit la formulation de certaines réserves, une réserve qui n'est pas interdite par le traité ne peut être formulée par un État ou une organisation internationale que si elle n'est pas incompatible avec l'objet et le but du traité.»

Il avait été proposé initialement sous une autre forme, dans laquelle il était combiné avec le projet de directive 3.1.4. Par souci de clarté, le Comité de rédaction a préféré écrire deux projets de directive distincts. Le projet de directive 3.1.3 couvre le cas des traités interdisant certaines réserves. Dans de tels cas, une réserve qui n'est pas interdite par le traité ne peut être formulée par un État ou une organisation internationale que si elle n'est pas incompatible avec l'objet et le but du traité. Le libellé de la dernière phrase de la directive a été légèrement modifié pour être aligné sur le projet de directive 3.1 et l'article 19 *c* de la Convention de Vienne de 1986. Le titre a été modifié et se lit à présent «Validité des réserves non interdites par le traité». Dans la version anglaise, comparé au terme anglais plus général «*validity*», le terme «*permissibility*» renvoie ici aux conditions de fond, par opposition à celles de forme, qu'une réserve doit remplir pour être effective,

en d'autres termes, à sa compatibilité avec l'objet et le but du traité.

10. Le projet de directive 3.1.4 se lit comme suit:

«3.1.4 Validité des réserves déterminées

«Lorsque le traité envisage la formulation des réserves déterminées sans en préciser le contenu, une réserve ne peut être formulée par un État ou une organisation internationale que si elle n'est pas incompatible avec l'objet et le but du traité.»

Il couvre la catégorie des réserves déterminées dont le contenu n'est pas précisé – par opposition aux réserves déterminées dont le contenu est défini avec exactitude dans le traité. En pareil cas, le critère de la compatibilité avec l'objet et le but du traité est de nouveau appliqué. Le libellé de la directive a été modifié pour refléter la définition des réserves déterminées figurant dans le projet de directive 3.1.2. Cependant, tandis que le projet de directive 3.1.2 contient une définition générale des réserves déterminées, le projet de directive 3.1.4 renvoie à une catégorie de réserves déterminées dont le contenu n'est pas précisé. Il est entendu que les réserves déterminées dont le contenu est défini avec exactitude dans le traité ne devront pas être soumises au critère de la compatibilité avec l'objet et le but du traité. Le Comité de rédaction a pensé qu'il était préférable de formuler cette conclusion dans le commentaire du projet de directive 3.1.4 plutôt que d'élaborer une directive spécifique à cet effet. Le titre français du projet de directive est «Validité des réserves déterminées». Dans les projets de directives 3.1.3 et 3.1.4, le terme «validité» doit être compris comme désignant la «validité matérielle». Étant donné que ces derniers mots figurent dans le titre du projet de directive 3.1, le Comité a jugé superflu de les répéter dans les projets de directives 3.1.3 et 3.1.4. Dans la version anglaise, le terme «*permissibility*» a été employé dans les deux projets de directive pour désigner les conditions de fond de la validité générale des réserves.

11. Bien qu'ils aient déjà été adoptés, les projets de directives 1.6 et 2.1.8 [2.1.7 *bis*] ont été renvoyés au Comité de rédaction afin qu'il puisse revenir sur le terme «licéité». Le Rapporteur spécial a préconisé l'emploi du terme «validité», plus neutre, et de nombreux membres de la Commission l'ont approuvé. Après une discussion approfondie, le Comité a conclu que le terme «validité» était le plus approprié pour un emploi général. Il englobe à la fois les conditions de forme pour la formulation de réserves et celles de fond, exposées dans la deuxième et la troisième parties, respectivement, du Guide de la pratique. Donc, dans le projet de directive 1.6, le terme «validité» remplace désormais le terme «licéité». Les conditions de forme ont trait aux questions de procédure, tandis que celles de fond sont principalement axées sur la compatibilité avec l'objet et le but du traité. Pour distinguer ces dernières, il convient d'employer l'expression «validité matérielle».

12. Le projet de directive 1.6 se lit comme suit:

«1.6 Portée des définitions

«Les définitions de déclarations unilatérales figurant dans le présent chapitre du Guide de la pratique sont sans préjudice de la validité et des effets de ces déclarations au regard des règles qui leur sont applicables.»

¹⁶⁶ Ibid., par. 404.

13. Dans le projet de directive 2.1.8, les mots «illicite/illécité» ont été remplacés par «non valide/non-validité». Les mots «les motifs de cette non-validité», rendus nécessaires par l'emploi du terme «non-validité», ont été ajoutés. Le projet de directive 2.1.8 [2.1.7 bis] se lit comme suit:

«2.1.8 *Procédure en cas de réserves manifestement non valides*

«Lorsqu'une réserve est manifestement non valide de l'avis du dépositaire, celui-ci attire l'attention de l'auteur de la réserve sur ce qui constitue, à son avis, les motifs de cette non-validité.

«Si l'auteur de la réserve maintient celle-ci, le dépositaire en communique le texte aux États et organisations internationales signataires ainsi qu'aux États contractants et organisations internationales contractantes et, le cas échéant, à l'organe compétent de l'organisation internationale en cause, en indiquant la nature des problèmes juridiques posés par la réserve.»

14. Le Comité de rédaction recommande à la Commission d'adopter les cinq projets de directive qui lui ont été soumis ainsi que les modifications apportées aux deux projets de directive qu'elle avait déjà adoptés.

15. Le PRÉSIDENT invite la Commission à adopter les projets de directive figurant dans le document A/CN.4/L.685.

Projet de directive 3.1

Le projet de directive 3.1 est adopté.

Projet de directive 3.1.1

16. M. MOMTAZ propose d'insérer les lettres *a*, *b* et *c* au début des alinéas, comme dans le projet de directive 3.1.

17. M. MANSFIELD appuie cette proposition.

Le projet de directive 3.1.1, ainsi modifié, est adopté.

Projets de directives 3.1.2, 3.1.3 et 3.1.4

Les projets de directives 3.1.2, 3.1.3 et 3.1.4 sont adoptés.

Projets de directives 1.6 et 2.1.8 [2.1.7 bis]

Les projets de directives 1.6 et 2.1.8 [2.1.7 bis], tels qu'ils ont été révisés, sont adoptés.

La séance est levée à 10 h 35.

2884^e SÉANCE

Jeudi 8 juin 2006, à 10 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Candioti, M. Chee, M. Daoudi, M. Economides, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Mansfield, M. Matheson, M. Momtaz, M. Rodríguez Cedeño, M^{me} Xue, M. Yamada.

Responsabilité des organisations internationales (suite*) [A/CN.4/560, sect. C, A/CN.4/564 et Add.1 et 2, A/CN.4/568 et Add.1, A/CN.4/L.687, Add.1 et Corr.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU COMITÉ DE RÉDACTION

1. Le PRÉSIDENT, en l'absence de M. Kolodkin, Président du Comité de rédaction, invite M. Mansfield à présenter le rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.687).

2. M. MANSFIELD dit que le Comité de rédaction a consacré trois séances à l'examen des projets d'articles 17 à 24 sur les circonstances excluant l'illicéité que la Commission lui avait renvoyés à sa 2879^e séance plénière. Il remercie M. Gaja, Rapporteur spécial, de ses explications et propositions qui ont facilité les travaux du Comité ainsi que les membres du Comité de rédaction pour leur coopération et leurs précieuses contributions.

3. Les projets d'articles 17 à 24 constituent le chapitre V, intitulé «Circonstances excluant l'illicéité», du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales. Ils n'ont pas suscité de préoccupations particulières lors de leur examen en séance plénière. Si certains membres ont été d'avis de supprimer certaines dispositions de ce chapitre car, faute de pratique correspondante de la part des organisations internationales sur laquelle s'appuyer, l'exercice leur semblait relever davantage de la législation que de la codification, la Commission est convenue de conserver tous les projets d'article et le Comité en a fait autant.

4. En ce qui concerne le projet d'article 17 (Consentement), qui correspond à l'article 20 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite¹⁶⁷, le texte qui est proposé dans le quatrième rapport du Rapporteur spécial a reçu un accueil favorable en séance plénière et le Comité l'a donc conservé tel quel. Deux questions en particulier ont été soulevées en séance plénière: la première avait trait à l'insertion, dans le projet d'article, d'un membre de phrase indiquant que le consentement à la commission d'un fait contraire au *jus cogens* ne devait pas être considéré comme valable. La deuxième était qu'il fallait prendre en compte, dans le cas des organisations internationales, des situations dans lesquelles le consentement peut être donné à une organisation internationale non pas par un État mais par une autre entité telle qu'un territoire ou une région autonome qui n'ont pas encore le statut d'État. De l'avis du Comité, la question de la validité du consentement devrait être traitée en termes généraux dans le commentaire, y compris la référence au projet d'article 23 sur le respect des normes impératives. Par contre, le commentaire ne devrait pas traiter des circonstances ou des conditions dans lesquelles le consentement peut être donné par d'autres entités que des États ou des organisations internationales, ni de la question de savoir ce qui serait considéré comme le consentement de l'État et la manière dont ce consentement devrait être

* Reprise des débats de la 2879^e séance.

¹⁶⁷ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 27.

exprimé, car ces questions dépassent le cadre de l'exercice en cours.

5. Pour ce qui est du projet d'article 18 (Légitime défense), qui correspond à l'article 21 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État¹⁶⁸, M. Mansfield rappelle qu'un certain nombre de questions ont été soulevées en séance plénière, à savoir s'il faudrait faire une distinction entre la légitime défense pour les États et la légitime défense pour les organisations internationales, si la notion de droit inhérent à la légitime défense ne s'applique qu'aux États, si la légitime défense devrait être limitée aux opérations de maintien de la paix et à l'administration de territoires, s'il faudrait faire une distinction entre la légitime défense et les actes commis par une force pour défendre le mandat de l'organisation, et s'il faut traiter la question de la légitime défense collective, lorsqu'un membre de l'organisation est attaqué. Comme la plupart des membres en séance plénière, le Comité a reconnu qu'il s'agit de questions épineuses, dont certaines se posent également dans le cadre de la responsabilité de l'État mais qui ne figurent pas dans le projet d'articles y relatif. L'idée selon laquelle seules les organisations qui déploient des forces ou administrent des territoires peuvent invoquer la légitime défense, qui ne peut être exposée facilement et clairement dans le corps du texte, devrait être explicitée dans le commentaire. Le Comité a estimé également qu'il faudrait maintenir autant que possible la cohérence entre les projets d'article à l'examen et ceux sur la responsabilité de l'État afin d'éviter toute répercussion involontaire sur l'interprétation de ces derniers. Il serait donc préférable d'évoquer ces différentes questions dans le commentaire, en exposant leur complexité et leur pertinence. On s'est également demandé, en séance plénière, si la licéité de la légitime défense devait être évaluée par rapport à sa «conformité avec la Charte des Nations Unies», exigence qui est énoncée dans la disposition correspondante du projet d'articles sur la responsabilité de l'État. Certains ont relevé avec inquiétude que les prescriptions de la Charte s'appliquaient aux États, et qu'il n'était pas normal de les étendre aux organisations internationales; ils n'ont pas, pour autant, contesté que les principes énoncés dans la Charte à propos de la légitime défense s'appliquent également, par analogie, aux organisations internationales. Le Comité a repris les termes de l'article 52 de la Convention de Vienne de 1969 qui renvoie aux «principes de droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies». Il n'a pas apporté d'autres modifications au texte proposé par le Rapporteur spécial.

6. Pour ce qui est du projet d'article 19 (Contre-mesures), le Comité propose de le laisser en blanc car il estime qu'à ce stade un texte simple et général sur les contre-mesures pourrait prêter à confusion. Dans le cas du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, les conditions dans lesquelles les contre-mesures excluent l'illicéité ont été énoncées en renvoyant au chapitre II de la troisième partie¹⁶⁹. Dans le cas à l'étude, les dispositions de fond sur les contre-mesures n'ont pas encore été examinées par la Commission et ne le seront que dans le contexte de la mise en œuvre de la responsabilité. À l'évidence, les

contre-mesures prises par des organisations internationales posent des questions spécifiques, notamment celle de savoir si les sanctions sont des contre-mesures ou s'il faut leur appliquer un régime différent, etc. Le Comité a estimé qu'il était peut-être prématuré de simplement présenter un texte sur les contre-mesures, sujet controversé, sans avoir auparavant examiné tous les aspects de la question afin d'offrir une image plus complète des paramètres en jeu. Il a également envisagé la possibilité de ne pas insérer de dispositions sur les contre-mesures et de demander l'avis des gouvernements, mais a jugé préférable d'interroger ces derniers lorsque les dispositions de fond sur les contre-mesures seraient en passe d'être examinées. Il a donc conclu que la meilleure solution était de conserver la place de cet article, afin de montrer clairement que des dispositions sur ce sujet seraient élaborées par la suite, et d'insérer une note de bas de page explicative.

7. M. Mansfield rappelle que le projet d'article 20 (Force majeure), qui correspond à l'article 23 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État¹⁷⁰, a été généralement accepté en séance plénière, le seul point problématique étant la mesure dans laquelle une organisation internationale peut faire de la détresse financière un cas de force majeure justifiant le non-respect de ses obligations. En effet, alors que le Rapporteur spécial a mentionné cette situation parmi les exemples de force majeure, le Comité a estimé que la détresse financière d'une organisation internationale pouvait être due à diverses raisons – mauvaise gestion, non-versement de leurs contributions par les États membres, dépenses non prévues, etc. – dont la plupart ne pouvaient être considérées comme des cas de force majeure. La détresse financière d'une organisation internationale ne constituait un cas de force majeure que dans des circonstances exceptionnelles. Le Comité est convenu que les conditions requises pour la force majeure qui s'appliquent aux États s'appliquent également aux organisations internationales, et qu'il n'y avait donc aucune raison de faire une différence entre les deux. Il est en outre convenu que, même si la détresse financière d'une organisation internationale pouvait parfois constituer un cas de force majeure, il n'était guère prudent de faire de cette situation un exemple type de cas de force majeure, même dans le commentaire, sous peine de prêter à confusion.

8. Le projet d'article 21 (Détresse), qui correspond à l'article 24 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État¹⁷¹, n'a guère suscité de questions en séance plénière. Le seul point controversé, à la fin du paragraphe 1, a porté sur la question de savoir si la situation de détresse peut être invoquée uniquement lorsque l'auteur doit «sauver sa propre vie ou celle de personnes qu'il a la charge de protéger». Cette exigence a été jugée trop restrictive car elle ne tient pas compte des situations dans lesquelles la vie de personnes que l'auteur n'a pas la charge de protéger est en danger et l'auteur est en mesure d'intervenir pour sauver ces personnes. Certains membres ont donc proposé que la Commission adopte un libellé plus souple. Il a également été proposé d'inclure le critère de la «relation spéciale», utilisé dans le commentaire du projet d'article 24 sur la responsabilité de l'État, qui

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ Ibid., projet d'article 22, p. 28.

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ Ibid., p. 84, par. 7.

permettrait d'élargir quelque peu le champ d'application, même si cela ne suffit pas pour couvrir d'autres situations. Le Comité a longuement débattu de cette question, conscient que, dans certaines situations, une organisation internationale pourrait intervenir pour sauver des personnes avec lesquelles elle n'a pas de relation spéciale. Ainsi, si des forces des Nations Unies se trouvaient dans une zone géographique donnée à laquelle est limité leur mandat, que se passerait-il si des incidents susceptibles d'entraîner des pertes civiles éclataient juste à côté de la zone en question et qu'elles étaient en mesure d'empêcher ces pertes? Leur intervention ne devrait-elle pas relever du champ de cette disposition? Le Comité a reconnu que cette question est très complexe et que des préoccupations d'ordre politique la sous-tendent, comme dans le contexte de la responsabilité de l'État. Sont également en jeu les questions bien plus larges de la responsabilité de protéger et de l'intervention humanitaire, qui ne peuvent être traitées dans le cadre du sujet à l'examen. Le Comité craignait également que toute modification de l'approche adoptée n'ait des répercussions involontaires sur l'article correspondant du projet d'articles sur la responsabilité de l'État. Il a en outre estimé qu'il n'est pas toujours facile de distinguer entre la détresse et l'état de nécessité, visé au projet d'article 22, qui peut très bien s'appliquer dans des situations particulières telle que celle mentionnée ci-dessus. Il a donc décidé de conserver le texte proposé par le Rapporteur spécial, par souci de cohérence avec l'article correspondant du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, et de traiter cette question dans le commentaire, en indiquant en particulier que la rédaction risque d'être jugée trop restrictive.

9. Pour ce qui est du projet d'article 22 (État de nécessité), qui correspond à l'article 25 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, la Commission s'est interrogée sur le champ d'application de ce projet car dans la pratique des organisations ont parfois invoqué l'état de nécessité, notamment la nécessité opérationnelle, ou pour justifier l'accès à des données confidentielles. De l'avis général, les organisations internationales devraient pouvoir invoquer l'état de nécessité, à condition toutefois que ce droit soit soigneusement circonscrit. La plupart des questions ont porté sur l'alinéa *a* du paragraphe 1. Dans le contexte de la responsabilité de l'État, le fait pour lequel l'état de nécessité est invoqué doit constituer «le seul moyen pour l'État de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent»¹⁷². Le Rapporteur spécial a modifié ce texte pour l'adapter aux organisations internationales et l'a limité au «seul moyen [pour l'organisation] de protéger contre un péril grave et imminent un intérêt essentiel (...) que l'organisation (...) a pour fonction de protéger». Cette rédaction soulève la question de la signification de l'expression «intérêt essentiel» et celle de savoir si l'intérêt essentiel d'un État membre ou d'une organisation membre est également visé. Le Comité a estimé qu'il fallait limiter la portée de l'expression «intérêt essentiel», en fixant un seuil élevé. Pour exprimer la situation exceptionnelle dans laquelle une organisation internationale peut invoquer l'état de nécessité, le Comité a remanié l'alinéa *a* du paragraphe 1 du texte proposé par le Rapporteur spécial

afin d'y faire apparaître plus clairement deux éléments: d'abord, l'intérêt essentiel serait uniquement celui «de la communauté internationale dans son ensemble», ce qui exclurait les intérêts particuliers de l'organisation elle-même. Le Comité a envisagé de lier «l'intérêt essentiel» à l'acte constitutif de l'organisation ou à sa fonction de protéger puis a rejeté ces options au motif que ni l'une ni l'autre ne semblaient compatibles avec l'idée que «l'intérêt essentiel», dans le contexte de ce projet d'article, doit être un intérêt supérieur de la communauté internationale dans son ensemble. Or, l'acte constitutif d'une organisation internationale peut comprendre des objectifs qui n'atteignent pas tous le seuil fixé dans la disposition à l'examen. Le même raisonnement s'appliquerait à un mandat particulier qui pourrait être confié à une organisation internationale par ses membres.

10. Le Comité est cependant convenu qu'il doit exister un cadre juridique permettant à une organisation internationale d'affirmer licitement qu'elle était autorisée à agir pour protéger un intérêt essentiel, afin d'empêcher toute organisation d'invoquer la protection d'un intérêt essentiel de la communauté internationale même si cette protection ne relève pas de sa compétence ou de ses fonctions. Pour combler ce vide, le Comité a inséré une référence au «droit international», de sorte que l'alinéa *a* vise un intérêt essentiel de la communauté internationale dans son ensemble que l'organisation, «conformément au droit international, a pour fonction de protéger». Certains ont craint que ce libellé ne place la barre trop haut et n'empêche les organisations régionales ou les organisations dont la composition n'est pas universelle d'invoquer l'état de nécessité pour protéger un intérêt essentiel de leurs membres. Le Comité, estimant qu'un libellé visant ce type de situations élargirait trop la disposition et favoriserait les abus, a jugé préférable de limiter le champ d'application de cette disposition et de ne pas inclure l'intérêt essentiel d'un État membre ou d'une organisation membre parmi les raisons qu'une organisation internationale peut avoir d'invoquer l'état de nécessité. Cependant, il sera précisé dans le commentaire qu'il n'est pas interdit aux États membres de protéger leurs intérêts essentiels en coopération avec l'organisation internationale.

11. L'alinéa *b* du paragraphe 1 restreint encore la possibilité d'invoquer l'état de nécessité et reconnaît qu'il peut exister des intérêts essentiels concurrents dont le poids relatif doit être évalué. Le fait de l'organisation internationale, même s'il vise à protéger contre un péril grave et imminent un intérêt essentiel de la communauté internationale dans son ensemble, ne doit donc pas porter gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'État ou des États à l'égard desquels l'obligation existe, ou de la communauté internationale dans son ensemble. On s'est demandé s'il fallait conserver dans cet alinéa les termes «la communauté internationale dans son ensemble», car il peut sembler illogique de dire que tout fait visant à protéger un «intérêt essentiel de la communauté internationale dans son ensemble», comme l'énonce l'alinéa *a*, ne doit pas porter atteinte à «un intérêt essentiel de la communauté internationale dans son ensemble», conformément à l'alinéa *b*. Le Comité a cependant conclu que la communauté internationale dans son ensemble n'a pas qu'un seul intérêt essentiel

¹⁷² Ibid., p. 28.

et qu'il importe de veiller à ce que la protection d'un de ces intérêts essentiels ne porte pas gravement atteinte à un autre intérêt essentiel.

12. M. Mansfield, rappelant que la Commission s'est demandé si cette disposition devait également faire référence à l'intérêt essentiel d'une autre organisation internationale, dit que le Comité a écarté cette option. Étant donné que l'intérêt essentiel d'une organisation internationale ne permet pas d'invoquer l'état de nécessité en vertu de l'alinéa *a* du paragraphe 1, il n'est pas logique de l'insérer à l'alinéa *b* pour imposer une restriction supplémentaire. Le paragraphe 2 correspond au paragraphe 2 de l'article 25 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État¹⁷³ et énonce les deux restrictions à l'invocation de l'état de nécessité. Le Comité n'a pas modifié le texte proposé par le Rapporteur spécial.

13. En séance plénière, la Commission a dans l'ensemble appuyé le projet d'article 23 (Respect de normes impératives), qui correspond à l'article 26 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État¹⁷⁴, même si certains se sont interrogés sur l'applicabilité de normes impératives à des organisations internationales, mais le Comité a décidé de conserver le projet d'article. Étant donné que la question des normes impératives soulève des problèmes difficiles qui ne peuvent être réglés dans le texte d'une disposition, il a jugé plus judicieux de la traiter en termes généraux à la fois dans le texte du projet d'article et dans le commentaire.

14. Quant au projet d'article 24 (Conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité), qui correspond à l'article 27 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État¹⁷⁵ et constitue une clause sans préjudice, il a été en général appuyé en séance plénière. Certains ont fait observer que cette disposition devrait traiter plus largement de l'indemnisation. Le Comité a estimé, par souci de cohérence avec les projets d'article sur la responsabilité de l'État, qu'il était préférable de conserver sans le modifier le texte proposé par le Rapporteur spécial. Il a également été proposé de remplacer, à la fin de l'alinéa *a*, les mots «n'existe plus» par «n'existe pas». Le Comité a admis que la deuxième formule était plus exacte car la première contenait un élément temporel inutilement restrictif mais, par souci de cohérence avec le projet d'articles sur la responsabilité de l'État, il a décidé de conserver le texte d'origine et de traiter ce point particulier dans le commentaire.

15. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le chapitre V du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales (Circonstances excluant l'illicéité) [A/CN.4/L.687], article par article.

Article 17 (Consentement)

Le projet d'article 17 est adopté.

Article 18 (Légitime défense)

Le projet d'article 18 est adopté.

Article 19 (Contre-mesures)

Le projet d'article 19 est adopté.

Article 20 (Force majeure)

Le projet d'article 20 est adopté.

Article 21 (Détresse)

Le projet d'article 21 est adopté.

Article 22 (État de nécessité)

Le projet d'article 22 est adopté.

Article 23 (Respect de normes impératives)

Le projet d'article 23 est adopté.

Article 24 (Conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité)

Le projet d'article 24 est adopté.

La séance est levée à 10 h 50.

2885^e SÉANCE

Vendredi 9 juin 2006, à 10 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Candioti, M. Chee, M. Daoudi, M. Economides, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Mansfield, M. Matheson, M. Momtaz, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M^{me} Xue, M. Yamada.

Ressources naturelles partagées (suite*) [A/CN.4/560, sect. A, A/CN.4/L.683 et A/CN.4/L.688 et Corr.1]

[Point 5 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU COMITÉ DE RÉDACTION

1. M. MANSFIELD, présentant le rapport du Comité de rédaction sur les ressources naturelles partagées (A/CN.4/L.688 et Corr.1) au nom du Président du Comité, M. Kolodkin, dit que le Comité a achevé, en première lecture, un ensemble de 19 projets d'article sur le droit des aquifères transfrontières. À sa 2879^e séance, le 19 mai 2006, la Commission a renvoyé au Comité de rédaction les projets d'article figurant dans l'annexe au rapport du Groupe de travail sur les ressources naturelles partagées (A/CN.4/L.683). Le Comité de rédaction a examiné les projets d'article à cinq séances, le 31 mai et les 1^{er}, 2, 3 et 7 juin 2006.

¹⁷³ Ibid.

¹⁷⁴ Ibid.

¹⁷⁵ Ibid.

* Reprise des débats de la 2879^e séance.

2. M. Mansfield rend hommage au Rapporteur spécial, dont la maîtrise du sujet, la persévérance et l'esprit positif ont grandement facilité la tâche du Comité. Il exprime également ses remerciements au Groupe de travail sur les ressources naturelles partagées, dont le travail remarquable a permis au Comité d'adopter plusieurs projets d'article sans aucune modification. La Commission a également bénéficié des conseils précieux fournis par des experts en eaux souterraines de l'UNESCO et de l'Association internationale des hydrogéologues.

3. Le projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières comprend cinq parties. Il est structuré de telle manière que certains projets d'article traitent des obligations des États de l'aquifère vis-à-vis des autres États de l'aquifère, d'autres des obligations des États autres que les États de l'aquifère, et d'autres encore des obligations des États de l'aquifère vis-à-vis des États tiers. Chaque fois qu'il convient, le numéro du projet d'article placé entre crochets correspond à celui du projet d'article proposé par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport¹⁷⁶.

4. La première partie, intitulée «Introduction», comprend les projets d'articles 1 (Champ d'application) et 2 (Emploi des termes). Le Comité a conservé le projet d'article premier tel que l'avait formulé le Groupe de travail, bien qu'il en ait raccourci le titre en supprimant les mots «du présent projet d'articles». Ces projets d'article envisagent trois catégories d'activité: a) l'utilisation; b) d'autres activités, telles que l'agriculture ou la construction, réalisées au-dessus ou au-dessous de la surface, qui risquent ou sont susceptibles d'avoir un impact sur un aquifère ou un système aquifère; et c) les mesures de protection, de préservation et de gestion de ces activités. Les alinéas a et c de l'article premier sont semblables à l'article premier de la Convention de 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, qui constitue le principal modèle du projet d'articles. Les activités mentionnées à l'alinéa b représentent un ajout important en ce sens qu'il doit y avoir une relation causale entre ces activités et leurs effets sur l'aquifère ou le système aquifère. Le mot «impact», à l'alinéa b, sera expliqué dans le commentaire.

5. Le projet d'article 2 définit sept termes employés dans le projet d'articles. Le texte utilise délibérément un langage technique, puisqu'il est destiné à des scientifiques et des administrateurs de la gestion de l'eau. À l'exception de quelques améliorations de style à l'alinéa g, il correspond au texte établi par le Groupe de travail.

6. Le terme «aquifère», à l'alinéa a, est techniquement plus précis qu'«eaux souterraines», expression employée par le Rapporteur spécial dans ses textes précédents. Il signifie «contenant de l'eau», mais la tautologie apparente dans la définition est intentionnelle et vise à souligner la différence entre les aquifères et d'autres formations géologiques souterraines contenant du pétrole ou du gaz, qui pourraient être abordées par la Commission dans le cadre de son examen du sujet. La référence à une

«formation géologique souterraine» souligne le fait que les aquifères se situent au-dessous de la surface du sol.

7. Le projet d'articles couvre à la fois les aquifères et les systèmes aquifères. Ces derniers sont définis à l'alinéa b comme une série de deux aquifères ou plus qui sont hydrauliquement reliés. Les aquifères situés dans un système hydrauliquement relié n'ont pas nécessairement les mêmes caractéristiques; on peut trouver en fait dans un seul système des aquifères de formations géologiques différentes. C'est pourquoi le mot «série» a été choisi au lieu d'«ensemble», comme cela avait été suggéré lors des discussions au Comité. La signification de l'expression «hydrauliquement reliés» sera indiquée dans le commentaire.

8. Le projet d'articles s'applique uniquement aux aquifères ou systèmes aquifères transfrontières, en d'autres termes aux aquifères ou systèmes aquifères dont une partie est située sur le territoire d'un État différent qui, aux fins du projet d'articles, est un État de l'aquifère. Les termes «aquifère transfrontière» et «État de l'aquifère» sont définis aux alinéas c et d, respectivement.

9. Le projet d'articles couvre à la fois les aquifères alimentés et les aquifères non alimentés. Étant donné que le projet d'article 4 fait spécifiquement référence à un aquifère alimenté, le terme a été défini à l'alinéa e comme désignant un aquifère qui reçoit un volume non négligeable d'eau contemporaine. Les expressions «non négligeable» et «eau contemporaine» ont une signification technique particulière qui sera expliquée dans le commentaire.

10. Chaque aquifère ou système aquifère a une «zone de réalimentation» – par exemple, une aire de réception, et une «zone de déversement» telle qu'un cours d'eau, un lac, une oasis, une zone humide ou un océan. Ces zones qui sont définies aux alinéas f et g font l'objet de mesures particulières et d'arrangements de coopération au titre du projet d'articles. Une légère modification de style a été apportée à l'alinéa g, dans lequel chaque exemple est à présent précédé d'un article indéfini et où la conjonction «et» a été remplacée par «ou».

11. La deuxième partie, qui traite des principes généraux, comprend les projets d'articles 3 à 8. Le Comité de rédaction a apporté quelques modifications au projet d'article 3 (Souveraineté des États de l'aquifère). Au cours du débat en plénière, certains membres ont relevé qu'il était nécessaire de garder à l'esprit les principes de la souveraineté territoriale et de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, se référant en particulier à la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale. Le projet d'article reflète la proposition tendant à ce qu'un État de l'aquifère soit souverain sur la portion d'un aquifère ou d'un système aquifère transfrontière se trouvant sur son territoire. On a préféré parler de «territoire» plutôt que de «compétence territoriale», par souci de clarté et pour assurer une certaine cohérence à l'intérieur du projet d'articles et entre celui-ci et la Convention de 1997. Il est entendu que la souveraineté n'est pas absolue. Les deux phrases du projet d'article 3 visent à établir un équilibre en réaffirmant d'abord le principe et en précisant ensuite comment il doit être appliqué aux fins du projet d'articles.

¹⁷⁶ *Annuaire...* 2005, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/551 et Add.1.

12. Le Comité s'est demandé s'il fallait fusionner les deux phrases ou nuancer davantage la seconde par une référence au droit international. Finalement, il a conservé les deux phrases, mais en remplaçant les mots «cette souveraineté» par «sa souveraineté». Étant donné que le projet d'articles ne couvre pas toutes les limites imposées par le droit international à l'exercice de la souveraineté, le commentaire expliquera que ce projet d'article devra être interprété et appliqué à la lumière du droit international général.

13. Le projet d'article 4 (Utilisation équitable et raisonnable) a été examiné en détail en vue de déterminer s'il était possible d'éviter des chevauchements apparents entre cet article et l'article 5, si les notions d'utilisation équitable et d'utilisation raisonnable pouvaient être aisément séparées, en particulier alors qu'aucune séparation de cet ordre n'était envisagée au projet d'article 5, et enfin si, étant donné qu'il était difficile de définir l'équité, le libellé «les avantages tirés de cette utilisation soient équitablement répartis entre les États de l'aquifère concernés», proposé par le Rapporteur spécial au paragraphe 18 de son troisième rapport¹⁷⁷, était suffisamment précis pour exprimer la signification qu'on entendait lui donner.

14. Après avoir examiné plusieurs propositions et suggestions, le Comité a décidé de considérer les projets d'articles 4 et 5 comme des articles distincts, l'un énonçant le principe général et l'autre les facteurs de sa mise en œuvre. Il a décidé en outre de traiter de l'utilisation équitable et raisonnable dans le même projet d'article bien que ces deux concepts, quoique étroitement liés, soient différents. En conséquence, la formule liminaire dispose que les États de l'aquifère doivent utiliser un aquifère ou un système aquifère transfrontière selon le principe de l'utilisation équitable et raisonnable: c'est le principe fondamental qui, du point de vue pratique, a un certain nombre d'incidences pour les États de l'aquifère. Étant donné que le projet d'articles traite des aquifères ou des systèmes aquifères partagés, il importe que les intérêts de tous les États de l'aquifère concernés par son utilisation soient pris en compte. C'est pourquoi l'alinéa *a* du projet d'article 4 dispose que ces États «utilisent l'aquifère ou le système aquifère d'une façon qui soit compatible avec une répartition équitable et raisonnable entre les États de l'aquifère concernés des avantages en découlant». Cet alinéa remplace la disposition antérieure qui, en indiquant que «les avantages tirés de cette utilisation [devaient] être équitablement répartis entre les États de l'aquifère concernés», semblait être axée sur les avantages découlant de l'utilisation plutôt que sur l'utilisation elle-même, qu'elle soit présente ou future. Il est entendu qu'«équitable» n'est pas synonyme d'«égal».

15. Lorsqu'il est appliqué aux aquifères, le principe de l'utilisation durable n'a pas la même connotation que lorsqu'il est appliqué aux ressources renouvelables. Dans le cas des aquifères, il s'agit de maximiser les avantages qui seront tirés sur le long terme de l'utilisation de l'eau contenue dans l'aquifère ou le système aquifère. À cette fin, les États concernés établissent, individuellement ou conjointement, un plan global d'utilisation qui tient

compte des besoins présents et futurs en eau et des autres ressources possibles en eau. Ces critères, qui étaient initialement envisagés ensemble, sont à présent énoncés séparément, aux alinéas *b* et *c*. Les mots «individuellement ou conjointement» à l'alinéa *c* ont été ajoutés pour souligner l'importance d'un plan global préalable, tout en indiquant qu'un tel plan ne doit pas nécessairement avoir été élaboré en commun par les États de l'aquifère concernés.

16. L'alinéa *d* concerne les aquifères alimentés. Étant donné qu'un aquifère alimenté peut l'être naturellement ou artificiellement, il est essentiel qu'en tant que réservoir contenant de l'eau il maintienne certaines qualités et caractéristiques physiques. C'est pourquoi l'alinéa *d* dispose que les niveaux d'utilisation ne doivent pas empêcher l'aquifère ou le système aquifère de continuer à fonctionner effectivement. Cela ne signifie pas, toutefois, que le niveau d'utilisation doit nécessairement être limité au niveau de l'alimentation. Cet aspect ainsi que d'autres notions telles qu'«avantages sur le long terme» et «durée de vie convenue de l'aquifère ou du système aquifère», qui figuraient dans des textes antérieurs et qui sont implicites dans l'expression «établissent un plan global d'utilisation», seront expliqués dans le commentaire.

17. Un certain nombre de modifications ont été apportées au projet d'article 5 (Facteurs pertinents pour une utilisation équitable et raisonnable). Premièrement, les mots «et circonstances», au paragraphe 1, ont été supprimés par souci d'économie, étant entendu que les «circonstances» étaient incluses dans les «facteurs». Les facteurs mentionnés dans le projet d'article seront examinés dans le contexte des circonstances particulières entourant chaque cas.

18. La liste des facteurs figurant au paragraphe 1 n'est pas exhaustive. Elle a été réorganisée, non pas pour établir certaines priorités, mais par souci de cohérence et de logique. Cependant, comme cela est indiqué au paragraphe 2, pour évaluer les différentes utilisations d'un aquifère ou système aquifère les unes par rapport aux autres, il doit être spécialement tenu compte des besoins humains vitaux.

19. Deuxièmement, l'alinéa *b* du paragraphe 1 a été remanié pour se lire comme suit: «Les besoins économiques, sociaux et autres, présents et futurs, des États de l'aquifère concernés». Il s'agissait notamment d'aligner le texte sur certaines parties du projet d'article 4, à savoir les «besoins présents et futurs en eau» évoqués à l'alinéa *c*.

20. Troisièmement, à l'alinéa *i*, le mot «place» a été remplacé par «rôle» pour mieux rendre l'idée des fonctions attendues d'un aquifère ou d'un système aquifère dans l'écosystème correspondant. Ce pourrait être une considération importante lorsqu'un aquifère ou un système aquifère est situé dans une région aride.

21. Quatrièmement, au paragraphe 2, les mots «pour l'aquifère ou le système aquifère transfrontières» ont été ajoutés pour plus de précision.

¹⁷⁷ Ibid.

22. Les «caractéristiques naturelles» mentionnées à l'alinéa *c* du paragraphe 1, les éléments liés à la viabilité et aux coûts susceptibles d'affecter l'existence d'autres solutions, auxquelles il est fait référence à l'alinéa *g*, et le terme «écosystème» à l'alinéa *i*, qui désigne les écosystèmes à l'intérieur et à l'extérieur de l'aquifère, seront expliqués plus en détail dans le commentaire.

23. Le projet d'article 6 (Obligation de ne pas causer de dommage significatif aux autres États de l'aquifère) évoque la question des dommages découlant de l'utilisation ou d'activités autres que l'utilisation visées au projet d'article premier ainsi que les questions liées à l'élimination et à l'atténuation de tout dommage significatif survenu bien que la diligence voulue ait été exercée pour le prévenir. Ces points sont couverts aux paragraphes 1, 2 et 3 respectivement. Le Comité de rédaction n'a apporté aucune modification au texte du projet d'article, mais il a ajouté l'adjectif «significatif» au titre pour aligner celui-ci sur le corps du texte.

24. Contrairement à l'article 7 de la Convention de 1997, le projet d'article 6 ne traite pas la question de l'indemnisation dans les situations où un dommage est survenu malgré les efforts accomplis pour l'éliminer ou l'atténuer. Il est entendu que cette question serait régie par d'autres règles du droit international, notamment celles qui ont trait à la responsabilité (*liability*), et qu'il n'est donc pas nécessaire de l'aborder spécifiquement dans le projet d'articles.

25. Le commentaire du projet d'article 6 expliquera que cet article vise à couvrir les activités entreprises par un État sur son propre territoire et soulignera le caractère relatif du seuil de «dommage significatif». Il expliquera également que le mot «activités», au paragraphe 3, désigne à la fois l'«utilisation» et les «autres activités» mentionnées aux paragraphes 1 et 2.

26. Le projet d'article 7 (Obligation générale de coopérer) a été légèrement modifié par le Comité de rédaction. Par souci de clarté, les mots «l'» ou «du», au paragraphe 1, ont été remplacés par «leur». On s'est également demandé si l'adjectif «générale» était nécessaire dans le titre. La disposition revêt une certaine importance pour les arrangements relatifs aux ressources naturelles partagées, et elle fournit un cadre pour l'application des autres dispositions relatives aux formes spécifiques de coopération, telles que les échanges réguliers de données et d'informations ainsi que la coopération pour la protection, la préservation et la gestion. C'est en partie pour cette raison que le mot «générale» a été conservé dans le titre.

27. Le commentaire indiquera quels types de mécanismes sont envisagés au paragraphe 2 et appellera l'attention sur la nécessité de tenir compte de l'expérience d'autres mécanismes et commissions conjoints existant dans diverses régions.

28. Le paragraphe 2 du projet d'article 8 (Échange régulier de données et informations) a été modifié. Pour rendre l'article plus clair, la longue phrase qui constituait auparavant ce paragraphe a été divisée en trois. Un échange régulier de données et d'informations

aisément disponibles constitue la première étape des arrangements en matière de coopération prévus au titre du projet d'articles. Le projet d'article 8 énonce donc des obligations générales, minimales et supplétives. Lorsque les connaissances concernant la nature et l'étendue de certains aquifères ou systèmes aquifères seront insuffisantes, les États devront s'employer au mieux de leurs moyens à collecter et à produire des données complètes, et la coopération entre les États de l'aquifère devra être renforcée. Le commentaire clarifiera les termes scientifiques utilisés dans le membre de phrase suivant: «géologique, hydrogéologique, hydrologique, météorologique et écologique et celles concernant l'hydrochimie de l'aquifère ou du système aquifère». La «production» de données comprendra la transformation de données brutes en des informations utilisables.

29. La troisième partie du projet d'articles, intitulée «Protection, préservation et gestion», comprend les projets d'articles 9 à 13. L'article 9 (Protection et préservation des écosystèmes) a été légèrement modifié afin d'en clarifier le texte et d'en corriger la syntaxe. Les mots «de mesures» ont été insérés entre les mots «notamment» et «pour», et le mot «soient» a été employé pour renvoyer à «la qualité et la quantité de l'eau». Les obligations des États de l'aquifère, en vertu de l'article 9, ont été limitées à prendre «toutes les mesures appropriées pour protéger et préserver les écosystèmes», notamment la qualité et la quantité de l'eau qui est contenue dans l'aquifère ou le système aquifère ainsi que celle qui s'écoule dans les zones de déversement. Le commentaire expliquera ce que signifie un écosystème situé à l'intérieur ou tributaire d'un aquifère.

30. Au paragraphe 2 de l'article 10 (Zones de réalimentation et de déversement), dans la version anglaise, le Comité a remplacé le mot «*for*» par «*with regard to*» afin de clarifier le texte. Le projet d'article couvre deux types d'obligations qui visent le même objectif, c'est-à-dire protéger les zones de réalimentation ou de déversement d'activités susceptibles d'avoir un impact négatif sur l'aquifère ou le système aquifère. Le paragraphe 1 concerne le devoir qu'ont les États de l'aquifère de prendre des mesures spéciales pour réduire les conséquences préjudiciables sur ces zones, qui sont définies au projet d'article 2.

31. Le paragraphe 2 s'adresse à tous les États sur le territoire desquels une zone de réalimentation ou de déversement est située. Ces États ont le devoir de coopérer avec les États de l'aquifère pour protéger l'aquifère ou le système aquifère, devoir qui complète l'obligation générale de coopérer, qui incombe aux États de l'aquifère et qui est énoncée au projet d'article 7.

32. Le Comité a apporté certaines modifications à la dernière phrase du projet d'article 11 (Prévention, réduction et maîtrise de la pollution) afin de rendre, non seulement l'incertitude causée par le manque de connaissances concernant la nature et l'étendue des aquifères ou systèmes aquifères, mais aussi la vulnérabilité des aquifères à la pollution. Dans la version anglaise, les mots «*in view of*» plutôt que «*in the light of*» contribueront à mieux exprimer la signification que l'on comptait donner à la phrase. L'attitude prudente

s'applique à toute une série d'activités, y compris la réalimentation d'un aquifère ou d'un système aquifère, en particulier lorsqu'elle est artificielle.

33. Le Comité n'a apporté aucune modification au projet d'article 12 (Surveillance). La disposition s'applique aux États de l'aquifère et annonce les dispositions relatives à la gestion figurant au projet d'article 13. Le paragraphe 1 énonce l'obligation générale de surveiller les aquifères ou systèmes aquifères transfrontières conjointement, autant que possible. Le paragraphe 2 traite des modalités et paramètres de cette surveillance.

34. Les aspects techniques de l'utilisation de normes et d'une méthodologie convenues et harmonisées en vue d'assurer la surveillance seront expliqués plus en détail dans le commentaire.

35. Le Comité n'a apporté aucune modification au projet d'article 13 (Gestion). L'établissement et la mise en œuvre de plans pour la gestion des aquifères et systèmes aquifères est une composante essentielle de la coopération internationale, de même que les consultations. Selon les experts en eaux souterraines, il est fortement souhaitable que les États de l'aquifère gèrent conjointement leurs ressources. Cependant, le projet d'article reconnaît également que dans la pratique il n'est pas toujours possible d'établir un mécanisme de ce type. Le commentaire indiquera que ces plans peuvent être établis et mis en œuvre individuellement ou conjointement.

36. La quatrième partie (Activités touchant d'autres États) ne contient que le projet d'article 14 (Activités projetées). Le Comité y a apporté une légère modification en remplaçant les mots «qui peut être en mesure de» par «pour», à la dernière phrase du paragraphe 3, afin de ne pas sembler suggérer qu'un organe d'enquête indépendant peut ne pas être impartial.

37. À la différence de la Convention de 1997, qui contient des dispositions détaillées sur les mesures projetées fondées sur la pratique des États, le projet d'article adopte une approche minimaliste en ce qui concerne les aquifères et systèmes aquifères. Il s'applique à tout État qui a des motifs raisonnables de penser qu'une activité projetée sur son territoire risque de porter atteinte à un aquifère ou système aquifère transfrontière et, partant, d'avoir des effets négatifs importants sur un autre État. L'évaluation, la notification en temps utile, les consultations et, si nécessaire, les négociations ou l'enquête indépendante font partie des moyens envisagés dans le projet d'article pour parvenir à une solution équitable d'un problème donné.

38. La cinquième partie (Dispositions diverses) contient les cinq derniers projets d'articles (15 à 19).

39. Le texte du projet d'article 15 (Coopération scientifique et technique avec les États en développement) est identique à celui qu'avait rédigé le Groupe de travail sur les ressources naturelles partagées. Il vise à mettre l'accent sur la coopération plutôt que sur l'assistance. Dans la première phrase du chapeau, les États sont priés de promouvoir la coopération dans les domaines de la science, de l'éducation, de la technique et dans

d'autres domaines en vue de la protection des aquifères ou systèmes aquifères transfrontières. Les activités ne doivent pas nécessairement être cumulées et la liste n'est pas exhaustive. Les États ne sont pas tenus de coopérer dans tous ces domaines et ils sont autorisés à choisir leurs modalités de coopération. Le commentaire précisera que les types de coopération énumérés dans le projet d'article ne représentent que quelques-uns des moyens par lesquels les États peuvent s'acquitter de l'obligation de promouvoir la coopération dans les domaines visés par le projet d'article.

40. Le Comité de rédaction a apporté plusieurs modifications au projet d'article 16 (Situations d'urgence). Les paragraphes ont été réorganisés: l'ordre des paragraphes 2 et 3 a été inversé, et l'ancien paragraphe 3 a été condensé et comprend désormais les alinéas *a* et *b* du paragraphe 2.

41. Au paragraphe 1, dans la version anglaise, les mots «*the present draft article*» ont été utilisés par souci de cohérence plutôt que «*this draft article*» et, dans la dernière partie de la phrase, les mots «un dommage grave aux États de l'aquifère ou à d'autres États» ont été employés plutôt que «de dommage significatif aux autres États de l'aquifère». À l'alinéa *a* du paragraphe 2, les mots «tout État sur le territoire duquel survient une situation d'urgence» ont été employés pour préciser quel État est tenu de prendre les mesures décrites aux sous-alinéas *i*) et *ii*). En outre, dans la version anglaise, l'article défini a été retenu pour qualifier «*State*» et «*emergency*».

42. Le paragraphe 3, ancien paragraphe 2, a été remanié en vue d'atténuer les éventuelles conséquences que pouvait avoir une clause dérogative, forme proposée à l'origine pour ce paragraphe. Sous sa forme actuelle, le paragraphe dispose que, par dérogation aux dispositions des projets d'articles 4 et 6, les États de l'aquifère peuvent prendre les mesures strictement nécessaires pour répondre aux besoins humains vitaux en cas d'urgence. La référence au projet d'article 5 a été supprimée afin d'éliminer toute contradiction apparente, étant donné que le paragraphe 2 du projet d'article 5 dispose qu'en évaluant les différentes utilisations il doit être spécialement tenu compte des besoins humains vitaux. Puisque les facteurs énumérés au projet d'article 5 doivent être pris en compte dans l'application du projet d'article 4, il est inutile de mentionner précisément les projets d'article comme cela avait été fait dans le texte original.

43. La notion de «situation d'urgence» est définie au paragraphe 1 comme une situation qui est brusquement provoquée et qui menace de façon imminente de causer un dommage grave aux États de l'aquifère ou à d'autres États. Le commentaire expliquera que le critère de soudaineté n'exclura pas les situations qui peuvent être prévues dans un bulletin météorologique. Les modalités de réponse à une situation d'urgence qui affecte un aquifère transfrontière sont énoncées au paragraphe 2. Il s'agit d'informer sans retard les États qui risquent d'être touchés et de coopérer avec eux, ainsi que d'assurer une coopération scientifique, technique, logistique et autre. Au paragraphe 3, la référence aux projets d'articles 4 et 6 s'entend sans préjudice de l'application au projet

d'articles des règles du droit international concernant les circonstances excluant l'illicéité.

44. Le Comité n'a apporté aucune modification au projet d'article 17 (Protection en période de conflit armé), qui réaffirme que, en temps de conflit armé, les principes et règles du droit international applicables aux conflits armés internationaux et non internationaux s'appliquent à la protection et à l'utilisation des aquifères transfrontières et des installations connexes. La Convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1907 et les deux Protocoles additionnels de 1977 aux Conventions de Genève de 1949 régissent la protection des ressources en eau et des ouvrages connexes ainsi que leur utilisation en période de conflit armé.

45. Le Comité de rédaction a modifié le titre du projet d'article 18 (Données et informations relatives à la défense ou à la sécurité nationales) en remplaçant «vitales pour» par «relatives à» dans le titre. Cette modification et le maintien d'«essentielle» au lieu de «vitale» dans le texte n'ont été décidés qu'après un vote non officiel. L'article 31 de la Convention de 1997 parle de «fournir des données ou des informations qui sont vitales pour sa défense ou sa sécurité nationales». Les deux dispositions ont une signification similaire.

46. L'inclusion du projet d'article 18 a suscité une controverse. Le commentaire indiquera qu'il y a eu désaccord sur la nécessité d'une telle disposition et d'une référence à la protection de secrets internationaux et de la propriété intellectuelle.

47. Le projet d'article 19 (Accords et arrangements bilatéraux et régionaux) est le dernier de l'ensemble et le Comité de rédaction a apporté un certain nombre de modifications au texte. Premièrement, le titre inclut à présent une référence aux «accords», et les mots «un accord ou» ou «accord ou» ont été ajoutés après chaque occurrence du mot «arrangement» pour indiquer le caractère contraignant de certaines des interactions envisagées entre les États de l'aquifère. Deuxièmement, étant donné que l'expression «État de l'aquifère» est définie au projet d'article 2, les mots «sur le territoire desquels se trouve l'aquifère ou le système aquifère», qui figurent déjà dans la définition en question, ont été supprimés.

48. Le projet d'article 19 encourage les États de l'aquifère à passer entre eux des accords ou arrangements bilatéraux ou régionaux pour les activités concernant leurs aquifères transfrontières. Néanmoins, ces arrangements ne doivent pas porter atteinte, de façon significative, à l'utilisation de l'eau de l'aquifère ou du système aquifère par les autres États de l'aquifère sans le consentement exprès de ceux-ci. Ce point sera clarifié dans le commentaire.

49. Le projet d'article n'aborde pas la question de la relation entre l'ensemble du projet d'articles et des obligations existantes ou futures, ni la relation entre le projet d'articles et un accord international ou le droit international général. Ces questions sont liées à la décision que la Commission prendra au sujet de la forme finale du projet d'articles. S'il revêt la forme d'un instrument contraignant, la Commission devra examiner

ces questions, ainsi que d'autres telles que d'éventuelles dispositions relatives au règlement des différends.

50. Le Comité de rédaction recommande à la Commission d'adopter en première lecture l'ensemble de 19 projets d'article sur le droit des aquifères transfrontières.

51. Le PRÉSIDENT invite la Commission à adopter les projets d'article contenus dans le document A/CN.4/L.688. Il note que, bien que le Comité de rédaction n'ait travaillé qu'avec le texte anglais original, tous les groupes linguistiques se sont rapidement mobilisés pour contribuer à finaliser le texte dans les autres langues. Il remercie tous les participants, ainsi que les traducteurs qui se sont joints à cet effort, pour avoir grandement facilité la concordance de toutes les versions linguistiques.

Projets d'articles 1 à 9

Les projets d'articles 1 à 9 sont adoptés.

Projet d'article 10

52. M. CHEE, appelant l'attention sur le membre de phrase du paragraphe 2 qui indique que les États qui ne sont pas des États de l'aquifère doivent coopérer avec les États de l'aquifère, dit qu'il juge cette disposition étrange du point de vue des relations conventionnelles. La Convention de Vienne de 1969 exonère les tierces parties des obligations conventionnelles à moins que celles-ci n'expriment leur consentement en devenant parties au traité.

53. Le PRÉSIDENT dit que si des États autres que les États de l'aquifère sont affectés par l'utilisation d'un système aquifère, le fait qu'ils ne sont pas des États de l'aquifère ne les empêche pas de coopérer avec les États de l'aquifère.

54. M. YAMADA (Rapporteur spécial) dit que la question qui vient d'être soulevée a été examinée en détail par le Groupe de travail sur les ressources naturelles partagées. Le Président du Groupe de travail a rendu compte de cette discussion lorsqu'il a présenté le rapport du Groupe en séance plénière (voir 2878^e séance, *supra*, par. 51). Lui-même avait d'abord proposé de se référer à l'obligation des États de l'aquifère de solliciter la coopération des États qui ne sont pas des États de l'aquifère, mais sur le territoire desquels une zone de réalimentation ou de déversement était située. Cependant, le Groupe de travail a estimé que cette formulation était trop faible, et que même les États qui n'étaient pas des États de l'aquifère mais sur le territoire desquels le processus de réalimentation ou de déversement avait lieu avaient l'obligation de coopérer en vue d'une gestion adéquate des aquifères. Le texte dont la Commission est saisie reflète ce point. Néanmoins, l'obligation ne s'appliquera qu'aux États qui deviendront partie à l'instrument international, quel qu'il soit, auquel aboutira le projet d'articles. On ne peut imposer une obligation à un État, même un État de l'aquifère, qui n'est pas partie à l'instrument en question.

55. Le PRÉSIDENT dit que l'obligation de coopérer est devenue une règle de droit international général, dont les États peuvent bénéficier, quelle que soit la forme que le projet d'articles prendra ultérieurement.

56. M. MOMTAZ dit qu'il partage cet avis et que, dans le domaine de la protection de l'environnement, il y a une obligation générale des États de coopérer entre eux, obligation que la Cour internationale de Justice a souvent soulignée.

57. M. CHEE dit qu'il a encore quelques réserves au sujet du membre de phrase en question mais qu'il n'est pas opposé à l'adoption du projet d'article 10.

Le projet d'article 10 est adopté.

Projets d'articles 11 à 13

Les projets d'articles 11 à 13 sont adoptés.

Projet d'article 14

58. M. ECONOMIDES appelle l'attention sur une disparité, dans la version française, entre le projet d'article 14 et d'autres dispositions, en particulier le projet d'article 6. Les paragraphes 1 et 2 du projet d'article 14 parlent d'«effets négatifs importants» («*significant adverse effect*»), tandis que le projet d'article 6 parle de «dommage significatif» («*significant harm*»). M. Economides se demande si la distinction est intentionnelle et, dans l'affirmative, laquelle des deux expressions établit un seuil plus élevé pour ce qui est de l'obligation qu'elle impose aux États.

59. M. YAMADA (Rapporteur spécial) dit que le projet d'article 6 établit l'obligation de ne pas causer de dommage significatif, en fixant le seuil à «significatif», tandis que, dans le contexte des activités projetées au titre du projet d'article 14, l'État a la responsabilité de réaliser une étude d'impact sur l'environnement s'il est fondé à penser qu'une activité projetée risque d'avoir des effets négatifs importants. Ce seuil est plus bas que celui fixé au projet d'article 6 car le but du projet d'article 14 est de déclencher une évaluation de l'impact, une consultation et des négociations en vue de parvenir à une solution équitable.

60. Le PRÉSIDENT dit qu'il y a effectivement une disparité, dans la version française, entre les projets d'articles 6 et 14, mais suggère de la supprimer en remplaçant «importants» par «significatifs» au projet d'article 14.

61. M. MANSFIELD, s'exprimant au nom du Président du Comité de rédaction, confirme l'observation du Rapporteur spécial selon laquelle la distinction entre le seuil établi au projet d'article 6 et celui fixé au projet d'article 14 est intentionnelle. Il préconise donc de modifier le libellé de la version française conformément à la suggestion du Président.

Le projet d'article 14 est adopté avec cette modification rédactionnelle dans la version française.

Projets d'articles 15 à 19

Les projets d'articles 15 à 19 sont adoptés.

Les titres et textes des projets d'article sur le droit des aquifères transfrontières, dans leur ensemble, tels que modifiés oralement, sont adoptés en première lecture.

62. Le PRÉSIDENT dit qu'en l'absence d'objection il considérera que la Commission souhaite, conformément aux articles 16 et 21 de son statut, transmettre le projet d'articles, par l'intermédiaire du Secrétaire général, aux gouvernements pour commentaires et observations, en demandant aux gouvernements que ces commentaires et observations soient communiqués au Secrétaire général avant le 1^{er} janvier 2008.

Il en est ainsi décidé.

Organisation des travaux de la session (suite*)

[Point 1 de l'ordre du jour]

63. Le PRÉSIDENT annonce que la Commission a achevé la première partie de sa cinquante-huitième session.

La séance est levée à 11 h 15.

* Reprise des débats de la 2881^e séance.

COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES SÉANCES DE LA SECONDE PARTIE DE LA CINQUANTE-HUITIÈME SESSION

tenue à Genève du 3 juillet au 11 août 2006

2886^e SÉANCE

Lundi 3 juillet 2006, à 15 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Candioti, M. Chee, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Operti Badan, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M. Yamada.

Actes unilatéraux des États (A/CN.4/560, sect. F, A/CN.4/569 et Add.1¹⁷⁸, et A/CN.4/L.703)

[Point 6 de l'ordre du jour]

NEUVIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

1. Le PRÉSIDENT, après avoir souhaité la bienvenue aux participants au Séminaire de droit international, invite le Rapporteur spécial, M. Rodríguez Cedeño, à présenter son neuvième rapport sur les actes unilatéraux des États (A/CN.4/569 et Add.1).

2. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial) dit que le sujet des actes unilatéraux est aussi complexe qu'important. Les actes juridiques unilatéraux sont une réalité qui s'inscrit dans les relations des États avec d'autres sujets de droit international. Certains de ces actes sont juridiques et se situent en dehors de la relation conventionnelle. Ils peuvent produire des effets juridiques sans qu'il y ait acceptation, consentement ou autre réaction de la part du destinataire, ce qui est peut-être l'une de leurs principales caractéristiques.

3. Les énormes difficultés que présentait le sujet ont grandement influencé la forme finale du produit des travaux du Rapporteur spécial. Au début, celui-ci songeait, avec optimisme, à accomplir un travail de codification – sans pour autant exclure tout exercice de développement progressif – des règles fondamentales régissant le fonctionnement des actes unilatéraux. Mais à mesure qu'il progressait dans son étude, recensant certains éléments de doctrine, de jurisprudence et de pratique internationale, il s'est aperçu que la doctrine,

bien qu'abondante, n'était pas unanime et que la pratique, bien que très pertinente, n'était pas suffisamment claire et solide pour appuyer ce travail de codification et de développement progressif, même si ce n'était pas la première fois que la Commission se trouvait dans une telle situation. En ce qui concerne la jurisprudence, qui est également importante, les décisions de 1974 sur les *Essais nucléaires* constituent une référence essentielle, mais tant d'années après dans l'affaire *Activités armées sur le territoire du Congo*, lorsqu'elle a examiné la requête déposée par la République démocratique du Congo contre le Rwanda et s'est prononcée sur sa compétence, en 2006, la CIJ a pris en compte un acte d'origine interne, unilatéral dans sa forme (un décret), et une déclaration formulée par une personne non habilitée, en principe, mais néanmoins en mesure d'agir au nom de l'État et de l'engager dans ses relations juridiques internationales.

4. Depuis qu'il a été chargé du sujet, en 1997, le Rapporteur spécial a présenté des conclusions sur l'acte unilatéral, l'acte conventionnel et les relations entre sujets de droit international dans le contexte du droit conventionnel et dans le cadre unilatéral, de même que certaines considérations sur l'acte unilatéral formel et l'acte unilatéral matériel¹⁷⁹ et, en particulier, à la demande de la Commission sur l'acte de reconnaissance¹⁸⁰. À ce stade de ses travaux, il a dû clarifier certains points, mais des incertitudes persistent, étant donné que la figure de l'acte unilatéral présente certains aspects difficiles à définir compte tenu des différentes conceptions juridiques en présence. Selon la majorité des membres de la Commission, la qualification de l'acte n'est pas déterminante: un acte peut être qualifié de reconnaissance, de promesse ou de renonciation sans que cette qualification ne soit d'aucune utilité, fût-ce relative, car ce dont il faut tenir compte, ce sont plutôt les effets juridiques que produit un tel acte. Ces difficultés, qui, bien entendu, se retrouvent dans d'autres sujets actuellement inscrits à l'ordre du jour de la Commission, ont amené le Rapporteur spécial à aller au-delà d'un travail de codification au sens strict du terme pour présenter certains projets de principe ou de directive (principes directeurs, selon le terme employé dans le neuvième rapport) qui pourraient être extrêmement utiles aux États lorsqu'ils entreprendront d'élaborer des règles spécifiques régissant le fonctionnement des actes unilatéraux.

¹⁷⁹ *Annuaire... 1998*, vol. II (1^{re} partie), premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/486).

¹⁸⁰ *Annuaire... 2003*, vol. II (1^{re} partie), sixième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/534).

¹⁷⁸ Reproduit dans *Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie).

5. Les discussions qui ont eu lieu à la Sixième Commission font apparaître de fortes divergences en ce qui concerne l'utilité des travaux de la Commission sur le sujet et la forme qu'il faudrait donner au produit final. Certains représentants continuaient d'évoquer, à la session précédente, la nécessité d'adopter un projet – de directives ou de principes – qui délimiterait la figure des actes unilatéraux et offrirait au moins une piste aux États. D'autres, cependant, ne pensaient pas que les travaux de la Commission devaient nécessairement viser cet objectif qui, du reste, était quasiment impossible à atteindre. Quoi qu'il en soit, la Commission devra prendre une décision à ce propos. Quant au Rapporteur spécial, il a suivi la voie qui lui avait été indiquée, en particulier à la session de 2003, par les membres du Groupe de travail qu'il remercie vivement et s'est constamment efforcé de concilier les différentes positions¹⁸¹.

6. En établissant son neuvième rapport, le Rapporteur spécial a tenu compte des opinions exprimées par les membres de la Commission lors des neuf sessions précédentes quant à la nécessité d'aborder la question des actes unilatéraux ainsi que des conclusions formulées par les groupes de travail. Les vues des représentants à la Sixième Commission se sont également révélées fort utiles.

7. Soucieux de répondre aux préoccupations des membres de la Commission et de faciliter l'examen du sujet, le Rapporteur spécial a divisé son rapport en deux parties. La première traite des causes de nullité des actes unilatéraux, de leur modification, suspension et autres transformations analogues, aspects qui, s'il en a été question au cours des débats des années précédentes, n'ont pas été analysés formellement par le Rapporteur spécial. La deuxième partie aborde les questions déjà envisagées sous l'angle de leurs structures par la Commission et le Groupe de travail créé en 2004¹⁸² et 2005¹⁸³, à savoir la définition de l'acte unilatéral par opposition aux autres actes qui, tout en étant formellement des actes unilatéraux, ressortissent aux rapports conventionnels et sont à ce titre soumis au régime de Vienne (par. 126 à 139 du rapport). Une distinction analogue oppose l'acte unilatéral comme expression de la volonté, au sens strict, au comportement unilatéral, qui peut produire des effets juridiques analogues. Il faut à cet égard penser à celui ou ceux à qui s'adresse l'acte unilatéral, sans que cela change quoi que ce soit au fait que ce sont les actes unilatéraux dont les États sont les auteurs qui constituent le sujet à l'étude. Deux variantes du projet de principe 1 sont présentés à ce propos (par. 137 à 139), qui pourraient faire partie de la définition de l'acte ou circonscrire le champ d'application du projet de principes directeurs. Sont présentés ensuite plusieurs projets de principe concernant la formulation de l'acte: capacité de l'État (par. 140), personnes compétentes pour agir au nom de l'État et l'engager juridiquement dans ses relations internationales (par. 142 à 150), confirmation ultérieure de l'acte formulé sans autorisation. En troisième lieu est proposé un projet de

texte sur le fondement du caractère obligatoire de l'acte unilatéral (par. 153 à 156). Vient enfin un projet de principe directeur sur l'interprétation de l'acte unilatéral (par. 157 à 160). Le Rapporteur spécial présente également la liste des principes directeurs proposés, avec les dispositions relatives à la nullité (par. 11 à 78), à l'extinction et à la suspension de l'acte unilatéral (par. 79 à 124), texte qui pourrait servir de base aux délibérations du Groupe de travail qui devrait être reconstitué à la session en cours.

8. Le Rapporteur spécial a veillé à tenir compte des attentes des membres de la Commission telles qu'elles avaient été exprimées à la session de 2005: il s'agissait de récapituler les travaux accomplis jusque-là, de faire une étude sur un point particulier qui avait été traité au début de l'examen du sujet, comme les conditions de validité et d'extinction des actes unilatéraux, et de proposer un ensemble de principes directeurs énonçant certains critères que les États pourraient retenir dans le cadre de leurs relations internationales¹⁸⁴.

9. Dans la première partie du document, s'agissant de la validité et de la durée des actes unilatéraux, le Rapporteur spécial aborde, en suivant la structure de la Convention de Vienne mais en introduisant les nuances nécessaires, les causes de nullité: nullité pour incompétence du représentant (par. 18 à 34), nullité pour vice du consentement (par. 35 à 66) et nullité pour conflit avec une norme impérative du droit international ou de *jus cogens* (par. 67 à 78). En ce qui concerne les normes applicables aux traités et leur relation avec celles qui sont probablement applicables aux actes unilatéraux, le Rapporteur spécial a toujours pensé que s'il n'était pas possible de les appliquer *mutatis mutandis*, il était indispensable d'y faire référence. Il est tout à fait conscient que les actes unilatéraux sont très différents des actes conventionnels, et que leurs particularités doivent être prises en compte dans la codification des règles existantes ou dans l'élaboration de principes ou de directives les concernant. La première partie traite également en détail de l'extinction et de la suspension des actes unilatéraux, ainsi que d'autres notions connexes.

10. Dans la deuxième partie du rapport, le Rapporteur spécial s'est efforcé de récapituler les travaux qui avaient déjà été accomplis et d'expliquer les projets de principe qu'il présente, toujours en s'appuyant sur les délibérations de la Commission et les vues exprimées par les États à la Sixième Commission, ainsi que sur l'examen de la doctrine, de la pratique et de la jurisprudence.

11. Aborder toutes ces questions dans un seul document était une tâche difficile, voire quasiment impossible à accomplir. Le Rapporteur spécial s'y est employé de son mieux, compte tenu du temps dont il disposait et des prises de position des membres de la Commission. Il propose aux membres d'examiner en plénière la première partie du neuvième rapport concernant la validité et l'extinction ou la suspension des actes unilatéraux et de confier l'examen de la deuxième partie concernant la définition, l'accomplissement, le fondement du caractère obligatoire

¹⁸¹ *Annuaire... 2003*, vol. II (2^e partie), p. 59, par. 304 à 306.

¹⁸² *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 103, par. 245 à 247.

¹⁸³ *Annuaire... 2005*, vol. II (2^e partie), p. 62-63, par. 327 à 332.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 60 à 62, par. 301 à 316.

et l'interprétation des actes unilatéraux au Groupe de travail, afin de faire rapidement progresser l'étude du sujet à la session en cours.

La séance est levée à 16 h 10.

2887^e SÉANCE

Mardi 4 juillet 2006, à 10 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Candioti, M. Chee, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Operti Badan, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M. Yamada.

Actes unilatéraux des États (*suite*) [A/CN.4/560, sect. F, A/CN.4/569 et Add.1, et A/CN.4/L.703]

[Point 6 de l'ordre du jour]

NEUVIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. M^{me} ESCARAMEIA, après avoir fait l'éloge du rapport, qui constituerait une bonne base pour les travaux du Groupe de travail, indique qu'elle abordera brièvement trois questions: la procédure que la Commission devrait adopter, les projets de principe directeur quant au fond et le renvoi de ces principes au Groupe de travail. S'agissant de la procédure, elle regrette que l'on n'ait pas réservé suffisamment de temps en plénière pour un examen digne de ce nom des nombreuses questions qui sont envisagées dans le rapport mais n'ont jamais été examinées. Il est dommage que la Commission n'ait pas adopté la proposition du Rapporteur spécial tendant à ce que la deuxième partie du rapport soit renvoyée au Groupe de travail pour un nouvel examen, tandis que la première partie était examinée en plénière, après quoi la Commission aurait décidé des projets de principe directeur à renvoyer au Groupe de travail. M^{me} Escarameia reconnaît néanmoins que le sujet pourrait nécessiter d'intenses négociations et qu'il se prête peut-être donc mieux à un examen au sein du Groupe de travail qu'à des déclarations de principe en plénière.

2. Quant au fond des projets de principe directeur, le sujet valait certes la peine d'être étudié, car il importe de faire reposer le recours intensif des États aux actes unilatéraux sur des bases théoriques solides. Les effets juridiques des actes unilatéraux ont de plus été reconnus par la jurisprudence, comme l'illustre l'arrêt rendu par la CIJ dans les affaires des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, lequel, au demeurant, a traité non à des actes du Ministre des affaires étrangères du Rwanda comme on aurait pu s'y attendre mais à des

actes du Ministre de la justice. M^{me} Escarameia est néanmoins réservée quant à la possibilité d'utiliser la Convention de Vienne de 1969 aux fins du sujet, même si le Rapporteur spécial a parlé de n'en retenir que l'économie générale et non la teneur. Elle doute en effet qu'il soit légitime d'appliquer la Convention de Vienne à des domaines comme la suspension ou la validité. De fait, la Commission a examiné des actes unilatéraux qui avaient produit des effets juridiques mais étaient contraires au droit interne, comme la renonciation par la Jordanie à son territoire de Cisjordanie en violation de l'article 40 de la Constitution jordanienne, qui impose au Roi des conditions de procédure bien définies. Elle a également des doutes quant à l'étendue du *jus cogens*, en particulier si, comme semble le donner à penser le paragraphe 62 du rapport, les décisions du Conseil de sécurité reposant sur les Articles 25 et 103 de la Charte des Nations Unies sont considérées comme relevant du *jus cogens*. À cet égard, elle ne comprend pas pourquoi les actes unilatéraux formulés sous l'effet d'une menace ou de l'emploi de la force qui sont visés au paragraphe 5 du projet de principe 7 ne sont pas déjà couverts par le paragraphe 6 de ce principe, puisqu'ils sont aussi en violation du *jus cogens*. En outre, il n'y a pas de mécanisme ou d'entité apte à statuer sur la nullité, la cessation ou la suspension d'un acte unilatéral; la solution proposée au paragraphe 75 du rapport, à savoir que l'auteur de l'acte soit aussi celui qui se prononce sur sa validité, est loin d'être satisfaisante. Enfin, dans plusieurs cas, les principes – par exemple ceux qui ont trait à l'extinction (par. 107) ou à la suspension (par. 124) des actes unilatéraux – ne sont pas la suite logique de l'argumentaire qui précède.

3. M^{me} Escarameia approuve le renvoi de tous les principes directeurs au Groupe de travail. Elle a des amendements à proposer, et elle le fera au sein de ce groupe. Il ressort de ce qu'elle a déjà dit qu'elle a des réserves en ce qui concerne le projet de principe 6, certaines parties du projet de principe 7 et le projet de principe 9. Elle appuie sans réserve le renvoi au Groupe de travail des projets de principes 1 à 5, 8, 10 et 11, et d'une partie du projet de principe 7. Des deux variantes proposées pour la deuxième partie du projet de principe 1, elle préfère la variante B. Elle serait également favorable à l'inclusion, dans le projet de principe 10, d'une référence aux attentes des États tiers. Elle indique qu'elle proposera un certain nombre de modifications rédactionnelles dans le cadre du Groupe de travail.

4. M. MATHESON dit que l'adoption d'un bref ensemble de conclusions générales ou de principes constituerait une fin heureuse pour les travaux de la Commission sur le sujet, car le résultat de ces travaux aurait une utilité pratique pour les États et autres acteurs internationaux. Le Groupe de travail devrait se réunir pour élaborer un tel texte. M. Matheson pense avec le Rapporteur spécial qu'il ne faut pas essayer d'établir un code juridique détaillé. La Commission doit se concentrer sur un ensemble limité de principes susceptibles d'aider les États à comprendre les divers facteurs à prendre en considération pour déterminer les circonstances dans lesquelles les actes unilatéraux peuvent donner naissance à des obligations juridiques. La définition des actes unilatéraux aux fins des principes

devrait être limitée aux déclarations manifestant clairement une intention de produire des effets juridiques. D'autres formes de comportement unilatéral peuvent produire des effets juridiques, mais elles sont trop diverses et dissimilaires pour faire l'objet d'un ensemble cohérent de principes. Le Groupe de travail devrait se concentrer sur l'ensemble très utile de conclusions provisoires qu'avait distribué le Président à la fin de la session précédente. À plusieurs égards, ces conclusions sont préférables aux projets de principe directeur figurant dans le neuvième rapport.

5. En particulier, la Commission ne devrait pas s'appuyer sur les dispositions de fond ou la structure de la Convention de Vienne de 1969, qui a été conçue pour une situation très différente, à savoir des accords négociés entre États dans le cadre d'un échange d'engagements formels. À cet égard, M. Matheson souscrit aux observations de M^{me} Escarameia. Par exemple, les projets de principes 8 et 9 transposent largement les restrictions prévues dans la Convention de Vienne pour limiter la capacité de l'État de suspendre l'application de ses déclarations unilatérales ou d'y mettre fin. Or il ne devrait pas en être ainsi puisque, par définition, l'État qui fait une telle déclaration n'a reçu aucune contrepartie pour le faire et aucun autre État n'a pris d'engagement réciproque en échange de la déclaration. Dans ces conditions, il n'y a aucune raison d'empêcher l'État de modifier unilatéralement ce qu'il a unilatéralement proclamé, sauf si d'autres États ont fait fond sur la déclaration et en ont été lésés. La modification, l'extinction ou la suspension d'un acte unilatéral ne devrait donc pas être limitée aux motifs reconnus pour les traités, comme le changement fondamental de circonstances, puisque par définition les actes unilatéraux n'impliquent pas d'engagements juridiques réciproques qui ne pourraient être modifiés ou éteints par une partie que dans des circonstances extrêmes.

6. Les règles relatives à l'interprétation des traités ne devraient pas s'appliquer au contenu des actes unilatéraux, qui par définition ne sont pas le résultat de négociations. Comme proposé dans les conclusions provisoires distribuées par le Président du Groupe de travail, les obligations devraient, en cas de doute quant à leur signification et leur portée, être interprétées de manière restrictive. Les autres États devraient avoir le droit de se fier raisonnablement à la déclaration uniquement si celle-ci indique clairement qu'ils peuvent le faire, et l'étendue des engagements ne devrait pas pouvoir être élargie en raison d'autres facteurs contextuels.

7. M. PELLET dit qu'il serait extrêmement regrettable que, comme le souhaitent certains, le départ imminent du Rapporteur spécial soit utilisé comme excuse pour «enterrer» le sujet. Le Rapporteur spécial a été injustement critiqué pour ne pas avoir produit un ensemble cohérent après huit ans de travail. En réalité, le Rapporteur spécial est seulement coupable d'avoir suivi les instructions vagues et souvent contradictoires de la Commission elle-même. De plus, il vaut mieux se hâter lentement, et il est préférable d'avoir un bon texte qui a été examiné en profondeur qu'un texte approximatif et lacunaire comme la Commission en a adopté ces dernières années. C'est donc à juste titre que le Rapporteur spécial s'est

essentiellement intéressé aux actes unilatéraux au sens strict, c'est-à-dire aux déclarations destinées à créer des effets juridiques conformément au droit international, au sens des arrêts de 1974 de la CIJ dans les affaires relatives aux *Essais nucléaires*. Le Rapporteur spécial a respecté la lettre et l'esprit des instructions que lui avait donné la Commission à sa session précédente¹⁸⁵, ainsi que la vocation même de la Commission.

8. M. Pellet indique qu'il est en désaccord avec M^{me} Escarameia en ce qui concerne la Convention de Vienne de 1969: il est en effet parfaitement légitime de prendre cette convention comme point de départ pour élaborer les projets de principe directeur, puisque les actes unilatéraux ont beaucoup en commun avec les traités. Certes, il y a des différences – en ce qui concerne les réserves et les modifications, par exemple – mais elles ne sont pas telles qu'elles empêchent le Groupe de travail de se demander si dans tel ou tel cas une transposition des dispositions de la Convention est possible.

9. M. Pellet souhaite faire des propositions pour que les travaux sur le sujet puissent s'achever avec succès à la session en cours. Le Groupe de travail devrait être reconstitué et il devrait se voir allouer davantage de temps, si cela est possible. Sur la base du neuvième rapport et des résultats de ses travaux de l'année précédente, il devrait en premier lieu dresser la liste des principes directeurs à adopter. Après quoi, il ferait fonction de groupe de rédaction, en faisant la synthèse du texte contenu dans le projet de principes directeurs et des commentaires que le Rapporteur spécial a faits non seulement dans son neuvième rapport mais aussi dans ses rapports antérieurs¹⁸⁶. Si ceci est acceptable, le Rapporteur spécial pourrait être prié de préparer, avec l'aide du secrétariat, un «recueil» des différents rapports ou parties de rapports correspondant à chacun des 11 principes directeurs. Si tous les membres du Groupe de travail font leur *homework* – il faut se souvenir que le Groupe de travail est ouvert à tous les membres –, il devrait être possible de parvenir à un accord sur le contenu et la forme d'une série de principes directeurs.

10. Reste à savoir si les principes devraient être accompagnés d'un commentaire. Pour M. Pellet, ceci serait souhaitable, non seulement parce que c'est la tradition de la Commission mais aussi parce que certains des principes et, de fait, le sujet lui-même sont controversés et qu'il serait donc utile que les États et la doctrine sachent comment la Commission est parvenue à ses conclusions. Il serait de plus regrettable que le travail considérable accompli par le Rapporteur spécial et les études effectuées par le Groupe de travail soient perdus pour la postérité. Ceci toutefois pose des problèmes pratiques. À la session en cours, le Groupe de travail

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ *Annuaire... 1998*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/486; *Annuaire... 1999*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/500 et Add.1; *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/505; *Annuaire... 2001*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/519; *Annuaire... 2002*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/525 et Add.1; *Annuaire... 2003*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/534; *Annuaire... 2004*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/542; *Annuaire... 2005*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/557.

devrait accomplir sa tâche consistant à déterminer les principes directeurs nécessaires et à en proposer le texte à la Commission à laquelle, c'est évident, il reviendra de prendre la décision finale.

11. Le PRÉSIDENT propose que, pour achever ses travaux, le Groupe de travail conserve M. Pellet comme Président.

12. M. DUGARD, après avoir souligné la haute tenue du rapport à l'examen, indique qu'en 1948 Sir Hersch Lauterpacht avait fait une étude qui fit date des sujets que la Commission pourrait étudier¹⁸⁷. Les travaux sur la plupart des sujets ainsi proposés sont achevés. Il n'avait toutefois pas proposé d'étude de la reconnaissance, un sujet que la Commission a scrupuleusement évité. Il n'a pas non plus proposé d'examen des actes unilatéraux; toutefois, le fait que le sujet soit étroitement lié à celui de la reconnaissance explique peut-être la réticence de la Commission à se lancer dans l'étude des actes unilatéraux et la lenteur des progrès réalisés au cours de la dernière décennie. On ne saurait nier que la tâche soit difficile: il y a trop peu de jurisprudence et de pratique des États. Mais il y en a toutefois assez – comme on l'a vu tout récemment dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda)* – pour que la Commission soit en mesure d'élaborer un ensemble d'articles – et non de principes directeurs – ne serait-ce que dans le cadre du développement progressif du droit. La Commission ne devrait pas hésiter à emprunter cette voie: les États lui ont après tout reproché sa prudence excessive dans l'examen du sujet de la protection diplomatique; et d'une manière générale, la Commission est trop prudente dans son approche. Certains préféreraient que le sujet soit abandonné, mais son abandon serait interprété comme un échec de la Commission. Bien que la création d'un groupe de travail soit souvent un stratagème pour enterrer un sujet, M. Dugard est persuadé que tel n'est pas le cas en ce qui concerne les actes unilatéraux.

13. Il se félicite de l'accent mis par le Rapporteur spécial sur l'arrêt rendu dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo* dans lequel, pour la première fois, la CIJ a admis le principe du *jus cogens*, jugeant néanmoins que la réserve du Rwanda à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide n'était pas nulle au seul motif qu'elle était peut-être contraire à une norme impérative (par. 64 à 69 de l'arrêt). Cette décision peut aussi, bien entendu, être invoquée à l'appui du principe directeur proposé par le Rapporteur spécial tendant à ce qu'un acte unilatéral ne puisse être en conflit avec une norme du *jus cogens*. On notera toutefois que le Rapporteur spécial indique clairement au paragraphe 128 de son rapport qu'il ne considère pas la formulation et le retrait des réserves aux traités comme des actes unilatéraux.

14. Le Rapporteur spécial fait valoir à juste titre que la reconnaissance est invalide lorsqu'elle viole une norme du *jus cogens*. Des exemples de la pratique des États plus récents que celui des *homelands* d'Afrique du Sud auraient néanmoins pu être cités. Un tel exemple est fourni par

la situation de la République turque de Chypre du Nord, pour laquelle l'Union européenne recherche un règlement pour remédier à la non-reconnaissance de ce territoire; un autre exemple est celui du territoire palestinien occupé, où le Gouvernement israélien a proposé un réalignement territorial qui aboutirait à l'annexion de 10 % du territoire palestinien, la communauté internationale n'indiquant guère qu'elle entend s'opposer à ce plan. Dans les deux cas, le principe *ex factis jus oritur* risque bien de prévaloir sur le principe *ex injuria jus non oritur*, en vertu duquel l'acquisition de territoire en violation d'une norme du *jus cogens* est nulle. Ces exemples récents de la pratique des États montrent bien l'actualité du sujet.

15. M. Dugard est favorable au renvoi des principes directeurs au Groupe de travail, mais il préférerait que l'on poursuive l'élaboration de directives à l'attention de la Commission lors de son prochain quinquennat. À ce stade, la Commission pourra décider si le texte doit prendre la forme de principes directeurs ou de projets d'article. Étant donné l'importance du sujet, M. Dugard préférerait des projets d'article.

16. M. PELLET dit qu'il souhaite apporter deux précisions en ce qui concerne l'expression «principes directeurs». Premièrement, décrire le contenu du neuvième rapport sur les actes unilatéraux des États comme des «principes directeurs» et non des «projets d'article» risque de donner l'impression que la Commission s'occupe de généralités, puisqu'un principe, à la différence d'une règle, est quelque chose de très général. De plus, une lecture des principes directeurs proposés par le Rapporteur spécial renforce cette impression.

17. Deuxièmement, il est essentiel de déterminer si l'expression «principes directeurs» implique que la Commission exclut la possibilité d'élaborer un instrument contraignant. Pour M. Pellet, ce n'est pas nécessairement vrai. Si des directives, comme celles énoncées dans le Guide de la pratique pour ce qui est des réserves aux traités, ne sont à l'évidence jamais destinées à prendre la forme d'un traité, les principes directeurs pourraient très bien constituer la base d'un futur traité, même si M. Pellet est personnellement opposé à toute démarche dans ce sens. Le débat a montré que, si elle adoptait un ensemble de principes directeurs complet et cohérent sur les actes unilatéraux des États, la Commission aurait déjà accompli une tâche herculéenne. Il serait vain d'essayer de convaincre les États que la Commission doit aller plus loin et essayer de rédiger, sur les actes unilatéraux des États, un traité comparable à la Convention de Vienne de 1969. De plus, comme les progrès accomplis par la Commission sont lents et hésitants et étant donné les réactions qui risquent d'être celles de la Sixième Commission si la Commission se lançait dans une telle entreprise, elle sera probablement encore en train d'examiner le sujet dans 20 ans. M. Pellet est donc favorable à l'adoption de principes directeurs, pour décider ensuite s'il convient de les accompagner de commentaires.

18. M. GAJA dit qu'il comprend bien pourquoi, dans son neuvième rapport, le Rapporteur spécial a choisi d'exposer son opinion sur la plupart des aspects controversés des actes unilatéraux des États même si, pour ce qui est de la nullité par exemple, cette approche

¹⁸⁷ «The Subjects of The Law of Nations», *The Law Quarterly Review*, vol. 63 (1947), p. 438 à 460, et vol. 64 (1948), p. 97 à 119.

l'a obligé à réexaminer des questions déjà envisagées dans des rapports antérieurs. Le neuvième rapport est utile en ce qu'il fournit un aperçu général de la réflexion actuelle du Rapporteur spécial sur les différents aspects des actes unilatéraux. Une autre cause de satisfaction est que le rapport est davantage axé sur la pratique. Le fait que ce rapport ait été présenté tardivement signifie que la Commission n'aura pas assez de temps à sa session en cours pour adopter un texte sous la forme de projets d'article accompagnés de commentaires, même si M. Gaja doute qu'il soit judicieux d'adopter ne serait-ce que des principes directeurs sans leur adjoindre un commentaire propre à en expliquer le texte extrêmement concis. La Commission a donc été invitée à se prononcer non sur le fond des diverses propositions mais sur ce qu'il faut faire en ce qui les concerne à la session en cours, en ayant à l'esprit le rôle joué les deux années précédentes par le Groupe de travail présidé par M. Pellet¹⁸⁸.

19. Le Groupe de travail a beaucoup fait pour faire avancer l'étude du sujet et il peut à l'évidence continuer à jouer un rôle utile dans la poursuite de l'examen d'un sujet particulièrement complexe. Ce qu'il reste encore à déterminer est le mandat d'adopter du Groupe de travail. Plutôt qu'examiner les diverses propositions faites par le Rapporteur spécial et rendre compte de ses conclusions à la Commission en plénière, il pourrait apporter une contribution plus substantielle en présentant une étude de certains des cas tirés de la pratique qu'il a analysés en profondeur au cours des deux années précédentes et qui soulèvent des questions en ce qui concerne les actes unilatéraux ou des situations juridiques similaires. Il pourrait compléter cette étude par quelques observations générales, certaines inspirées par les principes proposés par le Rapporteur spécial. Cette étude, qui serait publiée dans le rapport après avoir été approuvée en plénière, représenterait le premier résultat tangible des efforts du Rapporteur spécial et de la Commission. Elle montrerait que cette dernière a examiné des exemples importants de la pratique et abouti à un certain nombre de conclusions préliminaires. Elle éclairerait aussi les États sur l'orientation future des travaux sur le sujet. M. Gaja indique que sa proposition va dans le sens du paragraphe 332 du rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-septième session¹⁸⁹.

20. M. ECONOMIDES dit que la Commission risque un échec en ce qui concerne les actes unilatéraux des États: après 10 ans de travail, elle n'a aucun résultat tangible à présenter à l'Assemblée générale. Il va sans dire que la responsabilité de cet état de fait incombe exclusivement à la Commission dans son ensemble et non au Rapporteur spécial, qui a fait des efforts considérables pour maîtriser un sujet extrêmement difficile, présentant neuf rapports qui constituent une contribution extrêmement précieuse à la doctrine sur les actes unilatéraux des États.

21. S'agissant du neuvième rapport, M. Economides n'approuve pas l'utilisation de l'expression «effets juridiques» dans le principe 1. Cette expression est beaucoup trop générale, même après l'ajout de «*certain*» dans

le texte anglais. Comme tout acte unilatéral produit des effets juridiques, le champ d'application de cette disposition est immense. Les seuls actes unilatéraux qui devraient intéresser la Commission sont ceux qui créent pour l'auteur de l'acte des obligations juridiques internationales positives ou négatives vis-à-vis d'un autre État ou d'autres États, d'autres sujets de droit international ou de la communauté internationale dans son ensemble. La variante A est utile, mais la variante B n'ajoute rien à la définition des actes unilatéraux. Le principe 1 devrait donc être reformulé en termes beaucoup plus restrictifs.

22. M. Economides approuve dans l'ensemble les projets de principes 2 et 3. Les projets de principes 4 et 5 devraient être réunis en un principe unique stipulant qu'un acte unilatéral accompli par une personne non autorisée ou non habilitée à agir au nom de l'État est nul à moins que l'État ne le confirme expressément ou tacitement, comme prévu dans le principe 4.

23. Le projet de principe 6 devrait être formulé de manière beaucoup plus souple qu'un principe s'appliquant aux traités internationaux. En matière d'actes unilatéraux, il faut faire confiance aux États. Pour M. Economides, tout acte unilatéral qui est manifestement inconstitutionnel ne devrait pas donner naissance à une obligation internationale valide. Il approuve le projet de principe 7, sur la nullité des actes unilatéraux. Le projet de principe 8 devrait être libellé avec plus de souplesse, car l'État doit avoir la possibilité de mettre librement fin à une obligation qui manifestement ne satisfait pas l'État bénéficiaire. L'objet du projet de principe 9 (Suspension de l'application des actes unilatéraux) devrait être traité dans le cadre du principe 8. Le projet de principe 10 (Fondement du caractère obligatoire des actes unilatéraux) peut être supprimé: nul ne conteste qu'un État puisse s'engager unilatéralement, comme l'indique très clairement le projet de principe 2. S'il approuve le projet de principe 11 quant au fond, M. Economides pense lui aussi que, si la volonté d'un État n'est pas claire, elle doit être interprétée restrictivement, dans l'intérêt de l'auteur de l'acte.

24. Il réserve sa position sur le long additif du neuvième rapport (A/CN.4/569/Add.1), ce document n'ayant été publié que la veille. En conclusion, M. Economides estime que les projets de principe directeur devraient être renvoyés à un groupe de travail dans le cadre d'une tentative de dernière minute pour établir un projet de texte susceptible d'être soumis à la Sixième Commission. Il approuve pleinement la méthode de travail proposée par M. Pellet, et en particulier sa recommandation tendant à ce que le Groupe de travail se transforme en comité de rédaction. Le texte qui en résultera devra être considéré comme provisoire. La Commission ne doit pas exclure la possibilité de revenir ultérieurement à l'idée d'un texte de codification composé de projets d'article. Peut-être est-il souhaitable que le Groupe de travail examine aussi la proposition de M. Gaja.

25. M. CHEE rend hommage aux efforts inlassables du Rapporteur spécial, dont l'aboutissement est concrétisé par le neuvième rapport. Les chapitres sur la définition, l'accomplissement, le fondement du caractère obligatoire et l'interprétation des actes unilatéraux traitent des principaux problèmes que soulèvent les principes

¹⁸⁸ *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 103, par. 245 à 247; *Annuaire... 2005*, vol. II (2^e partie), p. 62-63, par. 327 à 332.

¹⁸⁹ *Annuaire... 2005*, vol. II (2^e partie), p. 63.

directeurs. S'agissant de la définition de l'acte unilatéral (par. 126 à 139), M. Chee relève que, bien que plusieurs auteurs éminents aient examiné la substance des actes unilatéraux en droit international, seul Sir Robert Jennings a essayé de donner une brève définition de ces actes. Il convient aussi de noter que Sir Hersch Lauterpacht a décrit les actes unilatéraux comme des «transactions autres que les négociations et les traités» dans la huitième édition de *Oppenheim's International Law*¹⁹⁰. La définition de l'acte unilatéral donnée dans le projet de principe 1 limite cet acte à une déclaration, à l'exclusion de la notification, la protestation ou la renonciation. M. Chee préfère la variante A du principe 1. Les projets de principes 2 et 3 gagneraient à être réunis. Les projets de principes 4 à 9 n'appellent aucune observation. Quant au projet de principe 10, relatif au caractère obligatoire des actes unilatéraux, M. Chee rappelle qu'en 1974, dans l'affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)*, la CIJ a invoqué le principe de la bonne foi dans la formulation des actes unilatéraux, et elle a jugé ce qui suit:

La confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale, surtout à une époque où, dans bien des domaines, cette coopération est de plus en plus indispensable. Tout comme la règle du droit des traités *pacta sunt servanda* elle-même, le caractère obligatoire d'un engagement international assumé par déclaration unilatérale repose sur la bonne foi. Les États intéressés peuvent donc tenir compte des déclarations unilatérales et tabler sur elles; ils sont fondés à exiger que l'obligation ainsi créée soit respectée. [p. 268, par. 46 de l'arrêt]

C'est pourquoi la CIJ a jugé qu'une déclaration unilatérale lie l'État qui en est l'auteur.

26. M. KOSKENNIEMI dit que le neuvième rapport sur les actes unilatéraux des États est utile en ce qu'il montre que, si la position de la Commission sur le sujet a changé au fil des ans, le Rapporteur spécial a été fidèle à son opinion selon laquelle les actes unilatéraux peuvent et doivent être codifiés dans un texte à certains égards analogues à la Convention de Vienne de 1969.

27. M. Koskenniemi dit qu'il ne se laissera pas entraîner par M. Pellet dans une nouvelle explication des raisons pour lesquelles il pense qu'il n'y a pas de sujet à codifier et qu'il est vain d'essayer de produire un texte normatif. Il souhaite néanmoins expliquer comment sa réflexion sur le sujet a évolué durant les cinq années écoulées. Dès le départ, il a soutenu qu'il n'y avait pas de sujet à codifier parce que les actes unilatéraux sont inexistantes en tant qu'institution juridique. Une partie de la doctrine a simplement examiné certaines affaires dans lesquelles des tribunaux ont jugé que les États sont liés par des déclarations de leurs représentants ou par leurs actes. Deuxièmement, en ce qui concerne la pratique diplomatique, il ne connaît aucune situation dans laquelle un État se soit engagé dans le type d'activité décrite par le Rapporteur spécial. Pas plus qu'il ne peut se souvenir d'un seul cas dans lequel un État a exprimé sa volonté d'être lié en dehors de toute contrepartie, ou en dehors d'un cadre juridique conférant une signification juridique à un acte ou à une déclaration, comme le cadre du droit conventionnel ou du droit coutumier dans le cas des réserves aux traités ou de la reconnaissance des nouveaux États.

28. Néanmoins, au fil des années, M. Koskenniemi en est venu à se rendre compte que la Commission avait fait un travail utile en décrivant la pratique en matière d'actes unilatéraux et en définissant les situations dans lesquelles des observateurs extérieurs ont jugé qu'un État était lié parce qu'il avait formulé un acte unilatéral. L'examen de ces affaires par le Groupe de travail à la session précédente a été extrêmement utile. Dans son résumé des travaux du Groupe de travail, le Président de celui-ci, M. Pellet, a déclaré que le Groupe de travail avait étudié certaines affaires conformément à la grille analytique établie en 2004¹⁹¹ et que certaines conclusions pouvaient peut-être être tirées de ses travaux¹⁹². Pour cette raison, M. Koskenniemi s'attendait à ce que dans son neuvième rapport le Rapporteur spécial commente les exemples concrets figurant dans la grille. Or, au lieu de cela, le Rapporteur spécial s'en est tenu à son orientation, à savoir produire un rapport dans la tradition de ses prédécesseurs, qui ont utilisé la méthode déductive postulant que les actes unilatéraux peuvent être codifiés dans un texte comparable à la Convention de Vienne de 1969, et élaborer un ensemble de principes.

29. M. Koskenniemi comprend donc mal pourquoi la Commission s'est engagée dans une direction et le Rapporteur spécial dans une autre. Comment peut-on faire converger les deux voies ainsi empruntées? Étant donné la position de principe que lui-même et de nombreux autres membres de la Commission ont adoptée, à savoir que la Convention de Vienne de 1969 ne peut servir de modèle pour codifier les actes unilatéraux des États, il sera très difficile de procéder à l'examen des principes directeurs figurant dans le neuvième rapport, car ils semblent représenter le premier pas sur la voie de la formulation d'un projet complet d'articles de codification calqué sur la Convention de Vienne. M. Koskenniemi s'oppose à une telle démarche non seulement par principe, mais aussi parce qu'elle va à l'encontre de la direction que la Commission a prise collectivement jusqu'ici. Bien que cette approche ait toujours été défendue par le Rapporteur spécial, elle n'a pas recueilli l'approbation de la majorité des membres de la Commission.

30. De plus, comme de toute manière le temps manque pour formuler des projets d'article, la meilleure manière de procéder serait que le Groupe de travail poursuive les travaux entrepris l'année précédente à l'aide de la grille établie et élabore un ensemble de commentaires expliquant les implications des cas dans lesquels des États ont été liés par leurs paroles ou par leurs actes. Ceci permettra de tirer des enseignements précieux de la pratique en ce qui concerne la bonne foi, l'équité et les attentes légitimes en droit international. La Commission pourrait faire quelque chose d'utile en appelant l'attention sur les situations dans lesquelles des déclarations ou actes unilatéraux, qu'ils soient ou non formels, ont eu des conséquences juridiques. Le Groupe de travail devrait être reconstitué, non pour enterrer le sujet, mais pour en poursuivre l'examen et achever son étude des cas pratiques sur la base de la grille analytique.

¹⁹⁰ H. Lauterpacht (dir. publ.), Londres, Longman, 1955, vol. I, chap. III (*Transactions besides Negotiations and Treaties*), p. 872, par. 486.

¹⁹¹ *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 103, par. 247, note 516.

¹⁹² *Annuaire... 2005*, vol. II (2^e partie), p. 62-63, par. 327 à 332.

31. En résumé, la Commission ne devrait pas renvoyer les principes directeurs au Groupe de travail en comptant que celui-ci se transformera en comité de rédaction. Ceci serait inacceptable même si cela était faisable en pratique, ce qui n'est plus le cas. Deuxièmement, le Groupe de travail devrait poursuivre l'étude de cas commencée en 2005 et formuler des conclusions reposant sur des affaires spécifiques, dont la communauté diplomatique pourrait s'inspirer à chaque fois que des États sont impliqués dans des situations où ils risquent d'être liés, volontairement ou non.

32. M. DUGARD approuve les propositions de M. Koskeniemi mais se demande si les conclusions en question devaient être présentées à la Sixième Commission à la fin de la session de la Commission ou renvoyées à la Commission dans sa nouvelle composition en 2007. Aussi résolu soit-on à achever les travaux sur le sujet, il ne sera pas possible de le faire de manière satisfaisante à la session en cours. Donc, logiquement, la nouvelle Commission devrait être saisie des conclusions envisagées par M. Koskeniemi en 2007.

33. M. KOSKENIEMI dit que, dans l'idéal, le Groupe de travail devrait élaborer ses conclusions d'ici à la fin de la session en cours pour transmission à la nouvelle Commission et à la Sixième Commission à la soixante et unième session de l'Assemblée générale.

34. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial) fait observer que certains membres de la Commission semblent tellement pressés d'aboutir à des résultats qu'ils préjugent l'ensemble de la question du mandat du Groupe de travail. La plupart des membres veulent que le Groupe de travail soit reconstitué sous la présidence de M. Pellet afin d'examiner les projets de principe directeur qui sont disponibles. Durant les semaines qui restent jusqu'à la fin de la session, le Groupe de travail aura largement le temps d'accorder à la question toute l'attention qu'elle mérite et de décider s'il convient d'adopter des conclusions.

35. M. FOMBA félicite le Rapporteur spécial des efforts inlassables qu'il a déployés pour sortir le sujet de l'impasse dans laquelle il se trouvait. Les actes unilatéraux sont un fait de la vie diplomatique, politique et juridique des États. C'est pourquoi il faut étudier la question de savoir quel doit être le régime juridique des actes unilatéraux, par opposition aux traités. Les actes unilatéraux entrent dans deux catégories: ceux dont le sort est lié à celui de traités, dont le régime juridique doit logiquement être aligné sur celui des traités, et ceux qui sont autonomes, dont le sort n'est pas lié à celui de traités. C'est cette dernière catégorie qui pose problème. Il est difficile de répondre à la question de savoir s'il est possible ou souhaitable de codifier le droit en la matière; ni la doctrine, ni la jurisprudence, ni la pratique des États n'apportent une lumière suffisante sur le sujet. Toute tentative de codification doit donc être abandonnée. M. Fomba est donc favorable à l'idée d'élaborer des principes directeurs, même si, ce faisant, on laisse de côté des questions comme celles de la portée juridique actuelle et future de ces principes. Si à l'avenir les États accordent à ces principes un poids juridique ou moral, la Commission aura fait œuvre utile. Le Groupe de travail devrait donc avoir pour mandat d'élaborer des principes directeurs. La démarche proposée par M. Pellet semble excellente, en ce qu'elle donnera aux membres la

possibilité de contribuer au débat dans le cadre du Groupe de travail aussi bien qu'en plénière.

36. M. Sreenivasa RAO félicite le Rapporteur spécial d'être resté fidèle à ses hypothèses initiales en ce qui concerne un sujet difficile sur lequel, même après neuf ans de travaux, la Commission n'est pas en mesure de prendre clairement position. Les actes unilatéraux abondent dans la pratique des États, mais peu sont formulés de manière à devenir le fondement exclusif d'obligations juridiques et de droits; ils ont toujours été considérés en même temps que d'autres facteurs contextuels. S'il est arrivé à la CIJ de se pencher sérieusement sur ces actes, et s'ils ajoutent parfois du poids à d'autres délibérations et négociations, leur valeur intrinsèque est minime. Étant donné cet état de fait, les actes unilatéraux ne sauraient être codifiés dans le cadre d'une structure comme celle créée par la Convention de Vienne de 1969.

37. Le cœur du problème est qu'une déclaration unilatérale d'une autorité de l'État de rang élevé a un effet sur le comportement et les options de l'État, mais que celui-ci peut y mettre fin s'il peut le faire sans causer de préjudice à d'autres États ayant tablé sur cette déclaration. Ceci étant, il n'est nul besoin, par analogie avec la Convention de Vienne de 1969, d'examiner des questions comme celles de la nullité, de l'extinction ou de la suspension des actes unilatéraux. Le Groupe de travail devrait examiner les projets de principe qui ne portent pas sur la nullité, l'extinction ou la suspension et formuler des conclusions à cet égard. Les conclusions générales tirées des études de la pratique effectuées par le Groupe de travail pourraient utilement être diffusées, bien qu'en ayant toujours à l'esprit que se prononcer sur de tels cas revient à juger hors de toute procédure contradictoire.

38. Le résultat net des efforts audacieux du Rapporteur spécial au fil des années a été de contribuer à déterminer quels actes ne constituent pas des actes unilatéraux au sens du projet de principe directeur I. La Commission voit maintenant clairement que la reconnaissance, les réserves aux traités et les déclarations relevant d'une clause facultative, pour ne citer que trois catégories, ne sont pas des actes unilatéraux aux fins de l'étude. Toutefois, il reste difficile à déterminer quels actes unilatéraux produisent les effets juridiques souhaités. Le Groupe de travail devrait être autorisé à continuer de contribuer à cette recherche sous la conduite avisée de M. Pellet.

39. M. CANDIOTI remercie le Rapporteur spécial de sa dernière contribution à une meilleure compréhension du sujet sous la forme de nouveaux précédents et d'une analyse de la validité, de la nullité, de la durée, de la suspension et de l'extinction des actes unilatéraux. Il rappelle qu'à la session précédente il a lui-même déclaré qu'après 10 ans de débat le temps était venu pour la Commission de présenter à l'Assemblée générale, dans son rapport sur les travaux de sa cinquante-huitième session, des conclusions générales accompagnées d'exemples de la pratique des États, comme elle l'a envisagé au paragraphe 332 de son rapport sur les travaux de sa cinquante-septième session¹⁹³. Or, le Groupe de travail a essayé d'élaborer une définition et des règles applicables aux déclarations unilatérales formelles, qu'il a baptisées «actes unilatéraux *stricto sensu*». M. Candiotti

¹⁹³ *Annuaire... 2005*, vol. II (2^e partie), p. 63.

aurait quant à lui, étant donné les débats tenus sur le sujet, préféré un document plus général contenant des conclusions sur la fonction et les conséquences des actes unilatéraux et d'autres formes de comportement unilatéral en droit international, des conclusions qui auraient pu recueillir un consensus au sein de la Commission.

40. Le Rapporteur spécial propose maintenant une série de ce qu'il appelle des «principes directeurs» sur les actes unilatéraux au sens strict, énoncés en termes descriptifs qui vont bien au-delà de ce qu'auraient été des conclusions générales. Si cette nouvelle approche est approuvée par la Commission, M. Candioti peut accepter que les principes en question soient renvoyés pour examen au Groupe de travail. Sans préjugé du libellé et du contenu final du projet qui sera élaboré, il souhaite faire quelques observations préliminaires à l'intention du Groupe de travail.

41. Dans le projet de principe 1, il faudrait mettre davantage l'accent sur la manière unilatérale dont les effets juridiques sont produits, en d'autres termes, sur le fait que la participation d'aucun autre sujet de droit international n'est requise. Des deux variantes proposées en ce qui concerne les destinataires, la variante B, formulée de manière plus générale, est préférable, même si la question pourrait ne pas être mentionnée dans les principes eux-mêmes et faire l'objet d'observations dans le commentaire.

42. L'ordre des projets de principes 4 et 5 devrait être inversé, ou ces principes réunis en un seul. Le titre du projet de principe 7 devrait être plus précis, comme ceux des projets de principes 5 et 6, et viser la nullité résultant de défauts affectant l'expression unilatérale de la volonté. Les paragraphes 5 et 6 du projet de principe 7, qui concernent la substance et la teneur de l'acte unilatéral, devraient peut-être être séparés des dispositions relatives aux défauts affectant l'expression de la volonté et faire l'objet de principes distincts. De fait, le paragraphe 6 englobe le contenu du paragraphe 5.

43. L'ordre des projets de principes 8 et 9 pourrait être inversé, car la suspension précède l'extinction tant logiquement que chronologiquement. Comme d'autres membres de la Commission, M. Candioti pense que les conditions de révision ou de révocation de l'acte unilatéral par son auteur devraient être plus souples. Les projets de principes 10 et 11 pourraient peut-être venir avant dans le projet, peut-être juste avant le projet de principe 5.

44. Une fois que la Commission aura adopté ces principes directeurs et peut-être d'autres, ils devraient être reproduits dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa session en cours, si possible accompagnés par des commentaires. En conclusion, M. Candioti est favorable à la reconstitution du Groupe de travail sous la présidence de M. Pellet.

45. M. MANSFIELD dit qu'il pense comme d'autres membres que les travaux de la Commission ont pris une tournure plus favorable lorsque le Groupe de travail et le Rapporteur spécial ont commencé à s'intéresser à des affaires particulières. Il a été instructif d'apprendre que ces cas étaient peu nombreux, et qu'il y avait beaucoup de différences entre eux. Ils révèlent que les actes unilatéraux des États peuvent incontestablement produire

des effets juridiques et que dans certaines circonstances, probablement inhabituelles, les États peuvent se trouver liés par ces actes, même inintentionnellement. Ce que ces cas montrent aussi très clairement, néanmoins, est qu'à la différence des traités les actes unilatéraux impliquent des considérations de principe et d'intérêt public parfois en conflit. À l'évidence, il est souhaitable que les ministres puissent faire des déclarations politiques et accomplir des actes qui contribuent à la paix et la sécurité internationales sans avoir à s'inquiéter d'être juridiquement liés par tel ou tel aspect de ces déclarations ou actes. Il est toutefois également important qu'ils ne fassent pas ou n'accomplissent pas à la légère de déclarations ou d'actes sur lesquels d'autres États vont raisonnablement tabler: ils ne doivent le faire que de bonne foi et se conformer à ces déclarations ou actes.

46. Le Groupe de travail a pris un départ utile à la session précédente en élaborant des conclusions ou des commentaires généraux sur la base d'études de cas qui prennent en compte certaines de ces considérations de principe concurrentes. Comme M. Gaja, M. Mansfield pense que pour progresser il faut que le Groupe de travail poursuive ce travail et achève, sur la base d'études de cas, l'élaboration de commentaires généraux susceptibles de fournir des indications utiles aux ministères des affaires étrangères et à tous ceux qui sont confrontés à des déclarations ministérielles. Les travaux devraient maintenant être axés non sur les projets de principe, qui sont beaucoup trop détaillés et ramènent la Commission à une analogie douteuse avec le droit des traités, mais sur les conclusions générales mentionnées dans le rapport du Groupe de travail qui s'est réuni lors de la cinquante-septième session¹⁹⁴.

47. M. GALICKI dit que le neuvième rapport du Rapporteur spécial résume les aspects positifs comme négatifs des travaux effectués au cours d'une période de près de 10 ans. L'examen du contenu de ce rapport dans le cadre du Groupe de travail sera extrêmement utile. Un aspect du sujet qui doit être pris en considération est la relation entre les principes directeurs et la Convention de Vienne de 1969. La Commission demeure trop dépendante de la Convention et le Groupe de travail devrait prendre une position plus indépendante. Le Rapporteur spécial semble parfois être esclave des dispositions de la Convention, transposant dans le projet certaines expressions qui ont du mal à y trouver leur place. Par exemple, l'expression utilisée dans le titre du projet de principe 8, «Extinction des actes unilatéraux», devrait peut-être être revue. En revanche, l'un des motifs cités pour l'extinction ou la révocation d'un acte unilatéral est un changement fondamental de circonstances. Au paragraphe 115 de son rapport, le Rapporteur spécial explique pourquoi il s'est écarté des termes «négatifs et conditionnels» dans lesquels l'article 62 de la Convention de Vienne est libellé; or, pour M. Galicki, ces termes devraient être conservés dans le principe 8.

48. En conclusion, il se déclare favorable au renvoi des principes directeurs au Groupe de travail pour que celui-ci en poursuive l'examen.

La séance est levée à midi.

¹⁹⁴ *Annuaire... 2005*, vol. II (2^e partie), p. 62-63, par. 327 à 332.

2888^e SÉANCE

Mercredi 5 juillet 2006, à 10 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskeniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Operti Badan, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M. Yamada.

Actes unilatéraux des États (suite) [A/CN.4/560, sect. F, A/CN.4/569 et Add.1, et A/CN.4/L.703]

[Point 6 de l'ordre du jour]

NEUVIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial, M. Rodríguez Cedeño, à résumer les débats consacrés à son neuvième rapport.

2. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO, après avoir remercié les membres de la Commission pour leurs observations, dit qu'à la séance précédente, les membres se sont interrogés sur la procédure à suivre pour avancer dans les travaux sur le sujet et ont formulé des commentaires sur le fond du rapport, certains de caractère général et d'autres portant sur les projets de principe figurant dans le document A/CN.4/569.

3. S'agissant de la procédure à suivre pour la suite des travaux, M. Pellet a proposé de reconstituer le Groupe de travail de 2005 pour examiner les projets de principe directeur présentés par le Rapporteur spécial. Le Groupe de travail, à composition non limitée, examinerait les projets et approuverait, en vue de leur envoi en plénière, ceux dont il considérerait qu'ils sont les plus largement acceptés. Il pourrait également adopter d'autres projets qu'il jugerait utiles. Le Groupe de travail devrait en outre accomplir un travail de rédaction, de manière à envoyer en plénière des formules plus élaborées. Pour sa part, M. Gaja a proposé que le Groupe étudie quelques cas et présente ensuite des conclusions générales sur le sujet. La majorité des membres se sont prononcés pour la reconstitution du Groupe de travail, qui serait présidé de nouveau par M. Pellet et ont approuvé le mandat que celui-ci avait défini. Il semblait approprié d'assortir les projets qu'adopterait le Groupe, à cette occasion, de commentaires généraux qui ne seraient pas des commentaires au sens strict du terme, tels que ceux qui accompagnent d'ordinaire les projets d'article élaborés par la Commission, mais constitueraient plutôt une présentation ou une brève explication. Pour le Rapporteur spécial, la création d'un groupe de travail doté d'un mandat clair peut permettre en effet d'adopter des conclusions importantes à la session en cours et de répondre ainsi à la demande formulée par la majorité des États à la Sixième Commission.

4. Il a été considéré par ailleurs que le résultat des travaux de la session en cours ne devait pas nécessairement être définitif et que l'année suivante la Commission pourrait de nouveau aborder le sujet pour étudier la possibilité d'accomplir ultérieurement un travail de codification et de développement progressif. À ce propos, le Rapporteur spécial tient à préciser que, premièrement, il importe que la Commission adopte un ensemble de principes directeurs, non contraignants, qui puissent être utiles aux États dans leurs relations juridiques internationales. Il faut bien entendu maintenir un équilibre entre la liberté d'action des États et la sécurité juridique internationale, de manière que les conclusions des travaux de la Commission soient acceptables pour les États. Mais si elle n'adoptait pas de conclusions importantes, la Commission semblerait mettre en question l'existence et l'importance des actes unilatéraux des États, qui ont toujours été reconnus par la majorité de la doctrine, ainsi que dans la jurisprudence dont l'exemple le plus récent est la décision rendue en février 2006 par la CIJ dans l'affaire *Activités armées sur le territoire du Congo* à propos de la requête déposée par la République démocratique du Congo contre le Rwanda, dans laquelle la Cour a tenu compte en particulier d'un acte d'origine interne et d'une déclaration faite par un haut fonctionnaire devant la Commission des droits de l'homme de l'ONU [par. 45 de l'arrêt]. Par ailleurs, comme on a pu le constater lors des sessions précédentes, la pratique est suffisamment abondante pour appuyer l'élaboration de principes. De toute façon, la Commission a déjà formulé des conclusions très importantes ou rédigé des articles à propos de sujets qui, selon elle, pouvaient faire l'objet d'un travail de codification et de développement progressif, sans nécessairement disposer d'une pratique clairement établie ou d'une doctrine abondante et, surtout, de décisions de justice ou de sentences arbitrales internationales.

5. S'agissant du fond, certains membres ont jugé excessive la référence au régime de Vienne. Or le Rapporteur spécial avait perçu d'emblée la nécessité de maintenir un parallèle souple avec les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 car, si les actes concernés sont différents, en particulier du point de vue de leur formulation, ils présentent des points communs très importants, notamment le fait qu'ils constituent des manifestations de volonté formulées, de manière unilatérale ou concertée, en vue de produire des effets juridiques précis. Bien entendu, il ne s'agit pas de transposer les règles du droit conventionnel, *mutatis mutandis*, aux actes unilatéraux. Il importe au contraire de conserver les caractéristiques propres à chacun de ces actes.

6. Plusieurs membres ont formulé des observations concrètes sur les projets de principe proposés par le Rapporteur spécial, qui seront examinées sans aucun doute par le Groupe de travail. Certains pensaient que la définition proposée pouvait être une bonne base de travail. Un membre a considéré que les actes unilatéraux constituaient principalement des déclarations unilatérales dans lesquelles l'État assumait des obligations internationales et que l'expression «production d'effets juridiques» était trop vaste. S'agissant des deux variantes proposées dans le projet de principe premier, concernant le destinataire de l'acte, les opinions étaient partagées. Quelques membres ont proposé de fusionner certains principes et de réorganiser l'ensemble.

7. De l'avis de la majorité des membres, il était approprié que le Groupe de travail adopte certains principes, pas nécessairement ceux qui figuraient dans le neuvième rapport du Rapporteur spécial, et que ces principes soient renvoyés ensuite à la plénière en vue d'être soumis pour examen à l'Assemblée générale, dans le rapport annuel de la Commission.

8. Le PRÉSIDENT, après avoir remercié le Rapporteur spécial, dit qu'un consensus semble s'être dégagé au sein de la Commission pour reconstituer le Groupe de travail de 2005 sur le sujet des actes unilatéraux des États et en confier de nouveau la présidence à M. Pellet. Pour définir le mandat du Groupe de travail, il propose la formule suivante: «Le Groupe de travail à composition non limitée présidé par M. Alain Pellet est chargé de préparer les conclusions de la Commission sur le sujet “Actes unilatéraux des États” en tenant compte des principes directeurs proposés par le Rapporteur spécial et en tenant compte également de ses travaux antérieurs.»

9. M. KOSKENNIEMI, rappelant que plusieurs membres, dont lui-même, se sont inquiétés du parallèle étroit établi avec le régime de Vienne dans les projets de principe directeur proposés par le Rapporteur spécial, dit que la formule que vient de proposer le Président ne reflète pas ces préoccupations.

10. Le PRÉSIDENT, jugeant le souci de M. Koskeniemi légitime, propose de modifier la formule en insérant les mots «à la lumière des discussions qui ont eu lieu en plénière», avant «en tenant compte des principes directeurs...»

11. M. CANDIOTI dit qu'il approuve la formule proposée par le Président et qu'il tient par ailleurs à ce qu'il soit demandé au Groupe de travail d'élaborer, non pas des articles ou des principes, mais bien des conclusions générales, conformément à ce qui avait été décidé à la session précédente, comme cela est dûment consigné au paragraphe 332 du rapport sur cette session¹⁹⁵.

12. M. MATHESON approuve entièrement la remarque de M. Candiotti. S'agissant de celle de M. Koskeniemi, il fait observer que le mandat du Groupe de travail tel que le Président l'a décrit n'évoque pas uniquement les projets de principe directeur du Rapporteur spécial, mais aussi les travaux antérieurs de la Commission qui, suppose-t-il, comprennent également les conclusions provisoires distribuées par le Président du Groupe de travail à la session précédente.

13. Le PRÉSIDENT confirme l'hypothèse de M. Matheson.

14. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial) se dit quelque peu surpris par l'intervention de M. Koskeniemi, étant donné que cela fait bientôt 10 ans que la Commission examine le sujet des actes unilatéraux des États en se référant constamment au régime de Vienne. Il approuve par ailleurs la proposition de M. Candiotti, mais préférerait que l'on parle de conclusions «préliminaires». Par ailleurs, certains membres ayant prétendu, à la séance

précédente, que dans son neuvième rapport le Rapporteur spécial s'était écarté de son mandat, il tient à rappeler que le rapport annuel de la Commission sur les travaux de sa cinquante-septième session mentionne déjà qu'il serait «difficile de s'entendre sur des règles générales et que, par conséquent, il faudrait s'orienter vers des directives ou des principes qui pourraient aider et guider les États tout en essayant d'assurer une plus grande sécurité dans ce domaine»¹⁹⁶. C'est sur la base de ces réflexions qu'il s'est permis de proposer des projets de principe. Bien entendu, il appartiendra au Groupe de travail de donner aux conclusions la forme qu'il jugera la plus appropriée.

15. M. ECONOMIDES dit que tous les membres semblent d'accord pour ne suivre la Convention de Vienne de 1969 que lorsque cela est nécessaire, tout en considérant cette référence comme indispensable. Par ailleurs, après 10 années de travail sur le sujet, les conclusions en question ne peuvent être autre chose que des principes directeurs.

16. Le PRÉSIDENT rappelle que c'est le Groupe de travail qui décidera de la forme à donner aux conclusions concernant les actes unilatéraux des États. En l'absence d'objection, il considérera que la Commission approuve le mandat du Groupe de travail.

Il en est ainsi décidé.

Les réserves aux traités (suite*) [A/CN.4/560, sect. G, A/CN.4/558 et Add.1 et 2, A/CN.4/572 et A/CN.4/574, et A/CN.4/L.685 et Corr.1]

[Point 7 de l'ordre du jour]

DIXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL¹⁹⁷

17. M. PELLET (Rapporteur spécial) rappelle que son dixième rapport sur les réserves aux traités, qui se compose de quatre sections (A/CN.4/558 et Add.1 et 2), et qu'il a déjà présenté à la cinquante-septième session en 2005, n'a pas pu être examiné de manière approfondie faute de temps. Revenant sur la section C concernant les réserves incompatibles avec l'objet et le but du traité, il souligne que celle-ci porte sur un sujet particulièrement délicat, à savoir la définition de la notion d'objet et de but du traité énoncée dans le projet de directive 3.1.5 (par. 72 à 89) et complétée par le projet de directive 3.1.6 consacré à la détermination de l'objet et du but du traité. Cette définition a été vivement critiquée en raison de son caractère très vague et M. Pellet reconnaît bien volontiers qu'on n'avance pas beaucoup en disant que l'on entend par objet et but du traité, les dispositions essentielles du traité qui en constituent la raison d'être. Le Rapporteur spécial s'est donc efforcé de formuler une nouvelle définition de la notion d'objet et de but du traité. Aux paragraphes 7 et 8 de sa note sur le projet de directive 3.1.5 (A/CN.4/572), il propose deux variantes qui tiennent

* Reprise des débats de la 2883^e séance.

¹⁹⁶ Ibid., p. 62, par. 314.

¹⁹⁷ Pour l'examen des premières sections du dixième rapport du Rapporteur spécial, voir *Annuaire... 2005*, vol. I, 2854^e séance, p. 168 et 2856^e à la 2859^e séances, p. 186 à 218 et *Annuaire... 2005*, vol. II (2^e partie), p. 65-72, par. 343 à 436.

¹⁹⁵ Ibid.

compte des débats de la cinquante-septième session et qui ne sont pas différentes dans leur esprit général même s'il a une préférence pour la première, la seconde étant selon lui plus ambiguë et moins précise. Le Rapporteur spécial indique que lorsqu'il s'est interrogé sur la manière de préciser la définition de cette notion si fondamentale non seulement pour le droit des réserves mais aussi pour le droit des traités dans son ensemble, il a tenu compte d'une remarque de M. Gaja¹⁹⁸ qui avait suggéré de s'inspirer du projet de directive 3.1.12 consacré aux réserves aux traités généraux relatifs aux droits de l'homme, qui figure au paragraphe 102 du dixième rapport. Il lui a paru en effet que, dans son esprit, ce projet de directive pouvait être généralisé et que le point crucial était probablement l'atteinte que la réserve risque de porter à ce qu'il a appelé l'«équilibre conventionnel», dans la nouvelle version du projet de directive 3.1.5. Le Rapporteur spécial n'est pas particulièrement attaché à cette expression que l'on pourrait songer à expliciter en disant par exemple que la réserve ne doit pas porter atteinte à «l'équilibre des droits et obligations envisagés par le traité», mais l'inconvénient est que l'on postule ainsi que tout traité réalise un équilibre entre les droits et les obligations des parties, ce qui n'est pas vrai, dans une perspective strictement juridique pour les traités qui ne reposent pas sur le principe de réciprocité. C'est pourquoi il a parlé d'«équilibre conventionnel» en ayant à l'esprit que les traités constituent un tout et que si une réserve porte atteinte de façon importante à cet équilibre, elle n'est plus conforme à l'objet et au but du traité. Il préférerait donc conserver l'expression «équilibre conventionnel» dont le sens devrait être explicité dans les commentaires.

18. Pour ce qui est des projets de directives 3.1.6 à 3.1.13, qu'il a longuement présentés à la session précédente, le Rapporteur spécial dit qu'il n'a pas trouvé dans les observations parfois critiques des membres de la Commission les concernant, d'arguments décisifs qui l'auraient amené à «revoir sa copie». Il reconnaît volontiers la pertinence de certaines remarques mais estime toutefois qu'elles portent sur des questions qui sont loin d'être anodines mais que le Comité de rédaction pourra régler lorsqu'il sera, comme il l'espère, saisi de ces projets de directive. Quant au flou inévitable de toute définition de la notion d'objet et de but du traité, il est atténué en premier lieu par le projet de directive 3.1.6, lequel propose une méthode de détermination de l'objet et du but du traité qui paraît utile, voire indispensable, pour encadrer la subjectivité de l'interprète. Cette méthode s'inspire assez étroitement des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969 et n'a pas été critiquée dans son principe, certains membres ayant simplement estimé qu'il fallait revoir assez profondément la rédaction et les éléments de cette disposition. Le caractère assez flou et vague de la définition de la notion d'objet et de but du traité – même dans sa nouvelle version – est atténué en second lieu par les 11 projets de directive suivants qui adaptent et précisent les critères à retenir s'agissant de catégories particulières de traités ou de clauses conventionnelles ou encore de catégories particulières de réserves. Le Rapporteur spécial relève que cette tentative a été critiquée pour son empirisme mais il souligne qu'il n'a pas essayé de faire œuvre doctrinale et a seulement tenté

de recenser les principaux problèmes qui lui semblent se poser en pratique et de proposer des orientations qui devraient, à son avis, aider les utilisateurs du Guide de la pratique à répondre à ces problèmes lorsqu'ils se posent concrètement. Une telle démarche lui paraît conforme à l'esprit du Guide de la pratique auquel doit aboutir la Commission.

19. Les projets de directives 3.1.7 à 3.1.13 ont fait en 2005 l'objet de réactions intéressantes de la part des membres de la Commission et le Rapporteur spécial dit qu'il attend avec intérêt toutes les critiques et toutes les propositions complémentaires qui porteraient sur leur rédaction et sur leur objet même. Comme il l'a déjà dit, ces projets de directive constituent de simples exemples de dispositions ou de types de réserves qui, dans la pratique, posent le plus fréquemment les problèmes les plus difficiles. Si certains membres de la Commission pensent, exemples concrets à l'appui, que d'autres catégories de réserves ou de dispositions conventionnelles posent elles aussi des problèmes de ce type, il n'aurait aucune objection à rallonger ou modifier la liste des exemples retenus. Par contre, il n'est pas du tout prêt à renoncer à illustrer, par des directives portant sur des questions concrètes, les orientations générales données dans les projets de directives 3.1.5 et 3.1.6. D'une part, il serait absurde que la Commission n'essaie pas de donner une définition, fut-elle vague et générale, de la notion même d'objet et de but du traité si centrale en matière de réserves. À ce propos, le Rapporteur spécial note qu'à une ou deux exceptions près¹⁹⁹, cette position a été appuyée par la quasi-totalité des membres de la Commission à la session précédente et des représentants des États à la Sixième Commission. D'autre part, la Commission ne saurait en rester à de telles généralités. Certes, si la Commission rédigeait un projet de convention sur les réserves aux traités, elle ne devrait probablement pas procéder en donnant des exemples, mais son objectif est d'aboutir à un guide de la pratique et il serait donc absurde que ses utilisateurs n'y trouvent pas d'indications sur la manière d'appréhender, par exemple, les réserves vagues ou générales qui posent tellement de problèmes dans la pratique des réserves aux traités ou d'indications sur les réserves à des clauses de règlement des différends ou d'indications sur la manière de se comporter face à des réserves ou à des règles conventionnelles reprenant des normes coutumières ou des normes impératives. Relevant d'ailleurs que la position contraire n'a été adoptée que par un petit nombre de membres de la Commission, le Rapporteur spécial dit qu'il serait résolument hostile à ce que la Commission se contente des généralités des projets de directives 3.1.5 et 3.1.6, même s'il espère que ces projets sortiront améliorés des débats en plénière et du Comité de rédaction.

20. En ce qui concerne le projet de directive 3.1.9 dont la logique a été critiquée l'année précédente par M. Gaja, le Rapporteur spécial est lui aussi d'avis, à la réflexion, que le problème des réserves à une

¹⁹⁸ *Annuaire...* 2005, vol. I, 2857^e séance, p. 201, par. 46.

¹⁹⁹ Voir les positions exprimées par le Royaume-Uni et la Suède (au nom des pays nordiques), *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session, compte rendu analytique de la 14^e séance (A/C.6/60/SR.14)*, p. 2, par. 5, et p. 5, par. 21, respectivement.

norme reprenant une norme impérative de *jus cogens* se pose de la même manière que celui des réserves à une norme coutumière, tout du moins au plan de la logique pure. Ce n'est que si, par sa réserve, un État entendait introduire ou se réserver d'appliquer une règle contraire au *jus cogens*, et seulement dans ce cas, qu'une réserve devrait être réputée nulle ou non valide. Ceci paraît techniquement exact et convainquant mais la Commission n'est pas pour autant obligée de s'en tenir uniquement à la logique et à des considérations de techniques juridiques. Elle peut considérer qu'il est opportun, dans le cadre du développement progressif du droit international, d'aller plus loin et qu'il est possible d'avoir une vision plus radicale en disant que les réserves à des normes conventionnelles énonçant ou reprenant des règles de *jus cogens* sont interdites, ce qui est proposé dans ce projet de directive. Le Rapporteur spécial serait heureux d'entendre ce que les autres membres de la Commission ont à dire sur le sujet car il importe que la Commission donne des directives assez claires au Comité de rédaction sur ce point qui pose un problème de principe. Le Rapporteur spécial souligne enfin à propos de la section du dixième rapport consacrée aux réserves incompatibles avec l'objet et le but du traité que dans son arrêt *Activités armées sur le territoire du Congo* du 3 février 2006, la CIJ a confirmé sa jurisprudence antérieure concernant la validité des réserves à l'article IX de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Cette solution qui constitue, en substance, une nouvelle illustration du principe posé dans le projet de directive 3.1.13 sur les réserves aux clauses conventionnelles de règlement des différends ou de contrôle de la mise en œuvre du traité, conforte le Rapporteur spécial dans l'opinion que ce projet de directive est fondé. Il précise qu'il tiendra compte autant des observations qui ont déjà été faites à la session précédente que de celles qui le seront à la session en cours.

21. Passant à la section D du dixième rapport intitulée «Détermination de la validité des réserves et ses conséquences», qui n'a pas pu être débattue en 2005 en raison de sa soumission tardive, le Rapporteur spécial signale qu'en annexe figure un récapitulatif de l'ensemble des nombreux projets de directive proposés. L'intitulé de cette section est quelque peu trompeur car la question des conséquences n'est pas étudiée de manière complète, le Rapporteur spécial ayant été obligé de se borner à celles qu'il est possible de tirer au stade actuel des travaux, dans l'attente de l'étude des acceptations et des objections qui n'est pas encore faite. Dans cette dernière partie du dixième rapport, le Rapporteur spécial s'efforce de répondre à deux questions à la fois très importantes et très difficiles, à savoir qui est compétent pour apprécier la validité des réserves et quelles sont les conséquences d'une réserve non valide. Il n'est pas complètement impossible de répondre à ces questions si l'on veut bien adopter une démarche pragmatique et faire preuve de bon sens en laissant de côté les considérations doctrinales abstraites qui en ce domaine obscurcissent le débat plus qu'elles ne l'éclairent. Le Rapporteur spécial dit qu'il s'en est ainsi tenu à une démarche pragmatique, sans céder à la tentation qui était pourtant assez grande dans ce cas d'essayer de bâtir un système.

22. S'agissant de la compétence pour apprécier la validité des réserves, le Rapporteur spécial estime qu'une remarque préliminaire s'impose: ce qu'il dit de cette question dans son dixième rapport et dans les projets de directive qu'il propose ne s'applique que lorsque le traité lui-même est muet sur ce point. Il va en effet de soi que les États et les organisations internationales sont entièrement libres d'inclure dans des clauses particulières de réserves des dispositions prévoyant des modalités spécifiques pour l'appréciation de la validité des réserves. Il est également évident que dans ce cas les règles générales que le Rapporteur spécial a essayé de dégager s'effacent au profit de celles posées dans le traité lui-même. Mais ceci est vrai de toutes les règles énoncées dans le Guide de la pratique, sans aucune exception, car il n'existe pas, dans le domaine des réserves aux traités, de règles impératives du droit international.

23. Au demeurant, de telles clauses, relatives à l'appréciation de la validité des réserves, sont extrêmement rares, ce qui est peut-être regrettable. Mis à part le peu convaincant article 20 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1966 et un petit nombre de dispositions équivalentes qui sont citées dans la note dont l'appel se trouve au paragraphe 151 du dixième rapport, les États s'abstiennent en général de prendre expressément position sur la question de savoir qui peut apprécier la validité d'une réserve au regard des dispositions de l'article 19 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, reproduites dans le projet de directive 3.1.

24. Le problème n'est guère difficile lorsque le traité n'institue aucun mécanisme de contrôle de son application et n'est pas l'acte constitutif d'une organisation internationale. Dans un tel cas, il résulte à l'évidence des articles 20, 21 et 23 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 que chaque État ou organisation internationale peut apprécier en ce qui le concerne la validité des réserves formulées à l'égard d'un traité auquel il est partie ou plus exactement dont il est «contractant». Pour le Rapporteur spécial, le mot «État» désigne en l'espèce l'ensemble de l'appareil étatique y compris, le cas échéant, les tribunaux nationaux. À cet égard, le Rapporteur spécial admet qu'il ne connaît qu'un seul cas clair dans lequel une juridiction nationale a déclaré non valide une réserve formulée par l'État: il s'agit de l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral suisse en 1992 dans l'affaire *Elisabeth F c. R. et le Conseil d'État du canton de Thurgovie* déjà évoquée à plusieurs reprises. Le Rapporteur spécial indique qu'il a prévu cette possibilité pour les tribunaux nationaux de se prononcer sur la validité d'une réserve entre crochets dans le premier tiret du projet de directive 3.2, bien qu'il se demande s'il est préférable de le préciser dans le projet lui-même ou dans les commentaires. Les observations que pourront faire les membres de la Commission à cet égard, même s'il ne s'agit pas d'un point vital, seront certainement utiles au Comité de rédaction.

25. S'agissant précisément de ce premier tiret du projet de directive 3.2, le Rapporteur spécial indique qu'il est pris d'un regret tardif: il y propose de dire qu'ont compétence pour se prononcer sur la validité des réserves les autres États ou organisations internationales contractants, mais il estime, à la réflexion, qu'il a eu tort de limiter cette faculté

aux «autres» parties contractantes. L'affaire *Elisabeth F.* montre que cette appréciation peut aussi être le fait des tribunaux de l'État auteur de la réserve eux-mêmes. Il lui semble donc qu'il faudrait modifier la rédaction de ce premier alinéa en conséquence, ce dont le Comité de rédaction pourrait se charger. Sous cette réserve, le Rapporteur spécial ne pense pas que ce premier alinéa prête à controverse. Il en va de même du deuxième alinéa du projet de directive 3.2: il est bien évident que si la CIJ, par exemple, est saisie d'une contestation relative à la validité d'une réserve et si elle est par ailleurs compétente pour se prononcer, elle peut trancher le différend qui lui est soumis. Elle l'a fait, par exemple, dans son arrêt de février 2006 en ce qui concerne la réserve du Rwanda à l'article IX de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, dont elle a admis la validité. Il en va bien sûr de même des tribunaux arbitraux, comme le montre par exemple la sentence rendue en 1977 dans l'affaire de la *Mer d'Irlande*, qui opposait la France au Royaume-Uni.

26. Le seul problème véritable qui se pose s'agissant de savoir qui peut apprécier la validité d'une réserve concerne la compétence des organes de contrôle de l'application du traité et la combinaison de cette compétence éventuelle avec celles, traditionnelles, des États et des organes de règlement des différends. Ce problème présente deux caractères: d'une part il est relativement nouveau, n'étant apparu dans toute son ampleur qu'après l'adoption de la Convention de Vienne de 1969, dans laquelle il n'a donc pas pu être pris en compte, et d'autre part, dans les faits, il ne concerne, en tout cas pour l'instant, que les traités relatifs aux droits de l'homme, même si rien n'exclut qu'il puisse se poser dans d'autres domaines – et il semblerait que tel soit le cas, de façon encore balbutiante, en matière de protection de l'environnement. Ceci étant, la problématique est bien connue, et le Rapporteur spécial rappelle qu'il a eu l'occasion de la présenter assez en détail dans son deuxième rapport relatif à l'unité du régime des réserves²⁰⁰. Il s'agit de savoir si l'organe de contrôle de l'application d'un traité peut apprécier la validité des réserves formulées à l'égard de ce traité. La Commission a déjà répondu à cette question dans les conclusions préliminaires qu'elle a adoptées en 1997 sur les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris ceux relatifs aux droits de l'homme²⁰¹. Pour les raisons indiquées aux paragraphes 154 et 155, 164 à 167 et 169 à 180 de son dixième rapport, le Rapporteur spécial estime que les considérations qui ont guidé la Commission en 1997 s'imposent tout autant à l'heure actuelle et qu'il est possible de reprendre, en tout cas dans leur esprit, les conclusions pertinentes dans le Guide de la pratique.

27. Telles sont les raisons pour lesquelles le Rapporteur spécial propose premièrement, que la directive 3.2 reconnaisse dans son troisième alinéa la compétence de principe des organes de contrôle pour se prononcer sur la validité des réserves; ceci répond aux souhaits des organes de contrôle de l'application des traités relatifs aux droits de l'homme, correspond à la pratique et a déjà été accepté par la Commission au paragraphe 5 des conclusions préliminaires susvisées.

28. Deuxièmement, la directive 3.2.1 pourrait préciser cette idée tout en indiquant que, ce faisant, les organes de contrôle ne peuvent pas aller plus loin que ce à quoi les autorise leur mandat général. S'ils ont des pouvoirs de décision, ils peuvent décider aussi en matière de validité des réserves et leurs décisions à cet égard s'imposent aux États parties. En revanche, s'ils ne sont pas investis de pouvoirs de décision et ne peuvent faire que des recommandations, alors dans ce domaine aussi ils ne peuvent que recommander. C'est en gros ce que dit le paragraphe 8 des conclusions préliminaires de 1997 et ce que le Rapporteur spécial propose de dire, sous une forme un peu différente, dans le second alinéa du projet de directive 3.2.1.

29. Troisièmement, le projet de directive 3.2.2 pourrait faire écho, pour sa part, au paragraphe 7 des conclusions préliminaires sous forme de recommandation. À ceux qui se demanderaient s'il convient d'adresser des recommandations aux États dans le Guide de la pratique, le Rapporteur spécial rappelle que la Commission a déjà dans le passé répondu à cette question par l'affirmative. Il s'agit en l'occurrence d'encourager les États et les organisations internationales à insérer dans les traités créant des organes de contrôle des clauses précisant les compétences de ces organes en la matière.

30. Quatrièmement, le projet de directive 3.2.3 pourrait rappeler aux États et aux organisations internationales que, lorsqu'ils créent de tels organes et lorsque ceux-ci se prononcent sur la validité des réserves qu'ils ont formulées dans les limites de leurs compétences, les États et organisations internationales doivent, selon le cas, appliquer les décisions de ces organes ou tenir compte de bonne foi de leurs recommandations.

31. Enfin, et cinquièmement, prolongeant également le paragraphe 6 des conclusions préliminaires de 1997, le projet de directive 3.2.4 «enfoncerait le clou» de la directive 3.2.1 en rappelant que lorsque plusieurs modes d'appréciation de la validité des réserves coexistent, ils ne s'excluent pas mutuellement mais, au contraire, se renforcent, et ceci pour le plus grand bien de l'application effective des dispositions de l'article 19 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, dispositions reprises dans la directive 3.1 que la Commission a définitivement adoptée durant la première partie de sa session en cours.

32. La dernière subdivision du dixième rapport traite, dans les paragraphes 181 à 208, des conséquences de la non-validité d'une réserve. Il s'agit de l'une des lacunes les plus graves des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 en la matière – car elles sont muettes sur ce point. On a parlé à cet égard de «vide normatif», et ce vide est d'autant plus préoccupant que les travaux préparatoires ne donnent guère d'indications claires sur les intentions des auteurs de la Convention de 1969 mais donnent au contraire à penser que c'est délibérément qu'ils ont laissé la question en suspens. Mais ce qui était acceptable dans le cadre d'un traité général consacré au droit des traités en raison des querelles suscitées par la question ne l'est plus dès lors qu'il s'agit justement de combler les lacunes des Conventions de Vienne en matière de réserves.

²⁰⁰ *Annuaire...* 1996, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/477 et Add.1.

²⁰¹ *Annuaire...* 1997, vol. II (2^e partie), p. 57, par. 157.

33. La première question qui se pose à cet égard est de savoir si la contrariété d'une réserve avec les alinéas *a* et *b* de l'article 19 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, d'une part, et la contrariété d'une réserve avec l'alinéa *c*, d'autre part, peuvent produire des effets identiques ou des effets différents. Le Rapporteur spécial signale qu'il indique, aux paragraphes 184 à 186 de son dixième rapport, les raisons qui conduisent certains auteurs à conclure que le problème se pose différemment dans le cadre des alinéas *a* et *b* d'une part et dans le cadre de l'alinéa *c* de l'autre, mais qu'il estime quant à lui que rien ne justifie une telle conclusion. Premièrement, parce que le texte de l'article 19 lui-même ne va pas du tout dans ce sens et montre au contraire que les trois alinéas ont la même fonction, ce que confirment les travaux préparatoires ainsi que la pratique, dès lors qu'on l'analyse convenablement, et la jurisprudence. C'est pourquoi le Rapporteur spécial propose le projet de directive 3.3, qui figure au paragraphe 187 de son dixième rapport, soulignant à cet égard que s'il est bien sûr loisible aux membres de proposer des améliorations à ce texte, l'idée de l'unité de l'article 19 est pour lui absolument fondamentale.

34. Ceci étant, il faut déterminer quelles sont les conséquences d'une telle invalidité. Le Rapporteur spécial est conscient qu'on ne peut à ce stade répondre exhaustivement à cette question, évidemment cruciale, car ces conséquences dépendent à l'évidence en grande partie des réactions des autres parties contractantes et en particulier de leurs acceptations de telles réserves ou de leurs objections. Dans les projets de directives 3.3.1 à 3.3.4, il s'est efforcé de répondre à trois questions auxquelles il estime qu'une réponse peut être apportée à ce stade.

35. Premièrement, le Rapporteur spécial estime évident, pour les raisons exposées aux paragraphes 191 et 192 de son dixième rapport, que la formulation d'une réserve non valide, que ce soit parce qu'elle est contraire à l'objet et au but du traité ou parce qu'elle est interdite par le traité, n'engage par la responsabilité de son auteur au sens du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite²⁰², et c'est ce que dit le projet de directive 3.3.1.

36. Une deuxième question est celle de savoir si les autres parties contractantes peuvent ou non accepter une réserve contraire aux dispositions de l'article 19 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Cette question est au cœur de la querelle doctrinale qui oppose les tenants de la thèse de l'«opposabilité» – qui considèrent que la validité d'une réserve est une question purement subjective – et ceux de la thèse de la «permissibilité» – qui considèrent qu'il s'agit d'une question objective et que cette validité dépend uniquement des critères posés à l'article 19. Le Rapporteur spécial indique qu'il a essayé d'oublier cette querelle doctrinale et les attitudes parfois doctrinaires, voire «revanchardes», qui l'accompagnent, parce qu'il lui semble que deux arguments de texte et un argument de bon sens montrent qu'une réserve qui ne remplit pas les conditions de validité posées à l'article 19 des Conventions de Vienne et reprises dans le projet de directive 3.1 est nulle de plein droit. C'est ce qu'exprime le projet de directive 3.3.2.

37. Le premier argument de texte, qu'en général la doctrine néglige, c'est celui du premier paragraphe de l'article 21 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, qui montre qu'une réserve ne peut être «établie» que si elle est conforme, notamment, à l'article 19. Il en résulte *a contrario* que si une réserve n'est pas conforme à l'article 19, c'est-à-dire ne remplit pas l'une ou l'autre des trois conditions posées dans cet article ou dans la directive 3.1, elle n'est pas établie, ce qui pour le Rapporteur spécial est une autre façon de dire qu'elle est nulle et ne peut pas produire d'effet. Le deuxième argument de texte repose sur l'article 19 lui-même, qui exclut la *formulation* même de telles réserves, et *ce*, pour chacune des trois situations qu'il envisage. Les États ne peuvent formuler de telles réserves et, s'ils le font, ces réserves n'ont aucun effet. Enfin, l'argument de bon sens est que cette interprétation est la seule de nature à donner un sens utile à l'article 19, car dans le cas contraire, à savoir si l'on considère qu'une réserve qui ne répond pas aux critères de l'article 19 n'est pas nulle, cette disposition devient inutile et vide de sens. Il en résulte par ailleurs que les autres parties contractantes, lorsqu'elles agissent unilatéralement, ne peuvent pas remédier à cette nullité, faute de quoi, ainsi qu'il est expliqué plus en détail aux paragraphes 201 à 203 du dixième rapport, les États ou organisations internationales agissant seuls pourraient faire voler en éclat l'unité du régime conventionnel au mépris de la volonté collectivement exprimée par les parties, ce qui serait incompatible avec le principe de la bonne foi. C'est ce qu'exprime le projet de directive 3.3.3 proposé au paragraphe 202 du rapport.

38. En revanche, il ne paraît pas du tout évident au Rapporteur spécial que les parties contractantes ne puissent pas faire collectivement ce qu'elles ne peuvent pas faire unilatéralement. Si toutes les parties acceptent une réserve, on peut considérer qu'elles modifient le traité par accord unanime, comme l'article 39 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 les y autorise. Il s'agit là d'une des conséquences possibles de l'article 39 en matière de réserves. Mais une telle modification du traité ne peut pas être acquise à la sauvette, et l'absence d'objection expresse ne saurait suffire à valider, par exemple, une réserve interdite par le traité ou contraire à son objet et à son but. Pour qu'un État puisse être autorisé à ne pas respecter une disposition du traité ou le but et l'objet de celui-ci, il faut que les parties contractantes soient conscientes qu'elles acceptent une modification fondamentale du traité. C'est pourquoi le Rapporteur spécial propose le projet de directive 3.3.4, qui va dans ce sens, mais dont il reconnaît que, faute de pratique claire, il relève davantage du développement progressif du droit que de sa codification *stricto sensu*.

39. Achevant la présentation de son dixième rapport, le Rapporteur spécial dit qu'il espère qu'à l'issue de son débat la Commission voudra bien renvoyer au Comité de rédaction les projets de directive qui y figurent et qui n'avaient pas pu être examinés en détail à la cinquante-septième session en 2005. Il s'agit des projets de directives 3.1.5, tel que présenté dans sa note (A/CN.4/572), 3.1.6 à 3.1.13, 3.2 à 3.2.4 et 3.3 à 3.3.4, qui figurent dans le dixième rapport.

40. M. GAJA apprécie la souplesse dont a fait preuve le Rapporteur spécial dans sa recherche d'une formule

²⁰² *Annuaire...* 2001, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26, par. 76.

permettant de mieux définir les réserves incompatibles avec l'objet et le but d'un traité. Il souhaite toutefois faire deux remarques sur la première des versions proposées pour le projet de directive 3.1.5. Tout d'abord, il comprend mal pourquoi une réserve, pour être incompatible, devrait porter atteinte à l'équilibre conventionnel. Cet équilibre, au sens qui lui est donné en l'occurrence, c'est-à-dire l'équilibre entre les positions des différentes parties, n'existe pas nécessairement dans tous les traités, en particulier si ceux-ci portent sur les droits de l'homme. Ensuite, lorsqu'on parle de l'objet et du but d'un traité, on n'entend pas les règles, droits et obligations essentiels, mais plutôt la finalité qui sous-tend ces règles, droits et obligations essentiels. L'objet d'un traité est, par exemple, la protection des droits de l'homme ou de l'environnement, et non les règles spécifiques qui expriment la manière dont on entend poursuivre cet objet. On trouve d'ailleurs cette distinction entre le but et l'objet d'une part, et les règles d'autre part, à l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 60, de la Convention de Vienne de 1969.

41. M. MATHESON se félicite que les membres de la Commission aient eu le loisir d'examiner longuement le dixième rapport sur les réserves aux traités entre la session de 2005 et celle de 2006. Il apprécie que le Rapporteur spécial ait souligné que le recours aux réserves favorise la participation des États aux traités, qu'il ait évité toute supposition inopportune quant à la validité des réserves, et qu'il n'ait pas institué des régimes juridiques différents pour des types précis de traités. Ses remarques porteront uniquement sur le libellé des projets de directive qui n'ont pas encore été renvoyés au Comité de rédaction.

42. Dans la nouvelle version du projet de directive 3.1.5, la référence aux «règles, droits et obligations essentiels» remplace avantageusement les «dispositions essentielles», car elle décrit beaucoup mieux la raison d'être d'un traité, dont l'objet et le but ne sont pas nécessairement définis dans des articles particuliers mais ressortent plutôt de l'ensemble du traité. La première variante proposée est plus satisfaisante, sous réserve de choisir des termes plus appropriés que «*architecture*» et «*balance*» dans la version anglaise.

43. Au paragraphe 2 de la directive 3.1.6, la référence aux articles qui «déterminent l'économie générale» du traité peut donner à penser que l'objet et le but d'un traité sont définis dans certaines dispositions clés du traité, ce qui n'est pas nécessairement le cas. Il serait donc opportun de la supprimer, de même que la référence – actuellement entre crochets – à la pratique ultérieure, car c'est l'intention des parties au moment de la conclusion du traité qui doit être considérée avant tout.

44. En ce qui concerne la directive 3.1.7, M. Matheson fait observer que, même si les réserves dont on ne peut apprécier la portée, en raison de leur libellé vague et général, sont indésirables, elles ne sont pas nécessairement incompatibles avec l'objet et le but du traité. Elles peuvent en effet n'avoir d'incidence que sur des questions de moindre importance. Il conviendrait donc de reformuler le texte de façon à dire que les réserves de ce genre sont incompatibles dès lors qu'elles dénaturent le fond du traité.

45. M. Matheson appuie d'autre part la directive 3.1.8 qui traite de façon raisonnable la question des réserves à des dispositions énonçant une règle coutumière. Il appuie également la directive 3.1.9 mais pense qu'il faudrait en remanier le libellé. En effet, dans sa formulation actuelle, cette directive exclut toute réserve à une disposition énonçant une règle de *jus cogens*. Or, il est possible de formuler une réserve à un aspect d'une telle disposition sans pour autant contredire la règle de *jus cogens* elle-même. Il faudrait donc simplement dire que les réserves de ce genre sont interdites lorsqu'elles sont incompatibles avec la règle de *jus cogens* en question.

46. La directive 3.1.10 rappelle à juste titre qu'il faut tenir compte de l'importance accordée par les parties aux droits indérogeables. Il conviendrait cependant de dire qu'une réserve peut être faite à une disposition portant sur des droits indérogeables pour autant qu'elle ne soit pas incompatible avec l'objet et le but du traité dans son ensemble, plutôt qu'avec l'objet et le but de la disposition en cause, ou avec les droits et obligations essentiels qui en résultent.

47. M. Matheson approuve la directive 3.1.11 de même que la directive 3.1.12 qui aborde avec souplesse la question des réserves aux traités généraux relatifs aux droits de l'homme, mais il suggère de parler des liens qui unissent les droits énoncés dans ces traités, plutôt que de leur «caractère indissociable», car ces droits ne sont pas tous nécessairement indissociables.

48. La phrase liminaire de la directive 3.1.13 rappelle à juste titre qu'une réserve à une disposition relative au règlement des différends ou au contrôle de la mise en œuvre du traité n'est pas nécessairement incompatible avec l'objet et le but du traité. Il faudrait cependant préciser à l'alinéa *i* qu'une telle réserve n'est incompatible que si elle entrave l'application de la disposition en question, même si celle-ci constitue la raison d'être du traité. Au paragraphe 2, la référence à une disposition antérieurement acceptée par l'auteur semble inutile et M. Matheson suggère donc de la supprimer.

49. Passant aux directives 3.2 et suivantes sur la compétence pour apprécier la validité des réserves, M. Matheson fait observer que dans la directive 3.2 l'expression «ont compétence pour se prononcer» donne à penser que les entités en question ont le droit de déterminer avec autorité la validité d'une réserve. Il vaudrait mieux parler de «compétence pour donner leur avis» ou, tout au plus, de «compétence pour apprécier». En outre, il faudrait préciser dans la phrase d'introduction que la compétence n'est pas automatique si elle n'est pas prévue par le traité. Enfin, la référence entre crochets aux tribunaux internes semble superflue, de même que celle aux organes de contrôle, qui sont couverts par la directive suivante.

50. Dans la directive 3.2.1, il faudrait aussi préciser que les organes de contrôle ont compétence «dans la limite prévue par le traité». Une précision analogue devrait être ajoutée dans les deux phrases de la directive 3.2.3, de façon, là encore, à ne pas accorder à ces organes une compétence autre que celle que les États parties ont souhaitée. La deuxième phrase de la directive 3.2.2 aurait davantage sa place dans le commentaire.

51. La directive 3.3 est satisfaisante sur le fond mais les termes «expresse ou implicite» devraient être supprimés puisque la Commission a déjà décidé de ne pas mentionner les interdictions implicites dans les directives précédentes. La clause finale pourrait être aussi supprimée.

52. La directive 3.3.1 paraît juste mais il faudrait peut-être en améliorer la formulation en anglais. Les directives 3.3.2 et 3.3.3, qui concernent la nullité des réserves non valides, soulèvent des questions qu'il serait prématuré de trancher au stade actuel des travaux. De même, il serait prudent de laisser de côté la directive 3.3.4 car elle soulève la question de savoir si une réserve non valide peut néanmoins être acceptée par les autres parties. En outre, dans sa formulation actuelle, cette directive pourrait encourager l'acceptation de réserves qui sont contraires à l'objet et au but d'un traité.

53. En conclusion, M. Matheson suggère de renvoyer au Comité de rédaction les directives 3.1.5 à 3.3.1, et de poursuivre l'examen des directives 3.3.2 à 3.3.4.

La séance est levée à 12 h 5.

2889^e SÉANCE

Jeudi 6 juillet 2006, à 10 heures

Président: M. Giorgio GAJA (Vice-Président)

Présents: M. Addo, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Galicki, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Operti, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M^{me} Xue, M. Yamada.

Les réserves aux traités (suite) [A/CN.4/560, sect. G, A/CN.4/558 et Add.1 et 2, A/CN.4/572 et A/CN.4/574, et A/CN.4/L.685 et Corr.1]

[Point 7 de l'ordre du jour]

DIXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. M. MOMTAZ dit que l'excellente étude contenue dans le dixième rapport du Rapporteur spécial sur les réserves aux traités convaincra non seulement les plus sceptiques quant à l'utilité de l'exercice que la Commission a entrepris, mais aussi ceux qui, à la Sixième Commission, estiment qu'il a suffisamment duré et qu'il faudrait y mettre un terme rapidement. Le rapport met non seulement en lumière les insuffisances de la Convention de Vienne de 1969, que le Rapporteur spécial a qualifiées à juste titre de lacunes normatives, mais montre aussi toute la difficulté qu'il rencontre pour pallier à ces lacunes en se fondant sur la pratique étatique et celle des organes de contrôle, et ce d'autant plus que les questions posées restent extrêmement sensibles et souvent controversées.

Dès lors, le Rapporteur spécial devrait être encouragé à poursuivre sa tâche.

2. M. Momtaz commence par s'attacher aux deux versions alternatives du projet de directive 3.1.5 figurant aux paragraphes 7 et 8 de la note (A/CN.4/572) que le Rapporteur spécial a rédigée pour répondre aux critiques qu'avait suscitées la version initiale. Il se prononce personnellement pour la première de ces versions, intitulée «Définition de l'objet et du but du traité», qui est incontestablement plus claire que la version présentée dans le dixième rapport car elle ne se réfère plus uniquement à la raison d'être du traité pour définir son objet et son but. Il partage les préoccupations de M. Gaja à propos de la formule «équilibre conventionnel», laquelle n'est en effet adaptée qu'à une certaine catégorie de traités et ne semble pas couvrir les traités de droits de l'homme où il n'y a pas, par nature, d'équilibre conventionnel à rechercher.

3. Pour ce qui est du chapitre relatif aux réserves incompatibles avec l'objet et le but du traité et du projet de directive 3.1.6 relatif à la détermination de l'objet et du but du traité, M. Momtaz milite fermement en faveur de la suppression des crochets entourant l'expression «et à la pratique ultérieurement suivie par les parties», à la fin du paragraphe 2. La pratique subséquente des parties à un traité et son effet sur l'étendue des obligations conventionnelles contractées par lesdites parties avait retenu l'attention de la Commission lors de l'élaboration des projets d'article sur le droit des traités²⁰³, et un projet d'article lui avait même été consacré²⁰⁴. Soucieuse de préserver la stabilité des instruments conventionnels, la Conférence de Vienne avait malheureusement décidé de ne pas le retenir. Cela est d'autant plus regrettable que la pratique du Comité des droits de l'homme et la jurisprudence de la CIJ, en particulier l'avis consultatif de la Cour sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* et sa récente décision dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, ont clairement montré que la pratique subséquente des parties a largement étendu le champ d'application des obligations des États parties en vertu du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dans le temps et dans l'espace. M. Momtaz considère donc que la pratique subséquente des parties à un traité peut non seulement modifier le champ d'application d'un instrument conventionnel mais peut aussi, par ricochet, influencer sur la définition de son objet et de son but. Il n'a toutefois nulle intention de remettre en cause l'approche retenue par le Rapporteur spécial: les exemples cités pour illustrer la mise en œuvre du critère de l'objet et du but du traité sont tout à fait judicieux.

4. Aux termes du projet de directive 3.1.12 (Réserves aux traités généraux de droits de l'homme), il convient de tenir compte du caractère indissociable des droits qui sont énoncés dans les traités relatifs aux droits de l'homme. Voudrait-on dire par là qu'une réserve concernant un des droits qui y figurent serait contraire à l'objet et au but d'un

²⁰³ *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, deuxième partie, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa dix-huitième session, p. 193, par. 38.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 197, article 27, par. 3.

tel traité dans la mesure où les droits auxquels se réfère le traité forment un tout indivisible? M. Momtaz pense qu'une telle interprétation serait excessive.

5. Il apprécie particulièrement le paragraphe 2 du projet de directive 3.1.8 intitulé «Réserves portant sur une disposition énonçant une règle coutumière», car il décourage les États de faire des réserves à de telles dispositions dans l'espoir de se soustraire à des obligations fondées sur des règles coutumières.

6. S'agissant du chapitre concernant la détermination de la validité des réserves et ses conséquences et du projet de directive 3.2 intitulé «Compétence pour apprécier la validité des réserves», M. Momtaz est en faveur de la suppression de la référence, au premier alinéa, aux tribunaux internes pour les raisons énoncées par le Rapporteur spécial au paragraphe 168 de son dixième rapport. Pour ce qui est du dernier alinéa, il se demande s'il ne serait pas plus judicieux de se référer aux organes de contrôle de l'application du traité qui peuvent être créés «dans le cadre du traité» et pas seulement à ceux créés «par» le traité.

7. Le projet de directive 3.2.1 intitulé «Compétence des organes de contrôle créés par le traité» ne soulève guère de difficultés, mais il gagnerait en précision s'il était fait expressément référence au contrôle exercé par le dépositaire du traité, d'autant plus qu'il s'agit de l'un des acquis du Guide de la pratique.

8. Dans le projet de directive 3.2.2 relatif aux «Clauses précisant la compétence des organes de contrôle en matière d'appréciation de la validité des réserves», il est opposé à la mention selon laquelle «des protocoles aux traités existants pourraient être adoptés aux mêmes fins», car une telle éventualité présenterait le danger de voir les États parties à un tel traité saisir cette occasion pour dénoncer l'activité passée des organes de contrôle qui ont interprété largement leur mandat. Cela marquerait un recul et ne serait certainement pas à l'avantage de la protection des droits de l'homme dans le monde.

9. Sur le projet de directive 3.3.1, à savoir «Non-validité des réserves et responsabilité», il pense qu'il faudrait se contenter de la première phrase de la directive. Il n'appartient pas à la Commission de dire qu'une réserve non valide n'engage pas la responsabilité de son auteur, car une telle affirmation pourrait encourager les États à faire de telles réserves en ayant la conviction qu'ils n'engagent pas leur responsabilité sur le plan international. Au contraire le projet de directive devrait mettre en garde les États sur les conséquences qui résulteraient, sous l'angle de leur responsabilité internationale, du non-respect des dispositions du traité ayant fait l'objet de leur part d'une réserve non valide.

10. Pour ce qui est du projet de directive 3.3.4 relatif à l'«Effet de l'acceptation collective d'une réserve non valide», M. Momtaz remarque tout d'abord que le titre n'est pas en harmonie avec le contenu de la directive en ce qu'il se réfère à l'acceptation collective alors qu'il s'agit en réalité de l'absence collective d'objection à une réserve non valide. Il vaudrait peut-être mieux parler dans le titre de l'effet de l'absence d'objection des États parties

à un traité à une réserve non valide. En second lieu, la référence à la consultation expresse par le dépositaire n'est pas claire: en réalité, le rôle du dépositaire dans de telles circonstances serait, non pas de «consulter» les parties, mais d'appeler leur attention sur les problèmes juridiques posés par la non-validité de la réserve.

11. M. SreenivasaRAO, après avoir félicité le Rapporteur spécial pour la qualité de son dixième rapport et son contenu courageux même s'il prête parfois à controverse, dit qu'à son avis les nouvelles propositions énoncées dans la note du Rapporteur spécial sur le projet de directive 3.1.5 (A/CN.4/572) ne marquent aucune amélioration par rapport à la précédente version figurant dans le dixième rapport et son annexe. Le Rapporteur spécial a lui-même fait observer que l'objet et le but d'un traité sont une notion quelque peu énigmatique, qu'il n'est certainement pas facile de synthétiser en une formule unique l'ensemble des éléments qui doivent être pris en considération, et que cette opération relève sans doute davantage de l'«esprit de finesse» que de l'«esprit de géométrie» au même titre d'ailleurs que toute interprétation – dont cette opération relève. Le Rapporteur spécial a introduit de nouveaux éléments, comme les «règles», «droits» et «obligations» et une nouvelle terminologie qui tous, quoique justifiés, pourraient créer des problèmes d'interprétation dans le commentaire. De plus, il reste à déterminer si de telles règles, droits et obligations sont «indispensables à l'économie générale du traité». Le Rapporteur spécial a encore compliqué la question en introduisant, en guise d'explication, l'expression «l'équilibre conventionnel» qui là encore pourrait provoquer la confusion et des interprétations divergentes: comme l'a fait observer M. Gaja, cela peut viser l'équilibre des droits et intérêts des parties ou, comme le Rapporteur spécial lui-même l'a souligné, les droits et obligations incorporés dans le traité lui-même. Ce point doit en définitive être apprécié et interprété dans le contexte spécifique d'un traité donné. Quelle que soit la formulation employée, cet exercice ne peut être évité. En conséquence, il préfère la version précédente du projet de directive 3.1.5, étant entendu que le commentaire pourrait expliquer les principales difficultés en cause et la manière de les traiter.

12. La question suivante est celle de savoir si le Guide de la pratique devrait faire une distinction entre les conséquences de la non-validité d'une réserve par suite de son incompatibilité avec les alinéas *a* et *b* de l'article 19 d'une part, ou avec l'alinéa *c* de l'article 19 de l'autre, de la Convention de Vienne de 1969. Le Rapporteur spécial a fait observer à juste titre qu'indépendamment de la question de savoir si l'on appliquait les alinéas *a* et *b* de l'article 19 ou l'alinéa *c* de cet article pour juger de la validité d'une réserve, il devrait s'ensuivre la même conclusion: l'incompatibilité d'une réserve entraîne sa non-validité. Le point crucial est de savoir à qui incombe cette appréciation, car il y a de fait une différence: en vertu de l'alinéa *c* de l'article 19, aucun tiers ni instance autorisée n'est désigné pour apprécier la validité de la réserve, l'appréciation étant laissée à chaque État. Ainsi, au fil des années, un régime à double détente est apparu: il incombe avant tout à l'État qui formule la réserve d'apprécier si celle-ci est ou non compatible avec l'objet et le but du traité. Dès lors que l'État a conclu à sa compatibilité, il formule la réserve. Néanmoins, vu que cette réserve affecte les

relations avec autrui, d'autres États aussi ont le droit de décider si la réserve est ou non compatible. D'où, inévitablement la pratique bien établie selon laquelle un État qui a formulé une réserve est réputé être partie au traité pour les États qui considèrent une telle réserve comme compatible avec l'objet et le but du traité, et n'y être pas partie pour les autres États qui considèrent la réserve comme incompatible avec son objet et son but. Cette dualité de régime est un fait et la lacune normative dans la Convention de Vienne a été délibérée. La question est de savoir si la Commission doit la combler dans le Guide de la pratique, ce que personnellement M. Rao ne pense pas. Il y a de bonnes raisons de ne pas défaire un régime existant qui fonctionne, non seulement parce qu'il serait difficile de dégager un compromis sur la question dans une directive, mais aussi parce que le Guide de la pratique ne devrait pas risquer d'amoindrir son autorité aux yeux des États en incluant des éléments de nature controversée. Dès lors, la Commission devrait peut-être suspendre l'examen des projets de directives 3.3 et 3.3.1 à 3.3.4.

13. Au début, la Commission avait tendance à penser que les organes de contrôle des traités excédaient leur compétence en évaluant la validité des réserves. Néanmoins, à la suite d'échanges de vues entre la Commission et différents organes de contrôle des traités de droits de l'homme, il est apparu clairement que, dans des circonstances appropriées, ces organes étaient parfaitement en droit de porter de telles appréciations. Le Rapporteur spécial ayant fait observer que leur validité juridique ne pouvait excéder les limites de la compétence qui leur est conférée en vertu du traité, il était donc logique de prévoir dans le projet de directive 3.2.2 des clauses précisant les limites des compétences des organes de contrôle de l'application des traités.

14. Le Rapporteur spécial semble laisser entendre que si quelques parties seulement y font objection, une réserve qui est par ailleurs incompatible avec l'objet et le but du traité et, partant, nulle de plein droit, est licite alors que, dans les cas mettant en cause un grand nombre de parties, il y a lieu à consultation. Il paraît contradictoire d'affirmer que, si un ou deux États font objection, la réserve est nulle de plein droit alors que lorsque plusieurs États font objection, elle ne l'est pas. Il faudrait que ce point soit clarifié.

15. M. CANDIOTI, après avoir loué les remarquables qualités du rapport, appuie l'approche adoptée par le Rapporteur spécial et sa contribution importante à une interprétation définitive de l'objet et du but d'un traité. Il comble ainsi ce qui avait été laissé inexprimé dans la Convention de Vienne de 1969 à l'égard de considérations importantes comme l'obligation de ne pas priver un traité de son objet et de son but avant son entrée en vigueur. Parmi les différentes propositions alternatives énoncées dans la note du Rapporteur spécial sur le projet de directive 3.1.5 (A/CN.4/572), sa préférence irait à la dernière formulation, figurant au paragraphe 8, qui améliore considérablement la précédente version et devrait être renvoyée au Comité de rédaction.

16. Abordant la question de la validité, il admet avoir été longtemps hésitant quant à l'emploi de l'expression «nulle de plein droit» s'agissant d'une réserve. La Convention

de Vienne vise une réserve «interdite» ou «autorisée», et parler de nullité ou de non-validité introduirait une confusion de genres. Il préférerait que l'on emploie les termes «autorisée», «licite» et «illicite».

17. M. ECONOMIDES dit que la version du projet de directive 3.1.5 (Incompatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du traité) que préfère M. Candiotti présente l'inconvénient de restreindre énormément la disposition, puisque l'expression «porte gravement atteinte» semble exclure tout autre atteinte moindre. Ce libellé va certainement à l'encontre des dispositions de la Convention de Vienne de 1969.

18. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit que, par essence, une réserve porte atteinte à des règles conventionnelles, comme l'indique l'alinéa *d* du premier paragraphe de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1969. C'est pourquoi la notion d'incompatibilité avec l'objet et le but du traité suppose que l'on aille au-delà d'une simple atteinte. S'agissant de la proposition de M. Momtaz de remplacer, dans le projet de directive 3.2 (Compétence pour apprécier la validité des réserves), l'expression «créés par le traité» par «créés dans le cadre du traité», il n'y est pas opposé mais aimerait en connaître la raison.

19. Le PRÉSIDENT fait observer que l'expression «dans le cadre du traité» viserait un organe comme le Comité des droits économiques, sociaux et culturels qui a été créé, non pas par le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, mais ultérieurement.

20. M. MOMTAZ dit que son intention était simplement de préciser que les organes de contrôle d'ores et déjà mis en place seront concernés, mais que la rédaction actuelle englobe cette situation.

21. M^{me} ESCARAMEIA regrette que M. Momtaz ait atténué l'importance de sa proposition. Comme l'a dit le Président, il y a des cas où un organe de contrôle est créé, non par le traité lui-même mais, par exemple, par un protocole ultérieur. Plus pertinente encore est la question des pouvoirs: plusieurs organes de contrôle de traités de droits de l'homme se sont vu conférer des pouvoirs supplémentaires en vertu des protocoles, notamment la possibilité d'examiner des communications émanant de particuliers. Vu que le Conseil des droits de l'homme est à présent habilité à négocier un protocole visant à élargir les pouvoirs du Comité des droits économiques sociaux et culturels, l'expression «dans le cadre de» est certainement plus complète que le mot «par».

22. M. Sreenivasa RAO dit que la question importe peu. Les protocoles à un traité, accordant à tel ou tel organe de nouveaux pouvoirs, deviennent partie intégrante de l'ensemble du traité; en conséquence, les craintes quant au caractère trop restrictif du libellé actuel sont sans fondement.

23. M. MOMTAZ, tout en partageant l'avis de M^{me} Escarameia quant à l'importance de la question, admet que le libellé actuel couvre suffisamment le problème. Il

en serait allé différemment si la rédaction avait été «créés par un traité».

24. M. CHEE dit qu'à son avis, les «organes de contrôle de l'application du traité» sont une composante des organes de règlement des différends visés au deuxième tiret du projet de directive 3.2.

25. M. ECONOMIDES, à propos du projet de directive 3.2 qui vise au deuxième tiret «les organes de règlement des différends éventuellement compétents pour interpréter ou appliquer le traité» pose la question de la compétence de la CIJ qui pourrait intervenir en vertu, non pas d'un traité qui prévoirait sa compétence, mais d'un compromis spécifique à cet effet.

26. M. GAJA, prenant la parole en qualité de membre de la Commission, dit que la section du dixième rapport concernant la détermination de la validité des réserves et ses conséquences est une contribution de valeur qui aborde des questions fondamentales en matière de réserves. Les conclusions du Rapporteur spécial sont pour l'essentiel acceptables, mais la question du contrôle de la validité des réserves prévue à l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969 suscite quelques difficultés, comme l'a noté également M. Rao. Comme le Rapporteur spécial l'indique au paragraphe 181 de son rapport, rien, dans le texte de la Convention de Vienne, n'indique comment s'articulent les dispositions de l'article 18 avec celles de l'article 20 relatives à l'acceptation des réserves et aux objections. Étant donné la «lacune normative» ainsi créée, il n'est nullement sûr – et il n'y a rien dans le texte de l'article 20 qui l'indique – que les règles de l'article 20 s'appliquent également aux réserves non valides et que, par conséquent, la présomption qui figure au paragraphe 4 de l'article 20 quant aux effets d'une objection s'applique également, par exemple, dans le cas d'une réserve interdite par le traité. En d'autres termes, sans faire de distinction entre les alinéas *a*, *b* et *c* de l'article 20, paragraphe 4, la question est de savoir si l'article 20 dans son ensemble ne s'applique que lorsqu'il y a déjà une réserve valide, que les États peuvent accepter ou non, ou si, au contraire, il s'agit d'une disposition générale s'appliquant à toute réserve, quelle soit admissible ou non.

27. Par rapport aux réserves qui rentrent dans les catégories prévues à l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969, il semblerait plutôt qu'il faudrait s'en tenir aux indications fournies par la CIJ dans son avis consultatif sur les *Réserves à la Convention sur le génocide*, à savoir qu'il appartiendrait à chaque État partie d'apprécier la validité ou non d'une réserve, avec la conséquence dans le cas où la réserve est considérée comme non valide qu'aucune relation contractuelle ne s'établirait entre l'État qui a formulé la réserve et l'État qui y objecte. Si tel est bien le régime qui ressort de la Convention de Vienne, il serait important de le dire dans un projet de directive. Si, en revanche, ce sont les dispositions de l'article 20 qui devraient s'appliquer pour apprécier la validité de réserves, cela devrait également être dit dans un projet de directive. Cette lacune normative dans la rédaction de l'article 19 doit être comblée. S'il est vrai que l'approche que préconise M. Gaja aurait le mérite de donner une plus grande cohérence au régime des réserves, il faut également tenir compte du fait que,

dans la pratique, les États contractants se placent souvent dans le contexte de l'article 20 quand il s'agit d'une réserve qu'ils considèrent incompatible avec l'objet et le but du traité, en indiquant d'une manière très expresse que des relations contractuelles s'établissent néanmoins entre l'État qui a formulé la réserve et l'État objectant. Cette pratique des États mériterait d'être analysée davantage dans un guide de la pratique. Elle est trop importante pour être ignorée. Si la Commission souhaite que cette pratique change – de sorte d'exclure que l'on puisse considérer comme valide une réserve jugée incompatible avec l'objet et le but du traité – il lui faudrait attirer l'attention des États sur le fait que la pratique en question n'est pas dans la ligne de la Convention de Vienne de 1969 et qu'elle devrait être abandonnée.

28. S'agissant du rôle des organes de surveillance, le problème de fond à envisager à propos du contrôle de la validité d'une réserve par un organe de surveillance est de savoir – au-delà de la question de l'effet de ses délibérations, qui relève manifestement du traité considéré – si un tel organe devrait tenir compte de la position prise par les États contractants à l'égard de la validité d'une réserve. Si l'on s'en tient au paragraphe 165 du dixième rapport, c'est ce qu'il devrait assurément faire. C'est une position parfaitement tenable, mais qui se trouve en collision avec celle prise par les organes de contrôle des traités de droits de l'homme eux-mêmes, qui ne se sont jamais placés dans l'optique de valoriser les objections ou l'absence d'objection des États parties, que ce soit l'optique de l'article 19 ou de l'article 20 de la Convention de Vienne de 1969. Ils ont examiné la question de la validité ou non d'une réserve comme si les États avaient renoncé à leur prérogative et s'en étaient remis à l'organe de contrôle pour régler la question.

29. Enfin, M. Gaja tient à faire deux remarques qui rejoignent celles faites par M. Matheson. Tout d'abord, il semble prématuré de dire, dans le projet de directive 3.3.2 (Nullité des réserves non valides) qu'«une réserve ne remplissant pas les conditions de validité posées dans la directive 3.1 est nulle de plein droit». Une telle directive pourrait donner l'impression que la Commission considère qu'une réserve qui n'est pas conforme à l'article 19 de la Convention de Vienne n'aurait aucune conséquence quant à la participation de l'État réservataire au traité; en d'autres termes que les réserves non valides devraient être considérées comme inexistantes. C'est un point qu'il faudra examiner en son temps en vue d'éliminer toute ambiguïté. En second lieu, à propos du projet de directive 3.3.4 concernant l'effet de l'acceptation collective d'une réserve non valide, il lui paraît que, en l'absence d'une pratique des États dans ce sens, il ne faudrait pas envisager dans un projet de directive la possibilité que les États dérogent à ce que le traité établit en matière de réserves. Il reste néanmoins sous-entendu qu'un accord unanime pourrait avoir des incidences sur le régime des réserves. Il importe de préciser dans le rapport ou le commentaire que cet accord devrait être le fait des autorités compétentes de chaque État.

La séance est levée à 11 h 15.

2890^e SÉANCE

Vendredi 7 juillet 2006, à 10 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskeniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Operti Badan, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M^{me} Xue, M. Yamada.

Les réserves aux traités (suite) [A/CN.4/560, sect. G, A/CN.4/558 et Add.1 et 2, A/CN.4/572 et A/CN.4/574, et A/CN.4/L.685 et Corr.1]

[Point 7 de l'ordre du jour]

DIXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. M^{me} ESCARAMEIA félicite le Rapporteur spécial pour son étude très fouillée des réserves aux traités. Elle regrette que la Commission ne consacre pas davantage de temps à l'examen de ce sujet si complexe, qui présente un intérêt majeur pour toute la communauté internationale.

2. Se référant aux réserves incompatibles avec l'objet et le but d'un traité, M^{me} Escarameia dit qu'à son avis une autre catégorie mérite d'être incluse, celle des réserves aux dispositions concernant l'application des traités à travers la législation nationale. Nombre de traités, notamment ceux relatifs aux droits de l'homme, n'ont pas automatiquement force de loi et deviendraient donc sans effet si une réserve était faite à la disposition qui permet leur transposition dans le droit interne.

3. En ce qui concerne la définition même de l'objet et du but du traité envisagée dans la note du Rapporteur spécial (A/CN.4/572), M^{me} Escarameia juge trop élevé le seuil de la raison d'être. Le projet de directive 3.1.5, dans ses deux versions, énonce beaucoup trop de conditions. Une réserve est faite à une disposition donnée, et non à l'objet et au but du traité, lesquels ressortent de l'ensemble des dispositions. Mais un traité a souvent plusieurs objets et, si la disposition en question concerne l'un de ces objets, la réserve, sans nécessairement compromettre la raison d'être du traité, peut néanmoins en compromettre une part essentielle, en allant à l'encontre de son objet et son but. Une telle réserve doit donc être exclue. En ce qui concerne la détermination de l'objet et du but du traité (projet de directive 3.1.6), il est souhaitable de conserver la référence à la pratique ultérieure, actuellement entre crochets, pour les raisons évoquées à la séance précédente par M. Momtaz.

4. Dans le projet de directive 3.2 tel qu'énoncé dans le dixième rapport (par. 167), qui traite de la compétence pour apprécier la validité des réserves, la référence aux tribunaux internes devrait également être conservée. Il

est en effet important de faire une distinction entre les organes dont l'appréciation a simplement un caractère de recommandation et ceux dont l'appréciation produit des effets contraignants, comme c'est le cas des tribunaux, même nationaux. De même, parmi les organes de règlement des différends, les organes judiciaires méritent une mention particulière car leurs décisions produisent des effets très différents de ceux que déploient les décisions des autres organes.

5. Le projet de directive 3.2.1 relatif à la compétence des organes de contrôle créés par le traité prévoit que les conclusions formulées par les organes de contrôle de l'application d'un traité dans l'exercice de leur compétence pour apprécier la validité des réserves ont la même valeur juridique que celle découlant de l'exercice de leur fonction générale de contrôle. Mais plusieurs de ces organes n'ont pas seulement une fonction générale de contrôle, ils ont aussi une fonction quasi judiciaire. Agissant comme des tribunaux, ils examinent des plaintes émanant non seulement d'États mais également d'associations ou de particuliers. Certes, leurs décisions n'ont pas la force d'un jugement, mais elles sont souvent exécutées par les États, y compris lorsqu'il s'agit de verser une indemnisation. Il faudrait donc savoir si ces organes sont visés par le projet de directive 3.2.1, et comment la Commission entend les traiter. On peut se demander également si ces organes aux fonctions quasi judiciaires sont visés par la deuxième phrase du projet de directive 3.2.3 (Coopération des États et des organisations internationales avec les organes de contrôle), ou si celle-ci ne fait référence qu'aux tribunaux. En ce qui concerne le projet de directive 3.2.4, M^{me} Escarameia pense qu'il faudrait préciser qu'en cas de pluralité d'instances compétentes pour apprécier la validité des réserves, certaines d'entre elles ont un caractère plus contraignant que d'autres. Il ne faut pas regrouper ces instances comme si elles étaient toutes semblables, mais se demander quels seraient les effets, à l'égard de la réserve, de l'appréciation faite par un organe judiciaire ou quasi judiciaire.

6. Si elle appuie le projet de directive 3.3 sur les conséquences de la non-validité d'une réserve, M^{me} Escarameia ne souscrit pas totalement à la directive 3.3.1, qui prévoit que la formulation d'une réserve non valide n'engage pas la responsabilité de l'État ou de l'organisation internationale qui l'a formulée, et qui est peut-être trop générale. Une réserve contraire au *jus cogens* irait probablement à l'encontre de l'article 12 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite²⁰⁵, et devrait donc engager la responsabilité de celui qui l'a formulée. Enfin, M^{me} Escarameia est d'avis de supprimer la directive 3.3.4 relative à l'effet de l'acceptation collective d'une réserve non valide, car on ne peut parler en l'espèce d'acceptation collective: il s'agit simplement d'une série de consultations bilatérales entre le dépositaire et les autres parties. Le résultat équivaut cependant à une modification du traité, et cette directive pourrait donc être incompatible avec les articles 39 et suivants de la Convention de Vienne de 1969, qui disposent qu'un traité ne peut être modifié que dans le cadre d'un processus de négociation.

²⁰⁵ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 27.

7. M. FOMBA se félicite que le Rapporteur spécial ait revu la définition de l'objet et du but du traité, qui, à son sens, n'était guère opérationnelle dans l'optique du Guide de la pratique. Les deux versions proposées pour la directive 3.1.5 dans la note (A/CN.4/572) sont plus opérationnelles que le texte proposé initialement dans le dixième rapport et offrent une bonne base de travail au Comité de rédaction. La première est préférable car elle est plus conforme à l'esprit général des définitions adoptées jusqu'alors dans le Guide de la pratique, même si ce souci d'harmonisation n'exclut pas d'autres approches. Il conviendrait cependant de préciser dans le commentaire le sens des termes «équilibre conventionnel». Par ailleurs, M. Gaja a dit qu'une distinction était faite à l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 60, de la Convention de Vienne de 1969 entre le but et l'objet d'une part, et les règles d'autre part, mais cet alinéa dispose en fait qu'il y a violation substantielle d'un traité en cas de violation d'une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet ou du but du traité; il y a donc bien un lien fonctionnel entre les deux éléments.

8. La directive 3.2 est pertinente dans la mesure où c'est une disposition générale qui rappelle la diversité des modalités de contrôle et en souligne la complémentarité. Elle n'appelle pas de remarque particulière, si ce n'est que la précision entre crochets, au premier alinéa, trouverait davantage sa place dans le commentaire. La directive 3.2.1 paraît judicieuse car elle définit en même temps la compétence des organes de contrôle et les limites de leur pouvoir et est donc acceptable. Les directives 3.2.2 et 3.2.3 n'appellent pas non plus de remarque particulière, hormis que la phrase entre crochets, à la fin de la seconde, pourrait être supprimée dans la mesure où l'idée qu'elle exprime serait déjà prise en considération. Quant au projet de directive 3.2.4, il ne soulève aucune difficulté.

9. Le Rapporteur spécial ayant jugé prématuré d'aborder la question des conséquences de l'appréciation de la validité d'une réserve, qui exige au préalable une étude approfondie des effets de l'acceptation des réserves et des objections à celles-ci, M. Fomba estime qu'il convient de n'examiner qu'à titre provisoire les projets de directive sur les conséquences de la non-validité d'une réserve. La directive 3.3 repose sur un argument de fond convaincant et son libellé ne pose pas de problème particulier. La directive 3.3.1 vise à lever toute ambiguïté qui pourrait subsister entre la question de la non-validité des réserves et celle de la responsabilité pour fait internationalement illicite. Il a été suggéré de supprimer la deuxième phrase, mais, pour M. Fomba, il importe au contraire de garder l'idée que la formulation d'une réserve non valide n'engage pas nécessairement la responsabilité de l'État ou de l'organisation internationale qui l'a formulée, puisqu'il faut par ailleurs que toutes les conditions requises soient remplies, ce qui ne va pas de soi.

10. La directive 3.3.2 (Nullité des réserves non valides), qui se fonde sur la doctrine et la pratique des organes de contrôle des traités relatifs aux droits de l'homme, définit d'ores et déjà quand une réserve est nulle, même si la Commission ne peut pas encore, à ce stade, se prononcer sur les conséquences de cette nullité. C'est là une démarche cohérente et difficilement contestable. La directive 3.3.3 (Effet de l'acceptation unilatérale

d'une réserve non valide) est tout aussi logique, et a une portée relativement claire et limitée dans la mesure où une distinction est faite entre l'effet qu'est la nullité intrinsèque et la possibilité de produire d'autres effets, ce qui pourrait d'ailleurs être précisé dans le commentaire. Quant à la directive 3.3.4, elle aborde une question qui exige un examen plus approfondi – comme d'autres d'ailleurs –, mais elle témoigne elle aussi d'une certaine logique en ce qu'elle se fonde sur une comparaison avec la formulation tardive des réserves, ce qui présente un intérêt à la fois théorique et pratique. La Commission peut donc accepter ces différentes directives à titre provisoire, en tenant compte des observations pertinentes qui ont été faites, en particulier celles de M. Momtaz.

11. En conclusion, M. Fomba considère que, dans l'ensemble, les projets de directive proposés vont dans le bon sens. Concernant la question de savoir si la Commission doit traiter les conséquences de la non-validité des réserves, il estime que le Guide de la pratique doit être le plus complet possible, qu'il doit combler les lacunes des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 et aider les décideurs et les praticiens à décrypter le processus de formulation et d'application des réserves. Un tel guide serait donc incomplet s'il n'abordait pas les effets produits par la non-validité des réserves. En conclusion, M. Fomba propose de renvoyer au Comité de rédaction les directives 3.1.5, 3.2 et 3.2.1 à 3.2.4, et d'approfondir l'examen des directives 3.3 et 3.3.1 à 3.3.4.

12. M. KEMICHA note avec satisfaction que le Rapporteur spécial a modifié la définition de l'objet et du but du traité de façon à lui donner un sens plus concret. Il préfère la première des deux versions proposées pour le projet de directive 3.1.5, mais trouve l'intitulé de la seconde, soit «Incompatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du traité», plus explicite. Le Comité de rédaction devrait pouvoir combiner utilement les deux.

13. Les projets de directive concernant la détermination de la validité des réserves et ses conséquences sont à l'image de l'ensemble du dixième rapport, que l'on peut qualifier de «modèle du genre». Le projet de directive 3.2 est tout à fait acceptable sous réserve que la phrase entre crochets, qui figure dans le premier alinéa, soit supprimée puisque, comme le rappelle le Rapporteur spécial au paragraphe 168 du rapport, les tribunaux internes sont partie intégrante de l'État au regard du droit international. Le projet de directive 3.2.1 relatif à la compétence des organes de contrôle se suffit à lui-même et n'exige nullement qu'on lui ajoute les projets de directives 3.2.2 et 3.2.3, qui ne sont en fait que des recommandations. Le projet de directive 3.3 est fondé sur des arguments très convaincants. Le projet de directive 3.3.1 n'est peut-être pas indispensable dans la mesure où la question de l'engagement de la responsabilité de l'État ne devrait pas se poser, mais on peut le conserver si le Rapporteur spécial le juge utile dans le contexte d'un guide de la pratique. Les projets de directives 3.3.2 à 3.3.4 sont également utiles, toujours dans l'optique d'un guide de la pratique. En conséquence, M. Kemicha est d'avis que l'ensemble des nouveaux projets de directive mérite d'être renvoyé au Comité de rédaction, sous réserve des observations qu'il a exprimées.

14. M. ECONOMIDES s'associe aux commentaires élogieux de ses collègues à propos de la section du dixième rapport du Rapporteur spécial traitant de la détermination de la validité des réserves et ses conséquences. S'agissant du projet de directive 3.1.5, qu'il avait déjà appuyé à la cinquante-septième session en 2005, il se félicite que le Rapporteur spécial se soit efforcé de mieux définir une notion essentielle en droit des traités. Bien que les deux nouvelles variantes proposées par le Rapporteur spécial dans sa note (A/CN.4/572) ne lui donnent pas entière satisfaction, en particulier l'expression «équilibre conventionnel» et le mot «gravement», qui figurent dans les deux, il pense qu'elles doivent être renvoyées, avec celles initialement présentées, au Comité de rédaction dans l'espoir que ce dernier trouvera la formule «magique» qui définira l'objet et le but du traité.

15. Au premier alinéa du projet de directive 3.2, le membre de phrase figurant entre crochets pourrait être transféré dans le commentaire. En effet, des autorités nationales autres que des tribunaux pourraient être amenées à examiner, dans le cadre de leur compétence, la validité de certaines réserves formulées par d'autres États. Par ailleurs, rien n'empêche les autres États contractants et les autres organisations contractantes d'agir en l'occurrence de concert ou individuellement, ce qui pourrait être dit dans le projet de directive ou, du moins, dans le commentaire. Dans le projet de directive 3.2.3, il faudrait supprimer les derniers mots placés entre crochets, qui sont superflus et risquent d'être mal interprétés. Dans la première phrase du projet de directive 3.2.4, il serait prudent d'ajouter les mots «en principe» après «la compétence de cet organe n'exclut» car on ignore les circonstances dans lesquelles ces organes peuvent avoir une certaine compétence pour connaître d'une affaire.

16. Les derniers mots du projet de directive 3.3 («sans qu'il y ait lieu d'opérer de distinction entre ces deux chefs d'invalidité») sont tout à fait pertinents et doivent être conservés. Certes, les réserves interdites implicitement ou expressément par le traité sont immédiatement identifiables, ce qui n'est pas le cas de celles qui sont incompatibles avec l'objet ou le but du traité. Cependant, il importe de garder à l'esprit que le régime juridique de la réserve invalide est le même dans tous les cas. Comme l'année précédente, M. Economides est vivement opposé au projet de directive 3.3.1, car aucune règle de droit international n'interdit à un État d'invoquer s'il le souhaite la responsabilité d'un autre État pour avoir violé les dispositions d'un traité relatives aux réserves, et la Commission est loin d'être un organe législatif qui pourrait adresser de telles injonctions aux États. Ce projet de directive est également critiquable pour d'autres raisons; M. Economides renvoie en particulier aux interventions de M. Momtaz et de M^{me} Escarameia. M. Economides appuie les projets de directives 3.3.2, 3.3.3 et, dans une moindre mesure, 3.3.4, lequel ne lui semble pas nécessaire, étant entendu que les États sont toujours libres, s'ils sont tous d'accord, de modifier radicalement le régime des réserves.

17. En conclusion, M. Economides est d'accord pour renvoyer au Comité de rédaction tous les projets de directive, à l'exception du projet de directive 3.3.1.

18. M. CHEE félicite le Rapporteur spécial, qui a présenté, comme de coutume, un excellent rapport.

19. La Convention de Vienne de 1969 ne parle pas de «validité», peut-être parce que le plus important est que la réserve soit acceptée ou rejetée, ce qui donne à penser que la question de la validité n'est pas pertinente. M. Chee approuve la remarque de M. Candioti, selon laquelle il serait préférable de parler de licéité ou d'illicéité plutôt que de validité.

20. S'agissant du projet de directive 3.1 (Faculté de formuler une réserve), M. Chee souhaiterait que le Rapporteur spécial explique pourquoi il s'est écarté du libellé de l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969 en parlant de «faculté». Il approuve le projet de directive 3.1.1 (Réserves expressément interdites par le traité), qui reflète l'alinéa *b* de l'article 19 de la Convention de Vienne et les projets de directives 3.1.2 (Définition des réserves déterminées) et 3.1.4 (Compatibilité des réserves autorisées par le traité avec son objet et son but) qui offrent une explication utile. Par contre, il est opposé au projet de directive 3.1.3 (Réserves implicitement autorisées par le traité) car, même si elle n'est pas interdite par le traité, toute réserve va à l'encontre de celui-ci et ne peut donc être implicitement formulée.

21. M. Chee pense par ailleurs à propos du projet de directive 3.1.5 qu'il n'est pas exact de dire que la raison d'être est l'élément essentiel de l'objet et du but du traité, lesquels peuvent être exprimés dans le préambule et dans d'autres parties importantes du traité. S'agissant du projet de directive 3.1.6, il serait préférable, à son avis, de parler d'«interprétation» plutôt que de «détermination». M. Chee est opposé au projet de directive 3.1.7 (Réserves vagues et générales) parce que, même lorsqu'une disposition d'un traité est vague ou générale, le caractère contraignant de l'instrument fait qu'il reste valide. Il approuve les projets de directives 3.1.8 (Réserves portant sur une disposition énonçant une règle coutumière), 3.1.9 (Réserves à des dispositions énonçant une règle de *jus cogens*) et 3.1.13 (Réserves aux clauses conventionnelles de règlement des différends ou de contrôle de la mise en œuvre du traité).

22. S'agissant du projet de directive 3.2, M. Chee préférerait que la compétence pour apprécier la validité des réserves soit attribuée aux organes de règlement des différends éventuellement compétents pour interpréter ou appliquer le traité, tels que la CIJ ou un tribunal arbitral. Il est opposé aux projets de directives 3.2.1, 3.2.2, 3.2.3 et 3.2.4, car il ne peut admettre que les organes chargés de contrôler l'application d'un traité aient compétence pour apprécier la licéité d'une réserve au traité, idée qui est exposée dans les conclusions préliminaires de la Commission concernant les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme²⁰⁶.

23. Tout en approuvant le projet de directive 3.3, il doute qu'elle soit réellement nécessaire. Il souscrit par ailleurs aux projets de directives 3.3.1 à 3.3.4.

²⁰⁶ *Annuaire... 1997*, vol. II (2^e partie), p. 57, par. 157.

24. M. PELLET (Rapporteur spécial) juge inacceptable de revenir sur des projets de directive qui ont été renvoyés au Comité de rédaction à la session précédente et adoptés par le Comité puis par la Commission. Il a de même été très choqué, à la séance précédente, que M. Candiotti revienne sur les termes «validité» et «permissibilité», questions qui ont été tranchées à tort ou à raison mais qui ont été tranchées. En deuxième lecture, il sera loisible aux membres de revenir sur les décisions prises.

25. M. CANDIOTTI dit qu'il ne prétendait pas revenir sur les décisions prises par le Comité de rédaction, mais simplement préciser qu'il n'était pas d'accord avec les termes «validité», «nullité» et «responsabilité» dans ce contexte.

26. Le PRÉSIDENT confirme qu'il n'est nullement opportun de rouvrir à la session en cours un débat sur les projets de directive qui ont déjà été adoptés.

27. M. YAMADA, félicitant le Rapporteur spécial pour son dixième rapport, dit qu'il approuve l'ensemble des projets de directives 3.1.5 et suivants mais qu'il tient à faire quelques observations en tant que praticien.

28. Dans le projet de directive 3.1.5, il serait difficile d'aller plus loin que la nouvelle définition de l'objet et du but du traité proposée par le Rapporteur spécial dans sa note (A/CN.4/572). M. Yamada n'a pas de préférence pour l'une ou l'autre variante. Il souhaite simplement souligner que lorsque le traité interdit toute réserve, cela ne signifie pas nécessairement que toutes les dispositions du traité sont essentielles et constituent sa raison d'être. De même, lorsqu'un traité autorise des réserves spécifiques, cela ne veut pas nécessairement dire que les dispositions particulières qui peuvent faire l'objet de réserves ne sont pas essentielles. Les décisions concernant les clauses relatives aux réserves sont prises lors des négociations du traité, sur la base de l'atmosphère politique du moment. Lorsqu'un traité ne dit rien des réserves, cela ne signifie pas pour autant que l'on peut négliger le contexte politique, économique ou social dans lequel ce régime conventionnel est établi. En appliquant le projet de directive 3.1.5 à un traité particulier, il faudra donc tenir pleinement compte dudit contexte.

29. De ce point de vue, M. Yamada accueille avec satisfaction le projet de directive 3.1.6, dont le paragraphe 1 s'inspire étroitement du paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969. Le Rapporteur spécial a pris soin d'omettre la dernière partie de la phrase, «à la lumière de son objet et de son but», pour éviter une tautologie. La Commission se trouve ici face à un réel dilemme. Pour interpréter le traité, il faut connaître son objet et son but. M. Yamada regrette de ne pas avoir de réponse à proposer.

30. Le projet de directive 3.1.7 ne pose aucun problème s'il est lu dans le contexte des paragraphes 107 à 114 du dixième rapport. Par la réserve qu'il a émise aux alinéas *a* et *b* de l'article 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, le Japon a précisé qu'il s'acquitterait des obligations découlant desdits alinéas dans la mesure où elles sont compatibles avec le droit à la liberté de réunion,

d'association, le droit à la liberté d'expression et d'autres droits garantis par sa Constitution. Cette réserve n'a pas été contestée, et M. Yamada croit comprendre que ce type de réserve n'est pas visé dans le projet de directive 3.1.7.

31. M. Yamada suppose que le projet de directive 3.1.8 signifie qu'un État peut écarter une disposition énonçant une règle coutumière dans ses relations avec les États qui acceptent la réserve, mais qu'il continue à être lié par la règle vis-à-vis des autres États. Si tel est le cas, il appuie cette formulation. Les projets de directives 3.1.9 à 3.1.13 n'appellent aucune observation de sa part.

32. En ce qui concerne les projets de directives 3.2 et 3.2.1, M. Yamada souligne que la compétence des organes de contrôle pour évaluer la validité d'une réserve doit leur être clairement conférée par le traité, et appuie à cet égard le projet de directive 3.2.2 (Clauses précisant la compétence des organes de contrôle en matière d'appréciation de la validité des réserves). Il n'a aucune observation particulière à faire au sujet des projets de directives 3.2.3 à 3.3.1.

33. Bien qu'il n'ait pas d'objection au contenu des projets de directives 3.3.2, 3.3.3 et 3.3.4, M. Yamada préférerait, comme M. Matheson, reporter leur examen, car il pense qu'il conviendrait de noter qu'un État peut faire objection à une réserve, non seulement lorsqu'il la considère incompatible avec l'objet et le but du traité, mais aussi lorsqu'il reconnaît qu'elle est compatible avec cet objet et ce but.

34. M. Yamada approuve donc le renvoi des projets de directives 3.1.5 à 3.3.1 au Comité de rédaction.

35. M. PELLET (Rapporteur spécial) souhaiterait savoir pourquoi M. Yamada pense que le projet de directive 3.1.7 ne couvre pas les réserves du type de celle émise par le Japon à propos des alinéas *a* et *b* de l'article 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. Il précise qu'il ne connaît pas le contenu de cette réserve.

36. M. YAMADA fait savoir qu'il communiquera au secrétariat le texte de la réserve en question de manière que M. Pellet puisse en prendre connaissance.

37. M^{me} XUE dit que l'exemple donné par M. Yamada lui semble particulièrement pertinent et souligne que le Royaume-Uni a également émis une réserve à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Par cette réserve, le Royaume-Uni indiquait qu'il s'acquitterait des obligations découlant de cet instrument dans la mesure de leur conformité à son droit interne, tout en précisant clairement que sa législation était susceptible d'être modifiée dans l'avenir. Or on ne sait jamais comment évoluera une législation, si bien que la portée d'une telle réserve pourrait être jugée très vague et contestée pour incompatibilité avec l'objet et le but du traité. De telles réserves, fréquemment émises par les États dans la pratique, pourraient donc être considérées comme non valides conformément au projet de directive 3.1.7, ce qui pose un problème.

38. M. PELLET (Rapporteur spécial), se référant tout d'abord à l'observation de M. Yamada, dit qu'il n'est pas certain que la réserve émise par le Japon atteigne un degré de précision suffisant pour permettre véritablement d'en évaluer la validité. Quant à celle de M^{me} Xue, il souligne que la question essentielle est de savoir si les États, lorsqu'ils émettent des réserves, donnent des éléments permettant d'en apprécier la validité. Lorsque des États acceptent un traité à la condition que celui-ci soit conforme à leur droit interne tout en se réservant la possibilité de modifier leur législation comme bon leur semble, il paraît évident que ce type de réserve ne répond pas à la règle du jeu conventionnel. Cela étant, il serait possible qu'un État émette une réserve à l'égard de telle ou telle disposition d'un traité qui ne serait pas, à un moment donné, conforme à son droit interne, tout en précisant qu'au fur et à mesure que sa législation se rapprochera du traité, sa réserve évoluera. L'État pourrait alors la retirer, ce qui a déjà été admis par la Commission. Mais il est évident qu'un État ne saurait faire une réserve dont l'objet serait limité tout en gardant la possibilité de l'aggraver par la suite au gré de l'évolution de sa législation, car l'ensemble du système conventionnel s'en trouverait alors complètement faussé.

39. M. KOLODKIN rappelle tout d'abord que, dans le cadre de ses travaux sur les réserves aux traités, la Commission s'efforce de définir un certain nombre de principes directeurs destinés à orienter la pratique. Son objectif n'est donc pas d'établir des règles de droit mais de se fonder sur la pratique des États et des organisations internationales dans le cadre des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 pour formuler des recommandations à l'intention de tous ceux qui appliquent le droit international afin qu'ils s'y retrouvent dans ce domaine, d'autant plus complexe que la mise en œuvre de ces conventions suscite nombre de questions laissées sans réponse. C'est pourquoi le contenu de ces projets de directive proposés par le Rapporteur spécial ne figure pas dans les Conventions de Vienne ou s'en écarte à bien des égards et il importe donc de faire preuve de prudence. Cela étant, la plupart de ces projets de directive reflètent bel et bien les problèmes qui se posent dans le cadre des relations conventionnelles et que la Commission doit s'efforcer de résoudre d'une manière ou d'une autre en l'absence de dispositions correspondantes dans les Conventions de Vienne.

40. Passant en revue les différents projets de directive proposés par le Rapporteur spécial, M. Kolodkin estime qu'un certain nombre d'entre eux nécessitent une analyse plus approfondie. Ainsi, la première version du projet de directive 3.1.5 proposée au paragraphe 7 de la note du Rapporteur spécial (A/CN.4/572) ne permet pas de se rapprocher de l'objectif visé. Des expressions techniques telles que «économie du traité» ou «équilibre conventionnel» n'apportent pas les éclaircissements voulus en ce qui concerne la définition de l'objet et du but du traité même si elles peuvent aider à établir l'incompatibilité d'une réserve avec l'objet et le but d'un traité. Quant à la seconde version proposée au paragraphe 8 du même document, elle ne constitue pas vraiment une définition. Si l'on veut définir les notions d'objet et de but du traité, il serait préférable de retenir le texte proposé par le Rapporteur spécial dans son dixième rapport, qui pourrait servir de base de travail au

Comité de rédaction. M. Kolodkin appuie les projets de directives 3.1.6 à 3.1.13 car ils reflètent bien les besoins qui se font sentir dans la pratique et estime qu'ils peuvent être renvoyés au Comité de rédaction.

41. S'agissant des projets de directives 3.2 et 3.3, M. Kolodkin partage les interrogations de M. Candiotti sur l'opportunité de recourir à la notion de validité des réserves qui n'existe pas dans les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 même si la Commission s'est d'ores et déjà engagée dans la voie de son utilisation et si lui-même a travaillé sur cette base en sa qualité de Président du Comité de rédaction sur les réserves au traité. Si l'on parle de validité des réserves, il convient en toute logique de retenir celle de leur non-validité. Cela étant, il continue d'avoir des doutes à ce propos. En effet, une réserve est d'une certaine manière une proposition d'inclure un accord dans le cadre d'un traité, et les Conventions de Vienne précisent les cas dans lesquels elle peut ou ne peut pas être faite, sans aller plus loin; la question de la non-validité des réserves ne se pose donc que lorsqu'il y a contradiction entre la réserve et les normes impératives du droit international. Or, telle que l'envisage le Rapporteur spécial, la notion de non-validité des réserves s'applique non seulement dans le cadre des réserves aux dispositions du traité énonçant une norme impérative du droit international qui seront concernées, mais également dans celui de nombreuses autres réserves. C'est pourquoi M. Kolodkin s'interroge sur la justesse d'une telle démarche et se demande si les notions de licéité ou d'illicéité, sur lesquelles se fondent les Conventions de Vienne, ne seraient pas plus appropriées. Lorsque c'est un organe international compétent qui apprécie la non-validité d'une réserve, il n'y a pas de problème car la décision relative à la non-validité de la réserve concernée est opposable à l'ensemble des parties au traité. Mais lorsque c'est un État partie au traité qui se prononce sur la non-validité d'une réserve, la réserve en question pourrait alors être non valide pour certains États et valide pour d'autres. Selon M. Kolodkin, il y a là une certaine contradiction, et les projets de directives 3.3.3, et plus particulièrement 3.3.4, manquent de précision.

42. Le projet de directive 3.2.3 (Coopération des États et des organisations internationales avec les organes de contrôle) souligne la nécessité de tenir pleinement compte de l'appréciation par un organe de contrôle de la validité d'une réserve. Or, les décisions de ces organes sont rarement contraignantes et M. Kolodkin ne voit donc pas pourquoi on conférerait implicitement un caractère contraignant à leurs conclusions dans le cadre de leur compétence en matière d'appréciation de la validité d'une réserve. C'est la raison pour laquelle, si ce projet de directive devait être transmis au Comité de rédaction, il souhaiterait que le mot «pleinement» soit supprimé.

43. M. Kolodkin ne voit pas non plus pourquoi dans le projet de directive 3.3 il est fait mention de l'interdiction «implicite» de la réserve et souhaiterait que ce projet de texte soit scindé en deux parties, la première évoquant les cas dans lesquels une réserve est non valide et la seconde soulignant qu'il n'est pas nécessaire de distinguer entre les différents chefs d'invalidité. À ce propos, M. Kolodkin ne comprend d'ailleurs pas pourquoi les projets de directives 3.3.1 et 3.3.2 abordent la question du fondement de la

non-validité de manière différente. En outre, il estime que l'affirmation selon laquelle la formulation d'une réserve non valide produit ses effets dans le cadre du droit des traités ne devrait pas figurer dans le projet de directive 3.3.1 et que la question devrait être traitée plutôt dans le commentaire. Enfin, à propos du projet de directive 3.3.4, M. Kolodkin fait remarquer que ce projet de texte reprend la notion de compétence du dépositaire alors que la Commission avait déjà décidé d'y renoncer.

44. M. PELLET (Rapporteur spécial) s'étonne que M. Kolodkin, Président du Comité de rédaction sur les réserves au traité, revienne sur ce qui a été très clairement décidé par le Comité et accepté par la Commission. Selon lui, le débat sur la notion de validité ne peut être que source d'incohérence. Les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 précisent en effet les conditions dans lesquelles des réserves peuvent ou ne peuvent pas être formulées, ce qui est très exactement le sens qu'il convient d'accorder aux notions de validité ou de non-validité.

45. M. MANSFIELD remercie le Rapporteur spécial pour son analyse approfondie. À propos de la nouvelle version du projet de directive 3.1.5, il dit qu'il n'est toujours pas convaincu de l'intérêt qu'il y a à définir l'objet et le but d'un traité. Les développements consacrés par le Rapporteur spécial à l'histoire et au sens de cette notion aux paragraphes 72 à 89 de son dixième rapport sont probablement plus utiles que toute tentative pour les réduire à quelques phrases. Cela étant, il n'a pas véritablement d'objections à formuler à l'une ou l'autre des deux nouvelles versions proposées par le Rapporteur spécial, dont le Comité de rédaction pourrait néanmoins peut-être améliorer le libellé, mais quelle que soit la formulation retenue il doute que l'on puisse ainsi définir l'objet et le but d'un traité. Pour ce qui est de déterminer l'objet et le but d'un traité comme l'indique le Rapporteur spécial au paragraphe 86 de son dixième rapport, il semble en effet qu'il ne soit pas possible de concevoir une seule méthode à cette fin et qu'un certain degré de subjectivité soit inévitable. Le projet de directive 3.1.6 fournit néanmoins un point de départ utile en précisant ce qu'il faut entendre par «contexte» au paragraphe 2, bien que la dernière partie de ce paragraphe, selon laquelle le contexte inclut les articles déterminant l'économie générale du traité et exclut par conséquent les autres articles du traité, soit difficilement compatible avec le premier paragraphe, où il est dit que pour déterminer l'objet et le but du traité il convient d'interpréter le traité dans son ensemble. C'est pourquoi M. Mansfield pense comme d'autres membres de la Commission qu'il vaudrait mieux supprimer ce dernier membre de phrase.

46. M. Mansfield souscrit pleinement aux idées qui sous-tendent les projets de directives 3.1.7 et 3.1.9, mais estime toutefois que ces projets de directive devraient être modifiés pour refléter le fait que les réserves vagues et générales et les réserves à une disposition énonçant une norme de *jus cogens* ne seraient pas toutes inévitablement contraires à l'objet et au but du traité. M. Mansfield peut appuyer les autres projets de directive de cette série dans leurs grandes lignes, estimant toutefois que le Comité de rédaction devra peut-être, le cas échéant, en peaufiner le texte.

47. Passant aux projets de directives 3.2 à 3.2.4 relatifs à la compétence pour apprécier la validité des réserves, M. Mansfield dit qu'il en appuie l'orientation générale. Il relève toutefois que l'expression «compétence pour apprécier» employée dans le titre du projet de directive 3.2 est remplacée par «compétence pour se prononcer» dans le corps du texte. La première expression serait préférable à son avis car elle est plus exacte et plus conforme aux conclusions préliminaires antérieures de la Commission. En outre, il faudrait peut-être préciser que cette compétence est fonction des termes du traité. Quant à la référence aux tribunaux internes qui figure entre crochets, elle ne semble pas nécessaire. Il en est de même de la seconde phrase du projet de directive 3.2.1.

48. M. Mansfield appuie par ailleurs l'orientation générale des projets de directives 3.3 et 3.3.1, estimant toutefois que le dernier membre de phrase du premier est superflu et que le texte anglais du deuxième n'est pas assez clair. Tout en étant enclin à souscrire à l'analyse qui a amené le Rapporteur spécial à proposer les projets de directives 3.3.2 et 3.3.3, il pense qu'il est probablement prématuré de préciser qu'une réserve ne remplissant pas les conditions de validité énoncées dans l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969 est nulle tant que les conséquences de la non-validité d'une réserve n'ont pas été étudiées. De manière plus générale, il estime que la Commission devra se prononcer sur le lien entre les articles 19 et 20 de la Convention de Vienne et c'est la raison pour laquelle il n'est pas très favorable au projet de directive 3.3.4. Il serait plus opportun de traiter cette question dans le cadre du droit des parties de modifier à tout moment un traité par accord général.

49. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO, après avoir remercié le Rapporteur spécial pour la qualité et l'exhaustivité de son rapport, se félicite que ce dernier ait tenté de définir l'expression «objet et but du traité», dont le sens est difficile à saisir et qui se prête à diverses interprétations. La définition proposée est acceptable, même si, comme l'a relevé notamment M^{me} Escameia, l'expression «les dispositions essentielles du traité, qui en constituent la raison d'être» renvoie à un certain nombre d'éléments qui peuvent n'être pas accessibles à celui qui interprète le traité. Il faut donc se réjouir que dans le projet de directive 3.1.6 le Rapporteur spécial indique comment procéder pour déterminer l'objet et le but d'un traité.

50. S'agissant du projet de directive 3.2, la référence aux tribunaux internes qui figure entre crochets n'est pas nécessaire puisque ces tribunaux font partie intégrante de l'État au regard du droit international. Il serait par ailleurs important d'indiquer que les décisions des organes de contrôle de l'application du traité au sujet de la validité des réserves sont contraignantes. Le projet de directive 3.2.1 peut être approuvé, même si le texte pourrait en être amélioré par le Comité de rédaction: au premier paragraphe, la proposition «en vue de s'acquitter des fonctions dont il est chargé» semble inutile et, au paragraphe 2, «conclusions» devrait être remplacé par un terme moins faible, dénotant le caractère obligatoire de l'appréciation par les organes en question. Dans le projet de directive 3.2.2, la deuxième phrase faisant référence à l'adoption de protocoles exprime une idée intéressante à laquelle les États devraient donner suite.

51. En ce qui concerne le projet de directive 3.2.3, la deuxième phrase pourrait faire l'objet d'une directive distincte, ou être incorporée à la directive 3.2.1. En effet, la mise en œuvre de la décision de l'organe de contrôle ne relève pas de la coopération mais découle de son pouvoir contraignant. La directive 3.2.4 est acceptable mais pourrait aussi être incorporée à la directive 3.2.1. Quant à la directive 3.3, elle mérite d'être approuvée ainsi que la directive 3.3.1 dont la deuxième phrase devrait néanmoins être supprimée. Enfin, M. Rodríguez Cedeño approuve les projets de directives 3.3.2, 3.3.3 et 3.3.4 même si, pour ce qui est du dernier, il souscrit aux observations de M. Kolodkin sur le rôle du dépositaire. Tous les projets de directive peuvent être renvoyés au Comité de rédaction.

52. M^{me} XUE dit que, comme d'autres membres de la Commission, elle aurait souhaité disposer de davantage de temps pour examiner le dixième rapport du Rapporteur spécial, qui porte sur ce qui est probablement l'aspect le plus important du sujet. Elle rappelle qu'elle a déjà à la session précédente présenté des observations sur les premiers chapitres du rapport et indique qu'elle limitera de ce fait ses commentaires à celui qui concerne la détermination de la validité des réserves et ses conséquences. À cet égard, qu'il s'agisse de la compétence pour apprécier la validité des réserves ou des conséquences de la non-validité d'une réserve, force est de constater que le Rapporteur spécial s'écarte de façon très marquée du droit conventionnel positif et de la pratique des États. S'agissant par exemple de la compétence, le projet de directive 3.2 commence par les mots: «Ont compétence pour se prononcer sur la validité des réserves». Or, dans la pratique, les parties contractantes peuvent évaluer les réserves et décider ou non de les accepter ou de formuler une objection; les organes créés par les traités peuvent aussi être habilités à évaluer les réserves, mais il y a une différence très nette entre évaluer et «se prononcer sur». M^{me} Xue exprime donc à cet égard de profondes réserves.

53. S'agissant de savoir qui est compétent pour apprécier la validité des réserves, M^{me} Xue estime, en ce qui concerne les organes de règlement des différends, que le libellé actuel du projet de directive 3.2 est trop général, considérant en effet que, sauf si les organes de règlement sont expressément mandatés pour se prononcer sur la validité des réserves, ils ne peuvent le faire. Le Rapporteur spécial utilise certes le mot «éventuellement», mais cela ne suffit pas à lever l'ambiguïté. En outre, la compétence pour interpréter ou appliquer le traité n'est pas identique à la compétence pour se prononcer sur la validité des réserves. Quant aux organes de contrôle, la situation est plus complexe, et la directive devrait indiquer clairement qu'à moins que ces organes se voient conférer un mandat pour se prononcer sur la validité des réserves et agissent dans le cadre de ce mandat, ils ne sont pas compétents pour se prononcer sur cette validité.

54. Le projet de directive 3.2.1 n'est pas assez clair pour fournir des indications utiles aux États; l'expression «même valeur juridique», en particulier, devrait être précisée. D'une manière plus générale, M^{me} Xue estime que les projets de directives 3.2.1 à 3.2.4 ne reposent pas toujours sur la pratique des États, et certains, qui découlent de présomptions, risquent de créer des malentendus.

Or, des directives doivent être compatibles avec la pratique des États et expliciter celle-ci. Elles devraient en outre répondre aux questions que les États peuvent se poser. Ainsi, l'objectif du projet de directive 3.2.4, qui envisage le cas où plusieurs instances sont compétentes pour apprécier la validité des réserves, n'est pas clair. Il n'apporte pas de réponse aux questions que les États pourraient se poser, comme celle de savoir ce qui se passe si les différentes instances compétentes ne sont pas d'accord ou si les parties au traité et l'organe de contrôle ne sont pas du même avis sur la validité d'une réserve.

55. À propos des conséquences de la non-validité des réserves, M^{me} Xue dit qu'elle souhaiterait revenir sur le terme «licéité», au risque de déplaire au Rapporteur spécial. Si la Commission s'est effectivement penchée l'année précédente sur l'emploi des termes «licéité» et «validité», les différences entre ces deux termes n'étaient alors pas très évidentes. Au contraire, lorsqu'on lit les projets de directive sur les conséquences de la non-validité proposés par le Rapporteur spécial, on comprend pourquoi ce dernier a déployé de tels efforts pour distinguer entre les deux termes. C'est ainsi qu'on trouve dans ses projets de directive les termes «validité», «nulle de plein droit» et «nullité». Il ne s'agit pas d'une question de terminologie, mais bien d'une question de fond: en droit des traités, en particulier dans le cadre de la Convention de Vienne de 1969, les États parties peuvent seulement décider d'accepter ou non une réserve pour définir leur relation avec l'État réservataire, mais ils ne sont pas habilités à se prononcer sur la validité ou la nullité d'une réserve, ceci parce que le droit conventionnel repose sur le principe du consentement librement donné.

56. En ce qui concerne le projet de directive 3.3.1, la première phrase n'est pas assez précise s'agissant d'une directive. On peut ainsi se demander ce que signifie l'expression «dans le cadre du droit des traités». De plus, le projet de directive ne donne aucune indication quant aux conséquences de la non-validité. Sa deuxième phrase, par contre, reflète un principe fondamental en la matière. Quant au projet de directive 3.3.2, M^{me} Xue juge l'expression «nulle de plein droit» inacceptable, car une telle réserve peut avoir des effets dans certaines situations.

57. Pour ce qui est des deux derniers projets de directives proposés, 3.3.3 et 3.3.4, comme l'ont déjà relevé d'autres membres de la Commission, ils semblent recevoir une contradiction. Il est dit, dans le premier, que l'acceptation d'une réserve par un État n'a pas pour effet de remédier à la nullité. Dans la pratique, si un État accepte la réserve, le traité s'applique avec cette réserve dans ses relations conventionnelles avec l'État réservataire. On peut se demander combien d'États doivent accepter la réserve pour que leur acceptation puisse être prise en considération. Ceci semble être en contradiction avec l'idée qui sous-tend le premier paragraphe du projet de directive 3.3.4. Quant au deuxième paragraphe, le dépositaire ne devrait pas avoir un tel rôle d'arbitre en matière de réserve.

58. M. OPERTTI BADAN dit que faute de temps il limitera ses observations sur l'excellent dixième rapport sur les réserves aux traités à deux projets de directive.

59. Le projet de directive 3.1.7, relatif aux réserves vagues et générales, est extrêmement important car il est fréquent qu'une réserve soit vague dans sa forme, dans son contenu ou les deux, ce qui ne permet pas aux parties aux traités d'en apprécier la portée. Une réserve peut aussi être générale, ce qui est différent; une réserve renvoyant aux dispositions constitutionnelles est un bon exemple à cet égard. On pourrait dire qu'une réserve générale se situe dans la zone grise séparant réserves et déclarations interprétatives. M. Operti Badan doute néanmoins qu'il faille attacher une conséquence aussi radicale que le propose le Rapporteur spécial au caractère vague ou général d'une réserve, à savoir qu'elle serait incompatible avec l'objet et le but du traité.

60. En ce qui concerne le projet de directive 3.3.1, un texte qui a suscité des opinions très tranchées, la deuxième phrase pose un principe largement reconnu, mais il convient de souligner que la formulation d'une réserve non valide peut être un indice permettant d'anticiper une position éventuellement illicite d'un État dans l'avenir.

La séance est levée à 13 h 5.

2891^e SÉANCE

Mardi 11 juillet 2006, à 10 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Operti Badan, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M^{me} Xue, M. Yamada.

Les réserves aux traités (*fin*) [A/CN.4/560, sect. G, A/CN.4/558 et Add.1 et 2, A/CN.4/572 et A/CN.4/574, et A/CN.4/L.685 et Corr.1]

[Point 7 de l'ordre du jour]

DIXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à résumer le débat sur les réserves aux traités.

2. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit que le débat a été riche et qu'il en a tiré plusieurs enseignements. La longueur de son dixième rapport sur les réserves aux traités et la remise tardive de certaines parties du document ont fait que la Commission n'a pas été en mesure d'en achever l'examen à la cinquante-septième session en 2005²⁰⁷.

²⁰⁷ Pour l'examen des premières sections du dixième rapport du Rapporteur spécial, voir *Annuaire...* 2005, vol. I, 2854^e séance, p. 168 et 2856^e à la 2859^e séances, p. 186 à 218.

Sur les 24 projets de directive proposés, cinq seulement ont été renvoyés au Comité de rédaction et adoptés en première lecture²⁰⁸. Dans ses remarques, M. Pellet tiendra compte des observations qui ont été faites à la session précédente et à la session en cours à propos des projets de directives 3.1.5 à 3.1.13 figurant dans le document A/CN.4/558/Add.1. Les projets de directives 3.2 à 3.3.4 figurant la dernière section du dixième rapport n'ont été examinés qu'à la session en cours.

3. M. Pellet remercie tous les membres de la Commission qui se sont exprimés et regrette que certains autres ne l'aient pas fait. Le travail d'un rapporteur spécial est souvent ingrat, et la meilleure récompense qu'il puisse espérer est l'intérêt que manifestent les membres lors des débats. Que cet intérêt s'exprime parfois sous la forme de critiques ne lui pose aucun problème, surtout si ces critiques sont constructives. C'est lorsque les rapporteurs spéciaux et les autres membres de la Commission s'engagent dans un véritable dialogue aboutissant à des échanges de vues rapides et souvent «musclés» au Comité de rédaction que la Commission progresse le plus; ses projets sont alors le résultat d'un effort collectif qui doit être respecté. C'est pourquoi M. Pellet a manifesté un peu de mauvaise humeur lorsque certains membres ont de nouveau soulevé ce qui est, à ses yeux, une question purement terminologique, celle de la «validité» des réserves. La Commission ayant tranché cette question, il espère que ceux qui ont déjà eu la possibilité de s'exprimer à ce sujet n'y reviendront pas.

4. M. Pellet s'étonne que certains membres se soient plaints de ne pas avoir disposé de suffisamment de temps pour examiner son dixième rapport. Certes, ce rapport est volumineux et aborde quelques questions délicates, mais il a été distribué un an auparavant, ce qui semble suffisant pour le lire, y réfléchir et y réagir. Il a également été affirmé que le bureau n'avait pas réservé suffisamment de temps à la discussion du rapport; or, ce temps n'a pas été très bien exploité puisque la plupart des orateurs ont reporté leur intervention à la dernière séance prévue à cet effet. La plupart des interventions ont été constructives, mais certains membres ont donné l'impression d'avoir lu les projets de directive sans avoir consulté le rapport qui les présentait et les expliquait. M. Pellet ne répondra donc qu'aux questions dont la réponse ne figure pas dans le rapport.

5. Abordant les projets de directive proposés dans le dixième rapport, qui sont également regroupés dans l'annexe à ceui-ci, M. Pellet note que les projets 3.1.5 et 3.1.6 forment un tout. Le premier, qui est repris dans la note du Rapporteur spécial y relative (A/CN.4/572), où M. Pellet propose deux nouvelles variantes plus précises que le texte qu'il avait présenté à la session précédente, vise à définir la notion d'objet et de but du traité. Le second vise à indiquer, fût-ce très succinctement, comment l'objet et le but doivent être déterminés face à une réserve spécifique dans une situation donnée. Malgré les doutes persistants exprimés par certains membres, il semble qu'une large majorité se soit dégagée en faveur du renvoi des deux projets de directive au Comité de

²⁰⁸ Pour l'examen du rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.685 et Corr.1), voir 2883^e séance, *supra*.

rédaction. La plupart des membres ont reconnu qu'ils étaient complémentaires, même si certains estimaient que le projet de directive 3.1.5 était «impossible» et ne présentait pas une utilité évidente tandis que d'autres le jugeaient nécessaire, voire essentiel, et qu'un membre a suggéré, avec un certain optimisme, qu'on pourrait obtenir une «formule magique» en combinant les trois variantes. En toute honnêteté, M. Pellet n'en est pas certain, car la notion même d'objet et de but conserve, non pas une part de mystère, puisque d'un point de vue pragmatique elle lui paraît moins énigmatique qu'on ne l'a dit, mais bien un élément de subjectivité inhérent à ce type de notions, extrêmement fréquent en droit et en aucun cas exceptionnel, comme on l'a suggéré. La plupart des orateurs semblent penser qu'il pourrait être utile de tenter d'encadrer cette subjectivité, ce qui ne veut pas dire qu'ils soient tous d'accord à propos de la meilleure formulation. Une majorité des membres a exprimé sa préférence pour la première des deux nouvelles variantes figurant dans la note. Un membre au moins préfère la seconde, un autre celle qui avait été proposée dans le dixième rapport et un autre encore préconise de combiner les trois. La Commission devrait laisser une certaine latitude au Comité de rédaction, étant donné que la discussion était plutôt générale et que les trois versions ne sont pas si différentes dans leur esprit.

6. Une majorité des membres souhaitent qu'un texte ressemblant au projet de directive 3.1.5 soit inclus dans le Guide de la pratique, mais peu de propositions précises concernant le fond ont été formulées. Quatre d'entre elles, cependant, méritent d'être citées, soit parce qu'elles ont reçu un certain soutien, soit parce qu'elles peuvent être matière à réflexion pour le Comité de rédaction, même si M. Pellet lui-même ne les approuve pas forcément.

7. Premièrement, M. Pellet partage, du moins sur le plan de l'analyse, l'opinion exprimée à la session précédente selon laquelle les États peuvent avoir des avis divergents sur ce qui est essentiel dans un traité. C'est précisément pour cela qu'il faut s'efforcer d'identifier le point d'équilibre, ce que M. Pellet a qualifié d'«économie générale du traité» ou d'équilibre conventionnel. Il est conscient que cette idée n'a pas enthousiasmé les foules, d'autant que les traités, en particulier les traités relatifs aux droits de l'homme, ne sont pas tous fondés sur un équilibre entre les droits et les devoirs des parties. Il ne cherchera pas à imposer l'expression «économie générale du traité», bien que l'idée qui l'inspire soit considérée comme généralement acceptable. Les mots «règles, droits ou obligations» – plutôt que «et obligations» – ont été jugés préférables à «dispositions essentielles», élément central de la proposition qu'il avait formulée à la session précédente.

8. Deuxièmement, certains orateurs ont interprété à tort la position de M. Pellet comme étant opposée à l'idée qu'un traité représente un équilibre entre l'ensemble des concessions mutuelles faites par les négociateurs. M. Pellet n'exclut nullement cette idée. Il admet en outre qu'une réserve ne peut décevoir les attentes légitimes des autres parties, que ce qui importe, c'est la finalité qui sous-tend le traité, et qu'il faut tenir compte du contexte dans lequel le traité a été adopté. En revanche, il doute que ces idées puissent ou doivent être exprimées dans le corps du Guide de la pratique, et pense qu'il serait plus

réaliste de les développer dans le commentaire, bien qu'il ne voie pas d'objection à ce que le Comité de rédaction les inclue dans le texte du guide lui-même, si toutefois il y parvient.

9. Le troisième point notable est que certains orateurs ont estimé que la rédaction de la première variante du projet de directive 3.1.5, préférée par la majorité – et par certains d'entre eux – était trop rigide et ouvrait trop largement la possibilité de formuler des réserves. L'expression «raison d'être» a été jugée trompeuse, car un traité pouvait avoir une pluralité de raisons d'être. M. Pellet n'est pas insensible à cet argument. Il est moins convaincu par la suggestion tendant à supprimer l'adverbe «gravement» dans la deuxième variante, car il est de l'essence d'une réserve de porter atteinte à l'intégrité du traité; si cette atteinte est anodine, l'objet et le but du traité ne sont pas menacés. Ainsi, si l'on supprime «gravement», il faut trouver un moyen d'indiquer clairement qu'une réserve doit préserver les éléments essentiels mais qu'elle peut écarter les éléments secondaires.

10. Quatrièmement et enfin, M. Pellet est ouvert aux suggestions tendant à modifier le titre du projet de directive 3.1.5, par exemple en le remplaçant par celui de la deuxième variante, «Incompatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du traité», même si le Comité de rédaction a fondé ses discussions sur le texte de la première variante.

11. Le projet de directive 3.1.6 n'a pas fait l'objet d'une contestation globale, mais quelques remarques importantes ont été faites à propos de sa rédaction. On s'est inquiété de ce qu'il n'incluait pas tous les éléments des articles 31 et 32 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 et, en particulier, qu'il ne mentionnait pas les accords conclus ultérieurement. Cette suggestion pose le même type de problème que la mention de la pratique ultérieurement suivie, que M. Pellet avait placée entre crochets. Bien qu'une majorité des membres aient préconisé la suppression des crochets, et donc le maintien de la mention, il demeure indécis. Il partage l'idée qu'une référence à la pratique doit être conservée dans le corps de la directive, qu'un traité n'est pas gravé dans la pierre et que l'interprétation de ses dispositions évolue dans le temps; mais il n'est pas insensible à l'argument selon lequel une réserve est formulée lors de l'adhésion au traité et donc, généralement en tout cas, au début de la vie de celui-ci, raison pour laquelle la pratique n'est guère pertinente. Si la portée de certaines obligations conventionnelles peut évoluer dans le temps, il en va peut-être de même de l'objet et du but du traité. L'objet et le but représentent ce que les négociateurs visaient, mais les moyens d'y parvenir peuvent évoluer considérablement. Néanmoins, M. Pellet n'est pas certain que cette perspective évolutive convienne entièrement à la notion d'objet et de but. Après avoir écouté les autres membres, il continue à penser qu'il serait préférable de ne pas mentionner la pratique dans la directive elle-même, mais plutôt d'envisager différentes possibilités dans le commentaire; ce sera toutefois au Comité de rédaction d'en décider.

12. Un membre s'est interrogé sur l'emploi de l'expression «économie générale» au paragraphe 2 du projet de directive 3.1.6. M. Pellet demeure convaincu de son utilité. En tout état de cause, aucune des remarques qu'il

vient d'évoquer ne devrait empêcher le renvoi des projets de directives 3.1.5 et 3.1.6 au Comité de rédaction, ce que lui-même souhaite vivement.

13. Il devrait en aller de même, dans l'ensemble, pour les projets de directives 3.1.7 à 3.1.13. Certains orateurs se sont contentés d'accueillir favorablement ces projets de directive, qui ne font qu'illustrer le projet de directive 3.1.5. D'autres ont été plus critiques, mais sans remettre en cause – toujours à une exception près – l'approche générale et pragmatique que M. Pellet avait adoptée. M^{me} Escarameia a proposé d'ajouter une catégorie de réserves, sur la base de la constatation tout à fait empirique que M. Pellet avait faite, à savoir que c'est dans ce domaine que se posent les principales difficultés. Cette nouvelle catégorie regrouperait les réserves portant sur l'application des traités en droit interne. S'il n'a aucune objection de principe à cette proposition, M. Pellet n'est pas certain de comprendre quelles réserves seraient visées, ni ce qui les distinguerait dans la pratique de celles visées au projet de directive 3.1.11. De plus, il ne voit pas quels types de problèmes spécifiques de telles réserves pourraient soulever. Il est toujours possible de proposer des projets de directive sur une multitude de sujets, mais il s'agit ici d'élaborer des directives générales en réponse à des problèmes qui se posent effectivement. Cela étant, la Commission ne devrait pas exclure la possibilité que le Comité, s'il est convaincu de la spécificité du problème et de l'utilité de le résoudre, propose un projet de directive complémentaire sur la base d'une note qu'établirait l'auteur de la proposition. Cela ne constituerait en aucun cas un précédent, puisque la plénière aurait le dernier mot et, après tout, le nouveau projet de directive ne serait qu'une nouvelle illustration du projet de directive 3.1.5.

14. Les projets de directives 3.1.7 à 3.1.13 ont suscité un certain nombre d'observations que M. Pellet va passer en revue. À une exception près, les membres n'étaient pas opposés globalement à ces projets. Un membre était opposé aux projets de directives 3.1.7 et 3.1.8 et un autre aux projets 3.1.12 et 3.1.13, qu'il jugeait inutiles. Aucun autre membre n'était opposé au renvoi des projets de directive au Comité de rédaction.

15. À propos du projet de directive 3.1.7, plusieurs orateurs se sont dits satisfaits du texte proposé. Un membre a simplement fait remarquer que le projet était rédigé en termes très généraux, et un autre que «vagues» et «générales» n'avaient pas le même sens. M. Pellet en est d'accord, mais il lui semble que ce point peut être précisé dans le commentaire. Plusieurs orateurs ont dit que le caractère vague et général d'une réserve pouvait entraîner sa non-validité, mais pas forcément parce qu'elle n'était pas conforme à l'objet et au but du traité. Cette remarque, que M. Pellet approuve entièrement, semble devoir entraîner une modification assez importante de la rédaction du projet de directive et peut-être de son emplacement et de sa numérotation. Le Comité de rédaction devra examiner cette question, qui est probablement la plus compliquée qu'il aura à résoudre. Par ailleurs, certains orateurs ont noté qu'une réserve vague à une disposition accessoire n'était pas nécessairement contraire à l'objet et au but du traité. S'il partage cet avis, M. Pellet pense qu'une telle réserve n'en devrait pas moins être considérée comme non valide. Si elle n'est pas valide, ce n'est pas parce qu'elle

est contraire à l'objet et au but du traité mais, comme l'a indiqué la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Belilos*, parce qu'elle est libellée d'une manière qui ne permet pas aux autres États d'en définir la portée, permettant ainsi à son auteur de moduler de façon arbitraire l'étendue de ses obligations, sans aucun contrôle par les autres parties ou, le cas échéant, par les organes de surveillance de l'application du traité.

16. Un orateur était opposé au projet de directive 3.1.8 au motif qu'une réserve devait toujours être écrite. M. Pellet ne voit pas où est le rapport. Un autre a proposé d'inverser l'ordre des paragraphes 1 et 2. Cette proposition n'a pas été appuyée, mais un ou deux autres orateurs ont souhaité que l'on indique plus clairement que la norme coutumière reprise dans le traité mais écartée par la réserve continuait à s'appliquer. La rédaction actuelle a été expressément approuvée par de nombreux orateurs, mais rien n'empêche le Comité de rédaction de la réexaminer.

17. S'agissant du projet de directive 3.1.9, les avis ont été plus partagés. Plusieurs orateurs ont approuvé le texte, mais d'autres ont fait écho aux doutes que M. Pellet lui-même avait exprimés à la session précédente, faisant valoir qu'une réserve à une disposition conventionnelle reprenant une norme de *jus cogens* posait les mêmes problèmes qu'une réserve à une disposition reprenant une norme coutumière et qu'elle n'était non valide que si, en modifiant l'effet juridique de la disposition visée, l'État réservataire entendait se ménager la possibilité de suivre une conduite contraire au *jus cogens*. Cela est tout à fait logique et ne porte nullement atteinte au caractère impératif et indérogeable des normes en question, puisque ces normes impératives ne sont pas violées. Ce qui pourrait se produire, par exemple, c'est que lorsque la disposition qui reprend une norme de *jus cogens* prévoit que la CIJ est compétente pour interpréter et appliquer le traité, la Cour n'ait plus cette compétence. Cela dit, la norme de *jus cogens* continuerait à s'appliquer de la manière la plus indiscutable, la plus indérogeable et la plus impérative à l'État réservataire.

18. M. Pellet approuve l'observation selon laquelle le fondement du projet de directive 3.1.9, quelle qu'en soit la rédaction, réside dans l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 et non dans l'alinéa *c* de l'article 19. Cependant, il ne comprend pas comment on a pu prétendre que ce projet n'était pas nécessaire parce qu'un traité ne pouvait pas être contraire au *jus cogens*. Cela lui semble témoigner d'une lecture un peu hâtive du projet de directive et de son rapport.

19. Personne n'était opposé au principe du projet de directive 3.1.10, mais plusieurs orateurs se sont déclarés préoccupés par son relatif laxisme, et ont insisté sur le caractère exceptionnel et limité que devraient revêtir les réserves portant sur des dispositions énonçant des droits indérogeables. M. Pellet n'est pas insensible à cette préoccupation, et il se demande si l'on ne pourrait pas employer une formulation négative du type suivant: «Un État ou une organisation internationale ne peut formuler une réserve à une disposition conventionnelle portant sur des droits indérogeables sauf si...», afin de souligner le caractère dangereux de telles réserves. Un membre a suggéré que pour apprécier la compatibilité de telles

réserve avec l'objet et le but du traité, il fallait analyser, non pas la disposition sur laquelle portait la réserve, mais l'ensemble du traité. M. Pellet n'a pas d'opinion très arrêtée sur cette observation, qui n'a guère été justifiée par l'orateur, mais il pense qu'il serait peut-être utile que le Comité de rédaction en discute.

20. Le principe même du projet de directive 3.1.11 n'a pas été contesté, même si un certain nombre de membres ont eu des difficultés à le distinguer de celui qui sous-tend le projet de directive 3.1.7. En fait, il y a très peu de cas purs: il arrive souvent qu'une même réserve pose des problèmes qui relèvent à la fois des projets de directives 3.1.7, 3.1.8 et 3.1.11, par exemple. Dans la pratique, tout ce que l'on peut faire est de proposer des solutions générales que les interprètes du droit, qu'il s'agisse de juges, de diplomates ou d'universitaires, devront essayer de combiner au mieux. Cela dit, une réserve vague et générale se distingue d'une réserve portant sur le droit interne, même si les réserves justifiées par le droit interne sont souvent, en outre, vagues et générales, ce qui constitue une double justification pour considérer qu'elles ne sont pas valides.

21. Un membre a proposé que la Commission revienne à l'amendement proposé par le Pérou à la Conférence de Vienne, dont le texte est reproduit au paragraphe 109 du dixième rapport. Il est discutabile de reprendre dans le Guide de la pratique un amendement qui a été rejeté et en principe, la Commission ne cherche pas à revenir sur les termes de la Convention de Vienne. Cependant, il pourrait être intéressant de savoir quelles ont été les raisons de ce rejet. Si la Conférence de Vienne a simplement considéré que l'observation était évidente ou que le libellé était trop détaillé pour être inclus dans la Convention, comme cela a souvent été le cas lors des travaux préparatoires, rien n'empêcherait la Commission de reproduire cette formulation qui a le mérite d'être extrêmement claire.

22. Dans le même esprit de durcissement du texte, un autre membre a estimé que les États devraient être tenus de citer une disposition spécifique de leur droit interne dans leur réserve. M. Pellet n'a pas d'idée arrêtée sur cette suggestion, mais après avoir relu la disposition proposée, il doit reconnaître que celle-ci est rédigée de façon plutôt «molle»; le Comité de rédaction pourrait peut-être la «muscler un peu». Plus accessoire lui paraît la question de savoir si l'expression «droit interne» peut également viser les règles internes des organisations internationales. Personnellement, cela lui paraît aller de soi et il pense qu'un paragraphe dans le commentaire serait suffisant, mais là encore, le Comité de rédaction peut en décider.

23. Comme cela est souvent le cas lorsqu'il est question des droits de l'homme, le projet de directive 3.1.12 a fait l'objet de nombreuses observations et de critiques marquées. Les critiques portaient principalement sur la rédaction, bien qu'un ou deux membres aient jugé le projet de directive inutile, ce que M. Pellet trouve bizarre, étant donné les problèmes innombrables que les réserves aux traités généraux relatifs aux droits de l'homme continuent à poser. Certaines des observations lui paraissent témoigner d'une lecture hâtive de son dixième rapport, et même du projet de directive 3.1.12. Comme il a tenté de l'expliquer au paragraphe 100 du rapport, le projet de

directive ne porte pas sur les traités relatifs aux droits de l'homme en général, moins encore sur les dispositions relatives aux droits de l'homme qui peuvent être insérées dans des traités plus vastes. Il porte uniquement sur les traités généraux relatifs aux droits de l'homme. M. Pellet prend note, et le Comité de rédaction en fera sans doute autant, du fait que certains membres ont reproché à la rédaction proposée d'être un peu trop générale et qu'il y a eu certaines propositions plus spécifiques, par exemple celle tendant à remplacer les mots «le droit faisant l'objet de la réserve» par «la disposition faisant l'objet de la réserve», proposition qui a l'air anodine, mais qui peut être tout à fait importante et à laquelle il faut réfléchir. Il y a également eu une proposition tendant à se référer plus spécifiquement aux relations que les divers droits énoncés dans les traités entretiennent entre eux, même si c'est précisément ce que M. Pellet avait à l'esprit en se référant à «l'économie générale du traité». Selon un membre, il importe de partir de la présomption selon laquelle les réserves aux traités généraux relatifs aux droits de l'homme ne sont pas valides, bien que M. Pellet ait des doutes sérieux à l'égard de cette position, qui lui paraît plus radicale encore que celle du Comité des droits de l'homme dans son observation générale n° 24²⁰⁹, elle-même extrêmement sourcilleuse.

24. À l'exception de la position isolée d'un membre qui s'est prononcé contre l'ensemble des projets de directive, le projet 3.1.13 a suscité des observations contrastées, puisque parmi les membres très peu nombreux qui se sont exprimés à son sujet, un ou deux l'ont trouvé trop rigoureux ou restrictif tandis qu'un ou deux autres l'ont trouvé trop large. M. Pellet a le sentiment qu'il a dû trouver le juste milieu, d'autant que, comme il l'a fait observer lorsqu'il a présenté son rapport, l'arrêt que la CIJ a rendu en février 2006 dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda)* confirme les orientations du projet de directive. Il n'est pas favorable à la proposition d'un membre tendant à scinder le projet de directive en deux directives distinctes, l'une sur les dispositions relatives au règlement des différends et l'autre sur le mécanisme de surveillance de la mise en œuvre du traité, car la problématique est la même dans les deux cas.

25. En somme, à quelques exceptions près, les projets de directive 3.1.7 à 3.1.13 n'ont pas suscité d'objection de principe, et il devrait être possible de les renvoyer au Comité de rédaction.

26. La même conclusion peut être tirée à propos des projets de directive 3.2 à 3.2.4, au sujet desquels M. Pellet tient à faire un certain nombre de remarques générales avant de les examiner un par un. Comme pour les projets de directives 3.3 à 3.3.4, les critiques émises sur un certain nombre de points étaient difficilement compatibles: on lui a reproché, d'un côté, de trop s'écarter des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 et du droit en vigueur et de l'autre, d'être trop frileux et excessivement fidèle à ce droit. Quoi qu'il en soit, il s'interdit de contredire les dispositions des Conventions de Vienne. Cela dit, il essaie également d'encourager la Commission, dans cette limite,

²⁰⁹ Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40), vol. I, annexe V, p. 122.

à ne pas être trop à la traîne de l'évolution des idées et à ne pas trop s'accrocher aux vues les plus conservatrices. Si les États les plus attachés à la notion de la souveraineté de l'État critiquent la Commission à la Sixième Commission et convainquent une majorité qu'elle a tort de proposer de nouvelles idées, très bien. Mais ce n'est pas aux membres de la Commission, experts indépendants, de devancer les décisions des États, de même qu'ils ne doivent pas s'aligner systématiquement sur les théories les plus aventureuses qui apparaissent dans les organisations non gouvernementales ou les universités. Leur fonction est d'essayer de trouver le juste milieu, qui se traduit par des projets cohérents au service de la communauté internationale dans son ensemble.

27. S'agissant de la compétence pour apprécier la validité des réserves et des conséquences de la non-validité d'une réserve, M. Pellet a eu l'impression que ressortaient les vieux et vains débats entre les tenants de l'intégrité absolue des traités, pour lesquels les réserves sont un mal absolu, et les partisans de la liberté totale des États en matière de réserves, qui considèrent que les États peuvent faire ce qui leur chante, puisqu'on trouvera toujours un État pour ne pas protester contre une réserve. M. Pellet ne se reconnaît ni dans l'une ni dans l'autre de ces positions extrêmes qui, heureusement, ne sont pas défendues par un nombre important de membres. Les réserves ne sont pas forcément un mal, quoi qu'en pensent certains. Elles permettent d'accroître la participation aux traités multilatéraux. Elles ne doivent pas pour autant vider ceux-ci de leur substance. Par exemple, il serait désastreux que le régime conventionnel éclate et soit remplacé par une multitude de relations bilatérales modulées par les États agissant unilatéralement sans égard les uns pour les autres. Comme le prévoient les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, il faut tenir compte de l'objet et du but du traité, notion que la Commission tente douloureusement de cerner. En ce qui concerne plus précisément la compétence pour apprécier la validité des réserves, aucun membre ne conteste que les États et les organisations internationales contractants en soient dotés, conformément au principe évoqué au premier tiret du projet de directive 3.2. M. Pellet a écouté avec intérêt les observations de plusieurs membres sur les relations entre ce principe très général et l'article 20 des Conventions de Vienne. Il ne reviendra pas sur ces remarques stimulantes, qui devraient être examinées lorsque la Commission abordera la question des effets des réserves, c'est-à-dire des acceptations et des objections. De même, c'est lorsqu'elle parlera de la substance de l'article 20 que la Commission devra examiner la signification juridique d'une objection fondée expressément sur l'incompatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du traité, alors même que l'État objectant accepte d'entrer dans une relation conventionnelle avec l'État réservataire. La pratique des États dans ce domaine est extrêmement troublante. La Commission a posé la question l'année précédente à la Sixième Commission, mais M. Pellet n'est pas certain que les réponses très vagues qui ont été reçues soient d'une grande utilité pour résoudre le problème.

28. Les observations des membres à propos du projet de directive 3.2 ont porté principalement sur les deuxième et troisième alinéas. En laissant de côté les questions de rédaction, M. Pellet pense qu'on peut traiter des

problèmes fondamentaux posés par ces deux alinéas conjointement, puisque le problème principal concerne aussi les trois projets de directive qui suivent. Plusieurs orateurs se sont inquiétés de la compétence que M. Pellet conférerait – ou refuserait de conférer – à ces organes de règlement des différends ou de contrôle. Il souligne qu'il ne confère ni ne refuse rien du tout, et que ce n'est ni son rôle ni celui de la Commission, dans le cadre du projet de directives, en tout cas, que de conférer ou de refuser quelque compétence que ce soit aux organes en question en matière d'appréciation de la validité des réserves. Tout ce que la Commission peut faire, c'est de constater, à la lumière de la pratique et de la compétence générale conférée à ces organes par les traités qui les ont établis, que, premièrement, ces organes peuvent apprécier cette validité, comme l'indiquent les deux derniers alinéas du projet de directive 3.2 et le premier paragraphe du projet de directive 3.2.1: c'est la pratique, comme la Commission l'a clairement affirmé dans ses conclusions préliminaires de 1997²¹⁰. Deuxièmement, on peut dire aussi qu'en tout état de cause, cette appréciation ne lie en aucune manière les États si les organes en question n'ont pas compétence en vertu de leur statut pour prendre des décisions obligatoires. C'est ce qui ressort clairement du deuxième paragraphe du projet de directive 3.2.1 et de la dernière phrase du projet de directive 3.2.3, et M. Pellet ne comprend pas pourquoi certains membres l'accusent d'affirmer le contraire, surtout que, troisièmement, même si un organe de contrôle n'a pas de pouvoir de décision, les États doivent considérer de bonne foi la position que cet organe de contrôle prend sur la validité d'une réserve au traité à propos duquel il est compétent et qui lui confère sa compétence. Cela ne veut pas dire que cette appréciation a un caractère obligatoire, comme l'indique clairement la première phrase du projet de directive 3.2.3. Quatrièmement et enfin, le projet de directive 3.2.4 prend la précaution de rappeler qu'en tout état de cause, l'existence de mécanismes parallèles n'exclut en aucune manière la compétence des États pour apprécier la validité des réserves. C'est ce qui ressort clairement du texte du projet de directive, et également du rapport, dans lequel cela est dit avec encore plus de force. Le contenu des projets de directive n'est pas seulement strictement conforme aux conclusions préliminaires de la Commission en 1997, à une petite nuance près dont M. Pellet a longuement parlé au début du débat, mais il est aussi fondé sur la compétence – existant en vertu des traités qui leur confèrent cette compétence – des organes de règlement des différends ou des organes de contrôle, compétence que M. Pellet ne propose pas d'étendre. Si certains membres ont eu le sentiment contraire, c'est soit qu'ils ont mal lu le texte, soit que M. Pellet s'est mal exprimé.

29. À propos du projet de directive 3.2, M. Pellet approuve la proposition d'un certain nombre de membres tendant à aligner le chapeau sur le titre en remplaçant les mots «compétence pour se prononcer» par «compétence pour apprécier». Cette clarification serait utile. En revanche, il n'est pas convaincu qu'il faille faire la même chose dans le deuxième alinéa, comme un membre l'a proposé. Les organes de règlement des différends visés sont ceux qui peuvent, s'ils ont compétence

²¹⁰ *Annuaire... 1997*, vol. II (2^e partie), p. 57, par. 157.

pour le faire, régler les différends relatifs à l'interprétation et à l'application du traité. Il s'agit par exemple de la CIJ ou des tribunaux arbitraux. Il est certain que dans le cadre de cette compétence de règlement des différends, si elle existe (et il n'est pas question de la conférer), ces organes peuvent apprécier la validité des réserves, mais il importe de ne pas confondre leur compétence générale et leur compétence pour apprécier, même si dans un cas donné, leur compétence générale leur confère compétence pour apprécier. De même, contrairement à un certain nombre de suggestions, M. Pellet ne croit pas qu'il soit opportun, dans les deuxième et troisième alinéas, de préciser les limites de la compétence de ces organes, puisqu'elles sont fixées dans les trois projets de directive suivants. Conformément à une autre proposition, il ne verrait que des avantages à remplacer les mots «qui peuvent être créés par le traité», dans le troisième alinéa, par «qui peuvent être créés dans le cadre du traité», ne fût-ce que par référence au Comité des droits économiques, sociaux et culturels, qui n'est pas créé par le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, mais qui est une création subséquente.

30. La grande majorité des membres qui se sont prononcés sur la référence aux tribunaux nationaux placée entre crochets étaient favorables à sa suppression, certains suggérant d'aborder la question dans le commentaire. S'il n'y voit aucun problème, M. Pellet pense que les tribunaux nationaux peuvent être appelés à apprécier la validité d'une réserve formulée par leur propre État, comme l'a montré le précédent du Tribunal fédéral suisse dans l'affaire *Elisabeth F.* C'est pourquoi il serait préférable de supprimer le mot «autres» avant «États ou organisations internationales», pour couvrir l'hypothèse de l'appréciation de la validité des réserves par les tribunaux de l'État réservataire. M. Pellet n'est pas favorable à l'idée d'inclure une référence à la compétence du dépositaire, comme un membre au moins l'a suggéré car, comme il l'a fait observer à propos du projet de directive 3.3.4, les dépositaires n'ont pas compétence en la matière. Il va sans dire que ces remarques générales s'appliquent également à chaque projet de directive.

31. Deux membres seulement se sont prononcés sur le projet de directive 3.2.1. L'un d'eux, qui avait probablement en tête le Comité des droits de l'homme, a demandé ce qu'il en était des organes quasi juridictionnels. Comme les organes juridictionnels, les positions que les organes quasi juridictionnels peuvent prendre en ce qui concerne la validité des réserves ont la même valeur juridique que celles qu'ils prennent sur le fond des questions qu'ils examinent. Si l'on considère – ce qui n'est pas le cas de M. Pellet – qu'ils ont une compétence obligatoire, leurs constatations en matière de validité des réserves sont obligatoires, tandis que si l'on estime – comme lui – que tel n'est pas le cas, alors elles ont simplement valeur de recommandations. Quoi qu'il en soit, la Commission n'a pas à prendre position sur ce point dans le cadre de l'examen du sujet: il lui suffit de dire que ces organes n'ont pas plus de compétence en matière d'appréciation de la validité des réserves qu'ils n'en ont en général. M. Pellet n'a pas d'objection à la proposition d'un autre membre tendant à préciser que la compétence de ces organes est limitée par le traité qui les crée, bien que cela

lui semble aller de soi et qu'il ne voie pas l'utilité de le répéter indéfiniment.

32. Bien que deux membres aient jugé le projet de directive 3.2.2 inutile, il n'a été critiqué que par deux autres membres, l'un ayant suggéré de renvoyer la dernière phrase dans le commentaire et l'autre étant plus fondamentalement hostile à cette phrase, faisant valoir qu'une référence à des protocoles aux traités existants pourrait constituer le prétexte à une critique de l'attitude passée ou actuelle des organes de contrôle. C'est peut-être vrai, mais les organes de contrôle ne sont pas au-dessus de toute critique. C'est peut-être ce que pensent les militants «droits de l'homme», mais ce n'est certainement pas l'avis de M. Pellet.

33. À propos du projet de directive 3.2.3, M. Pellet se demande si, comme cela a été suggéré, il est nécessaire de préciser une fois de plus que les organes de contrôle doivent agir dans les limites de leur compétence. Il n'en voit pas la nécessité, étant donné que cela va sans dire et qu'une telle référence serait très répétitive. Si la Commission insiste, il ne s'y opposera pas, mais il convient de noter que l'idée est déjà implicite dans les mots placés entre crochets, c'est-à-dire «dès lors que celui-ci agit dans les limites de ses compétences». Seul un membre s'est prononcé sur les mots placés entre crochets, suggérant de les renvoyer dans le commentaire. Un autre a proposé que l'adverbe «pleinement» soit supprimé. Cela est tout à fait sensé et en tout état de cause, il n'est pas certain que ces adverbes ajoutent grand chose. En revanche, il ne semble pas qu'il soit nécessaire de prévoir deux projets de directive selon que l'organe en question a ou n'a pas de pouvoir de décision. La solution est différente, mais le principe sous-jacent est le même: la compétence des organes de contrôle en matière d'appréciation de la validité des réserves ne saurait différer de leur compétence générale. On pourrait peut-être le préciser dans une directive générale afin d'éviter de le répéter indéfiniment.

34. Le projet de directive 3.2.4 a suscité peu d'observations. Un membre a toutefois proposé de préciser qu'il ne s'applique qu'«en principe». M. Pellet se demande pourquoi, étant donné que la règle est très claire et bien établie en théorie et en pratique. Cela étant, c'est à juste titre que l'on a fait remarquer que des appréciations divergentes risquaient de résulter de la coexistence d'organes compétents pour se prononcer sur la validité des réserves. Cela pose en outre un autre problème qu'un autre membre a soulevé en faisant remarquer que, dans les faits, les organes de contrôle ne tenaient pas compte des positions prises par les États. Ces deux remarques ont amené M. Pellet à penser qu'il y avait une lacune dans le projet de directive et que, de même que le projet de directive 3.2.3 dispose en principe que les États doivent tenir compte des positions prises par les organes de contrôle, ceux-ci devraient tenir compte – et cela ne signifie pas qu'ils sont forcément liés – des appréciations éventuellement portées par les États sur la validité d'une réserve formulée par un autre État. M. Pellet aurait souhaité entendre les réactions des membres sur ce point, mais il est trop tard pour rouvrir la discussion. Le Comité de rédaction pourrait peut-être examiner la question et se demander s'il ne faudrait pas inclure dans le Guide de la pratique un projet de directive parallèle au projet de directive 3.2.3 et précisant que les

organes de contrôle devraient tenir compte des positions prises par les États. Avec cette réserve, il devrait être possible de renvoyer le projet de directive 3.4, ainsi que les projets de directives 3.2, 3.2.1, 3.2.2 et 3.2.3, au Comité de rédaction.

35. S'agissant des projets de directives 3.3 à 3.3.4, que M. Pellet espérait proposer en 2005, M. Matheson a établi une distinction entre les projets de directives 3.3 et 3.3.1, qu'il a proposé de renvoyer au Comité de rédaction, et 3.3.2, 3.3.3 et 3.3.4, au sujet desquels il a suggéré de différer la décision. D'autres membres ont appuyé cette proposition, faisant valoir que même s'ils pouvaient appuyer les grandes lignes des projets de directive (à l'exception, pour certains, du 3.3.4), il était préférable d'examiner ces projets à la lumière des positions qui seraient prises sur les effets des objections et des acceptations. M. Pellet est d'accord, et il ne demandera pas à la Commission de renvoyer les projets de directives 3.3.2, 3.3.3 et 3.3.4 au Comité de rédaction.

36. À l'exception d'un membre, qui ne le jugeait pas clair sans y être opposé, le projet de directive 3.3 a été largement appuyé. Un autre membre a proposé de supprimer la dernière partie de la phrase. M. Pellet approuve la suggestion tendant à supprimer les mots «expresse ou implicite» pour aligner le projet de directive sur ceux qui viennent d'être adoptés et qui n'établissent pas cette distinction.

37. Un membre était très vivement opposé au projet de directive 3.3.1, faisant valoir que la formulation d'une réserve non valide reviendrait à violer le traité et, par suite, engagerait la responsabilité de son auteur. Cela n'est pas exact, pour les raisons avancées aux paragraphes 189 à 194 du rapport, mais aussi parce que si elle viole quelque chose, une réserve non valide ne viole pas le traité sur lequel elle porte mais plutôt l'article 19 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986. Le problème posé par l'article 19 ne l'est pas en termes de licéité mais en termes de validité ou – pour ne pas peiner les membres qui contestent encore le terme «validité» – en termes d'établissement de la réserve, comme l'indique le paragraphe 1 de l'article 21 des Conventions de Vienne, disposition très importante selon laquelle une réserve n'est établie que si elle est conforme à l'article 19. C'est là toute la question. Il peut arriver que des actes nuls en droit interne n'engagent pas la responsabilité de leurs auteurs, et tel est le cas des réserves aux traités. Une réserve non valide serait nulle mais elle n'engagerait aucune responsabilité. Quant à dire, comme un autre membre l'a fait au sujet du projet de directive 3.3.1, qu'il n'appartient pas à la Commission de combler les lacunes des Conventions de Vienne, M. Pellet continue de penser que c'est une curieuse conception du rôle de la Commission. Au demeurant, ces opinions n'ont pas été partagées, même si un membre a suggéré de ne retenir que la première phrase du projet de directive 3.3.1 tandis qu'un autre souhaitait ne conserver que la seconde. Pour M. Pellet, ces deux phrases s'éclairent mutuellement, bien qu'il soit possible d'en améliorer la rédaction. Il a été intéressé par une critique à l'égard de la rédaction actuelle, qui a été jugée trop catégorique, notamment, a-t-on dit, parce qu'une réserve qui serait contraire au *ius cogens* engagerait la responsabilité de l'auteur. C'est sans doute vrai, et la Commission pourrait y réfléchir en

liaison avec le projet de directive 3.1.9; mais M. Pellet se demande si cette remarque est vraiment relative au projet de directive 3.3.1, et en tout état de cause, il a du mal à trouver un exemple, même théorique. Cela dit, la question peut être examinée plus avant, et le Comité de rédaction pourrait déterminer s'il est nécessaire de modifier la rédaction.

38. En somme, il serait préférable de différer la décision relative aux projets de directives 3.3.2, 3.3.3 et 3.3.4, même si les projets de directives 3.3.2 et 3.3.3 n'ont pas suscité d'opposition importante à la Commission. Il s'agirait toutefois d'un sursis et non pas d'un abandon ou d'une mise à mort. Pour leur part, les projets de directives 3.1.5 à 3.3.1 peuvent être renvoyés au Comité de rédaction.

39. M. ECONOMIDES dit que les conclusions claires et détaillées du Rapporteur spécial sont d'une telle qualité qu'elles devraient servir de modèle à toutes les conclusions de ce type. Il lui semble toutefois que le Rapporteur spécial n'a pas suffisamment tenu compte de la complexité de la question de la non-validité des réserves et de la responsabilité de l'État. La Commission a besoin de davantage de temps pour examiner les effets des réserves au regard du droit international. C'est pourquoi M. Economides propose qu'étant donné que les projets de directives 3.3 à 3.3.4 forment une unité distincte, la Commission en diffère l'examen plutôt que de renvoyer les projets de directives 3.3 et 3.3.1 au Comité de rédaction comme l'a proposé le Rapporteur spécial.

40. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit que bien que formellement séduisante, cette proposition n'est pas logique. Les projets de directives 3.3 et 3.3.1 ne concernent que l'interprétation de l'article 19 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, tandis que les projets de directives 3.3.2 à 3.3.4 doivent être examinés à la lumière des réactions ultérieures des États. Il est vivement opposé à l'idée de revenir à une session future sur des propositions qui ont déjà été examinées en détail et qui n'ont recueilli aucune adhésion.

41. M. ECONOMIDES dit qu'il ne trouve pas les arguments du Rapporteur spécial convaincants. Même s'il n'y a pas eu d'objection aux projets de directives 3.3 et 3.3.1, il semble inutile de les examiner séparément des projets 3.3.2 à 3.3.4, puisque les cinq projets de directive forment un ensemble indivisible. De plus, même si un seul membre demande l'ajournement de l'examen d'un ou plusieurs projets de directive, la Commission devrait accéder à cette demande. C'est pourquoi il demande que sa proposition fasse l'objet d'un vote.

42. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit qu'il n'est pas exact que les cinq projets de directive posent tous les mêmes problèmes: les projets de directives 3.3 et 3.3.1 ne seront plus modifiés sur le fond. De plus, il n'est pas exact de dire que la Commission doit faire droit à une demande d'un membre tendant à retarder ses travaux. Il existe une raison plus positive pour laquelle M. Pellet souhaite que les projets de directives 3.3 et 3.3.1 soient renvoyés au Comité de rédaction à la session en cours, à savoir que son travail serait grandement facilité si la Commission pouvait confirmer qu'elle accepte l'esprit de ces directives. Il a besoin de savoir s'il peut tenir pour acquis qu'il faut

accorder la même importance à chacun des alinéas *a*, *b* et *c* de l'article 19 des Conventions de Vienne lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité des réserves. Ce principe fondamental est énoncé au projet de directive 3.3, et son acceptation ne peut être reportée indéfiniment simplement parce qu'il ne plaît pas à un membre. M. Pellet ne s'opposera pas à un vote sur la question.

43. M. ECONOMIDES dit qu'il a encore beaucoup de difficultés à accepter le renvoi de l'une des dispositions au Comité de rédaction. Suggérer que la question de la responsabilité serait régie, non pas par les règles relatives à la responsabilité internationale, mais par les dispositions du traité concerné, équivaldrait à remettre en question tout le corpus des règles relatives à la responsabilité internationale. La Commission a besoin de davantage de temps pour examiner cette question de principe fondamentale. M. Economides demande donc que sa proposition tendant à différer le renvoi des projets de directives 3.3 et 3.3.1 au Comité de rédaction soit soumise à un vote indicatif.

À l'issue d'un vote indicatif, la proposition de M. Economides est rejetée.

44. Le PRÉSIDENT dit qu'il considère que la Commission souhaite renvoyer les projets de directives 3.1.5 à 3.1.13, 3.2, 3.2.1 à 3.2.4, 3.3 et 3.3.1 au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

Responsabilité des organisations internationales (suite*) [A/CN.4/560, sect. C, A/CN.4/564 et Add.1 et 2, A/CN.4/568 et Add.1, A/CN.4/L.687, Add.1 et Corr.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

QUATRIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite**)

45. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à présenter la dernière partie de son quatrième rapport (A/CN.4/564 et Add.1 et 2).

46. M. GAJA (Rapporteur spécial) dit que pendant la première partie de la session en cours, la Commission a adopté huit projets d'article sur la responsabilité des organisations internationales qui constituent le chapitre sur les circonstances excluant l'illicéité²¹¹. Les commentaires des projets d'article seront disponibles pour examen avant la fin de la session. À la différence de ceux qui précèdent, le chapitre traitant de la responsabilité d'un État à raison du fait d'une organisation internationale n'a pas de parallèle dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite²¹², et vise à combler une lacune importante. Il est bien connu que l'article 57 sur la responsabilité de l'État²¹³ est une

disposition «sans préjudice» qui laisse de côté la question de la responsabilité «d'un État pour le comportement d'une organisation internationale». L'intention d'étudier cette question dans le cadre du sujet à l'examen est exprimée au paragraphe 2 de l'article premier du projet sur la responsabilité des organisations internationales, lequel indique que «le présent projet d'articles s'applique à la responsabilité internationale d'une organisation internationale pour un fait qui est illicite en vertu du droit international». Si la question est controversée, il est temps à présent de l'aborder.

47. Le chapitre traitant de la responsabilité d'un État à raison du fait d'une organisation internationale comprend quatre sections. La section A consiste en certaines remarques d'ordre général. Le sujet de la section B est relativement simple. Le projet d'articles sur la responsabilité de l'État contient un chapitre sur la responsabilité d'un État à raison du fait d'un autre État²¹⁴, mais ne dit rien au sujet de la responsabilité d'un État à raison du fait d'une organisation internationale. Par exemple, il envisage le cas d'un État aidant ou assistant un autre État dans la commission d'un fait internationalement illicite (projet d'article 16), mais pas celle d'un État aidant ou assistant une organisation internationale dans la commission d'un tel acte. Il semble clair qu'il ne peut y avoir de différence entre une règle concernant un État qui aide ou assiste un autre État et une règle concernant un État qui aide ou assiste une organisation internationale dans la commission d'un fait internationalement illicite. Cela est tellement évident que l'on peut estimer qu'il n'est pas nécessaire de réaffirmer la règle. Les articles 25 à 27 du projet à l'examen ont cependant été inclus parce que la grande majorité des États qui ont répondu à la question spécifique posée par la Commission au paragraphe 26 de son rapport sur les travaux de sa cinquante-septième session²¹⁵ ont exprimé clairement leur préférence pour l'inclusion de ces dispositions. En outre, il serait étrange d'omettre ces dispositions dans un chapitre portant sur la responsabilité des États à raison du fait d'une organisation internationale. M. Gaja note que, comme indiqué au paragraphe 62 de son rapport, un État qui aide ou assiste une organisation internationale peut être ou non membre de cette organisation. S'il l'est, toute aide ou assistance, direction et contrôle ou coercition devront consister en un comportement de l'État en tant qu'entité juridique distincte et non en tant que membre de l'organisation.

48. La section C traite de questions qui sont, dans une certaine mesure, similaires à celles couvertes par le projet d'article 15, et qui concernent le cas dans lequel une organisation internationale, afin de se soustraire à une obligation internationale, influence un État membre par ses décisions ou recommandations. Il serait insolite qu'un État soit en mesure d'employer des méthodes similaires à l'égard d'une organisation dont il est membre, mais il est possible que les États tirent parti de leur personnalité juridique distincte pour éviter d'exécuter l'une de leurs obligations internationales. L'organisation peut être liée ou non par des obligations similaires. Dans la pratique, les cas les plus significatifs sont ceux dans lesquels l'organisation n'est pas liée. Dans ces circonstances, un ou

* Reprise des débats de la 2884^e séance.

** Reprise des débats de la 2879^e séance.

²¹¹ Voir la 2884^e séance, *supra*. Les projets d'articles 17 à 24 sont reproduits dans *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), par. 90.

²¹² *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26, par. 76.

²¹³ *Ibid.*, p. 31.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 27, chap. IV, projets d'articles 16 à 19.

²¹⁵ *Annuaire... 2005*, vol. II (2^e partie), p. 13.

plusieurs États peuvent tirer parti du fait que l'organisation ne sera pas alors en situation de violation de ses obligations.

49. Le scénario le plus probable est celui d'États membres transférant certaines fonctions à une organisation internationale sans limiter l'exercice de ces fonctions par l'organisation afin d'assurer le respect des obligations des États membres s'agissant de ces fonctions. Un exemple qui vient à l'esprit est celui des engagements en vertu de traités relatifs aux droits de l'homme ou du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Les organisations internationales ne peuvent encore adhérer à ces instruments. Se pose alors la question de savoir si un État qui a transféré des pouvoirs à une organisation internationale peut encore être tenu pour responsable si, pour une raison ou une autre, l'organisation commet un acte qui, s'il avait été accompli par l'État membre, aurait constitué une violation de ses obligations. Dans *Waite et Kennedy c. Allemagne*, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que les États n'étaient pas «exonérés de toute responsabilité au regard de la Convention dans le domaine d'activité concerné» [par. 67 de l'arrêt].

50. Selon le projet d'article 28, un État membre engage sa responsabilité si l'organisation commet un fait qui, s'il avait été commis par cet État, aurait constitué une violation de cette obligation. Compte tenu de la critique émise à la Sixième Commission à propos de l'emploi des mots «se soustraire» au projet d'article 15, une formulation différente a été employée au projet d'article 28. Pour M. Gaja, cette différence peut être justifiée, même du point de vue de la cohérence, parce que la situation visée au projet d'article 28 n'est pas complètement analogue à celle envisagée au projet d'article 15. Le projet d'article 28 se réfère à l'utilisation d'une personnalité juridique distincte, et dans des circonstances opposées à celles visées au projet d'article 15. Le libellé peut être amélioré, mais une disposition sur ce point est certainement nécessaire, étant donné que le scénario envisagé au projet d'article 28 est plus probable que celui évoqué au projet d'article 15.

51. La section D est axée sur la question controversée de la responsabilité des États membres d'une organisation internationale à raison d'un fait internationalement illicite commis par cette dernière. La première partie de la section est consacrée à une analyse de la pratique et de la doctrine, en particulier dans l'affaire *Westland Helicopters Ltd. c. Arab Organization for Industrialization* et dans des procédures concernant le *Conseil international de l'étain*. Bien que ces décisions n'aient pas principalement examiné la question de la responsabilité des États membres au regard du droit international, elles contiennent plusieurs remarques sur ce point, que le Rapporteur spécial s'est efforcé de rassembler. La plupart des vues et opinions exprimées par les États dans d'autres contextes semblent suggérer que les États membres ne sont responsables que dans des cas exceptionnels pour le fait internationalement illicite de l'organisation à laquelle ils appartiennent. L'Institut de droit international est parvenu à la même conclusion dans la résolution II qu'il a adoptée à Lisbonne en 1995 (ci-après dénommée résolution II/1995)²¹⁶, qui

est citée abondamment dans le rapport (par. 89), étant donné qu'elle fait partie de la doctrine et que l'on y fait fréquemment référence. Certains arguments logiques militent en faveur de cette conclusion approuvée par la majorité des auteurs qui ont abordé la question de la responsabilité au regard du droit international dans les deux affaires susmentionnées.

52. Étant donné que la Commission ne s'intéresse qu'aux cas dans lesquels une organisation a une personnalité juridique, si l'on admet qu'une organisation internationale a une personnalité juridique distincte de celle de ses membres, ceux-ci ne peuvent être considérés comme partageant une identité commune avec l'organisation. Si une organisation contracte une obligation, l'obligation incombe uniquement à l'organisation et sa violation engage uniquement la responsabilité de l'organisation. De manière générale, l'organisation ne peut pas être considérée comme un organe ou agent commun de ses États membres, bien qu'elle puisse à l'occasion agir en tant que telle. En principe, les États membres ne sont donc pas responsables du fait commis par une entité juridique distincte. C'est l'argument logique qui sous-tend la position adoptée dans la pratique.

53. Diverses considérations de politique générale exposées dans le rapport appuient également cette conclusion. Par exemple, si l'on devait considérer que les États membres engagent leur responsabilité en votant en faveur d'une décision entraînant un fait illicite de l'organisation internationale, il serait plus difficile de parvenir à un consensus, car les États membres souhaiteraient différencier leur position en vue d'éviter cette responsabilité. Une deuxième considération de politique générale est que si les États pensent qu'ils engageront leur responsabilité lorsque l'organisation internationale commettra un fait illicite, cela les incitera à intervenir dans toutes les décisions qui risqueraient d'entraîner un fait illicite, privant ainsi l'organisation de l'indépendance qui lui a été conférée par son acte constitutif.

54. Il y a cependant certaines exceptions à la règle. On trouve des indications de leur existence dans la pratique, et l'Institut de droit international en a énuméré quelques-unes dans sa résolution II/1995. La première exception que le Rapporteur spécial a prévue au projet d'article 29 s'appliquerait si un État membre acceptait d'être tenu responsable vis-à-vis d'un tiers lésé. Une telle acceptation devrait englober, non seulement la responsabilité, mais aussi les effets juridiques que celle-ci pourrait produire vis-à-vis du tiers. En d'autres termes, elle devrait revêtir une dimension externe et non pas demeurer un arrangement interne entre l'organisation et l'État membre en question. L'autre exception concernerait les cas dans lesquels les États membres auraient conduit un tiers lésé à compter sur leur responsabilité, en indiquant, par exemple, qu'ils fourniraient les fonds nécessaires. Dans les deux cas, la responsabilité des États membres serait liée à leur comportement spécifique et pas uniquement à leur appartenance. Les membres de l'organisation n'engageraient pas nécessairement tous leur responsabilité, parce qu'ils n'auraient pas nécessairement tous, par leur comportement, conduit un autre État à compter sur leur responsabilité dans ses relations avec l'organisation.

²¹⁶ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 66, t. 2, session de Lisbonne (1995), Paris, Pedone, 2000, p. 444.

55. Par ailleurs, les membres d'une organisation internationale responsables peuvent être des entités autres que des États membres; la manière dont la Commission a défini les membres ménage cette possibilité. Le projet d'articles vise aussi les organisations internationales qui sont membres d'autres organisations internationales. Bien qu'il puisse paraître, par conséquent, logique que le projet d'articles inclue une référence à la responsabilité d'une organisation internationale en tant que membre d'une autre organisation internationale dans le cas où l'une de ces deux situations exceptionnelles se présenterait, le Rapporteur spécial n'est pas certain qu'une telle disposition doive être placée dans le projet de texte. Il serait peut-être préférable d'ajouter une ou deux dispositions au chapitre IV (Responsabilité d'une organisation internationale à raison du fait d'un État ou d'une autre organisation internationale).

56. Le projet d'article 29 ne précise pas si, lorsque les exceptions s'appliquent, la responsabilité des États membres doit être considérée comme subsidiaire. Cela devrait normalement être le cas, mais les États membres peuvent également accepter une responsabilité conjointe et solidaire. Il en irait de même lorsque leur responsabilité est fondée sur la confiance.

57. Dans son rapport, le Rapporteur spécial s'est efforcé de résumer les références abondantes figurant dans la littérature juridique à certaines des questions les plus controversées soulevées par la responsabilité des organisations internationales, dans l'espoir que cela constitue une base suffisante pour les débats de la Commission.

58. M. Sreenivasa RAO, soulignant que ses observations à propos du quatrième rapport sur la responsabilité des organisations internationales doivent être considérées comme préliminaires, félicite le Rapporteur spécial pour sa présentation succincte, précise et logique des questions importantes en jeu. Le rapport aborde deux séries de questions distinctes: la responsabilité des États à raison des faits des organisations internationales et la responsabilité des membres d'une organisation internationale. Étant donné qu'il s'agit des deux revers de la même médaille, il prie le Rapporteur spécial d'expliquer comment la responsabilité d'une organisation serait affectée si un membre agissait en tant qu'État, par opposition à la situation dans laquelle un État agit en tant que membre.

59. Rappelant l'opinion d'Oliver Wendell Holmes Jr., selon laquelle le droit vit non pas de logique mais d'expérience («*The life of the law has not been logic: it has been experience*»²¹⁷), M. Sreenivasa Rao se dit convaincu qu'en l'absence de pratique, la logique peut contribuer à faire progresser le débat, et même aboutir à la création d'une pratique. Cependant, si une grande partie des travaux de la Commission dans le domaine de la responsabilité des organisations internationales sont fondés sur la logique, un grand nombre des problèmes qui se posent concrètement n'entrent pas exactement dans un cadre logique.

60. M. Sreenivasa Rao approuve l'ordre dans lequel les problèmes ont été abordés dans ce chapitre du rapport. Le paragraphe 62 évoque un critère important, c'est-à-dire celui de savoir si l'influence pouvant être qualifiée d'aide ou assistance, de direction et contrôle, ou de coercition, est exercée par un État en tant qu'entité juridique distincte de l'organisation. Il est logique de s'inspirer des projets d'articles 16 à 18 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite²¹⁸ pour élaborer les articles sur la responsabilité des organisations internationales. De ce point de vue, les articles 25, 26 et 27 du projet à l'examen sont bien construits.

61. Un certain nombre de vues ont été exprimées à la Sixième Commission à propos de l'utilisation par des États en tant que membres d'une organisation internationale de la personnalité juridique distincte de cette organisation. Il aurait été utile d'inclure un bref résumé de ces vues dans le rapport. M. Sreenivasa Rao se demande comment les dispositions du Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, mentionné au paragraphe 67 du rapport, affecteraient la responsabilité des États non nucléaires qui sont à la fois parties au Traité et membres de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord, si ces États tiraient parti du parapluie nucléaire fourni par d'autres États qui possèdent des armes atomiques. Ces États seraient-ils alors en situation de violation du Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires?

62. Pour M. Sreenivasa Rao, il serait illicite pour un État de transférer certaines fonctions souveraines à une organisation internationale si les «autres voies de droit» évoquées au paragraphe 69 ne sont pas disponibles. Bien que le critère de l'équivalence ait été examiné au paragraphe 70, il n'a pas été inclus dans le projet d'article 28, qui ne mentionne pas non plus les autres voies de droit comme moyen d'éviter un fait potentiellement illicite. M. Sreenivasa Rao suppose que les mots «aurait impliqué le non-respect», à l'alinéa *b* du paragraphe 1 du projet d'article 28, s'appliqueraient également au critère de l'équivalence et aux autres voies de droit. Si tel est le cas, cela devrait être précisé dans le commentaire.

63. La dernière section du chapitre incite à la réflexion car elle regroupe une abondance de vues et de documentation et examine deux exemples de pratique d'une manière très utile. Cependant, les références aux décisions concernant le Conseil international de l'étain (par. 79) ne sont pas tout à fait pertinentes, étant donné que la responsabilité des membres n'a été engagée que parce que le Conseil lui-même avait fait faillite. Les décisions des cours ne contenaient aucun élément permettant de conclure que la responsabilité des États membres devait être engagée à raison d'un fait illicite de l'organisation à laquelle ils appartenaient.

64. À la Sixième Commission, la délégation chinoise a soulevé la question très importante de l'étendue de la responsabilité des États membres lorsqu'une organisation prend une décision illicite²¹⁹. Le Rapporteur spécial s'est,

²¹⁷ *The Common Law* (with a new introduction by Tim Griffin), Rutgers (New Jersey), Transaction Publishers, 2005, in *Lecture 1: «Early form of liability»*, p. 5 (originally published by Little, Brown & Co, 1881).

²¹⁸ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 27.

²¹⁹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session, Compte rendu analytique de la 11^e séance (A/C.6/60/SR.11)*, p. 10, par. 51 à 53.

à juste titre, associé à un certain nombre de positions solidement fondées prises par des organismes tels que l'Institut de droit international dans sa résolution II/1995, en affirmant que, étant donné qu'une organisation internationale avait une personnalité juridique distincte et que la prise de décisions était ouverte à tous les membres, et parce qu'une fois les décisions prises, elles n'étaient imputables qu'à l'organisation et non pas aux États membres, la question d'une responsabilité subsidiaire, indépendante ou solidaire ne se posait pas. Le Rapporteur spécial a fourni des arguments de politique générale convaincants à l'appui de cette proposition au paragraphe 94 de son rapport. Néanmoins, la véritable raison politique pour laquelle la Commission examine cette question est que c'est parfois un groupe de membres d'une organisation qui réussit à faire adopter une décision illicite malgré une très vive opposition des autres membres. Ces derniers doivent-ils réellement être tenus responsables de décisions jugées ultérieurement illicites? C'est sans aucun doute cette question cruciale qui a incité la Chine à déclarer que seuls les membres qui ont voté en faveur d'une décision doivent voir leur responsabilité internationale engagée pour ses conséquences²²⁰.

65. Si la plupart des propositions formulées dans le rapport s'appliquent dans la grande majorité des cas, il faudra réfléchir très attentivement au libellé du projet d'article 29. M. Sreenivasa Rao est néanmoins d'accord pour renvoyer le texte des projets d'article contenus dans le quatrième rapport sur la responsabilité des organisations internationales au Comité de rédaction.

66. M. GAJA (Rapporteur spécial) explique que les commentaires des États à la Sixième Commission auxquels il s'est référé au paragraphe 64 de son rapport n'ont pas de liens avec la question en cours d'examen par la Commission. Ces commentaires, qui portent sur le projet d'article 15 et sont énumérés en note, seront examinés ultérieurement. Les seuls commentaires qui ont directement trait à la question en cours d'examen sont cités *in extenso* au paragraphe 65 du rapport.

La séance est levée à 13 heures.

2892^e SÉANCE

Mercredi 12 juillet 2006, à 10 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Operti Badan, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M^{me} Xue, M. Yamada.

Responsabilité des organisations internationales (*suite*) [A/CN.4/560, sect. C, A/CN.4/564 et Add.1 et 2, A/CN.4/568 et Add.1, A/CN.4/L.687, Add.1 et Corr.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

QUATRIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen de la fin du quatrième rapport du Rapporteur spécial sur la responsabilité des organisations internationales (A/CN.4/564 et Add.1 et 2).

2. M^{me} ESCARAMEIA dit que les projets d'articles 25, 26 et 27 proposés au paragraphe 63 du rapport soulèvent deux problèmes. Le premier, évoqué à la séance précédente par le Rapporteur spécial, concerne la relation existant entre l'État et l'organisation internationale. Le Rapporteur spécial écrit au paragraphe 62 de son rapport que l'État qui prête son aide ou son assistance à une organisation internationale ou qui dirige et contrôle ou encore contraint une telle organisation peut être ou ne pas être un État membre. Or les projets d'articles 25 à 27 ne contiennent aucune indication à cet égard. On peut se demander, en particulier pour la coercition, si le détournement des règles de l'organisation par un État membre qui entraîne une coercition est couvert ou non. Le libellé des projets d'articles 25 à 27 n'est à cet égard pas clair, et le texte pourrait être amélioré en insérant les expressions «qu'il soit ou non membre de l'organisation internationale» et «par quelque moyen que ce soit» après les mots «Un État» et «organisation internationale», respectivement, qui figurent à la première ligne des trois articles. Le deuxième problème, qui concerne essentiellement le projet d'article 27, tient à la possibilité d'un chevauchement avec le projet d'article 29: on peut en effet se demander comment distinguer les situations relevant de l'article 27 de celles relevant de l'article 29. M^{me} Escarameia indique qu'elle reviendra sur ce problème lorsqu'elle abordera le projet d'article 29.

3. S'agissant du projet d'article 28, qui envisage une situation tout à fait possible et qui est l'inverse de celle prévue à l'article 15, il a été bien expliqué par le Rapporteur spécial et il mérite d'être approuvé.

4. Pour ce qui est de la responsabilité des membres d'une organisation internationale en cas de responsabilité de cette dernière (par. 75 à 96 du rapport), il est intéressant de relever, s'agissant de la jurisprudence citée par le Rapporteur spécial, que, dans l'affaire qui a opposé Westland Helicopters Ltd. à l'Arab Organization for Industrialization, les tribunaux se sont fondés, pour statuer, sur l'intention, sur l'équité et sur ce que croyaient les tiers. Dans l'affaire concernant le Conseil international de l'étain (par. 79), l'importance attachée à l'acte constitutif de l'organisation mérite d'être notée. Enfin, en ce qui concerne l'incident évoqué au paragraphe 83, le fait qu'il n'y avait que deux États dans l'organisation en question (l'Égypte et Israël), et peut-être les termes de l'acte constitutif, pourraient expliquer la position canadienne reflétée dans la lettre citée dans ledit paragraphe.

5. Quant aux observations que la Commission avait demandé aux États et aux organisations internationales

²²⁰ Ibid., par. 53.

de lui communiquer sur la question de savoir s'il y avait des cas où un État pourrait être tenu responsable du fait internationalement illicite d'une organisation internationale dont il est membre²²¹, elles permettent de conclure qu'il n'y a pas de responsabilité générale mais qu'il y a plusieurs exceptions de types divers. Par exemple, le Bélarus vise les ressources limitées et le petit nombre de membres de l'organisation, ainsi que le haut niveau de contrôle exercé par certains de ces membres, l'Autriche la négligence dans la supervision, l'Italie les circonstances exceptionnelles, et la Chine le fait que l'État membre concerné a voté en faveur d'une décision illicite ou l'a appliquée (voir le paragraphe 85 du rapport). Les observations d'Interpol au sujet de l'acte constitutif de l'organisation sont également intéressantes (A/CN.4/568, sect. F), et le fait que cet acte constitutif prévoit ou non la responsabilité des États membres envers les États tiers est sans aucun doute pertinent.

6. Le Rapporteur spécial semble avoir été influencé, dans la formulation de l'article 29, par la résolution II/1995 adoptée par l'Institut de droit international à sa session de Lisbonne, et il a été bien inspiré. Mais peut-être faudrait-il être un peu plus précis: à l'alinéa *a*, par exemple, on pourrait indiquer comment l'État a accepté en insérant les mots «dans l'acte constitutif ou de toute autre manière». L'alinéa *b* ne pose quant à lui aucun problème. Par ailleurs, on pourrait ajouter un nouvel alinéa *c* qui donnerait des indices de la responsabilité ou de la non-responsabilité des États membres, et permettrait de tenir compte d'arguments comme celui selon lequel il serait injuste qu'un État qui a fait tout son possible au sein d'une organisation internationale pour éviter que celle-ci ne commette un fait illicite risque, le fait ayant été commis, de voir sa responsabilité engagée. Ces indices pourraient comprendre, notamment, le nombre de membres et le niveau de contrôle exercé par certains États membres et la position de l'État concerné lors de la prise de la décision de l'organisation internationale ayant abouti au fait illicite.

7. Par ailleurs, M^{me} Escarameia dit qu'elle n'a pas très bien compris, malgré les explications données par le Rapporteur spécial, pourquoi les mêmes règles ne s'appliqueraient pas aux organisations internationales membres. Enfin, il conviendrait de se pencher sur la question de la nature de la responsabilité des États ou organisations internationales membres.

8. M. PELLET dit, à propos des paragraphes 53 à 57 du quatrième rapport, qu'il est d'accord avec les arrangements que propose le Rapporteur spécial et, s'agissant du problème furtivement soulevé par le paragraphe 57, qu'il pense qu'il n'est pas utile d'aborder, dans le projet lui-même, la question de la responsabilité éventuelle des entités autres que les États ou organisations internationales pour le fait illicite d'une organisation internationale dont ces entités ni étatiques ni interétatiques pourraient être membres. En admettant que le problème puisse se poser concrètement, ce dont on peut douter, il suffit de l'évoquer dans le commentaire. Par contre, comme M^{me} Escarameia, M. Pellet ne comprend pas pourquoi le Rapporteur spécial a exclu les organisations internationales dans la rédaction

des articles qu'il présente alors que l'intention contraire semble ressortir du paragraphe 57 de son rapport. Plusieurs solutions sont possibles à cet égard, par exemple modifier les articles en cause en utilisant la formule «un État ou une organisation internationale membre» ou recourir à une disposition distincte indiquant que les articles *x* à *y* s'appliquent, *mutatis mutandis*, aux organisations internationales membres.

9. S'agissant des paragraphes 58 à 63, on a souvent reproché au Rapporteur spécial de copier trop étroitement les dispositions des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite²²². Or, ce procédé ne peut qu'être approuvé dès lors que le problème se pose de la même manière, et tel semble être le cas s'agissant des situations que couvrent les projets d'articles 25 à 27 que propose le Rapporteur spécial. Il n'y a rien de particulier à dire au sujet de ces articles, sinon qu'il n'est pas absolument certain qu'une disposition équivalente à l'article 19 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État²²³ doive être omise, comme le Rapporteur spécial l'affirme au paragraphe 63 de son quatrième rapport mais sans s'en expliquer, alors que le problème se pose pour les organisations internationales de la même manière que pour les États.

10. Les choses sérieuses commencent avec la section concernant l'utilisation par un État qui est membre d'une organisation internationale de la personnalité distincte de cette organisation (par. 64 à 74) et le projet d'article 28 (par. 74), qui concerne une hypothèse intéressante; la disposition proposée, tout à fait convaincante, peut se lire comme une illustration très générale de l'interdiction de l'abus de droit, et il serait peut-être bon de le préciser quelque part dans le commentaire futur de cette disposition. Au demeurant, et d'ailleurs en liaison avec cette notion d'abus de droit, on peut se demander si le Rapporteur spécial ne va pas un peu loin lorsqu'il écrit, au paragraphe 72 de son rapport, que dans les affaires qu'il mentionne, *Waite and Kennedy, Matthews* ou *Senator Lines*, «des fonctions avaient été transférées par des États à une organisation internationale dans le but de se soustraire à leurs obligations internationales». Pour M. Pellet, tel n'était pas le but poursuivi; cela a été le résultat atteint, ce qui est différent: les États en question n'avaient nullement l'intention d'échapper à leur responsabilité et il est injuste d'affirmer le contraire. Mais ceci pose un problème en ce qui concerne la rédaction du projet d'article 28: doit-on ou non faire intervenir le facteur intentionnel que la présentation du Rapporteur spécial semble privilégier? Si oui, la rédaction actuelle est convenable, mais si, comme le pense M. Pellet, le problème n'est pas de savoir si l'État avait l'intention de se soustraire à son obligation internationale mais seulement de constater le fait que sa participation à l'organisation lui permet d'échapper à sa responsabilité, alors la rédaction de l'alinéa *a* du paragraphe 1 devrait être revue car le verbe «en transférant» implique nettement l'existence de cette intention, qui est non pertinente. En fait, le plus souvent, le transfert de fonctions n'a pas pour objectif d'exonérer l'État de sa responsabilité même si dans la pratique il aboutit à le faire.

²²¹ *Annuaire...* 2005, vol. II (2^e partie), p. 13, par. 26.

²²² *Annuaire...* 2001, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26, par. 76.

²²³ *Ibid.*, p. 27.

11. Le projet d'article 28 appelle deux observations de moindre importance: en premier lieu, on ne voit pas pourquoi ce texte ne concerne que les États. Autant il paraît raisonnable de laisser de côté les entités autres que les États, autant on ne voit pas pourquoi les organisations internationales ne sont pas mentionnées ici au même titre que les États. En second lieu, M. Pellet n'est pas sûr qu'il faille, dans le projet d'article 28, utiliser une terminologie différente de celle retenue à l'article 15 pour viser, en fait, des réalités identiques; on ne voit d'ailleurs pas ce que le mot «soustraire» peut avoir de «peu clair» comme certains l'ont dit et, même si tel était le cas, il sera toujours possible de modifier le texte en seconde lecture, mais la cohérence du projet en première lecture est plus importante que les considérations que le Rapporteur spécial fait valoir au paragraphe 73 de son rapport.

12. Il est évident que la section du rapport qui traite de la question de la responsabilité des membres d'une organisation internationale en cas de responsabilité de cette dernière et le projet d'article 29 qu'elle contient (par. 96) posent les problèmes les plus intéressants et les plus difficiles. On entre là dans le cœur du sujet car il n'est plus question de procéder par «couper/coller». On peut même aller plus loin: si le problème abordé dans cette section ne se posait pas, le sujet de la responsabilité des organisations internationales n'aurait aucun intérêt particulier, car il suffirait d'appliquer par analogie les règles de la responsabilité de l'État. C'est la question de la responsabilité des membres d'une organisation internationale en cas de responsabilité de cette dernière qui fait toute la spécificité et tout l'intérêt du sujet, et c'est pourquoi M. Pellet estime que cette section devrait être le point focal de la réflexion de la Commission. Il l'a, pour sa part, lue avec énormément d'intérêt mais aussi avec soulagement: en effet, à la lecture des précédents rapports du Rapporteur spécial, il avait craint que celui-ci penche en faveur de la «transparence» des organisations internationales et fasse fi du principe fondamental, incontestable et acquis au moins depuis l'avis consultatif rendu en 1949 par la CIJ dans l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, selon lequel ces organisations sont des sujets du droit international dotés d'une personnalité juridique propre qui fait écran et qui s'interpose entre les États et le fait internationalement illicite de l'organisation internationale. M. Pellet indique qu'il s'était inquiété à plusieurs reprises de la tendance doctrinale, qu'il croit erronée, du Rapporteur spécial lors de l'examen de ses rapports précédents et tout particulièrement du troisième rapport, présenté en 2005²²⁴. Or le quatrième rapport est à cet égard totalement dépourvu d'ambiguïté et M. Pellet approuve sans réserve les conclusions qui figurent aux paragraphes 90 et 96 ainsi que le principe qui est repris dans le chapeau de l'article 29, à savoir qu'«un État membre [plutôt qu'«un État qui est membre»] d'une organisation internationale n'est pas responsable à raison d'un fait internationalement illicite de cette organisation», et ceci pour les raisons à la fois logiques, doctrinales et jurisprudentielles que le Rapporteur spécial expose fort bien dans la section D et qui paraissent entièrement convaincantes. Par contre, là encore, on voit mal pourquoi ce principe fondamental est limité aux seuls

États membres puisque, comme le Rapporteur spécial l'admet expressément au paragraphe 95, ce principe n'a aucune raison de ne pas s'appliquer aux organisations internationales membres.

13. Les deux exceptions à ce principe énoncées aux alinéas *a* et *b* du projet d'article 29 ne posent pas de problème, même si M. Pellet a quelques doutes en ce qui concerne l'emploi de l'expression «à compter sur sa responsabilité» à l'alinéa *b*. Mais il appartiendra au Comité de rédaction de se prononcer sur le bien-fondé de cette expression dans la version française de cet alinéa. Quoi qu'il en soit, pour M. Pellet ces exceptions sont les seules que l'on puisse tolérer et il l'affirme avec d'autant plus de fermeté que certaines formules utilisées dans le rapport sont ambiguës. Ainsi, au début du paragraphe 93 de son rapport, le Rapporteur spécial écrit «deux des exceptions mentionnées dans les paragraphes qui précèdent», ce qui semble impliquer qu'il y aurait plus de deux exceptions au principe, mais il s'agit peut-être d'une erreur de traduction. Cela étant, M. Pellet souscrit à l'avis exprimé par M^{me} Escarameia qui a relevé à juste titre que les organisations internationales peuvent avoir du mal à s'acquitter des conséquences concrètes de leur responsabilité. Mais cela demeure un problème de fait et il importe, au plan du droit, que ce principe soit fermement maintenu. Toutefois, si l'on considérait qu'il faut assouplir les conséquences de ce principe, le Rapporteur spécial pourrait peut-être proposer, dans le cadre du développement progressif du droit, des aménagements ou des modalités de mise en œuvre de la responsabilité dans la deuxième partie de son rapport. En tout état de cause, s'agissant de la responsabilité elle-même ou des conséquences immédiates du fait internationalement illicite, le principe énoncé à l'article 29 ne devrait pas comporter d'autres exceptions que celles qui sont mentionnées. M. Pellet relève également qu'au paragraphe 93 du rapport il est dit qu'«une distinction ne devrait pas toujours être faite entre les États ayant voté pour et les autres». Or cette distinction n'est jamais pertinente en ce qui concerne la responsabilité; elle n'a pas lieu d'être et y recourir reviendrait à nier l'existence de l'organisation. Sur ce point, M. Pellet est donc totalement opposé à la suggestion de M^{me} Escarameia d'ajouter un alinéa *c* dans le projet d'article 29. Peu importe l'attitude des États vis-à-vis d'une question précise car en intégrant une organisation internationale ils ont accepté son existence et sont donc liés par ses actes. M. Pellet est fermement opposé à ce que le Comité de rédaction envisage une solution qui ressemble de près ou de loin à ce qui a été suggéré.

14. Quant à la très délicate question de la nature subsidiaire, solidaire ou conjointe de la responsabilité des États, que le Rapporteur spécial a évoquée la veille en présentant son rapport sans vraiment y répondre, M. Pellet rappelle que les États et les organisations internationales membres ne peuvent être responsables que s'ils l'ont accepté expressément ou implicitement par leur comportement. Il semble que tout dépende de ce que les États ont effectivement accepté et que la responsabilité aura l'un ou l'autre de ces caractères, selon le contenu et selon les circonstances de l'acceptation, la présomption étant que si rien de clair ne ressort de ce qui est dit ou du comportement de l'État, cette responsabilité ne devrait être que subsidiaire. M. Pellet suggère que cela soit expressément

²²⁴ *Annuaire...* 2005, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/553.

indiqué, soit dans le projet d'article 29 soit plutôt dans la deuxième partie du projet sur la mise en œuvre de la responsabilité; mais il appartiendra au Rapporteur spécial d'en décider. Le problème de la nature de la responsabilité éventuelle des États en liaison avec un fait internationalement illicite d'une organisation internationale se pose également en ce qui concerne le projet d'article 28 et même des projets d'articles 25, 26, 27 et 27 *bis* manquant, ce dernier projet de texte correspondant à l'article 19 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État. Le Rapporteur spécial devrait pouvoir trouver dans la pratique des arguments en faveur du principe de la responsabilité subsidiaire sauf si l'État lui-même admet une responsabilité conjointe ou une responsabilité solidaire.

15. M. GAJA (Rapporteur spécial) signale deux problèmes de traduction à l'intention des membres de la Commission qui utilisent la version française de son rapport. Le premier concerne le paragraphe 72 où l'avant-dernière phrase n'est pas tout à fait conforme à l'original anglais, l'accent étant trop mis, notamment, par l'emploi de l'expression «dans le but», sur l'intention. En outre, dans la première phrase du paragraphe 93 le membre de phrase «Deux des exceptions mentionnées» devrait se lire «Les deux exceptions mentionnées».

16. M. BROWNLIE dit qu'il n'est pas en mesure d'appuyer le projet d'article 29 et qu'il ne partage pas les arguments avancés par M. Pellet pour justifier le principe qui y est énoncé, à savoir le principe général de non-responsabilité des États membres d'une organisation internationale à raison du fait internationalement illicite de cette organisation. En outre, les deux exceptions prévues aux alinéas *a* et *b* de cet article ne sont pas de véritables exceptions car elles sont en fait susceptibles de s'appliquer dans tous les cas de figure. Pour M. Brownlie, cet article énonce donc un principe non seulement inexact mais contraire au droit international général existant et à l'ensemble des principes du droit des traités et du droit de la responsabilité des États car son application pourrait permettre à des États de se soustraire à leurs obligations en concluant un traité multilatéral instituant une organisation internationale.

17. M. PELLET estime tout d'abord que dans son raisonnement, M. Brownlie mêle la responsabilité pour fait internationalement illicite et la responsabilité sans manquement. Or, même en cas de responsabilité sans manquement, les États prévoient expressément que leur responsabilité se substituera à celle des organisations internationales ou la complètera, ce qui montre, *a contrario*, que ce serait l'organisation internationale qui en l'absence de dispositions contraires serait *a priori* responsable. Deuxièmement, M. Brownlie invoque le droit des traités pour affirmer que l'État ne saurait invoquer la conclusion d'un traité pour échapper à sa responsabilité. Or, il ne faut pas oublier que le projet d'article 28 énonce que s'il s'agit pour les États d'échapper à des obligations existantes qui leur incombent, ils sont responsables. L'article 29 ne doit pas être lu de façon isolée, et la combinaison de cet article avec l'article 28 permet selon lui de répondre à l'inquiétude exprimée par M. Brownlie. Enfin, M. Pellet dit que le principal argument à l'appui du projet d'article 29 proposé par le Rapporteur spécial est un argument de logique juridique. Les organisations

internationales existent, elles ont une personnalité juridique propre et elles ne peuvent pas se défausser de leur responsabilité sur leurs États membres.

18. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en sa qualité de membre de la Commission, dit que le Comité de rédaction devrait se pencher sur le projet d'article 29 afin d'assurer la cohérence entre le titre de ce projet d'article et le contenu de ses dispositions. En outre, le Comité de rédaction devrait se pencher sur le libellé de l'alinéa *a* du paragraphe premier du projet d'article 28 afin de préciser les types de comportements visés par le membre de phrase «évite de se conformer à une obligation internationale». Toujours à propos de cet alinéa, le Président se demande si les mots «certaines fonctions» visent les fonctions spécifiques de l'État membre ou les fonctions de l'organisation internationale et souhaiterait des éclaircissements à ce sujet. En ce qui concerne les projets d'articles 25, 26 et 27, il souscrit pleinement aux observations de M. Pellet et demande au Rapporteur spécial et au Comité de rédaction de prévoir de traiter de façon équitable les États qui aident ou assistent une organisation internationale dans la commission d'un fait internationalement illicite et les organisations internationales qui agiraient de la même manière.

19. M. CANDIOTI demande au Rapporteur spécial s'il ne conviendrait pas que dans les exceptions au principe énoncées au projet d'article 29 il soit fait mention des règles de l'organisation car il se peut que celles-ci établissent la responsabilité de l'État à raison du fait d'une organisation internationale.

20. M. ECONOMIDES dit que la question posée par M. Candiotti est très importante et ce d'autant plus que ce principe est consacré dans la résolution II/1995 de l'Institut de droit international²²⁵. Cela peut être appliqué par la voie de la *lex specialis*. Les actes constitutifs des organisations peuvent prévoir différents systèmes de responsabilité conjointe, subsidiaire ou supplétive. La question à l'étude relève de la responsabilité d'un État membre d'une responsabilité supplétive et si le Rapporteur spécial ne la conçoit pas ainsi, il conviendrait alors d'insérer le plus rapidement possible dans le texte du projet d'article 29 l'exception proposée par M. Candiotti.

21. M. GAJA (Rapporteur spécial) dit que certaines questions posées par les membres de la Commission mériteraient d'être examinées plus avant et c'est pourquoi il préfère attendre pour y répondre. Il rappelle toutefois, à propos de la question de la *lex specialis*, que la Commission a dû énoncer une règle générale. Il reconnaît que l'on peut avoir différents points de vue quant à son contenu. La proposition visant à inclure une référence aux règles de l'organisation internationale dans le projet d'article 29 serait pertinente, si ces règles prévoient l'acceptation de la responsabilité à l'égard des États tiers. Enfin, l'emplacement des projets d'articles 28 et 29 dans le projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales reste à déterminer. À cet égard, plusieurs solutions s'offrent à la Commission mais M. Gaja estime, comme il l'a déjà laissé entendre dans le rapport, que cette question pourrait être réglée par le Comité de rédaction.

²²⁵ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 66, t. 2, session de Lisbonne (1995), Paris, Pedone, 2000, p. 444.

22. M. BROWNLIE répète qu'étant donné que les alinéas *a* et *b* du projet d'article 29 n'énoncent pas véritablement des exceptions, mais des éléments du droit qui s'appliqueraient de toute façon, ce projet d'article est à la fois redondant et choquant. En revanche, le projet d'article 27, qui illustre parfaitement l'application des principes généraux du droit international de la responsabilité à des situations concrètes, étaye son point de vue selon lequel une organisation internationale ne peut bénéficier d'aucune immunité vis-à-vis des principes généraux du droit international. Il se demande si le Rapporteur spécial irait jusqu'à étendre cette idée de non-responsabilité aux crimes internationaux. Selon le droit conventionnel, on ne peut lier un État tiers contre son gré. On ne peut demander à un État qu'il supporte un dommage causé par une organisation sans avoir aucune possibilité de recours contre les États membres de l'organisation au cas où celle-ci n'aurait pas pris les dispositions nécessaires.

23. M. Sreenivasa RAO dit qu'il ressort clairement du projet d'article 29 que les organisations internationales sont responsables de toutes leurs décisions et que les États membres n'engagent leur responsabilité que s'ils ont explicitement accepté cette responsabilité ou s'ils ont conduit le tiers lésé à compter sur celle-ci. Il peut cependant arriver qu'une organisation internationale ne puisse pas s'acquitter de ses propres responsabilités, par exemple parce qu'elle n'en a pas les moyens ou parce qu'elle est en cessation de paiements. Dans ce cas, la responsabilité retombe inévitablement sur les États membres.

24. Le principe général du projet d'articles est qu'une organisation est responsable de ses propres actes dès lors que les décisions sont prises selon les règles et en toute légitimité. Sur ce point, le projet d'articles est clair et ne suscite pas de controverse. Ce qui préoccupe certains, c'est que des situations particulières sont passées sous silence. Par exemple, les grandes organisations internationales, comme l'ONU, sont souvent appelées à prendre des décisions qui ont d'importantes répercussions, et sur lesquelles les États membres peuvent avoir des vues très divergentes. Une décision de ce genre peut être prise même si des États membres en contestent la licéité. On peut se demander alors qui sera responsable si cette décision a pour effet de causer un dommage. Dans une petite organisation, l'État qui désapprouve une décision peut partir; mais on ne peut pas quitter une organisation comme l'ONU. Dans les grandes organisations, l'État n'a d'autre choix que de rester et d'assumer la responsabilité de tout ce qui s'y passe.

25. Pour conclure, M. Sreenivasa Rao dit que la Commission doit être consciente que toutes les situations ne sont pas couvertes par le projet d'articles et que certains problèmes n'ont pas été abordés.

26. M. GAJA (Rapporteur spécial), répondant à la question de savoir si la responsabilité d'un État membre d'une organisation internationale est de nature supplétive ou autre, dit qu'il aurait précisé cela dans le projet d'article 29 s'il l'avait rédigé du point de vue de M. Brownlie, qui semble penser que les États sont toujours responsables. Tel n'est pas le cas, c'est pourquoi le projet d'article ne dit rien à ce sujet: tout

dépend des circonstances. Quant à la préoccupation de M. Sreenivasa Rao à propos des conséquences qu'un État minoritaire pourrait avoir à assumer du fait d'une décision prise par l'organisation sous l'impulsion des États majoritaires, elle n'est pertinente que si l'on se place du point de vue de M. Brownlie. Du point de vue du Rapporteur spécial, elle n'a pas lieu d'être puisque les États ne sont pas responsables.

27. M. BROWNLIE précise qu'il n'a pas dit que les États étaient toujours responsables. Ce qui le gêne, c'est que le projet d'article 29 parle de l'absence de responsabilité des États comme s'il s'agissait d'un principe général.

28. Le PRÉSIDENT a le sentiment que M. Brownlie et M. Gaja disent la même chose différemment.

29. M. PELLET ne pense pas qu'ils disent la même chose du tout. La position de M. Brownlie tend vers la transparence de l'organisation internationale tandis que celle de M. Gaja, qui est aussi la sienne, tend vers l'opacité de l'organisation et l'écran que constitue sa personnalité juridique.

30. M. Pellet souscrit aux dernières observations du Rapporteur spécial. Répondant à M. Brownlie, il souligne qu'il n'est nullement question de dire que les organisations internationales sont à l'abri des principes du droit international général, mais plutôt que leur responsabilité peut, dans certains cas, être combinée avec celle des États. Il n'est pas certain d'avoir bien compris ce qui préoccupe M. Sreenivasa Rao, mais le fait qu'un État membre d'une organisation internationale puisse s'exonérer de toute participation à la responsabilité de celle-ci en disant qu'il désapprouve la décision en cause est inimaginable. Sur ce point, M. Sreenivasa Rao a tort, non seulement sur le plan des principes, mais aussi sur le plan pratique. Cela dit, il peut se rassurer, car ce que dit le projet d'article 29, c'est que les États ne sont pas responsables.

31. M. Pellet pense que le problème qui sous-tend le débat entre M. Candioti et M. Economides est déjà résolu par les deux exceptions prévues au projet d'article 29. L'État peut avoir accepté d'être tenu responsable vis-à-vis du tiers lésé dans l'acte constitutif (al. *a*) ou dans les règles internes de l'organisation (al. *b*). Cela dit, il est vrai que les actes constitutifs peuvent poser des règles spéciales, et le principe de *lex specialis* que la Commission adoptera sans doute *in fine* y pourvoira.

32. M. DUGARD, après avoir félicité le Rapporteur spécial pour la qualité de son travail, dit qu'il pense lui aussi que les projets d'article à l'examen apporteront un complément nécessaire au chapitre IV (Responsabilité d'une organisation internationale à raison du fait d'un État ou d'une autre organisation internationale). Certains États, en particulier des États puissants, tendent effectivement à manipuler les organisations internationales et la Commission doit en tenir compte. Il croit comprendre que l'expression «fait internationalement illicite» désigne les faits illicites au regard du droit international général et ceux qui constituent une violation grave de l'acte constitutif de l'organisation. S'agissant des projets d'articles 25 à 27, le paragraphe 62 du quatrième rapport énonce le principe directeur selon lequel l'influence pouvant être

qualifiée d'aide ou assistance, de direction et contrôle ou de coercition doit être exercée par l'État membre en tant qu'entité juridique distincte de l'organisation, et l'État membre ne peut être tenu responsable simplement pour avoir participé au processus de prise de décision de l'organisation. M. Dugard approuve les projets d'articles 25, 26 et 27, mais l'alinéa *b* des articles 25 et 26, où il est dit que l'État ne serait internationalement responsable que si le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet État, lui pose problème. Il peut y avoir des circonstances dans lesquelles l'acte commis par l'organisation internationale avec l'aide ou l'assistance ou sous la direction et le contrôle d'un État est un fait internationalement illicite, sans que l'État en question n'ait commis lui-même de fait internationalement illicite. Par exemple, si un État auquel on pourrait donner le nom d'Utopia aide l'ONU à employer la force, que l'emploi de la force est illicite et qu'Utopia le sait, Utopia serait internationalement responsable car le fait serait internationalement illicite s'il était commis par Utopia lui-même. Dans ce cas, les alinéas *a* et *b* s'appliqueraient. Mais si Utopia aide l'ONU à exercer une pression économique contre un autre État et que l'ONU y procède de manière illicite, par exemple sans respecter les dispositions pertinentes de la Charte, l'ONU commet un fait internationalement illicite, mais pas Utopia. C'est pourquoi M. Dugard suggère au Rapporteur spécial d'envisager de supprimer l'alinéa *b* des projets d'articles 25 et 26.

33. S'agissant du projet d'article 29, chacun sait, comme l'indique clairement l'Article 34 de son Statut, que la CIJ n'a pas compétence vis-à-vis des organisations internationales s'agissant des procédures contentieuses. Lorsqu'une organisation internationale souhaite engager une action contre un État pour non-respect d'une décision de l'organisation, elle peut en revanche désigner un État qui sera chargé d'engager une procédure devant la Cour. C'est ce qui est arrivé, par exemple, en 1960 dans les affaires du *Sud-Ouest africain*, lorsque l'Éthiopie et le Libéria ont déposé une requête devant la Cour contre l'Afrique du Sud à propos de la Namibie. Il est vrai que cette tentative a échoué, car la Cour a estimé que ces deux États n'avaient pas établi l'existence d'un intérêt juridique au regard de l'objet de leur demande [par. 99 de l'arrêt], mais il est clair que cette décision n'était pas fondée, et l'article 48 du projet sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite l'a clairement rejetée²²⁶. En outre, l'évolution du droit s'agissant des obligations *erga omnes* fait qu'à l'heure actuelle les États seraient considérés comme étant en droit d'engager ce type de procédure. En d'autres termes, une organisation internationale peut à présent désigner un État membre et le charger d'intenter une action devant la CIJ. Mais il s'agit de savoir si l'inverse est vrai, c'est-à-dire si un État lésé peut engager une action contre une organisation internationale devant la Cour. Il est évident que la réponse est non. Peut-il alors intenter une action contre un État membre de l'organisation pour exprimer son mécontentement vis-à-vis d'une action de l'organisation, par exemple parce que celle-ci lui a imposé des sanctions économiques de manière illicite et qu'il souhaite demander réparation?

Il semble que le projet d'article 29 n'autorise pas une telle démarche, puisqu'il pose comme condition de la responsabilité de l'État membre son comportement et non son appartenance à l'organisation. Il est vrai qu'il est très difficile d'associer la responsabilité à l'appartenance en pareil cas, mais si l'organisation internationale a commis un fait internationalement illicite à l'égard d'un État, celui-ci doit pouvoir disposer d'un recours contre l'organisation ou contre ses États membres. La question est alors de savoir comment identifier les États responsables. La Chine a suggéré d'examiner la manière dont un État donné a voté au sein de l'organisation, mais M. Dugard ne juge pas cette solution satisfaisante. On pourrait peut-être tenter de déterminer quel État a été à l'origine de l'acte illicite de l'organisation ou l'a appuyé constamment. M. Dugard pense que le Rapporteur spécial s'est laissé trop influencer par la résolution II/1995 adoptée par l'Institut de droit international à sa session de Lisbonne et mentionnée au paragraphe 89 du son rapport. Or, l'Institut avait à l'esprit la décision de la Chambre des lords dans les affaires concernant le Conseil international de l'étain et il n'a pas examiné la question dans la perspective plus large de la manipulation d'une organisation internationale par des États. Quoiqu'il en soit, sa résolution va plus loin que la proposition du Rapporteur spécial puisqu'elle dit à l'alinéa *b* de l'article 5 que dans des circonstances particulières, les membres d'une organisation internationale peuvent être responsables à raison des obligations de l'organisation en application d'un principe général pertinent du droit international tel que l'acquiescement ou l'abus de droit. M. Dugard suggère d'ajouter au projet d'article 29 une disposition semblable à cet alinéa *b*, voire de dire qu'un État qui est à l'origine du fait illicite de l'organisation et qui l'a appuyé constamment alors qu'il en connaissait les conséquences peut en être tenu responsable. D'autres membres de la Commission ont déjà suggéré au Rapporteur spécial d'élargir la portée du projet d'article 29 pour couvrir davantage de situations.

34. M. PELLET dit que le problème soulevé par M. Dugard est important mais non pertinent en l'espèce. Le fait que les organisations internationales n'ont pas de *jus standi* devant la CIJ n'a aucune pertinence en ce qui concerne leur responsabilité. Si l'on veut changer quelque chose, c'est le Statut de la Cour qu'il faudrait changer, un statut effectivement dépassé face à la montée en puissance des organisations internationales. Mais on ne voit pas en quoi cela devrait amener la Commission à changer sa position sur la responsabilité des organisations internationales. Il ne faut pas confondre les problèmes de procédure et de recours d'une part, et les problèmes de fond et de responsabilité de l'autre.

35. M. MATHESON dit que les projets d'articles 25 à 27 n'appellent aucune remarque, puisqu'ils sont une adaptation directe des dispositions équivalentes du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite; de fait, une clause unique appliquant ces dispositions *mutatis mutandis* aux organisations internationales suffirait, mais le choix du Rapporteur spécial de traiter la question plus en détail est également acceptable. Il importe toutefois de souligner clairement, par exemple dans le commentaire, que l'État, comme il est dit au paragraphe 62 du rapport,

²²⁶ *Annuaire...* 2001, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 30; voir également les paragraphes 11 et 12 du commentaire, *ibid.*, p. 136 et 137.

n'engage pas sa responsabilité s'il participe simplement au processus de prise de décisions de l'organisation internationale, mais seulement s'il agit en tant qu'entité juridique distincte de celle-ci. Autrement, les organisations internationales pourraient voir leur processus décisionnel interne gravement entravé et les États pourraient être réticents à régler des problèmes internationaux par leur intermédiaire.

36. Le projet d'article 28, en revanche, n'a pas d'équivalent dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État. Il est utile car un État engagerait incontestablement sa responsabilité s'il tentait délibérément de se soustraire à ses obligations internationales en agissant par l'intermédiaire d'une organisation qu'il contrôle. Cependant, tel qu'il est actuellement formulé, cet article pourrait être interprété comme imposant aux États la responsabilité de faits qui ne sont pas illicites ou qui seraient davantage imputables à l'organisation. Si un État transfère certaines fonctions à une organisation, il n'est pas nécessairement responsable de la manière dont l'organisation exerce ces fonctions. Cela serait incompatible avec la personnalité juridique indépendante de l'organisation. En outre, un État peut très bien transférer à une organisation internationale des fonctions qui, dans certaines circonstances, seraient illicites s'il les exerçait lui-même. C'est ce que font les États Membres de l'ONU lorsqu'ils demandent au Conseil de sécurité de recourir à la force, ou les États membres d'une organisation régionale lorsqu'ils demandent à celle-ci d'imposer à l'un des leurs des sanctions qu'ils ne pourraient lui imposer individuellement. Il serait fâcheux de laisser entendre que de tels arrangements «impliquent le non-respect» des obligations internationales individuelles de ces États. L'article 28, s'il est conservé, devrait donc être modifié de façon à ne s'appliquer que dans le cas où un ou plusieurs États utilisent une organisation internationale comme façade pour se soustraire à leurs propres obligations. À ce propos, M. Matheson pense que le verbe «se soustraire», bien que controversé, reste approprié – s'il est bien expliqué – pour faire la distinction entre une délégation de pouvoirs normale et le contournement délibéré d'obligations. Il appartiendra de toute façon au Comité de rédaction de régler le problème.

37. Quant au projet d'article 29, il dispose judicieusement qu'un État membre d'une organisation n'est responsable d'un fait internationalement illicite de cette organisation que dans des circonstances très restreintes, à savoir lorsqu'il a accepté sa responsabilité vis-à-vis du tiers lésé et lorsqu'il a conduit le tiers lésé à compter sur sa responsabilité. Dans ce dernier cas, M. Matheson suggère de préciser clairement que le tiers ne peut compter sur la responsabilité de l'État que dans des limites raisonnables en toutes circonstances.

38. M. MANSFIELD dit qu'il approuve le choix du Rapporteur spécial de transposer, plutôt que d'y faire simplement référence, les dispositions du projet d'articles sur la responsabilité de l'État qui couvrent les cas où un État aide un autre État à commettre un fait internationalement illicite²²⁷. Il va de soi que si un État peut prêter à un autre État aide ou assistance dans

la commission d'un fait internationalement illicite, ou le diriger ou le contrôler dans la commission d'un tel fait, il peut faire de même à l'égard d'une organisation internationale, et il serait étrange de ne pas aborder cette question dans un chapitre consacré à la responsabilité des États à raison du fait d'une organisation internationale. Les projets d'articles 25 à 27 sont donc satisfaisants et peuvent être renvoyés au Comité de rédaction. Celui-ci pourra examiner, comme l'a suggéré M. Dugard, si les alinéas *b* des articles 25 et 26 sont vraiment nécessaires, mais de l'avis de M. Mansfield la question mérite une réflexion plus approfondie.

39. L'utilisation par un État qui est membre d'une organisation internationale de la personnalité distincte de cette organisation est une question plus complexe mais qui conduit à une conclusion tout aussi claire. Si une organisation internationale ne doit pas avoir la possibilité d'esquiver une obligation internationale en profitant de la personnalité juridique distincte de ses membres et en leur faisant commettre un acte qui serait illicite si elle le faisait elle-même, l'inverse vaut également. L'exemple des États qui achèteraient ou mettraient au point des armes nucléaires par l'intermédiaire d'une organisation pour se soustraire aux obligations que leur impose le Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires est particulièrement convaincant, même s'il est probable que ces actes, compte tenu des termes du Traité, constitueraient en fait une violation directe de leurs obligations.

40. Le projet d'article 28 offre une bonne base de travail et pourrait donc lui aussi être renvoyé au Comité de rédaction, qui devrait cependant se demander, comme l'a suggéré le Rapporteur spécial, s'il convient de préciser que l'organisation internationale n'est pas liée par l'obligation en question. Le Comité devrait examiner également s'il est possible, sans avoir recours à un critère subjectif, de souligner que ce qui est inacceptable, c'est qu'un État utilise une organisation internationale comme artifice pour se soustraire à ses propres obligations internationales.

41. La question couverte par le projet d'article 29 soulève incontestablement une controverse, mais il semble qu'elle conduise inévitablement à la conclusion que les États, normalement, ne sont pas responsables des faits illicites de l'organisation internationale dont ils sont membres. Autrement, il y aurait contradiction avec le principe établi qui veut qu'une organisation internationale ait une personnalité juridique distincte de celle de ses membres, ce qui aurait à son tour de graves conséquences pour la gestion et le processus décisionnel de l'organisation, et surtout pour sa capacité de rendre des comptes de manière transparente, ce qui est essentiel. En même temps, il existe évidemment des circonstances dans lesquelles l'État devrait être tenu pour responsable: ce sont celles couvertes par les alinéas *a* et *b*. Le projet d'article 29 énonce avec beaucoup de précision les principaux points soulevés, qui eux-mêmes correspondent raisonnablement à la pratique. M. Mansfield recommande donc de le renvoyer au Comité de rédaction.

La séance est levée à 12 h 30.

²²⁷ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 27, articles 16 à 19.

2893^e SÉANCE

Jeudi 13 juillet 2006, à 10 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Opertti Badan, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M^{me} Xue, M. Yamada.

Responsabilité des organisations internationales (suite)
[A/CN.4/560, sect. C, A/CN.4/564 et Add.1 et 2, A/CN.4/568 et Add.1, A/CN.4/L.687, Add.1 et Corr.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

QUATRIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. M. KOSKENNIEMI remercie le Rapporteur spécial pour son analyse soigneusement nuancée mais claire des principaux problèmes que pose la relation entre les organisations internationales et leurs États membres. Les projets d'articles 25 à 29 soulèvent la question de l'image des organisations internationales sur la scène mondiale, et l'échange de vues qui a eu lieu auparavant entre M. Brownlie et M. Pellet illustre à quel point les perceptions peuvent diverger. M. Brownlie, qui voit les organisations internationales comme des organes transparents, a écarté toute analogie avec les sociétés nationales à responsabilité limitée. Dans cette optique, les États qui sont en position de force vis-à-vis de l'organisation internationale dont ils sont membres ne peuvent s'abriter derrière un écran social. Cela contraste avec l'avis de M. Pellet, selon lequel on s'efforce depuis plusieurs décennies d'élaborer un droit des organisations internationales qui permettrait aux États d'unir leurs forces dans des organisations possédant une personnalité juridique distincte et qui conférerait à ces organisations le statut de sujet de droit leur permettant d'assumer des obligations et la responsabilité correspondante. L'attitude de la Commission à l'égard des projets d'articles 25 à 29 sera fonction du choix qu'elle fera entre ces images des organisations internationales.

2. Les projets d'articles 25 à 28 forment un tout. Lorsqu'un État aide ou assiste, dirige et contrôle, ou contraint une organisation internationale, ou lorsqu'il tente d'utiliser cette organisation comme une façade pour atteindre ses propres objectifs et que, ce faisant, il enfreint ses obligations, cela correspond à l'image suggérée par M. Brownlie, où les principaux acteurs sont des États qui manipulent en quelque sorte l'organisation. Bien que, sur le plan de la forme, les moyens et procédures d'une organisation internationale aient été mis en œuvre, la responsabilité doit être attribuée aux États en question et non à l'organisation. M. Koskenniemi partage cet avis, mais il pense que les paragraphes 62 et 67 du rapport mettent excessivement l'accent sur l'idée qu'il est relativement

aisé de distinguer entre les cas où un État participe à la prise de décisions dans l'organisation de bonne foi, en tant que membre de l'organisation et conformément aux règles de celle-ci, et ceux dans lesquels un État dirige et contrôle, ou contraint l'organisation. En fait, il est difficile d'établir une telle distinction, car lorsqu'un État prétend agir de bonne foi en tant que membre de l'organisation et se conformer aux règles de celle-ci, il peut paraître évident à n'importe quel observateur extérieur qu'il est plutôt en train de la diriger et de la contrôler, ou de la contraindre.

3. La Commission se trouve donc face à deux visions contrastées: celle évoquée par le Rapporteur spécial dans les projets d'articles 25 à 28 qui décrivent le comportement pour lequel les États membres, plutôt que l'organisation, devraient voir leur responsabilité engagée, et la situation dans laquelle un État agit de bonne foi en tant que membre d'une organisation conformément au processus de prise de décisions de celle-ci. Cependant, il est très fréquent qu'un État soupçonné d'avoir dirigé et contrôlé, ou contraint l'organisation nie l'avoir fait, faisant valoir qu'il n'a fait que suivre le règlement. Il n'existe pas de règle générale permettant de déterminer laquelle des deux situations prévaut véritablement. Toutefois, M. Koskenniemi aurait souhaité que le Rapporteur spécial examine de plus près les critères permettant d'évaluer à quel moment un État n'agit plus de bonne foi en tant que membre d'une organisation, mais tire plutôt parti de son exceptionnelle position de force et détourne le règlement de manière à diriger, contrôler ou contraindre l'organisation.

4. M. Koskenniemi n'a pas d'objection spécifique au projet d'article 29. Les projets d'articles 25 à 28 correspondent à la conception réaliste qu'a M. Brownlie d'un monde où les États contrôlent véritablement les organisations internationales, tandis que le projet d'article 29 reflète l'image qu'a M. Pellet d'une organisation internationale capable d'action indépendante, qui pourrait être considérée sous le même angle qu'une société nationale à responsabilité limitée. De ce dernier point de vue, la responsabilité des États membres est nécessairement considérée comme devant être strictement limitée. M. Koskenniemi admire la façon dont le Rapporteur spécial a su énoncer des exceptions à cette responsabilité, dans les cas où un État membre accepte d'être responsable pour le fait d'une organisation ou lorsqu'un État tiers a compté sur cette responsabilité. Il n'en reste pas moins que les arguments avancés par M. Sreenivasa Rao et M^{me} Escarameia sont persuasifs, et que certaines des considérations qui sous-tendent les projets d'articles 25 à 28, et qui amènent à attribuer la responsabilité aux États, pourraient également s'appliquer au projet d'article 29. Il peut y avoir des situations où les disparités entre les pouvoirs des États membres sont si grandes qu'il ne serait pas équitable de les tenir tous pour responsables d'un résultat qui est dû aux efforts d'un seul État puissant.

5. Bien qu'il soit très difficile de trouver un libellé qui couvre les situations susmentionnées, M. Koskenniemi a tenté de rédiger un alinéa c au projet d'article 29, qui permettrait aux États membres de dégager leur responsabilité s'ils se sont expressément opposés au comportement qui a abouti au fait illicite. Cette formulation exonérerait les États membres qui n'ont pas de pouvoir au sein de l'organisation de toute responsabilité à raison

d'un acte illicite imposé par les membres dominants. M. Koskenniemi n'est pas entièrement satisfait du libellé qu'il a proposé, mais quelque chose d'approchant pourrait répondre aux préoccupations exprimées par M. Sreenivasa Rao.

6. M. Koskenniemi se demande si la Commission parviendra à établir une distinction claire entre ce qui constitue un acte accompli de bonne foi par un État membre dans le cadre d'une organisation internationale et les situations dans lesquelles un État agit pour son propre compte en s'abritant derrière la personnalité indépendante de l'organisation.

7. M^{me} XUE dit que le quatrième rapport sur la responsabilité des organisations internationales contient une analyse succincte d'un sujet complexe à propos duquel la pratique établie des États est relativement rare. Il eut été difficile de ne pas accepter en principe les projets d'articles 25 à 29 présentés dans le quatrième rapport et de rejeter l'analogie que le Rapporteur spécial a établie, pour ce qui est des règles régissant l'aide ou l'assistance, la direction et le contrôle, ou la contrainte de la part d'un État, entre la responsabilité des États pour des faits internationalement illicites et la responsabilité des organisations internationales pour de tels faits. M^{me} Xue approuve le Rapporteur spécial lorsqu'il affirme, au paragraphe 58 de son rapport, qu'il serait difficile de poser comme principe que des règles différentes devraient s'appliquer lorsque, par exemple, d'une part un État aide un autre État à commettre un fait internationalement illicite et, d'autre part un État aide une organisation internationale à faire de même. Elle souhaiterait toutefois poser certaines questions concernant les commentaires, ainsi que les analyses théoriques qui sous-tendent les projets d'article.

8. M^{me} Xue conteste l'affirmation figurant au paragraphe 62 du rapport, selon laquelle l'influence pouvant être qualifiée d'aide ou assistance, de direction et contrôle, ou de contrainte doit être exercée par l'État en tant qu'entité juridique distincte de l'organisation. En théorie, il semble logique de rédiger une section sur l'aide ou l'assistance, la direction et le contrôle, ou la contrainte de la part d'un État en s'inspirant des dispositions relatives à cette question figurant dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite²²⁸, puisqu'un État peut exercer une influence similaire sur une organisation internationale. Certains membres ont considéré que la participation d'un État membre aux activités de l'organisation internationale, en particulier au processus de prise de décisions, ne devait pas le conduire à être montré du doigt quelle que soit sa position lors du vote, et que l'acte d'une organisation internationale devait être considéré comme étant celui de l'organisation dans son ensemble. Cela pourrait bien être vrai: les États ne devraient pas voir leur responsabilité engagée simplement parce qu'ils sont membres de l'organisation.

9. Cependant, le critère de l'entité juridique distincte est plutôt faible et difficile à appliquer dans la pratique, compte

tenu en particulier des termes du projet d'article 15, au chapitre IV. En fait, à moins que les règles et la pratique de l'organisation internationale ne soient claires sur ce point, la ligne de démarcation entre l'acte d'une organisation internationale et celui d'un État membre tend souvent à être floue. Lorsqu'elle a commenté le projet d'article 15 à la Sixième Commission, la délégation chinoise a fait observer que, dans la mesure où les décisions et les actes d'une organisation internationale étaient sous le contrôle des États membres ou subordonnés à leur appui, les États membres qui jouaient un rôle actif dans la commission d'un fait internationalement illicite par une organisation internationale devaient voir leur responsabilité internationale engagée en conséquence²²⁹. Cela est peut-être vrai en théorie, mais il ne serait pas avisé de tenir compte de la position de chaque État membre lors du vote, sous peine de décourager les membres de participer à la prise de décisions. En outre, les décisions sont souvent fondées sur des considérations politiques plutôt que juridiques.

10. Le rapport ne propose pas de critère qui permettrait de trancher la question de l'entité distincte. Supposons, par exemple, que certains États Membres de l'ONU imposent au Conseil de sécurité la décision de lancer des opérations aériennes dans une partie d'un pays en vue de renforcer la sécurité régionale, en dépit de la forte opposition d'autres États Membres selon lesquels de telles opérations n'auraient pas l'effet souhaité. Si, dans le cadre de ces opérations, la population civile et des hôpitaux se trouvant à l'extérieur des zones cibles sont bombardés accidentellement, les articles 15, 25 et 26, ou encore l'article 29, s'appliquent-ils?

11. Si le projet d'article 15 s'applique, il peut être avancé que, même si la décision était contraignante pour les États Membres, elle ne les autorisait pas à larguer des bombes en dehors de la zone cible ou sur des civils puisque, même si les termes de la décision étaient très généraux, il est clair que l'ONU n'aurait jamais eu l'intention de se soustraire à ses obligations en vertu du droit international humanitaire. (Les questions de l'excès de pouvoir ou d'un comportement contraire aux instructions abordées dans le projet d'article 6 doivent être laissées de côté aux fins du raisonnement.)

12. Si l'on maintient que le projet d'article 25 ou 26 s'applique, peut-on dire avec certitude que les États Membres agissaient avec une capacité juridique distincte de celle de l'ONU? À ce propos, M^{me} Xue cite un article de M. Brownlie sur la responsabilité des États pour les actes d'organisations internationales, selon lequel «[p]our aborder la question de l'incidence de la responsabilité des États membres vis-à-vis d'États tiers, l'existence ou non d'une personnalité juridique distincte ne semble pas concluante ou, d'un autre point de vue, pertinente» (*In approaching the question of the incidence of the responsibility of member States in relation to third States, the existence or not of separate legal personality would appear to be inconclusive or, on another view,*

²²⁸ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 27, articles 16 à 18.

²²⁹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session, Compte rendu analytique de la 11^e séance (A/C.6/60/SR.11)*, par. 51 et 52.

irrelevant)²³⁰. Les opérations militaires étaient peut-être placées sous le contrôle direct des États Membres, mais elles avaient été autorisées par le Conseil de sécurité de l'ONU. Est-il vraiment possible d'établir une distinction entre ces deux situations au motif que les États Membres et l'Organisation ont des personnalités juridiques distinctes?

13. On pourrait également avancer que l'intention des États Membres qui ont effectué l'opération est tellement claire pour les parties lésées que celles-ci sont certainement amenées à penser que les États en question doivent être tenus pour responsables. Donc, en vertu du projet d'article 29, ces États Membres doivent être tenus pour responsables des préjudices causés. Si de tels arguments pouvaient être maintenus, ils contribueraient à régler des questions pratiques. Ce qui reste à déterminer est la manière d'appliquer ces règles à différentes situations. Le Comité de rédaction devrait examiner ces considérations en détail et proposer une formulation plus précise.

14. Pour M^{me} Xue, la deuxième difficulté réside dans l'affirmation qu'un État ne peut se soustraire à sa responsabilité en transférant certaines fonctions à une organisation internationale. Elle n'est toujours pas convaincue par les arguments exposés dans les paragraphes 64 à 74 du rapport. Il est exact de dire qu'une organisation internationale peut encourir une responsabilité internationale à raison de ce qu'elle fait faire à ses États membres. Il est également vrai que certains actes d'un État membre, s'ils sont accomplis au nom d'une organisation internationale, n'engageraient pas la responsabilité internationale de cet État, l'exemple typique étant l'emploi de la force; mais dans la pratique, il serait difficile, voire impossible, de prouver que le transfert visait précisément à éviter la responsabilité de l'État membre.

15. De manière générale, un transfert de fonctions peut aboutir à deux types de situations. Premièrement, si les obligations conventionnelles en question sont intégrées dans les règles générales de l'organisation, elles lient non seulement celle-ci, mais aussi ses membres. En pareil cas, les États membres sont liés par les dispositions conventionnelles et par les règles de l'organisation, mais les dispositions et les règles demeurent séparées, et il n'y a pas nécessairement transfert.

16. Deuxièmement, si les obligations conventionnelles ne sont pas intégrées aux règles de l'organisation, le fonctionnement du traité demeure en l'état et les États restent liés par leurs obligations conventionnelles indépendamment du fait qu'ils sont membres de l'organisation. Dans ces circonstances, il serait difficile d'avancer qu'il y a eu transfert d'obligations. Les trois affaires européennes mentionnées aux paragraphes 69 à 71 du rapport reflètent largement le processus d'intégration de la Communauté européenne dans lequel certaines fonctions gouvernementales s'exercent à deux niveaux, et par conséquent elles ne représentent pas nécessairement la pratique habituelle des organisations

internationales. En fait, elles tendent simplement à confirmer que les obligations conventionnelles et les obligations des organisations internationales sont deux questions tout à fait distinctes. L'expression «transfert de fonctions», qui convient à la situation dans la Communauté européenne, peut prêter à confusion lorsqu'elle est appliquée d'une manière générale à la responsabilité des organisations internationales. C'est pourquoi il faudrait remanier le projet d'article 28 pour couvrir le cas dans lequel un État enfreint ses obligations internationales en vertu d'un traité à travers un acte accompli conformément aux règles de l'organisation internationale dont il est membre. Comme le Rapporteur spécial l'a expliqué au paragraphe 73 de son rapport, «l'existence d'une intention délibérée de se soustraire à une obligation» n'est pas nécessaire et il n'y a donc pas lieu d'inclure un élément subjectif.

17. L'affaire *Westland Helicopters* et les affaires concernant le Conseil international de l'étain, citées en exemples dans le rapport, ont trait à des questions économiques liées à l'obligation de réparer (*liability*) plutôt qu'à la responsabilité (*responsibility*). Les circonstances particulières de chaque affaire ont été cruciales pour déterminer l'obligation de réparer. L'extrait de la lettre du Gouvernement canadien concernant sa demande d'indemnisation pour les dommages causés par un hélicoptère qui s'était écrasé est une clause type de règlement définitif de réclamation en dommages-intérêts; il s'agit d'une clause de sauvegarde visant à écarter toute possibilité de réclamation ultérieure devant les tribunaux nationaux ou internationaux; elle ne signifie pas nécessairement que toutes les parties mentionnées puissent être responsables en vertu du droit international. La plainte de l'Allemagne évoquée au paragraphe 84 n'est pas probante; au contraire, les États-Unis ont répondu du bombardement de l'ambassade de Chine en République fédérale de Yougoslavie, alors que l'opération avait été entreprise au nom de l'OTAN.

18. M^{me} Xue espère que ces considérations de principe seront examinées par le Comité de rédaction.

19. M. MOMTAZ, répondant aux observations de M^{me} Xue concernant l'emploi de la force par les États membres d'une organisation internationale, dit qu'il faut distinguer entre les cas dans lesquels les opérations militaires sont effectuées après que l'organisation internationale a donné son autorisation, et ceux dans lesquels l'emploi de la force est fondé sur une décision contraignante de l'organisation. À ce jour, chaque fois que les États Membres de l'ONU ont employé la force, ils y avaient été autorisés par le Conseil de sécurité; en d'autres termes, les États Membres étaient libres d'employer la force en réponse à la résolution pertinente contenant l'autorisation. Dans ces circonstances, si une violation du droit international ou du droit international humanitaire est commise, la pleine responsabilité en incombe à l'État qui, sur la base de l'autorisation du Conseil, a employé la force. Telle est la pratique qui a été suivie dans la première guerre du Golfe entre l'Iraq et les États-Unis, lorsque des violations du droit international découlant de l'inspection de navires ont été imputées aux États qui avaient employé la force sur la base de l'autorisation susmentionnée.

²³⁰ I. Brownlie, «The Responsibility of States for the Acts of International Organizations», dans M. Ragazzi (éd.), *International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter*, Leyde/Boston, Martinus Nijhoff, 2005, p. 357.

20. En revanche, si l'emploi de la force est fondé sur une décision contraignante du Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte, et s'il y a violation du droit international humanitaire ou du droit international, la responsabilité en incombe à l'Organisation elle-même, parce qu'elle a pris une décision que les États Membres étaient obligés d'exécuter.

21. M^{me} XUE dit que, si elle approuve pleinement la distinction que M. Momtaz a établie entre les deux types de cas concernant l'emploi de la force, la question est de savoir quel projet d'article doit s'appliquer. Presque tous les types de situations peuvent être couverts par les projets d'article lus conjointement. M^{me} Xue se demande toutefois quels critères doivent être employés pour déterminer si un État membre et l'organisation internationale sont des entités juridiques distinctes. Il est nécessaire d'identifier ces critères pour savoir quel article doit s'appliquer. M. Momtaz a distingué entre l'emploi de la force fondé sur une décision contraignante et celui qui repose sur une autorisation, mais c'est précisément la difficulté que soulève le projet d'article 15.

22. M. GAJA (Rapporteur spécial) dit que certains des problèmes évoqués par M^{me} Xue et M. Momtaz ont trait à l'attribution. Il s'agit de savoir si un acte accompli sur la base d'une décision ou d'une autorisation est imputable à l'État ou à l'organisation internationale. M. Gaja approuve sans aucune hésitation la manière dont M. Momtaz a évalué l'importance d'une telle distinction. Dans le cas de l'autorisation, c'est un État qui agit, l'unique problème étant de décider si l'organisation internationale peut également engager sa responsabilité. La question est abordée dans le projet d'article 15, que la Commission a examiné à la session précédente.

23. L'une des difficultés réside dans le fait que la Commission n'examine pas une situation particulière dans laquelle une autorisation a été donnée ou une décision prise, mais plutôt la question de savoir comment attribuer la responsabilité à une organisation internationale. L'attribution aux États a déjà été analysée dans le cadre de la responsabilité de l'État. C'est sur ce point que M. Gaja et M. Pellet sont en désaccord, puisque M. Pellet tend à transférer aux organisations internationales ce qui devrait être attribué en fait aux États, ou aux États et aux organisations internationales.

24. Le PRÉSIDENT, intervenant en tant que membre de la Commission, note une distinction entre, d'une part, la pratique des organisations internationales de coopération dont les fonctions sont déterminées par leurs actes constitutifs, de sorte que la souveraineté des États membres est préservée et, d'autre part, celle des organisations internationales d'intégration dont les États membres semblent disposés à transférer certaines de leurs fonctions à l'organisation. La différence entre la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme et celle de la Communauté européenne illustre cette distinction et les conséquences qui en découlent pour la responsabilité des États membres. Le Rapporteur spécial devrait étudier la possibilité, mentionnée au paragraphe 72 du rapport, de rédiger un projet d'article traitant du fait de se soustraire à des obligations internationales, en tenant compte de la différence de fonctionnement entre les organisations

internationales de coopération et les organisations internationales d'intégration.

25. M. GAJA (Rapporteur spécial) dit que le paragraphe 69 ne concerne pas la Communauté européenne mais l'Agence spatiale européenne, exemple typique d'organisation à laquelle les États attribuent des fonctions. L'expression «transfert de fonctions» n'est peut-être pas tout à fait exacte et pourrait être améliorée, soit en plénière, soit par le Comité de rédaction. L'affaire la plus éclairante est *Waite et Kennedy c. Allemagne*, et la pratique existante ne se limite pas à la Communauté européenne.

26. M. KOLODKIN, se référant aux exemples examinés par M^{me} Xue et M. Momtaz, dit que s'il est utile d'établir une distinction entre une décision et une autorisation, cela ne contribue pas toujours à régler la question de la responsabilité. Les deux peuvent être de nature très générale, et le problème est de pouvoir les interpréter. Une décision peut être licite et les moyens par lesquels elle est exécutée illicites. D'où la nécessité de déterminer ce qui est illicite: la décision ou l'autorisation, la manière dont elle est mise en œuvre, ou les deux. La question de l'attribution doit également être abordée. Alors seulement il sera possible de déterminer la situation en ce qui concerne la responsabilité.

27. M. FOMBA félicite le Rapporteur spécial pour la partie de son rapport traitant de la responsabilité d'un État à raison du fait d'une organisation internationale. Les remarques générales sur le champ d'application de l'étude et la méthode à employer (par. 53 à 56) sont, dans l'ensemble, acceptables. Au paragraphe 57, le Rapporteur spécial soulève à juste titre la question de savoir si le projet d'articles doit également couvrir des entités autres que les États ou les organisations internationales et, dans l'affirmative, comment. Cependant, son raisonnement est, sinon contradictoire, tout au moins savamment subtil et, en fin de compte, le sort qui doit être réservé aux entités autres que les États ou les organisations internationales n'est pas précisé. Or, si la responsabilité de ces entités ne doit pas être considérée comme une pure construction théorique, il faut bien le mentionner quelque part dans le projet.

28. En ce qui concerne les paragraphes 58 à 63, M. Fomba approuve l'argument énoncé au paragraphe 58, à savoir que les mêmes règles doivent s'appliquer lorsqu'un État aide une organisation internationale à commettre un fait internationalement illicite et lorsqu'un État aide un autre État à commettre un tel fait. Il en va de même en cas de coercition exercée par un État sur une organisation internationale. C'est pourquoi M. Fomba approuve la conclusion du Rapporteur spécial, au paragraphe 63, selon laquelle les projets d'article à l'examen devraient suivre de près le texte des projets d'articles 16 à 18 sur la responsabilité de l'État²³¹. Pour lui, les projets d'articles 25 à 27 ne posent donc aucun problème.

29. Les paragraphes 64 à 74 du rapport traitent de la question de savoir si, et dans quelle mesure, un État peut engager sa responsabilité internationale lorsqu'il

²³¹ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 27.

demande à une organisation internationale d'agir à sa place afin de se soustraire à l'une de ses obligations internationales. Il est clair que le lien fonctionnel et dialectique entre la personnalité juridique d'une organisation internationale et celle de ses États membres est le fond du problème. Il n'est nullement aisé de saisir le fonctionnement de cette relation complexe, mais le Rapporteur spécial a analysé exhaustivement les vues exprimées par les États à la Sixième Commission, ainsi que la doctrine et la jurisprudence internationales. Les conclusions formulées par le Rapporteur spécial aux paragraphes 64 à 72 du rapport sont cohérentes et pertinentes. Au paragraphe 73, tenant compte du fait que l'expression «se soustraire», dans le projet d'article 15, a été critiquée, le Rapporteur spécial suggère qu'il serait préférable d'utiliser une formule différente. Pour M. Fomba, ce n'est pas nécessaire, car la signification en est suffisamment claire.

30. Le libellé du projet d'article 28 ne soulève pas de véritables difficultés, et son paragraphe 2 ajoute une nuance importante. M. Pellet a appelé l'attention, à juste titre, sur le fait que l'intention, qui était au cœur du débat, n'était pas toujours manifeste dans le comportement des États. M. Fomba lui-même n'a pas d'avis tranché sur ce point, bien qu'il pense que la portée du texte devrait être étendue aux organisations internationales qui sont membres d'autres organisations internationales.

31. Abordant les paragraphes 75 à 88 du rapport, M. Fomba salue l'exposé qui y est fait de la jurisprudence nationale et internationale, des réactions des États à la Sixième Commission, des positions adoptées par les organisations internationales et de la doctrine. D'une manière générale, il approuve les conclusions du Rapporteur spécial. Au paragraphe 87, par exemple, celui-ci indique qu'il serait difficile de suggérer une conclusion en vue du règlement de la question de la responsabilité des États membres en raison de la diversité des dispositions conventionnelles envisageant, limitant ou excluant une telle responsabilité. S'appuyant sur son analyse de la doctrine, le Rapporteur spécial indique, au paragraphe 88, que les États membres d'une organisation internationale peuvent être responsables dans des cas exceptionnels. C'est donc avec juste raison qu'il souligne l'opinion qu'a exprimée l'Institut de droit international dans sa résolution II/1995 qu'il a adoptée à Lisbonne²³². Les articles 5, alinéa *b*, et 6, alinéa *a*, de cette résolution, qui sont cités au paragraphe 89 du rapport, contiennent des idées intéressantes.

32. M. Fomba approuve les conclusions énoncées au paragraphe 94 et qui ont amené le Rapporteur spécial à proposer le projet d'article 29, disposition qui soulève toutefois un certain nombre de questions importantes. Deux exceptions y sont envisagées, mais il faudrait peut-être en inclure d'autres. Faut-il considérer ce projet d'article comme une illustration de l'abus de droit? Quel type de responsabilité de l'État doit être engagée: subsidiaire, ou conjointe et solidaire? M. Pellet a fait à ce sujet des remarques stimulantes dont il faut certainement tenir compte. Enfin, en ce qui concerne le paragraphe 95,

il pourrait être souhaitable d'inclure une référence à la responsabilité d'une organisation internationale qui est membre d'une autre organisation internationale.

33. En conclusion, M. Fomba dit qu'il appuie le renvoi des projets d'articles 25 à 29 au Comité de rédaction.

34. M. MOMTAZ dit que, dans les paragraphes 53 à 96 de son quatrième rapport, le Rapporteur spécial aborde certaines questions de la plus haute actualité pour les organisations internationales. Comme le débat tenu jusque-là l'a montré, il n'y a pas de solutions faciles et la controverse persiste. Les solutions préconisées par le Rapporteur spécial, que M. Momtaz lui-même approuve, sont pleinement en accord avec la pratique des organisations internationales. Cette pratique est généralement conforme à la théorie selon laquelle les organisations internationales sont des sujets de droit international et, comme tous les autres sujets de droit international, ont leur propre personnalité juridique, indépendante de celle de leurs membres. Par conséquent, elles ont des droits et des obligations vis-à-vis des autres sujets de droit international.

35. Les remarques générales formulées aux paragraphes 53 à 57 à propos de l'attribution d'un fait illicite à une organisation internationale incitent M. Momtaz à se demander s'il faudrait aussi examiner les critères relatifs à l'attribution d'un fait illicite d'une organisation internationale à l'un de ses fonctionnaires. Cette question se pose dans le contexte du projet d'article 29, selon lequel une organisation internationale peut être exonérée de toute responsabilité dans la mesure où le fait illicite est attribué à un agent ou un fonctionnaire de l'organisation ou, en d'autres termes, résulte de la faute personnelle commise par cette personne.

36. Une deuxième question est soulevée par le paragraphe 57 du rapport, où il est affirmé que le projet d'articles à l'examen ne peut couvrir également la responsabilité des entités autres que des États ou des organisations internationales. Comme M. Fomba l'a fait observer, cette responsabilité n'est pas une pure construction théorique et, tout en étant entièrement d'accord avec l'affirmation en question, M. Momtaz pense que la question de savoir si la responsabilité d'une organisation internationale peut être engagée à l'égard d'une entité non étatique telle qu'un mouvement de libération nationale demeure. Certes, de telles entités n'ont pas de personnalité juridique internationale et ne peuvent donc prendre aucune mesure, sur le plan international, contre une organisation internationale. La question mérite cependant d'être examinée, d'autant qu'un nombre – limité il est vrai – de traités confèrent des droits aux entités non étatiques, de sorte que, si une organisation internationale qui a des obligations vis-à-vis de ces entités ne s'en acquitte pas, il y a violation du droit international, la victime en étant l'entité non étatique.

37. M. Momtaz approuve la suggestion faite au paragraphe 55 du rapport, selon laquelle les questions concernant la responsabilité des États à raison du fait d'une organisation internationale devraient être traitées dans un nouveau chapitre à insérer dans la première partie du projet d'articles.

²³² *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 66, t. 2, session de Lisbonne (1995), Paris, Pedone, 2000, p. 444.

38. Il remercie le Rapporteur spécial d'avoir consacré plusieurs projets de dispositions à la question fondamentale examinée dans les paragraphes 58 à 63, à savoir l'aide ou l'assistance, la direction et le contrôle, et la coercition de la part d'un État dans la commission d'un fait internationalement illicite d'une organisation internationale. Comme l'a montré l'expérience des dernières années, c'est un sujet de la plus haute actualité. Malheureusement, il y a eu de nombreux cas dans lesquels une organisation internationale ou régionale a été manipulée par un État membre ayant une position dominante au sein de l'organisation et qui a tiré parti de cette position pour contraindre l'organisation à commettre un fait internationalement illicite. Les projets d'article proposés par le Rapporteur spécial sont alignés sur les dispositions correspondantes des articles sur la responsabilité de l'État²³³. M. Momtaz se demande toutefois pourquoi il serait nécessaire que ces cas soient limités aux États. Comme cela a été observé à la séance précédente, une organisation internationale qui est membre d'une autre organisation internationale peut très bien se trouver dans une position dominante et contraindre l'organisation à commettre un fait illicite. Cependant, avec cette réserve, il devrait être possible de renvoyer les projets d'articles 25 à 27 au Comité de rédaction.

39. Abordant la section concernant l'utilisation par un État qui est membre d'une organisation internationale de la personnalité distincte de cette organisation, M. Momtaz se dit disposé à appuyer le projet d'article 28, avec les modifications rédactionnelles qui ont été citées à la séance précédente. Il en va de même pour les arguments à l'appui de cette disposition, que le Rapporteur spécial fournit aux paragraphes 64 à 74. M. Momtaz se demande toutefois si le projet d'article 28 couvre tous les cas susceptibles de se présenter.

40. L'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 28 vise les cas où un État évite ou refuse de se conformer à une obligation internationale concernant certaines fonctions en transférant lesdites fonctions à une organisation internationale. Cela suppose un choix de la part de l'État concerné, qui demeure libre de s'acquitter de ces obligations si l'organisation internationale à laquelle il les a transférées ne les exécute pas. M. Momtaz songe au cas où un État membre n'est plus en mesure de s'acquitter de ses obligations internationales parce qu'il a définitivement délégué leur exécution à une organisation internationale. Tel est le cas, par exemple, des obligations que les États parties à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ont contractées vis-à-vis des États sans littoral en ce qui concerne l'exploitation des ressources biologiques de leur zone économique exclusive. Il est bien connu que les États membres de l'Union européenne ont transféré les droits et obligations que leur confère cette convention dans la zone économique exclusive à l'Union européenne, exemple classique d'organisation d'intégration. Si l'Union européenne refuse de mettre en œuvre les droits et obligations que la Convention confère aux États sans littoral dans la zone économique exclusive, il se pose la question de savoir si la responsabilité de l'Union européenne peut être engagée, étant donné que les États membres de l'Union n'auront plus aucun moyen d'exécuter leurs obligations en vertu de la Convention.

41. La question de la responsabilité des membres d'une organisation internationale lorsque cette organisation est responsable est traitée avec beaucoup de finesse aux paragraphes 75 à 96 et ne pose aucun problème. S'appuyant sur la théorie générale des organisations internationales, le Rapporteur spécial a écarté à juste titre tous les arguments avancés et toutes les solutions proposées par un certain nombre d'États à la Sixième Commission (par. 85). La Commission devrait se limiter aux deux exceptions énoncées aux alinéas *a* et *b* du projet d'article 29. Il va sans dire que la disposition couvre non seulement les États membres, mais aussi les États non membres d'une organisation internationale. Il serait utile de l'indiquer dans le commentaire. Il doit aussi être précisé que la disposition ne concerne que les faits préjudiciables d'organisations internationales qui résultent du non-respect du droit international.

42. Bien entendu, cette disposition du projet d'article 29 ne couvre pas les dommages résultant, par exemple, des inspections d'installations nucléaires ou d'usines chimiques effectuées par l'Agence internationale de l'énergie atomique ou l'Organisation pour l'interdiction des armes chimiques, à moins que ces dommages ne résultent d'une violation du droit international. De tels dommages peuvent être considérables et leurs conséquences extrêmement graves.

43. M^{me} XUE dit que l'exemple cité par M. Momtaz est excellent. Elle a également noté que le Rapporteur spécial s'était référé à plusieurs cas fondés sur la pratique des pays européens. Du point de vue de la pratique, un problème qui se pose souvent pour les États tiers est la mesure dans laquelle les États membres de l'Union européenne qui ont transféré leur compétence ou leurs fonctions à l'organisation peuvent encore être tenus pour responsables de leurs propres actes. Cette question, bien tranchée en théorie, est compliquée dans la pratique. M. Momtaz a relevé que les États membres de l'Union européenne avaient transféré à l'Union leurs droits et obligations dans la zone économique exclusive en vertu de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Ainsi, les règles et directives de l'Union européenne régissent à présent les opérations portuaires dans les États membres. Dans la pratique, cependant, chaque État membre applique ces règles et directives à sa propre manière. C'est le cas, par exemple, des contrôles douaniers: dans le port d'un État membre, les marchandises qui ne répondent pas aux critères de l'Union européenne peuvent être retenues; dans le port d'un autre, elles peuvent être retournées dans le pays d'origine; dans le port d'un troisième, elles peuvent être détruites! Lorsqu'on leur demande des explications, les fonctionnaires répondent toujours qu'ils agissent conformément au droit de l'Union européenne. Des situations identiques peuvent donc entraîner des mesures différentes, ce qui signifie que les conséquences sont également différentes. Donc, les circonstances factuelles de la mise en œuvre jouent fréquemment un rôle important lorsqu'il s'agit de déterminer la responsabilité.

44. La deuxième observation de M^{me} Xue a trait à la règle de l'attribution. Le fonctionnaire d'un État membre est clairement son représentant et il en va de même,

²³³ Voir la note 231, *infra*.

mutatis mutandis, pour le fonctionnaire d'une organisation internationale. En conséquence, leurs actes sont imputés à l'État membre ou à l'organisation internationale qu'ils représentent. Dans la pratique, cependant, en dépit de la règle de l'attribution lorsqu'elle s'applique aux organisations internationales, il pourrait y avoir des situations où ni l'État membre ni l'organisation n'est tenu pour responsable des actes accomplis. C'est l'aspect lacunaire de la règle de l'attribution dans le régime de la responsabilité de l'État.

45. Troisièmement, il peut être avancé que l'acte concerné était *ultra vires* et que l'intéressé a agi sans autorisation. Il est difficile de dire si tel était le cas, soit parce que les directives ou instructions n'étaient pas claires, soit parce que l'intéressé bénéficiait d'une marge de manœuvre considérable. Il n'est donc pas aisé de décider qui doit être tenu pour responsable.

46. M. CHEE cite les actes de la Conférence des Nations Unies sur les stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et les stocks de poissons grands migrateurs, à laquelle il a participé en 1994, comme exemple supplémentaire du type de situations que M^{me} Xue a évoqué.

47. M. MOMTAZ dit qu'il est entièrement d'accord avec M^{me} Xue. Cependant, l'exemple qu'il a cité est très spécifique et concerne les obligations que les États membres de l'Union européenne ont contractées en ratifiant la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, en ce qui concerne la zone économique exclusive. Il est bien connu que les États membres ont renoncé au droit d'établir des zones économiques exclusives nationales et qu'ils ont transféré leurs droits et obligations à cet égard à l'Union européenne. Le cas auquel il s'est référé concerne les obligations contractées vis-à-vis d'États tiers, l'exemple cité étant celui des États sans littoral. C'est à l'Union européenne qu'il incombe d'exécuter ces obligations des États. Si elle ne le fait pas, M. Momtaz ne voit pas comment les États membres pourraient le faire, étant donné qu'ils n'ont pas de zone économique exclusive ni aucune attribution à cet égard. Dans ce cas particulier, on peut dire que l'Union européenne est responsable si elle ne s'acquitte pas des obligations que ses États membres ont contractées en vertu de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Néanmoins, la question de la gestion des activités portuaires n'est pas aussi nettement tranchée.

48. M. GAJA (Rapporteur spécial) dit que l'exemple cité est traité dans l'annexe IX à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, qui précise qu'une organisation internationale a des obligations dans les limites de la compétence définie dans les déclarations faites à cet effet (art. 2). L'Union européenne a fait une telle déclaration, et il ne fait donc aucun doute qu'elle a les obligations y relatives. M. Gaja n'est pas certain que l'on puisse affirmer qu'il n'y a pas de zone économique exclusive nationale, même si certaines de ses fonctions ont été transférées à l'Union européenne. M. Momtaz a probablement cité cet exemple particulier parce qu'il pensait qu'ayant transféré ces fonctions à l'Union européenne, les États membres n'avaient plus de marge

de manœuvre. Bien que le libellé ne soit peut-être pas suffisamment clair, le projet d'article 28 vise à couvrir un tel cas.

49. Le PRÉSIDENT, intervenant en tant que membre de la Commission, dit que l'on peut considérer que la renonciation par les États membres de l'Union européenne à la compétence qu'ont les États côtiers en ce qui concerne la zone économique exclusive et le transfert de cette compétence à l'Union européenne indiquent l'émergence d'une politique commune de l'Union européenne pour tous les États membres. Si tel est bien le cas, en cas de manquement, c'est l'Union européenne qui sera responsable, puisque la zone économique exclusive relève de la politique commune de cette organisation.

50. M. BROWNLIE salue les sections du rapport qui envisagent la responsabilité d'un État à raison du fait d'une organisation internationale et l'examen attentif de la doctrine et de résultats d'études qu'elles présentent. Les projets d'articles 25 à 28 ne lui posent aucun problème particulier, excepté quelques questions de rédaction. Sa principale préoccupation découle du projet d'article 29, qui retient le principe général selon lequel une organisation internationale n'a pas de responsabilité vis-à-vis des États tiers.

51. En premier lieu, il y a une contradiction entre le projet d'article 29 et les autres projets d'article, que les mots «À l'exception des cas prévus dans les articles précédents» ne dissipent pas. Les articles précédents montrent que le principe retenu au projet d'article 29 est incorrect. M. Brownlie ne pense pas non plus que le projet d'article 29 reflète le contenu des sections qui le précèdent, et du paragraphe 72 en particulier. En outre, l'examen de la relation entre le projet d'article 29 et le droit international existant est inadéquat. C'est le gros problème que pose cette dernière section. Ce n'est pas comme s'il n'y avait pas de droit international général: la Commission a achevé le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et, même si elle ne l'avait pas fait, la plupart des principes rédigés reflètent des principes préexistants, généralement acceptés, du droit international. M. Brownlie ne souscrit pas à l'avis selon lequel il peut être adopté un traité multilatéral qui présente une personne morale internationale au monde et, ce faisant, détourne complètement le principe qui veut que les accords internationaux ne peuvent affecter les États tiers. On ne peut certainement pas nier que la création de risques graves pour les États tiers affecte ces États, puisqu'il est supposé que le traité multilatéral, à savoir l'acte constitutif de l'organisation, ne couvre pas les risques que ces activités pourraient occasionner pour les États tiers et qu'il pourrait n'y avoir aucun recours. Cet aspect du sujet aurait dû être examiné plus en détail.

52. À la séance précédente, un membre a affirmé que la création d'une personnalité morale reconnue en droit international entraînait la création d'un principe d'immunité. M. Brownlie ne comprend pas ce raisonnement et, lorsqu'il a soulevé le problème, son objection n'a pas été prise en considération par le membre en question, pas plus que par M. Fomba et les autres intervenants de la séance en cours qui ont approuvé la position générale de M. Pellet.

53. Les travaux de l'Institut de droit international ont été pris en compte, mais la façon dont les différentes opinions sont exposées dans les sections à l'examen lui pose problème. Le fait est que la résolution II/1995 de l'Institut est très contradictoire et qu'une grande partie de son contenu revient à accepter qu'il peut y avoir une responsabilité vis-à-vis des États tiers. M. Brownlie est tout à fait conscient que la position générale de l'Institut est conservatrice et qu'il a adopté le principe de l'absence de responsabilité. Certains membres de l'Institut ont représenté l'OTAN dans une affaire célèbre [*Licéité de l'emploi de la force*], comme M. Brownlie lui-même a représenté la République fédérale de Yougoslavie. Il existe donc des intérêts politiques et autres liés à cette question d'apparence purement théorique. La doctrine la concernant, résumée au paragraphe 88 du rapport, est très divisée. Il n'y a pas d'équivalent de l'article 38 du Statut de la CIJ, pas de consensus, et l'on n'a pas tenté de relier les éléments rassemblés aux critères de formation ou de suppression des principes de droit international général. La pratique, résumée au paragraphe 90, est très désordonnée, et elle ne reflète pas un consensus. Il n'est pas du tout évident que les organisations citées au paragraphe 90 et aux paragraphes précédents appliquent le droit international public. Elles le font parfois, mais la pratique ne représente pas un consensus de nature à empêcher la Commission d'avoir son propre point de vue sur les questions de principe et de méthode. Après tout, la Commission est habilitée à entreprendre le développement progressif des sujets qu'elle a décidé d'examiner.

54. La structure du projet d'article 29 est très étrange. Il commence par les mots «À l'exception des cas prévus dans les articles précédents de ce chapitre», ce qui signifie à l'exception des cas prévus dans la majeure partie du rapport. Il énonce ensuite deux exceptions, aux alinéas *a* et *b*, mais ces exceptions auraient existé même si le projet d'article 29 n'avait jamais été rédigé, puisqu'elles correspondent à des principes qui peuvent être déduits du droit international général existant. Si le projet d'article 29 est retenu, étant donné que la plupart des membres semblent l'approuver, il serait grandement amélioré si les mots «en tant que tel» étaient insérés après «un État qui est membre d'une organisation internationale n'est pas responsable». Les exceptions prévues au projet d'article 29 ne sont pas de véritables exceptions, et le principe que ce projet d'article incorpore de manière quelque peu gratuite n'est pas justifié par la pratique existante.

55. Le projet d'article 29 n'apporte pas grand-chose et devrait être considéré comme superflu. Sa suppression ne nuirait nullement au reste du rapport qui, dans l'ensemble, est très bon.

56. M. Brownlie admet que sa propre position comprend un point faible qui n'a pas été correctement analysé: il a insisté sur le fait qu'il ne pouvait y avoir de règle selon laquelle les organisations internationales n'étaient pas responsables vis-à-vis des États tiers, et il n'était guère enclin à accepter une généralisation consacrant un tel principe. Son opinion était qu'avec ou sans le projet d'article 29, les principes existants de la responsabilité de l'État pouvaient être appliqués dans certaines situations en vue d'établir une responsabilité subsidiaire des États

membres d'une organisation internationale dont les activités entraînaient des risques et dommages manifestes pour les États non membres, et qui n'avaient pas pris leurs dispositions pour reconnaître cette responsabilité ou qui n'avaient pas prévu de réparation pour le cas où de tels dommages surviendraient. Or – et c'est là le point faible de son raisonnement – il n'existe aucun principe aisément identifiable qui régit l'attribution dans ces situations difficiles. Cela étant, il ne pense pas qu'il soit justifié de procéder à la généralisation inadéquate et superflue figurant dans le projet d'article 29.

57. Le PRÉSIDENT invite de nouveau M. Brownlie à consulter le Rapporteur spécial en vue d'examiner la question qu'il vient de soulever – à juste titre – sur un point qui n'a peut-être pas été bien rendu dans le projet d'article 29.

La séance est levée à 11 h 50.

2894^e SÉANCE

Vendredi 14 juillet 2006, à 10 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskeniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Operti Badan, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M^{me} Xue, M. Yamada.

Responsabilité des organisations internationales (*suite*) [A/CN.4/560, sect. C, A/CN.4/564 et Add.1 et 2, A/CN.4/568 et Add.1, A/CN.4/L.687, Add.1 et Corr.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

QUATRIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. M. NIEHAUS félicite le Rapporteur spécial pour son analyse approfondie d'une question complexe et actuelle dont l'importance ne cesse de croître. En effet, afin de servir leurs propres intérêts, certains États, et notamment les plus puissants d'entre eux, cherchent de plus en plus fréquemment à manipuler les organisations internationales en vue de les amener à commettre des faits internationalement illicites, ce qui appelle une réponse au plan juridique.

2. Se référant tout d'abord aux paragraphes 53 à 74 du quatrième rapport du Rapporteur spécial, M. Niehaus relève de manière générale que celui-ci s'appuie à juste titre sur le principe de droit international selon lequel l'organisation internationale a une personnalité juridique propre et qu'elle est à ce titre titulaire de droits

mais également d'obligations dont la violation entraîne sa responsabilité internationale; c'est donc en toute logique qu'il aligne les articles sur la responsabilité des organisations internationales sur les articles régissant la responsabilité de l'État. M. Niehaus souscrit aux remarques générales figurant dans la section A de ce chapitre. En ce qui concerne la section B, il note avec intérêt qu'il est indiqué au paragraphe 62 que «l'influence pouvant être qualifiée d'aide ou d'assistance, de direction et de contrôle ou de coercition doit être exercée par l'État en tant qu'entité juridique distincte de l'organisation». En l'absence d'une telle distinction, la liberté d'action des États au sein et en tant que membre de l'organisation serait gravement compromise. Étant donné que, comme le Rapporteur spécial le dit lui-même, il n'y a aucune raison d'établir une distinction entre les relations entre un État et une organisation internationale, d'une part, et les relations entre États, d'autre part, M. Niehaus approuve les projets d'articles 25, 26 et 27 proposés et n'a pas d'objection à ce qu'ils soient renvoyés au Comité de rédaction.

3. La section de ce chapitre relative à l'utilisation par un État qui est membre d'une organisation internationale de la personnalité distincte de cette organisation et le projet d'article 28 qui y est proposé posent davantage de problèmes. M. Niehaus souscrit pleinement à l'argumentation présentée par le Rapporteur spécial aux paragraphes 64 à 74. Il relève notamment que, comme l'a déclaré la délégation suisse à la Sixième Commission «on ne saurait permettre aux États de se retrancher derrière le comportement d'une organisation internationale»²³⁴ et que «les États devraient être empêchés de créer un artifice dans l'intention d'éviter des conséquences qu'ils auraient à supporter s'ils exerçaient individuellement l'activité qu'ils ont déléguée à l'organisation internationale»²³⁵. Tout aussi important est le critère de la bonne foi, qui est en effet essentiel pour établir la responsabilité internationale comme l'a souligné M. Koskeniemi à la séance précédente. Sans être opposé à l'article 28, M. Niehaus estime qu'il ne permet pas vraiment en l'état d'atteindre l'objectif visé. Il convient certes d'en modifier le libellé pour éviter la confusion ou des interprétations erronées mais, au-delà de ces questions rédactionnelles soulevées par de nombreux intervenants, c'est son contenu même qui pose un problème. Les cas dans lesquels la responsabilité internationale d'un État membre à raison du fait d'une organisation internationale peut être engagée qui y sont mentionnés sont trop limités.

4. S'agissant des paragraphes 75 à 96 traitant de la question de la responsabilité des membres d'une organisation internationale en cas de responsabilité de cette dernière, M. Niehaus partage l'avis du Rapporteur spécial selon lequel un État membre d'une organisation internationale ne peut être tenu pour responsable du fait internationalement illicite de cette organisation sauf s'il accepte sa propre responsabilité, comme le prévoit l'article 29. Cela étant, on pourrait peut-être préciser à l'alinéa *a* de cet article si cette acceptation doit être

expresse ou si elle peut être tacite. Quant à l'alinéa *b*, il gagnerait en clarté si l'on indiquait ce qu'il faut entendre par le mot «conduit». Il conviendrait enfin de préciser la nature de la responsabilité envisagée (solidaire, subsidiaire, etc.).

5. M. YAMADA dit que le contenu des paragraphes 53 à 96 du quatrième rapport sur la responsabilité des organisations internationales ne lui pose pas de problème particulier. En ce qui concerne la responsabilité des États à raison du fait d'une organisation internationale, il approuve l'approche retenue par le Rapporteur spécial: éviter tout double emploi avec le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite²³⁶, ne formuler de nouveaux articles que pour couvrir les cas qui ne sont pas envisagés dans ce projet d'articles et appliquer à ces cas les règles régissant la responsabilité de l'État. Il appuie à cet égard les projets d'articles 25, 26 et 27 proposés et émet des réserves au sujet de la suggestion de M. Dugard de supprimer l'alinéa *b* des projets d'articles 25 et 26. Dans le cas où le fait ne serait pas internationalement illicite s'il était commis par l'État en question, il ne voit pas pourquoi cet État aiderait ou assisterait, contrôlerait et dirigerait une organisation internationale dans la commission d'un tel fait; il pourrait aussi bien agir par lui-même. L'État pourrait néanmoins décider d'agir par le truchement d'une organisation internationale, mais, dans le cas cité par M. Dugard où le fait d'une organisation est internationalement illicite en raison de la violation de ses règles de procédure interne, la responsabilité devrait être imputée à la seule organisation internationale. Dans ce contexte, il tient à souligner l'importance qu'il y a à préserver l'intégrité du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, compte tenu en particulier du fait que son examen par l'Assemblée générale est prévu à brève échéance. Toute atteinte au fond du projet d'articles sur la responsabilité de l'État remettrait en cause l'équilibre réalisé dans la codification des règles relatives à la responsabilité de l'État. D'où la nécessité de suivre de près la structure dudit projet.

6. Dans les cas couverts par les projets d'articles 25, 26 et 27, l'État est responsable individuellement ou conjointement avec l'organisation internationale du fait illicite commis.

7. Les difficultés commencent lorsque le fait de l'organisation internationale n'est pas imputable à l'État *prima facie*. Faute d'éléments suffisants permettant d'établir l'existence ou l'absence de règles de droit international coutumier en la matière, il convient d'en formuler dans le cadre du développement progressif du droit en faisant preuve de bon sens. Le projet d'article 28 concerne l'utilisation par un État d'une organisation internationale dans le but de se protéger des conséquences d'un fait qui, s'il était commis par cet État, serait internationalement illicite. Si l'on considère, d'une part, qu'il n'y a pas recours à la contrainte physique ou psychologique et, d'autre part, que le fait de l'organisation internationale n'est normalement pas un fait internationalement illicite, il semble inutile d'essayer d'imputer ce fait à l'État. Cela étant, il convient néanmoins, pour des raisons de justice, de chercher un moyen d'en attribuer la responsabilité. Le Rapporteur

²³⁴ Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session, Compte rendu analytique de la 13^e séance (A/C.6/60/SR.13), par. 45.

²³⁵ Institut de droit international, *Annuaire*, vol. 66, t. 1, session de Lisbonne, 1995 (Travaux préparatoires), Paris, Pedone, 1995, «Réponse de M. Karl Zemanek», p. 329, par. 15.

²³⁶ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26, par. 76.

spécial a brillamment trouvé la solution en proposant au paragraphe 1 du projet d'article 28 une formule qui, pour M. Yamada, établit la fiction selon laquelle l'organisation n'existe pas, de sorte que le fait de l'organisation est directement imputable à l'État et que, dans la mesure où s'il avait été commis par l'État ce fait serait internationalement illicite, la responsabilité de cet État est engagée. C'est précisément parce que le fait de l'organisation ne serait pas illicite que l'État cherche à utiliser celle-ci pour se soustraire à son obligation; c'est pourquoi M. Yamada considère que le paragraphe 2 du projet d'article 28 est inutile mais son maintien ne lui poserait pas de problème.

8. En ce qui concerne le projet d'article 29, M. Yamada estime que les deux exceptions au principe de non-responsabilité d'un État membre d'une organisation internationale qui y sont énoncées ne sont pas suffisantes et ne rendent pas justice aux États qui ont pu subir un préjudice à raison du fait illicite d'une organisation internationale. Il est clair, comme l'ont relevé certains membres de la Commission, que le régime de la responsabilité limitée ne peut pas s'appliquer aux États membres d'une organisation internationale et que la communauté internationale n'accepterait pas un tel régime même si l'acte constitutif de l'organisation le prévoyait expressément. M. Yamada cite, à titre d'exemple, le cas de l'État qui a subi un préjudice à raison du fait illicite d'une organisation internationale et ne peut pas être indemnisé par celle-ci parce qu'elle ne dispose pas des ressources nécessaires, ses membres n'ayant pas approuvé son budget, lequel repose sur leurs contributions. La seule solution pour cet État serait alors de se retourner directement contre les États membres. M. Yamada espère que le Rapporteur spécial réfléchira à la question et présentera de nouvelles propositions à la Commission. Cela étant, il est favorable au renvoi des projets d'articles 25 à 28 au Comité de rédaction.

9. M. DUGARD dit qu'il peut comprendre les doutes de M. Yamada quant à sa proposition de supprimer l'alinéa *b* dans les projets d'articles 25 et 26. Il rappelle que sa proposition s'inscrit dans le contexte général actuel, caractérisé par le fait que des États, en particulier les plus puissants d'entre eux, cherchent à manipuler les organisations internationales pour servir leurs propres intérêts, ce qui devrait inciter la Commission à définir leur responsabilité en des termes plus stricts.

10. M. KEMICHA souligne, en ce qui concerne la responsabilité de l'État à raison du fait d'une organisation internationale, qu'il s'agissait, comme l'a déclaré le Rapporteur spécial et comme le confirme l'article 57 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, de combler la lacune qui avait été délibérément laissée dans ce projet d'articles. Il était donc logique que le Rapporteur spécial procède par analogie, comme il l'explique clairement au paragraphe 59 du quatrième rapport, pour élaborer les projets d'articles 25, 26 et 27 qu'il y présente. Tous les membres qui se sont déjà exprimés sur ce point ont d'ailleurs approuvé cette approche, et ont à juste titre préconisé à la quasi-unanimité le renvoi de ces projets d'article au Comité de rédaction. Reste à savoir si l'analogie doit aussi s'étendre à la clause de sauvegarde énoncée à l'article 19 du projet

d'articles sur la responsabilité de l'État²³⁷, et M. Kemicha, n'ayant pas de réponse tranchée sur ce point, s'en remet au Rapporteur spécial.

11. Le projet d'article 28 est tout aussi acceptable. La situation qu'il vise, celle où un État utilise abusivement la personnalité distincte d'une organisation internationale dont il est membre pour commettre des actes illicites ou pour se soustraire à ses obligations internationales, est en effet devenue courante. Sans anticiper sur le travail du Comité de rédaction, M. Kemicha fait siennes les réserves exprimées par certains membres sur la formulation du projet d'article 28, et il n'est à cet égard pas convaincu par les raisons invoquées par le Rapporteur spécial au paragraphe 73 pour abandonner le verbe «se soustraire», qui rend pourtant bien compte de la situation et qui est de loin plus explicite et plus conforme à la terminologie juridique que l'expression «s'il évite de se conformer à une obligation» proposée à l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 28. Plus généralement, la suggestion de M. Pellet tendant à suivre là aussi la terminologie de l'article 15 du projet d'articles en cours d'élaboration semble judicieuse.

12. S'agissant de la question cruciale de la responsabilité des membres d'une organisation internationale en cas de responsabilité de cette dernière, qui fait l'objet des paragraphes 75 à 96 du rapport, personne ne conteste que les organisations internationales sont désormais considérées comme des sujets de droit international ayant une personnalité juridique distincte de celle de leurs membres. Par contre, sur le point de savoir si les États engagent leur responsabilité lorsqu'une organisation dont ils sont membres commet un fait internationalement illicite, il existe une divergence de fond au sein de la Commission, même si une nette majorité de ses membres appuie l'approche retenue par le Rapporteur spécial. M. Kemicha avoue avoir été sensible aux arguments, encore largement minoritaires, exposés par M. Brownlie en séance et dans un article qu'il a fait distribuer aux membres de la Commission. Comment, en effet, admettre qu'on puisse octroyer aux États membres d'une organisation internationale une immunité les protégeant contre tout recours pour des faits illicites qu'ils peuvent avoir commis collectivement tout en étant membres d'une seule et même organisation? L'acte constitutif de l'organisation en cause ne peut être, selon M. Brownlie, pertinent pour délimiter l'étendue de la responsabilité des États membres ou l'écarter totalement, car il ne peut être opposable aux tiers. M. Brownlie en conclut que ce principe de non-responsabilité des États membres d'une organisation est pour le moins non conforme au droit international et contraire au principe d'équité.

13. Il est certes difficile de généraliser un principe dont l'application diffère d'une organisation à une autre selon l'acte constitutif de l'organisation concernée et son caractère universel ou régional. C'est fort à propos que le Président de la Commission a à cet égard rappelé la distinction fondamentale entre organisation d'intégration et organisation de coopération. M. Momtaz a pour sa part, à juste titre, appelé l'attention de la Commission sur la différence d'appréciation de la responsabilité de

²³⁷ Ibid., p. 27.

l'organisation ou de ses membres dans les situations de recours à la force selon que l'acte incriminé trouve son fondement dans une habilitation ou une décision obligatoire de l'organisation concernée.

14. Ayant suivi avec intérêt les débats qui ont eu lieu sur cette question au sein de la Commission et après avoir lu attentivement les paragraphes 75 à 96 du quatrième rapport du Rapporteur spécial, M. Kemicha est convaincu que le projet d'article 29 que propose le Rapporteur spécial représente somme toute un habile compromis. Il institue en effet un principe général exonérant les États membres d'une organisation internationale de toute responsabilité pour le fait internationalement illicite de l'organisation et en atténue la généralité et la rigidité en l'assortissant de deux exceptions. C'est pourquoi le renvoi de ce projet d'article au Comité de rédaction ne pose aucune difficulté. Le texte a néanmoins besoin d'être sérieusement remanié, et il pourrait être utile que M. Brownlie participe à ce remaniement car il pourrait, par-delà sa réticence de principe, atténuer par sa contribution la portée d'un principe quelque peu permissif au bénéfice des États membres d'une organisation internationale.

15. M. BROWNLIE précise que pour lui le projet d'article 29 souffre de deux vices fondamentaux. Premièrement, il est superflu, et ce d'autant plus que sa présence dans le projet d'articles n'a pas été expliquée et, deuxièmement, il contredit des principes fondamentaux du droit international général et modifie donc ce droit. Or il faudrait, pour procéder à une telle modification, bien davantage de justifications qu'il n'en a été fourni.

16. M. KOLODKIN relève qu'au paragraphe 54 de son rapport, le Rapporteur spécial indique que toutes les questions pouvant avoir une incidence sur la responsabilité d'un État à raison du comportement d'une organisation internationale n'ont pas à être examinées dans le contexte des articles sur la responsabilité des organisations internationales et que, par exemple, les questions relatives à l'attribution du comportement à l'État sont déjà traitées dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État. Ainsi, ni les articles à l'examen, ni l'article 57 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État n'excluent l'application des articles sur la responsabilité de l'État aux questions de responsabilité d'un État à raison du fait internationalement illicite d'une organisation internationale²³⁸. Au surplus, les projets d'article sur la responsabilité de l'État sont un élément important du contexte dans lequel s'appliqueront les articles sur la responsabilité de l'État pour le fait internationalement illicite d'une organisation internationale. Il en découle que sont également applicables aux relations entre un État et une organisation internationale les dispositions des articles 5, 7 et 8 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État relatifs respectivement au comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique et au comportement sous la direction ou le contrôle de l'État.

17. M. Kolodkin est d'accord avec le Rapporteur spécial lorsqu'il affirme au paragraphe 58 de son rapport qu'il serait difficilement justifiable d'exclure que des États

puissent diriger, contrôler ou contraindre une organisation internationale de la même manière que s'il s'agissait d'un autre État. Il faut donc que le projet d'articles à l'examen contienne des articles analogues à ceux qui figurent au chapitre IV du projet d'articles sur la responsabilité de l'État²³⁹. À cet égard, M. Pellet a déjà appelé l'attention sur l'absence parmi les projets d'article proposés d'une disposition analogue à l'article 19 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État. Le paragraphe 63 du rapport contient une simple allusion au fait qu'il n'est pas nécessaire de reprendre cet article dans le projet à l'examen. Peut-être le Rapporteur spécial estime-t-il que cela va de soi, mais il serait préférable qu'il donne quelques explications sur les raisons de sa décision lorsqu'il récapitulera la discussion.

18. Comme on l'a déjà fait observer, le paragraphe 62 du rapport est important pour la compréhension des projets d'articles 25 à 27. On ne peut que souscrire à l'idée que le comportement visé ne pourrait pas consister simplement à participer au processus de prise de décisions de l'organisation et que l'État qui contraint une organisation peut être ou ne pas être un État membre de cette organisation. C'est un fait. Mais il est très difficile de distinguer le comportement d'un État membre de l'organisation en tant que membre de cette organisation, dans un cas, et en tant qu'entité juridique distincte, dans un autre. Si par exemple un État membre d'une organisation, proposant de prendre une certaine décision, affirme que si cette décision est adoptée il ne participera pas au financement des besoins éventuels de l'organisation, on pourra se demander s'il agit en qualité de membre de l'organisation ou en tant qu'entité juridique distincte. Autrement dit, la question se pose de savoir si le projet d'article 27 est applicable si la décision proposée par cet État, une fois adoptée, autorisera à mettre en cause sa responsabilité.

19. Cela étant, M. Kolodkin convient qu'il faut renvoyer les projets d'articles 25 à 27 au Comité de rédaction. Mais l'opportunité de la condition figurant à l'alinéa *b* commun aux projets d'articles 25 et 26 a été mise en question à la Sixième Commission. Ces dispositions ont déjà soulevé certains doutes – à propos d'autres projets d'article – dans l'esprit de M. Kolodkin, qui serait reconnaissant au Rapporteur spécial de lui fournir des explications dont on peut penser qu'elles seraient également utiles aux États.

20. M. Kolodkin souscrit à l'idée du projet d'article 28. Il n'est cependant pas convaincu de la justesse de la thèse développée aux paragraphes 66 à 68 selon lesquels le projet d'article 28 est un cas de figure inverse du projet d'article 15. Les deux cas de figure n'ont que quelques traits de ressemblance, sans plus. Comme d'autres membres de la Commission, M. Kolodkin estime que les formules proposées dans ce projet d'article 28 soulèvent certains doutes. En ce qui concerne l'alinéa *a* du paragraphe 1, on ne comprend pas très bien pourquoi il faut évoquer le cas d'un État qui évite de se conformer à une obligation internationale concernant certaines fonctions en transférant lesdites fonctions à l'organisation. De l'avis de M. Kolodkin, au moment où il délègue des fonctions, et même après, l'État peut agir en toute bonne foi, sans

²³⁸ Ibid., p. 31.

²³⁹ Ibid., p. 27, projets d'articles 16 à 19.

avoir à l'idée d'éviter de se conformer à une obligation internationale. Le problème du non-respect de l'obligation se pose ultérieurement. Il semble indispensable pour résoudre la question de la responsabilité dans ce cas qu'il y ait intention de se soustraire au respect des obligations au moment de la délégation d'une fonction à une organisation internationale. En ce qui concerne l'alinéa *b* du paragraphe 1, on ne comprend pas bien pourquoi il est question d'un fait qui «aurait impliqué» le non-respect de l'obligation. Pour M. Kolodkin, le paragraphe 1 du projet d'article 28 doit s'interpréter ainsi: l'État membre d'une organisation internationale porte une responsabilité internationale s'il transfère à cette organisation internationale une fonction (une compétence) nécessaire au respect d'une obligation internationale et que cette organisation internationale commet un fait qui, s'il avait été commis par cet État, aurait constitué une violation de cette obligation internationale. À cet égard, M. Kolodkin est d'accord avec M. Matheson, qui a fait observer que les États peuvent octroyer à une organisation internationale des fonctions dont ils ne sont pas eux-mêmes dotés. Ils peuvent aussi le faire de toute bonne foi, sans aucune intention d'éviter de remplir des obligations internationales.

21. Le projet d'article 29 soulève sans conteste le plus grand nombre de questions, même si le projet d'article 28 n'est pas moins important. En tout état de cause, il importe d'examiner le projet d'article 29 dans le contexte des projets d'article à l'examen, du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et d'autres dispositions du droit international général, notamment les questions de droit des organisations internationales. Les considérations de politique générale qui fondent cet article sont exposées aux paragraphes 93 et 94 du quatrième rapport du Rapporteur spécial. Elles ne reflètent cependant pas tout à fait l'équilibre des intérêts qui doit être à la base du projet d'article 29 dans la mesure où elles ne visent que la protection de l'intégrité de l'organisation, le processus de prise de décisions en son sein et, en conséquence, l'exonération des membres de l'organisation de toute responsabilité, du moins dans de nombreuses situations. Il n'y a pas là d'équilibre. Il semble à M. Kolodkin que l'équilibre d'intérêts dont parlait M^{me} Higgins dans son exposé préliminaire à l'adoption de la résolution II/1995 de l'Institut de droit international est beaucoup plus objectif et adéquat: «Les facteurs de politique générale pertinents sont, d'une part, le fonctionnement efficace et indépendant des organisations internationales et, d'autre part, la protection des tiers contre un risque indu de perte et de dommages où ils ne sont pour rien, dans leurs relations avec ces organisations.»²⁴⁰ C'est précisément cet équilibre d'intérêts que doit refléter l'article 29.

22. Aux paragraphes 75 à 82, le Rapporteur spécial analyse en détail deux exemples connus d'examen arbitral de la question de la responsabilité matérielle des organisations internationales et de leurs membres (*Westland Helicopters* et *Conseil international de l'étain*). Ces exemples n'impressionnent guère M. Kolodkin. Dans les deux cas, la question de la responsabilité matérielle

est apparue par suite d'une violation d'engagements contractuels. Dans les deux cas, ces contrats étaient soumis au droit interne et ont été examinés avant tout sous cet angle. Dans les deux cas, les organisations internationales ont agi en tant que sujets de droit privé, civil, et non de droit international public. Selon la doctrine, dans le contexte de la responsabilité des organisations internationales, il convient en général de faire une distinction entre les situations dans lesquelles les organisations internationales agissent en tant que personnes privées et celles dans lesquelles elles agissent en tant que personnes de droit public. En d'autres termes, il faut distinguer les situations où l'organisation internationale est responsable sur le plan financier – de l'inexécution d'obligations financières – et les autres cas.

23. Il convient bien entendu de prêter attention à la position prise par les États dans ces deux cas. Au paragraphe 90 de son rapport, le Rapporteur spécial indique que plus de 25 États qui avaient été poursuivis dans ces deux affaires partageaient le point de vue selon lequel on ne pouvait pas présumer que la responsabilité des États membres de l'organisation internationale était engagée. La position de ces États dans ces affaires est compréhensible. Au même paragraphe 90, le Rapporteur spécial tire la conclusion plus générale que ce point de vue est partagé par la grande majorité des États. Pour M. Kolodkin, cette affirmation est trop catégorique. Les 25 États en cause, les quelques autres États qui ont commenté cette question à la Sixième Commission et d'autres encore qui se sont exprimés dans le cadre de l'examen de la question de la *Licéité de l'emploi de la force* à la CIJ ne peuvent guère être considérés comme constituant une majorité absolue, même si, bien entendu, ils forment la majorité de ceux qui se sont exprimés sur cette question.

24. M. Kolodkin s'inscrit en faux contre l'opinion selon laquelle le projet d'article 29 n'est pas nécessaire et qu'il suffit de s'appuyer sur le droit international général de la responsabilité des États. Cette approche ne reflète pas les intérêts des tiers dans leurs relations avec les organisations internationales. Si l'on s'en tient au seul principe de la responsabilité des États, l'on devra toujours résoudre le problème de l'attribution du comportement illicite. Dans une situation où ce ne sont pas seulement les États, mais aussi les organisations internationales qui agissent, ce n'est pas simple. Cependant, le projet d'article 29 – et c'est très important – résout le problème de la responsabilité de l'État membre d'une organisation sans qu'il soit nécessaire d'attribuer à cet État le comportement en cause.

25. Par ailleurs, ce projet contient non pas deux exceptions, mais beaucoup plus. M. Kolodkin se demande pourquoi l'on parle presque tout le temps de deux exceptions seulement, c'est-à-dire celles qui sont exposées aux alinéas *a* et *b*. Le projet d'article 29 commence par indiquer que l'État membre d'une organisation est responsable dans les cas prévus par les articles précédents et ce n'est qu'ensuite que s'ajoutent les exceptions prévues aux alinéas *a* et *b*.

26. M. Kolodkin ne souscrit pas à la thèse selon laquelle le projet d'article 29 crée une situation de non-responsabilité. Le fait que les organisations internationales jouissent

²⁴⁰ *Annuaire*, vol. 66, t. 1, session de Lisbonne (Travaux préparatoires), Paris, Pedone, 1995, p. 288.

de l'immunité de juridiction ou qu'il ne soit pas possible qu'elles participent à l'examen d'affaires jugées par la CIJ est un problème de mise en œuvre de la responsabilité, mais non pas d'existence ou d'inexistence de la responsabilité en tant que telle. Dans de nombreux cas, il n'est pas simple non plus de mettre en œuvre la responsabilité dans les relations entre États, notamment si un règlement judiciaire est impossible. C'est un problème qui n'est pas seulement un problème de responsabilité liée au comportement des organisations internationales ou des États membres d'organisations internationales.

27. Dans la doctrine, les avis sur l'opposabilité de la personnalité juridique internationale des organisations à des tiers divergent profondément. Il semble toutefois que la logique du projet à l'examen amène à reconnaître cette opposabilité et à régler sur cette base le problème de la responsabilité des États membres pour les faits de l'organisation. Le projet d'article 2 donne une définition de l'organisation internationale aux fins du projet d'articles qui prévoit que l'organisation doit avoir la personnalité juridique internationale. Les projets d'article ne s'appliquent pas aux autres organisations. Au surplus, la personnalité juridique internationale des organisations, si l'on en juge par le projet d'article 2, ne dépend pas de sa reconnaissance par des tiers.

28. À première vue, le projet d'article 29 est fondamentalement différent des articles 5 et 6 de la résolution II/1995 de l'Institut de droit international²⁴¹. Cependant, si on le rapproche des articles précédents, notamment le projet d'article 28, et si l'on n'exclut pas la possibilité d'appliquer également à de telles situations les règles d'attribution du comportement des États, les différences n'apparaissent pas si grandes. C'est pourquoi, comme l'a proposé M. Dugard, M. Kolodkin pense que l'on devrait s'inspirer des articles de la résolution de Lisbonne pour la mise au point de l'article 29, article qu'il juge nécessaire. La proposition de M. Brownlie d'ajouter les mots «en tant que tel» au début de l'article est intéressante.

29. Ainsi, bien que l'article 29 soit loin d'être parfaitement limpide, M. Kolodkin ne s'oppose pas en principe à ce qu'il soit renvoyé au Comité de rédaction. De toute façon, les projets d'article à l'examen ne couvrent pas en totalité les questions auxquelles ils sont consacrés. Il s'agit plutôt d'un cadre autour duquel, compte tenu d'autres normes juridiques et du contexte factuel de chaque cas particulier, se construira un règlement juridique de la question de la responsabilité soit d'une organisation, soit de ses membres, soit de l'organisation et de ses membres.

30. M. MOMTAZ dit qu'il a été frappé par la distinction faite par M. Kolodkin entre les activités de l'organisation internationale agissant en tant que sujet de droit interne d'une part et sujet de droit international de l'autre. Il souhaiterait que M. Kolodkin développe cette distinction et précise quelles en sont les conséquences sur le plan de la responsabilité, en tenant compte de l'obstacle de l'immunité dont jouissent les organisations internationales sur le territoire de leurs États membres et même celui d'États non membres.

31. M. KOLODKIN dit que cette distinction existe dans la pratique et que les organisations qui sont uniquement des sujets de droit interne ne relèvent pas du projet d'articles. Cette distinction peut néanmoins avoir son importance en ce qui concerne le droit applicable et la responsabilité des organisations internationales et de leurs États membres.

32. M. PELLET se dit troublé par la position adoptée par M. Kolodkin, qui n'est pas nouvelle puisqu'elle remonte à l'époque soviétique, les autorités d'URSS l'ayant vigoureusement défendue dans les années 40 dans l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*. Il s'étonne que l'on refuse d'admettre que les organisations internationales ont une personnalité juridique internationale non seulement subjective mais aussi objective. Si, pour établir le caractère objectif de l'ONU, la CIJ s'est fondée sur un raisonnement peu convaincant, le juge Krylov a quant à lui donné dans son opinion dissidente la bonne explication du caractère objectif de la personnalité juridique de l'ONU: l'ONU existe parce qu'elle existe. Le postulat dont parle M. Kolodkin paraît inacceptable, et s'il n'est pas nécessaire de résoudre expressément le problème dans le cadre du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales, il faut néanmoins être bien clair à cet égard. Si l'on suivait M. Kolodkin, les choses changeraient radicalement en ce qui concerne non seulement le projet d'article 29 mais d'autres aspects du projet.

33. M. KOLODKIN dit que l'opinion qu'il a évoquée n'est pas propre aux juristes de l'ex-URSS ou de la Fédération de Russie, car d'autres auteurs originaires d'autres pays la défendent eux aussi.

34. D'autre part, l'article 2 du projet en cours d'élaboration donne la définition d'une organisation internationale aux fins du projet d'articles, et c'est sur cette définition qu'il se fonde.

35. Le PRÉSIDENT, intervenant en tant que membre de la Commission, se dit troublé comme M. Pellet par la déclaration de M. Kolodkin sur la personnalité juridique de l'organisation. Il s'est souvenu à cet égard d'une phrase du professeur Reuter: les États créent des organisations internationales à leur service mais lorsque ces organisations internationales se mettent à l'ouvrage, les États qui les ont créées sont les premiers à s'employer pour qu'elles n'agissent pas dans le sens qu'eux-mêmes ont voulu. C'est là l'un des aspects du paradoxe de la personnalité juridique internationale des organisations internationales.

36. Les organisations internationales, fortes de leur personnalité juridique internationale, concluent des accords, notamment des accords de siège, dont l'application se traduit par la conclusion d'autres actes juridiques qui ne relèvent pas toujours, du point de vue du contentieux auquel ils peuvent donner lieu, du droit international mais bien du droit interne. Le Président se demande si cet aspect de la question devrait être examiné dans le cadre du sujet de la responsabilité des organisations internationales.

²⁴¹ Ibid., t. 2, p. 449.

37. M. BROWNLIE dit que l'évocation par le Président des accords de siège lui a rappelé une évidence: les immunités des organisations internationales sont toujours prévues expressément, soit dans des accords de siège, soit dans l'acte constitutif ou des accords bilatéraux. Ce qui est frappant en matière de responsabilité des organisations internationales envers les États tiers, c'est au contraire l'absence d'immunité. Or la Commission, avec le projet d'article 29 tel que libellé, est en train de créer une immunité au profit des États membres des organisations internationales. Une telle immunité automatique n'existe pas en droit international général, et c'est pour cela qu'il faudrait insérer les mots «en tant que tel» après le mot «responsable» au projet d'article 29.

38. M. GAJA (Rapporteur spécial) fait observer que la question de l'immunité des organisations internationales sous ses différents aspects ne relève pas du sujet à l'examen. Il a en outre été quelque peu troublé par la déclaration de M. Kolodkin selon laquelle la jurisprudence qu'il mentionne dans son rapport ne serait pas pertinente parce qu'elle concerne le droit interne. Les affaires en question, qui sont les seules que le Rapporteur spécial connaisse sur le sujet et qu'il a analysées aux paragraphes 76 à 82 de son rapport, ne fournissent certes pas de solution quant à ce qui constitue le droit international coutumier, mais elles n'en donnent pas moins des indications et on ne peut les ignorer.

39. M. ECONOMIDES approuve les projets d'articles 25, 26 et 27 proposés par le Rapporteur spécial et calqués sur les dispositions correspondantes du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite²⁴². Cette démarche était nécessaire en l'occurrence, alors qu'elle n'était ni nécessaire ni souhaitable pour certaines circonstances excluant l'illicéité des situations qui, au demeurant, ne sont plus à l'étude. Il serait néanmoins utile, en ce qui concerne ces articles, d'entendre la réponse du Rapporteur spécial aux suggestions de M. Dugard, qui ne manquent pas d'intérêt.

40. M. Economides appuie aussi pleinement, quant au fond, le projet d'article 28, car il partage l'opinion de la doctrine citée au paragraphe 72 du rapport, qui préconise la responsabilité des États membres lorsqu'ils utilisent abusivement la personnalité distincte de l'organisation afin de commettre des actes illégaux, ou afin de se soustraire à leurs obligations juridiques. Dans un tel cas, l'État agit manifestement de mauvaise foi ou même de manière frauduleuse ou dolosive, un aspect qui n'a pas été assez souligné et qui est une circonstance aggravante de la responsabilité. Le libellé de l'article 28 est néanmoins étrange, voire étonnamment sophistiqué, pour un texte se rapportant à la responsabilité qui devrait être en quelque sorte libellé comme un texte pénal, de façon aussi claire et directe que possible. Le terme «évite», à l'alinéa *a*, semble sanctionner une intention et non un fait illicite précis. M. Economides partage sur ce point l'opinion de M. Pellet et d'autres membres de la Commission. En second lieu, on peut se demander, comme M. Kolodkin, si, à l'alinéa *b*, l'expression «aurait impliqué le non-respect de cette

obligation» est suffisante pour engager la responsabilité internationale d'un État. La liaison entre les alinéas *a* et *b* devrait être à cet égard considérablement renforcée et il serait sans doute préférable, à l'alinéa *a*, de dire «s'il ne se conforme pas à une obligation internationale lui incombant» au lieu de «s'il évite de se conformer à une obligation internationale». En fait, c'est la totalité de l'article qui doit être entièrement remaniée.

41. Quant à l'article 29, il s'agit d'une disposition difficile. La pratique en la matière est inconsistante et controversée, et le seul élément faisant autorité dont on dispose est la résolution II/1995 de l'Institut de droit international qui aurait, comme l'a dit M. Kolodkin, dû inspirer davantage le Rapporteur spécial. M. Economides accepte dans son principe la responsabilité exclusive de l'organisation internationale pour son fait internationalement illicite, à moins que les règles ou même la pratique de l'organisation ne mettent en œuvre un autre système de responsabilité. On ne peut en effet interdire aux États de prévoir un système de responsabilité différent, par exemple un système de responsabilité conjointe, subsidiaire ou autre. Cette exception est une exception centrale, mais deux autres exceptions doivent être prévues, comme le propose le Rapporteur spécial, des exceptions spécifiques qui s'appliqueraient au bénéfice des tiers lésés. Aux termes de la première de ces exceptions, un État membre d'une organisation internationale engagerait sa responsabilité internationale s'il avait expressément accepté cette responsabilité et, aux termes de la seconde, si, par sa conduite, il avait accepté cette responsabilité implicitement mais sans ambiguïté. Dans les deux cas, il y a acceptation de la responsabilité.

42. M. Economides se demande enfin, suite à l'intervention de M. Yamada, si une troisième exception supplémentaire ne devrait pas être prévue, pour le cas où l'organisation internationale n'est pas solvable et ne peut verser d'indemnité aux tiers lésés. Peut-être faudrait-il dans ce cas donner à ces tiers la possibilité de se retourner contre les États membres. Quoi qu'il en soit, la question mérite d'être examinée.

43. Pour M. Economides, les projets d'articles 25 à 29 peuvent être renvoyés au Comité de rédaction, mais le projet d'article 29 doit être considérablement modifié quant au fond.

44. M. PELLET dit que la question soulevée par M. Yamada et reprise par M. Economides est très intéressante: si les organisations internationales causent des dommages importants, elles n'ont souvent pas les moyens d'indemniser. C'est une donnée de fait. Mais la solution ne consiste pas à faire de cette situation une exception supplémentaire. L'article 29 doit poser le principe de la responsabilité de l'organisation parce que l'organisation existe. La seule solution est de résoudre le problème au plan de la réparation. Si la responsabilité de l'organisation est engagée et si l'organisation n'a pas les moyens de tirer les conséquences de sa responsabilité, il est raisonnable, dans le cadre du développement progressif du droit international, de prévoir que les États membres viendront à son secours pour prendre à leur charge les conséquences de la responsabilité. On peut logiquement supposer qu'en entrant dans l'organisation, ils se sentent implicitement

²⁴² *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 27, projets d'articles 16 à 19.

responsables au sens de «*liable*», «*accountable*» (et non au sens de «*responsible*»). La responsabilité engagée est cependant celle de l'organisation. Au stade de la réparation, il faudra certainement assouplir les conséquences normales de la responsabilité. Mais il serait fâcheux de confondre les problèmes de réparation avec les problèmes d'engagement de la responsabilité.

45. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en sa qualité de membre de la Commission, dit qu'il approuve l'idée de régler ce problème au niveau de la réparation. Lui-même a envisagé deux possibilités. La première consiste à faire de cette situation une troisième exception, mais c'est la solution exclue par M. Pellet. La seconde consiste à faire du texte actuel un «paragraphe 1 qui serait suivi d'un paragraphe 2» consacré à la situation de l'organisation internationale qui ne serait pas en mesure de s'acquitter de sa responsabilité à l'égard des tiers, en complétant cette idée par le fait qu'une telle responsabilité serait assumée conjointement par les États membres. Il serait peut-être opportun de poser déjà le principe de cette situation, quitte à préciser au niveau des conséquences, comme le suggère M. Pellet, la responsabilité conjointe et supplétive de l'ensemble des États membres.

46. M. PELLET n'est pas d'accord avec cette manière de présenter les choses. La structure du projet consiste en une première partie, dont relève le projet d'article 29, relative à l'engagement de la responsabilité pour un fait internationalement illicite de l'organisation. La Commission verra ensuite quelles en sont les conséquences, la principale étant la réparation. Ajouter quelque chose au projet d'article 29 reviendrait à mélanger la question de l'engagement de la responsabilité et celle des conséquences. À la rigueur, on peut envisager une clause «sans préjudice», un deuxième paragraphe disposant que le principe énoncé au premier paragraphe s'applique sans préjudice des modalités de la réparation. Mais ce serait quand même un grand pas, et il vaut mieux garder cette possibilité en réserve, en attendant de débattre la question. Il est important d'avoir soulevé le problème, mais il serait prématuré de le résoudre à ce stade.

47. Le PRÉSIDENT accueille favorablement l'idée d'une clause «sans préjudice» mais dit qu'il laisse au Rapporteur spécial le soin de traiter les différentes propositions.

48. M. CHEE relève qu'au paragraphe 57 de son rapport, le Rapporteur spécial envisage d'élargir ses travaux à la responsabilité des membres d'une organisation internationale qui ne sont pas des États mais d'autres organisations internationales, et d'insérer les dispositions pertinentes au chapitre IV intitulé «Responsabilité d'une organisation internationale à raison du fait d'un État ou d'une autre organisation internationale».

49. Les paragraphes 58 à 63 du même document traitent des cas où il y a «aide ou assistance, direction ou contrôle, et coercition de la part d'un État dans la commission d'un fait internationalement illicite d'une organisation internationale». Un État qui agirait ainsi engagerait logiquement sa responsabilité. S'agissant du projet d'article 26, on pense par exemple à un État puissant qui dirigerait ou contrôlerait une organisation internationale

à ses propres fins politiques. Mais une organisation internationale qui commettrait un fait en connaissance des circonstances resterait responsable.

50. Les paragraphes 64 à 74 traitent de l'utilisation par un État qui est membre d'une organisation internationale de la personnalité distincte de cette organisation. Le Rapporteur spécial évoque à ce propos au paragraphe 66 le cas d'un État qui serait partie à un traité interdisant la mise au point de certaines armes et qui indirectement acquerrait le contrôle de ces armes en se servant d'une organisation internationale non liée par le traité. Un exemple serait bienvenu.

51. M. Chee approuve par ailleurs le projet d'article 28 proposé par le Rapporteur spécial.

52. Enfin, les paragraphes 75 à 96 traitent de l'aspect négatif de la responsabilité des organisations internationales, c'est-à-dire les cas où elles sont bel et bien responsables. Le Rapporteur spécial conclut qu'un État qui est membre d'une organisation internationale ne voit qu'exceptionnellement sa responsabilité engagée à raison d'un fait internationalement illicite de cette organisation. Idée qui est reflétée dans l'article 29 qu'il propose. Il peut être utile de noter à cet égard que le droit international accorde une certaine immunité aux actes des organisations internationales intergouvernementales, les soustrayant à l'application du droit tant interne qu'international. Cela dit, comme l'a souligné C. F. Amerasinghe, l'ONU a généralement accepté la responsabilité des faits illicites commis par les forces armées des États Membres intervenant sous son égide²⁴³.

53. Pour conclure, M. Chee approuve le renvoi des projets d'articles 25 à 29 au Comité de rédaction.

54. M. MELESCANU dit que son absence d'une année lui permet d'avoir un regard particulièrement objectif sur les progrès considérables des travaux concernant la responsabilité des organisations internationales. Il a été frappé par la divergence des points de vue exprimés pendant les débats mais pense que la question ne se trouve pas pour autant dans une impasse.

55. Si l'on part du principe fondamental qu'une organisation internationale a une personnalité distincte de celle de ses membres, il faut accepter que cela engendre sa responsabilité internationale pour des faits illicites, la responsabilité étant un des éléments de sa personnalité juridique. Reste la question de savoir dans quels cas on peut attribuer à l'État la responsabilité d'actes commis par une organisation internationale. M. Melescanu pense que la solution ne se trouve pas à l'article 29, mais au chapitre II consacré à l'attribution du comportement d'une organisation internationale. C'est donc dans le cadre de ce chapitre que l'on pourrait, si besoin est, préciser cette question.

56. L'un des principaux soucis de la Commission est d'empêcher les États d'utiliser une organisation internationale à des fins propres. L'idée est intéressante

²⁴³ *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2^e éd. révisée, Cambridge University Press, 2005, p. 401 et 402.

du point de vue politique et pratique, car il existe aujourd'hui nombre d'exemples qui justifient ce souci, mais elle ne fonctionne pas du point de vue juridique. Dès lors qu'il existe des règles sur l'attribution d'un fait à une organisation internationale – celles du chapitre II –, il est très difficile de définir des règles spéciales. À qui devrait être attribué l'acte, si ce n'est à l'organisation? Il pourrait être attribué à l'État qui a pris l'initiative d'un projet de résolution, par exemple. Mais le plus souvent, il s'agit d'États au-dessus de tout soupçon, qui proposent une résolution sans aucune arrière-pensée. Il est donc très difficile, du point de vue juridique, de construire un système qui empêcherait certains États d'utiliser les organisations internationales à leur profit.

57. La capacité des organisations internationales de réparer un préjudice causé par leurs activités est un autre motif de préoccupation. En réalité, personne n'a intérêt à ce que les organisations internationales soient responsables car leur responsabilité est en quelque sorte du type de celle des sociétés anonymes à responsabilité limitée (SARL), qui ne répondent de leurs actes que dans les limites de leur budget. M. Melescanu estime comme M. Pellet qu'il faut distinguer la question de l'engagement de la responsabilité de celle des conséquences, qui feront l'objet d'un autre chapitre. Celui-ci sera d'ailleurs d'autant plus difficile à rédiger que les conséquences sont souvent une réparation, de surcroît matérielle.

58. Pour conclure, M. Melescanu dit qu'il approuve le renvoi des projets d'articles 25 à 28 au Comité de rédaction. L'article 29 a également sa place dans le projet, sous réserve de quelques améliorations. À ce propos, la suggestion de M. Matheson visant à dire qu'un État n'est pas responsable «en tant que tel» est bienvenue, de même que celle de M. Koskenniemi tendant à ajouter un alinéa *c* pour couvrir le cas où un État a dénoncé le fait de l'organisation internationale, celle de M. Economides consistant à préciser que l'État a accepté «implicitement mais sans ambiguïté» sa responsabilité, et celle de M. Pellet concernant l'ajout d'une clause «sans préjudice».

Organisation des travaux de la session (suite*)

[Point 1 de l'ordre du jour]

59. M. OPERTTI BADAN, faisant référence au programme de travail, indique qu'il aurait souhaité présenter le document préliminaire qu'il a préparé sur le droit d'asile, mais qu'il a essuyé un refus de la part du secrétariat de la Commission. Il tient à exprimer son profond mécontentement face à cette situation, qui ne fait que confirmer qu'il existe au sein de la Commission différentes catégories de pays, de représentants et d'influences. La Commission pourra décider d'inclure ou non le droit d'asile dans ses travaux, mais la réalité, en attendant, est qu'il y a des réfugiés et des demandeurs d'asile partout dans le monde.

60. M. MIKULKA explique que le refus du secrétariat était dicté par l'organisation des travaux telle qu'elle a été décidée par le bureau.

61. Le PRÉSIDENT rappelle qu'un grand nombre de paramètres interviennent dans l'organisation des travaux et assure M. Opertti Badan que ni le bureau ni lui-même n'ont jamais songé à pratiquer la moindre discrimination à son égard ou à l'égard du groupe de pays qu'il représente.

La séance est levée à 12 h 5.

2895^e SÉANCE

Mardi 18 juillet 2006, à 10 h 5

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Al-Marri, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escaraméia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Opertti Badan, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M^{me} Xue, M. Yamada.

Déclaration du Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique

1. Le PRÉSIDENT invite M. Nicolas Michel, Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique, à présenter à la Commission les activités juridiques récemment entreprises par l'Organisation des Nations Unies.

2. M. MICHEL (Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique), après avoir félicité le nouveau membre de la Commission, M. Valencia-Ospina, pour son élection, dit que dans sa résolution 60/22 du 23 novembre 2005, l'Assemblée générale a exprimé ses remerciements à la Commission du droit international pour les travaux accomplis à sa cinquante-septième session et a engagé la Commission à achever, à la présente session, «ceux de ses travaux qui portent sur des sujets qui sont presque terminés». Il croit comprendre que des progrès considérables ont été accomplis à la présente session, en particulier en ce qui concerne les sujets «Protection diplomatique», «Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (Responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses)» et «Ressources naturelles partagées». Ces progrès permettent d'espérer que la Commission pourra achever la deuxième lecture des projets d'article et des projets de principe concernant les deux premiers sujets et la première lecture des projets d'article concernant le troisième sujet dans les semaines à venir. M. Michel félicite également la Commission pour les progrès qu'elle a accomplis dans l'examen de tous les autres sujets inscrits à son programme de travail.

3. Dans la même résolution, l'Assemblée générale a encouragé la Commission à continuer de prendre des mesures d'économie. M. Michel sait que la Commission

* Reprise des débats de la 2885^e séance.

a pris au sérieux cette demande maintes fois réitérée par l'Assemblée générale; il est convaincu qu'elle fera de même lorsqu'elle planifiera sa prochaine session. En particulier, il note avec satisfaction que, selon les statistiques publiées par la Division des services de conférence, la Commission utilise un pourcentage extrêmement élevé (98 %) des ressources mises à sa disposition en matière de services de conférence.

4. Toujours à propos des questions administratives et budgétaires, M. Michel appelle l'attention sur le cadre stratégique que l'Organisation des Nations Unies est en train d'établir pour la période 2008-2009. Le chapitre relatif à la codification et au développement progressif du droit international, notamment en ce qui concerne la Commission, a été élaboré en partant du principe que la durée des sessions de la Commission serait conforme à l'approche générale indiquée au paragraphe 735 du rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-deuxième session²⁴⁴. À ce propos, M. Michel demande instamment aux membres de la Commission de continuer à coopérer avec le Secrétariat dans l'effort entrepris pour faire face au volume important de documentation, en respectant de leur mieux les dates fixées pour la soumission des rapports établis par les rapporteurs spéciaux. De son côté, la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques, en sa qualité de secrétariat de la Commission, continuera à ne ménager aucun effort pour aider la Commission dans ses travaux, comme elle l'a fait récemment en établissant sa longue étude sur l'expulsion des étrangers (A/CN.4/565)²⁴⁵.

5. Une partie considérable des travaux de la Division de la codification sont consacrés à l'élaboration de publications dont la Commission est l'un des principaux bénéficiaires. Ainsi, la sixième édition de *La Commission du droit international et son œuvre* est déjà parue dans cinq des langues officielles de l'Organisation des Nations Unies²⁴⁶, et la version chinoise sera bientôt publiée. Des préparatifs ont déjà été entrepris en vue de l'établissement de la septième édition, qui rendra compte de l'évolution récente des travaux de la Commission. Quant à l'*Annuaire* de la Commission, la Division de la codification a achevé la numérisation de tous les volumes en anglais et en français parus depuis 1949 et les a affichés sur l'Internet. Des documents récents, qui n'avaient pas encore été inclus dans un *Annuaire* mais qui pouvaient être consultés à l'aide du système de disque optique de l'ONU, ont également été affichés sur l'Internet. Le Secrétariat étudie actuellement la possibilité de diffuser plus largement l'*Annuaire* à travers certaines bases de données électroniques commerciales, telles que LexisNexis, et de créer un service d'impression à la demande qui permettrait de fournir des volumes épuisés – ou des séries entières de l'*Annuaire* – sur commande spéciale. La Division de la codification, qui continue à élargir ses travaux de numérisation, achèvera bientôt ceux portant sur les actes et documents officiels des diverses conférences diplomatiques tenues sur la base des travaux de la Commission et ayant abouti à l'adoption de traités

multilatéraux importants. Elle a par ailleurs entrepris de numériser certaines de ses autres publications, en particulier l'*Annuaire juridique des Nations Unies* et les *Recueils des sentences arbitrales internationales*, qui comptent actuellement 25 volumes.

6. M. Michel tient à appeler l'attention de la Commission sur trois faits récents qui ont marqué les activités de l'ONU dans le domaine du droit international. Premièrement, dans le cadre de l'élaboration de nouveaux instruments juridiques internationaux sur la recommandation de la Sixième Commission, l'Assemblée générale, dans sa résolution 60/42 du 8 décembre 2005, a adopté le Protocole facultatif à la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, à l'issue de quatre années de négociations conduites par le Comité spécial sur la portée de la protection juridique offerte par la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé et le Groupe de travail de la Sixième Commission. Le Protocole facultatif élargit la portée de la protection offerte par la Convention de 1994 en étendant cette protection aux membres du personnel des Nations Unies et du personnel associé chargés d'apporter une aide humanitaire ou politique, ou une aide au développement dans le cadre de la consolidation de la paix, ou une aide humanitaire d'urgence. Il s'agit d'un instrument important pour les membres du personnel des Nations Unies et du personnel associé qui s'engagent dans des missions dangereuses partout dans le monde, au service de l'humanité, et il faut espérer qu'un nombre croissant d'États deviendront parties à ce protocole.

7. Deuxièmement, les travaux se sont poursuivis en vue de l'élaboration d'un projet de convention portant sur tous les aspects du terrorisme international, tant au sein du Comité spécial établi par la résolution 51/210 de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 1996 qu'au Groupe de travail de la Sixième Commission. Le Groupe de travail s'est réuni pendant la soixantième session de l'Assemblée générale et le Comité spécial en février 2006, afin de tenter une nouvelle fois de régler les questions en suspens, en particulier celle du champ d'application de la convention. Malgré la formulation de nouvelles propositions tendant à concilier les différents points de vue, rien ne permet d'espérer que les négociations déboucheront bientôt sur des progrès décisifs.

8. Troisièmement, des faits importants se sont produits dans le domaine de la justice en période de transition, avec la création de tribunaux hybrides en Sierra Leone et au Cambodge, d'autres étant prévus au Liban et, peut-être, au Burundi. Plusieurs procès sont en cours devant le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, à Freetown. Charles Taylor, ancien Président du Libéria, a été transféré au Tribunal spécial le 29 mars 2006. En vertu de la résolution 1688 (2006) du Conseil de sécurité en date du 16 juin 2006, il a ensuite été possible de le transférer à La Haye pour qu'il y soit jugé par une chambre du Tribunal spécial, après que le Gouvernement britannique a annoncé que, sous réserve de l'adoption de la législation nécessaire par le Parlement, il permettrait à M. Taylor d'exécuter sa peine au Royaume-Uni s'il était condamné par le Tribunal spécial. Le procès de M. Taylor devrait commencer à La Haye au début de 2007.

²⁴⁴ *Annuaire... 2000*, vol. II (2^e partie), document A/55/10, p. 138.

²⁴⁵ Document reprographié, disponible sur le site de la Commission.

²⁴⁶ Publication des Nations Unies (numéro de vente: 04.V.6), New York, 2005, 752 p.

9. En ce qui concerne le Cambodge, les juges nationaux et internationaux des chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens ont prêté serment lors d'une cérémonie officielle à Phnom Penh, le 3 juillet 2006. Les procureurs et cojuges d'instruction cambodgiens et internationaux ont été intronisés le même jour. Les deux procureurs ont commencé leurs travaux dans la deuxième semaine de juillet 2006. Ils devraient entreprendre leurs premières recherches à la fin de l'été et, si tout se passe bien, renvoyer la première affaire aux deux cojuges d'instruction vers la fin de 2006. L'un des plus grands défis que devront relever les chambres extraordinaires est l'âge avancé de plusieurs des personnes éventuellement visées par l'instruction et les poursuites: seulement 15 jours auparavant, un ancien chef khmer rouge qui était détenu par les autorités cambodgiennes depuis plusieurs années a été hospitalisé. Il faudra également expliquer au public cambodgien les travaux des chambres extraordinaires. Ces travaux seront étroitement surveillés afin de garantir le respect des normes internationales de justice, d'équité et de légalité.

10. Pour ce qui est du Burundi, une délégation de l'ONU s'y est rendue du 27 au 31 mars 2006, conformément à la résolution 1606 (2005) du Conseil de sécurité en date du 20 juin 2005, pour entamer avec le Gouvernement des négociations sur un cadre juridique en vue de la création d'une commission vérité et réconciliation et d'un tribunal spécial pour le Burundi. Les discussions ont porté sur trois points, à savoir la nature du processus de consultation nationale devant aboutir à la création de ladite commission, la non-applicabilité de l'amnistie aux crimes de génocide, aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre, et la relation entre la commission vérité et réconciliation et le tribunal spécial. La deuxième série de négociations portant sur un accord-cadre général et sur les instruments fondateurs de chaque mécanisme pourrait bientôt avoir lieu si les autorités burundaises apportaient des précisions sur un petit nombre de questions fondamentales qui ont déjà été examinées.

11. Quant au Liban, le Secrétaire général a été prié, par la résolution 1664 (2006) du Conseil de sécurité en date du 29 mars 2006, d'entamer des négociations avec les autorités libanaises en vue de la création d'un «tribunal international» chargé de poursuivre les personnes responsables de l'assassinat de l'ancien Premier Ministre, Rafic Hariri, et d'autres personnes. Deux projets d'instruments font actuellement l'objet de négociations: un accord entre l'ONU et le Gouvernement libanais, visant la création d'un tribunal spécial pour le Liban, et le statut qui lui est annexé. Des progrès notables ont été accomplis entre les parties sur le plan technique. Les projets, qui doivent encore faire l'objet d'une négociation officielle avec le Gouvernement libanais, seront ensuite examinés par le Conseil de sécurité avant la signature de l'accord.

12. La création de tribunaux de transition illustre l'évolution importante de la culture juridique internationale au cours des 10 ou 15 dernières années: elle ne doit pas être considérée comme un événement isolé, car elle s'inscrit dans un nouveau cadre de référence plus vaste. Bien que cette culture soit encore naissante, il n'est pas prématuré de formuler quelques conclusions provisoires.

Premièrement, alors qu'on pensait, dans le passé, que la paix devait prévaloir sur la justice, et que les responsables d'atrocités n'étaient pas poursuivis car on jugeait leur coopération cruciale pour la paix, il est désormais entendu qu'il n'y a pas de paix sans justice, et inversement. Les deux sont essentielles, la question étant de savoir comment parvenir à un équilibre. Deuxièmement, il est clair à présent qu'il faut absolument insister sur le caractère inacceptable de l'amnistie des crimes internationaux. Troisièmement, la relation entre la vérité et la réconciliation, d'une part, et la justice, d'autre part, ne peut être abordée qu'en mettant résolument l'accent sur l'indépendance du procureur pénal, qui doit être seul à pouvoir décider de poursuivre ou non les personnes en cause.

13. Le PRÉSIDENT remercie le Conseiller juridique pour sa déclaration, qui a rappelé à la Commission le lien étroit entre la codification et l'application du droit international. Il est temps que l'humanité redécouvre certaines valeurs qui se sont perdues, pour le bien des générations futures. Le Président invite les membres à faire des observations et à poser des questions.

14. M. GALICKI dit qu'il tient à saluer les efforts qu'entreprend la Division de la codification pour que les travaux de la Commission et d'autres organes puissent être facilement consultés sur l'Internet. Il est convaincu que c'est à juste titre que la Commission s'est félicitée d'avoir adopté le Protocole facultatif à la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé. Ayant participé aux travaux préparatoires concernant la Convention elle-même, qui ont commencé en 1984, il se rappelle très bien les difficultés qu'il a fallu surmonter pour faire en sorte que la Convention ait le champ d'application le plus large possible; le Protocole représente un pas de plus dans cette direction. Pour ce qui est de la justice de transition, la situation est moins satisfaisante. M. Galicki reconnaît le travail accompli par les organes de transition, mais il se demande si le Conseiller juridique pense qu'une prolifération de tribunaux internationaux spéciaux est préférable à une Cour pénale internationale fonctionnant pleinement.

15. M. DUGARD dit qu'il tient à commenter les remarques du Conseiller juridique sur l'amnistie. Comme celui-ci l'a déclaré, au cours des dernières années, la justice a été placée au-dessus de la paix; aucun effort n'a été épargné pour exclure l'amnistie, bien qu'elle soit acceptée dans les relations internationales depuis longtemps. M. Dugard se demande s'il est réaliste de continuer à vouloir interdire l'amnistie dans toutes les situations. En Ouganda, où la Cour pénale internationale est active, il faudra peut-être y recourir dans le cadre des négociations de paix actuelles. Il n'est pas suffisamment prêté attention à la possibilité d'une amnistie limitée ou conditionnelle; en tant que Sud-Africain, M. Dugard peut dire que l'amnistie conditionnelle permet de concilier paix et justice. Si le Statut de Rome de la Cour pénale internationale traitait de la question, une interdiction totale de l'amnistie pourrait être justifiée; mais le Statut l'ignore soigneusement. Il serait plus avisé de poursuivre l'objectif de l'amnistie conditionnelle plutôt que la chimère de l'interdiction de toutes les formes d'amnistie.

16. M^{me} ESCARAMEIA dit que, comme M. Galicki, elle est préoccupée par la relation entre la Cour pénale internationale et les tribunaux spéciaux. Elle se demande si l'ONU a conçu une stratégie relative à la création de ce type de tribunaux. Il est vrai qu'ils connaissent d'affaires qui, pour une raison ou une autre, ne relèvent pas de la compétence de la Cour pénale internationale; mais elle se demande si une politique a été élaborée en vue d'encourager ou de décourager la création de ces tribunaux lorsque les crimes en question sont de même nature que ceux dont s'occupe la Cour pénale internationale. Elle craint en effet que le recours à des tribunaux spéciaux freine l'activité de la Cour.

17. Dans un certain nombre de pays, y compris le Timor Leste, les commissions vérité et réconciliation examinent des affaires portant sur des délits mineurs, tandis que des tribunaux spéciaux sont établis dans ces pays pour entendre et juger des personnes accusées de crimes internationaux très graves. M^{me} Escarameia souhaiterait savoir s'il existe des critères permettant de décider si une affaire doit être confiée à une commission vérité et réconciliation ou à un tribunal spécial. Si tel est le cas, quels sont-ils?

18. M. MICHEL (Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique) dit qu'à son avis, même avec un système de justice pénale internationale de plus en plus universellement accepté, ce sera toujours aux États qu'incombera principalement la responsabilité de poursuivre et de punir les auteurs des crimes les plus graves. Ce n'est que s'ils ne peuvent ou ne veulent accomplir cette tâche que la Cour pénale internationale devrait exercer sa compétence sur ces crimes en vertu du principe de complémentarité.

19. Cette affirmation doit toutefois être nuancée. Premièrement, il faut garder à l'esprit que, même si le Statut de Rome de la Cour pénale internationale a été ratifié par 100 États, il n'est pas encore universellement accepté. Il est vrai que cet obstacle peut être contourné, puisque le Conseil de sécurité peut renvoyer au Procureur de la Cour des situations qui, sans cela, ne relèveraient pas de sa compétence en raison du fait que, par exemple, les États concernés ne sont pas parties au Statut de Rome.

20. Deuxièmement, il est clair que certains États ne possèdent pas encore de système juridique capable de traiter pleinement la question de la responsabilité pénale individuelle. De fait, leur système juridique s'est parfois complètement effondré et il est donc illusoire d'espérer qu'ils seront en mesure de s'acquitter de leurs tâches et de poursuivre les auteurs de crimes graves qui préoccupent la communauté internationale. Deux choses sont donc nécessaires. Premièrement, il faut que d'autres États deviennent parties au Statut de Rome; deuxièmement, il est essentiel de renforcer la capacité des systèmes juridiques nationaux. À cette fin, la communauté internationale doit mettre au point un programme d'assistance plus étoffé et plus efficace en faveur des États qui souhaiteraient que les membres de leurs services juridiques bénéficient de possibilités de formation.

21. Les questions des membres de la Commission semblent sous-entendre que la communauté internationale ne devrait pas créer de tribunaux spéciaux ou mixtes

lorsque les affaires à examiner sont de la compétence de la Cour pénale internationale. Or, pour que le système de justice internationale fonctionne, il faut trouver des solutions inventives lorsque les tribunaux d'un pays donné sont jugés capables, en principe, d'exercer la compétence pénale, mais ont besoin d'une assistance internationale, pas nécessairement sous la forme de la participation de juges internationaux ou de la création d'un tribunal mixte, mais plutôt dans la conduite de leurs activités quotidiennes.

22. Concernant la question épineuse de l'amnistie des crimes internationaux tels que les crimes de guerre, le génocide et les crimes contre l'humanité, ou d'autres crimes qui pourraient être considérés comme des crimes internationaux à l'avenir, M. Michel pense qu'il est vital de tirer des enseignements du passé, et c'est pour cela qu'il remercie M. Dugard d'avoir mentionné l'expérience de son pays. Avant de décider s'il est ou non réaliste de viser l'interdiction totale de l'amnistie de ces crimes, il est essentiel de vérifier ce que l'on entend par amnistie «conditionnelle» ou «limitée». Malheureusement, les négociations visant à conclure des accords de paix doivent parfois être menées avec des personnes qui pourraient être responsables de crimes internationaux. On peut alors se demander s'il ne serait pas préférable de suspendre les poursuites, ou de ne pas en engager, pendant la phase menant à la conclusion d'un accord de paix et à l'établissement des fonctions vitales de l'État.

23. La situation qui prévaut dans certains pays où l'amnistie a été accordée, ou bien où les auteurs des pires crimes n'en ont pas assumé la responsabilité pénale, montre que même après de nombreuses années, ces pays demeurent hantés par le souvenir du rôle qu'ont joué certaines personnes qui, parfois, sont même revenues au pouvoir. Il est évident que ces pays ont beaucoup de mal à poser les fondements d'une paix durable.

24. Il faut donc faire preuve d'une certaine souplesse, en tenant compte de ce que l'on entend par amnistie «limitée» ou «conditionnelle». Cela étant, il serait difficile de transiger sur le principe lui-même. Le but de la justice de transition est, bien entendu, de punir les principaux auteurs de crimes internationaux et de donner aux victimes le sentiment que justice a été faite. En sus de cela, il s'agit de produire un effet sur la société dans son ensemble et de créer les conditions d'une paix durable. Dans ce contexte, il est essentiel de bien réfléchir à toute la question d'une réparation consistant à poursuivre et à condamner les principaux coupables. En Sierra Leone, quelques dizaines de millions de dollars sont investis chaque année dans le Tribunal spécial, mais seulement 11 personnes ont finalement été jugées. S'il est convaincu de la nécessité de ce processus, M. Michel pense qu'il faut, dans d'autres situations similaires, évaluer la meilleure manière de déterminer les conséquences que devront assumer les auteurs de crimes graves qui n'ont pas été traduits devant le Tribunal. Les tribunaux mixtes sont tellement coûteux qu'il existe probablement une zone grise entre ce qui peut être accompli par une commission vérité et réconciliation et le champ limité de l'activité d'un tribunal pénal international ou d'un tribunal mixte. Il faudrait réfléchir à la meilleure façon de traiter les criminels qui devraient comparaître devant un tribunal

plutôt que devant une commission vérité et réconciliation, mais dont les méfaits ne sont pas de la compétence d'une cour pénale internationale. Il faut réfléchir de manière créative pour être certain que justice sera faite en pareilles circonstances. Cependant, il n'est peut-être pas toujours réaliste d'espérer que le système juridique national pourra être développé, réformé et renforcé à temps de manière à traiter lui-même les affaires qui ne peuvent être examinées par la Cour pénale internationale ou par un tribunal mixte.

25. La solution doit donc résider dans un ensemble de mesures appropriées et diversifiées. Les efforts devraient tendre avant tout à mettre un terme à l'ancienne culture d'impunité. Lorsque de nouvelles commissions vérité et réconciliation sont créées, il ne faudrait certainement pas exclure automatiquement la possibilité que les personnes qui comparaissent devant elles puissent ultérieurement être traduites en justice.

26. Le Secrétariat et le Conseil de sécurité traversent actuellement une phase d'apprentissage de la relation entre les commissions vérité et réconciliation et les tribunaux spéciaux. Il est nécessaire de tirer les enseignements des erreurs et des réussites passées, et de faire preuve de créativité, car deux situations ne sont jamais exactement semblables. Quant à la relation entre commissions vérité et réconciliation et tribunaux spéciaux, au Burundi, par exemple, il faudrait tenir compte du fait que ce pays est affecté depuis 40 ans par une série de cycles de violence. Naturellement, il ne serait guère réaliste de s'attendre à ce que le tribunal juge tous ceux qui, pendant toutes ces années, ont pu être responsables de crimes de guerre ou d'autres crimes internationaux. C'est pourquoi il faudra prévoir des mécanismes appropriés pour les personnes dont on ne saurait se contenter de les voir comparaître devant une commission vérité et réconciliation, mais dont il est peu probable qu'elles soient jugées par un tribunal international.

27. M. MOMTAZ dit que l'un des plus grands freins à la détermination de l'ONU pour ce qui est de mettre fin à la culture de l'impunité est que les personnes soupçonnées de crimes internationaux sont encore en fuite. Lorsque l'ONU est présente sur le terrain, elle peut jouer un rôle très important en aidant à les retrouver et à les arrêter. Le 11 novembre 2005, le Conseil de sécurité a pris une mesure très importante, l'adoption de la résolution 1638 (2005) en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, qui a élargi le mandat de la Mission des Nations Unies au Libéria en lui demandant d'arrêter et d'emprisonner l'ancien Président Charles Taylor et de le transférer en Sierra Leone pour qu'il y soit jugé.

28. Le Conseiller juridique pense-t-il qu'une telle politique puisse être envisagée à l'avenir? Quels en seraient les dangers? Il faut garder à l'esprit le fait que les forces de l'ONU doivent respecter le principe de neutralité et d'impartialité, bien qu'elles soient fréquemment les seules à pouvoir arrêter les personnes soupçonnées de crimes internationaux.

29. M. BROWNLIE, se référant aux diverses résolutions du Conseil de sécurité relatives à la présence de la force multinationale en Iraq, en particulier la résolution 1546 (2004) en date du 8 juin 2004, dit qu'il souhaiterait savoir

comment le Conseiller juridique et ses collègues évaluent le caractère juridique du régime créé par ces résolutions. Il existe plusieurs possibilités. On pourrait penser qu'il s'agit d'une occupation belligérante au sens du droit international classique. De l'avis de M. Brownlie, cette possibilité peut probablement être écartée: elle ne semble pas être reflétée dans les résolutions, le régime n'a pas été appliqué sur le terrain et, pour autant qu'il le sache, les États les plus directement concernés ne reconnaissent pas l'existence d'une occupation belligérante. Les deux autres points de vue pourraient être, premièrement, que les résolutions du Conseil de sécurité créent un régime d'occupation militaire *sui generis* ou, deuxièmement, que l'État iraquien est indépendant et que les forces étrangères sont présentes sur son territoire avec le consentement d'un Gouvernement iraquien légitime.

30. M. KAMTO dit qu'il a quelques préoccupations concernant la question de la justice de transition. Dans les pays en développement, en particulier ceux d'Afrique, l'impression que cette justice a deux poids, deux mesures, ou vise uniquement les faibles et les pauvres, est à l'origine d'un sentiment de malaise persistant. Cela explique l'attitude du Sénégal et des membres de l'Union africaine à l'égard de l'ancien chef d'État tchadien Hissène Habré²⁴⁷. L'impression règne, même dans les pays en développement, que les ressortissants des pays qui ne bénéficient pas d'un soutien suffisant de la part de la communauté internationale ou du Conseil de sécurité risquent davantage d'être traduits devant une cour de justice. L'ONU en est-elle consciente, et dispose-t-elle d'une stratégie pour y remédier?

31. M. Kamto souhaiterait également savoir pourquoi le Conseiller juridique n'a pas inclus l'agression parmi les crimes qui sont de la compétence de la Cour pénale internationale. Elle est expressément mentionnée à l'article 5 du Statut de Rome et bien qu'elle n'y soit pas définie, elle est considérée comme l'un des quatre crimes les plus graves qui préoccupent la communauté internationale. Elle peut également être vue comme étant à l'origine de tous les autres crimes, puisqu'il n'y a pas de guerre sans un acte initial qui est, dans quasiment tous les cas, un acte d'agression. Quels progrès ont été accomplis en vue de définir ce crime? Y a-t-on renoncé? Le moment n'est-il pas venu de redoubler d'efforts pour faciliter l'application du Statut de Rome? En outre, la définition de l'agression pourrait permettre de limiter les conflits qui donnent lieu aux autres crimes énumérés à l'article 5.

32. M. DAOUDI, souscrivant à l'opinion du Conseiller juridique concernant l'importance de la relation entre justice et paix, dit que l'ONU n'a pas été en mesure de faire appliquer les nombreuses résolutions qu'elle a adoptées sur des problèmes, souvent d'ampleur régionale, qui ont entraîné des conflits chroniques au cours desquels des crimes internationaux ont été commis. En conséquence, depuis 10 ou 15 ans, l'accent semble être mis sur le

²⁴⁷ Voir à cet égard, Lettre datée du 20 février 2006, adressée au Président de l'Assemblée générale par le Représentant permanent du Congo auprès de l'Organisation des Nations Unies (A/60/693), annexe I, Décisions, déclarations et recommandation adoptées par la Conférence de l'Union africaine à sa sixième session ordinaire, Décision sur le procès d'Hissène Habré et l'Union africaine [Assembly/AU/Dec.103 (VI)], p. 16.

jugement et la condamnation des auteurs de ces crimes plutôt que sur la prévention. Il existe à l'ONU un système visant à protéger la paix et la sécurité internationales, mais il peut être compromis par l'absence de tout régime de diplomatie préventive. Le Conseiller juridique approuve-t-il la nécessité de réformer le système afin de garantir la paix et, partant, la justice?

33. Le PRÉSIDENT, intervenant en tant que membre de la Commission, fait observer que l'ONU est omniprésente dans les affaires mondiales et qu'il est impossible de séparer le droit de la manière dont les gens perçoivent l'action politique ou autre visant à le faire respecter. Il demande quelle est la place de la présence universelle de l'ONU dans le vaste processus de réforme engagé par le Secrétaire général. Si l'ONU tente de régler chaque conflit qui émerge, cela contribuera-t-il à accélérer le processus de réforme ou bien à l'entraver, comme on peut le craindre?

34. M. MICHEL (Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique) dit que comme M. Momtaz, il est préoccupé par le fait que trop souvent, les personnes soupçonnées de crimes internationaux sont encore en fuite. La question des procès *in absentia* a été examinée pendant l'élaboration des Statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie²⁴⁸ et du Tribunal pénal international pour le Rwanda²⁴⁹. La décision de ne pas les autoriser était motivée par plusieurs éléments. Premièrement, ce type de procès est jugé incompatible avec la tradition de la *common law*. Il a été estimé en outre que, pour que ces tribunaux permettent d'atteindre les objectifs pour lesquels ils avaient été créés, les accusés devaient participer en personne aux procès. La question demeure toutefois ouverte. Quant au projet de tribunal pour le Liban, c'est la première fois qu'un organe de ce type est envisagé dans une tradition de droit civil, puisque le système libanais est relativement proche du système français dans lequel les procès *in absentia* sont autorisés.

35. Il est vrai que la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que les procès pénaux *in absentia* dans lesquels l'accusé n'avait pas le droit de présenter sa défense étaient contraires à la Convention européenne des droits de l'homme, même si la personne condamnée avait le droit de demander un nouveau procès et de comparaître devant la Cour. Ni l'ONU ni les États qui ne sont pas parties à la Convention ne sont liés par la jurisprudence de la Cour, mais il est évident que la communauté internationale doit prendre en compte la jurisprudence d'un organe de cette importance. En d'autres termes, si, à l'avenir, de nouveaux systèmes judiciaires devaient permettre les procès *in absentia*, il faudrait veiller à ce que les suspects absents à leur procès puissent présenter leur défense. Il faudrait en outre examiner les conséquences qu'aurait sur son droit de demander un nouveau procès le fait qu'une personne déclarée coupable ait été conseillée et représentée par un avocat.

²⁴⁸ Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité (S/25704), annexe.

²⁴⁹ Résolution 955 (1994) du Conseil de sécurité, en date du 8 novembre 1994, annexe.

36. Cependant, la question de M. Momtaz portait principalement sur le mandat des forces de l'ONU pour ce qui est de retrouver et d'arrêter des personnes faisant l'objet d'une information ou de poursuites de la part de tribunaux internationaux. Le mandat de la Mission de l'Organisation des Nations Unies en République démocratique du Congo (MONUC) peut être interprété, dans certaines limites et sous certaines conditions, comme consistant notamment à retrouver et arrêter des personnes recherchées par la Cour pénale internationale. L'évolution de la pratique dans ce domaine rencontre de nombreux obstacles, dont le principal est l'établissement de priorités. Si, dans une région donnée, la priorité est le rétablissement de la paix, lorsque les forces de l'ONU entreprendront une action visant spécifiquement à retrouver la trace d'accusés, elles seront presque certainement perçues comme des ennemies par les combattants, et leur principale mission sera compromise. D'où la prudence dont fait preuve le Conseil de sécurité s'agissant de conférer de tels mandats. Les occasions de coopération entre l'ONU et la Cour pénale internationale deviennent plus fréquentes ces temps-ci, dans le cadre de divers accords spéciaux, et des enseignements utiles en sont tirés.

37. Quant aux questions de M. Brownlie sur le régime juridique créé par les résolutions relatives à l'Iraq, M. Michel dit que si l'une des principales missions du Bureau des affaires juridiques est de fournir des conseils juridiques au Secrétaire général ainsi qu'au Secrétariat et aux autres organes principaux de l'ONU, il ne se souvient pas que, pendant les deux années qu'il vient de passer au poste de Conseiller juridique, le Bureau ait été consulté officiellement par le Conseil de sécurité à propos des aspects de fond des résolutions, sauf pour un nombre limité de sujets techniques. Le fait est que le Bureau n'a pas de position commune concernant le régime juridique établi par les résolutions en question. À cet égard, l'analyse que fait M. Brownlie des diverses manières dont le régime peut être interprété est extrêmement utile.

38. En ce qui concerne les questions de M. Kamto, et à titre d'observation préliminaire, M. Michel se félicite de la signature, le 12 juin 2006, de l'Accord entre le Cameroun et le Nigéria sur la mise en œuvre de l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*²⁵⁰. Pour que cet Accord soit conclu, il a fallu des années de négociations, la détermination du Secrétaire général et la bonne volonté ainsi que l'engagement personnel des chefs d'État. Il est essentiel que les États engagés dans des procédures devant la Cour s'acquittent de leur obligation de donner effet aux arrêts qu'elle prononce. Il faut espérer que les dispositions de l'Accord seront rigoureusement appliquées dans les délais fixés.

39. M. Kamto a évoqué un sentiment de malaise persistant dans certains pays africains à propos de ce qui apparaîtrait comme la pratique du «deux poids, deux mesures». M. Michel est évidemment sensible à de telles perceptions puisque son rôle, et celui du Bureau des affaires juridiques, est de veiller à ce qu'il soit tenu compte

²⁵⁰ Accord entre la République du Cameroun et la République fédérale du Nigéria concernant les modalités de retrait et de transfert d'autorité dans la presqu'île de Bakassi, Greentree (New York), 12 juin 2006 [Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2542, n° 45354].

des besoins de tous les pays sans discrimination. Toute stratégie visant à dissiper ces perceptions exigerait un effort énorme de la part, non seulement de l'ONU, mais aussi de la Banque mondiale et d'autres donateurs internationaux, en vue de répondre aux demandes d'assistance des pays concernés en matière de réforme judiciaire. Le meilleur système juridique international, celui qui supprimerait tout besoin de tribunaux spéciaux, serait un système dans lequel, en principe, les États auraient compétence et la Cour pénale internationale n'interviendrait qu'en cas de nécessité. Dans un tel système, il serait peu probable que les États ayant ratifié le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, comme l'ont déjà fait de si nombreux pays d'Afrique, considèrent que le fait de renvoyer à la Cour une affaire relevant de sa compétence revient à faire deux poids, deux mesures en matière de justice.

40. Lorsque M. Michel, répondant à la question de M. Dugard sur l'amnistie, a fait allusion à «d'autres crimes qui pourraient être considérés à l'avenir comme des crimes internationaux», il se référait bien entendu au crime d'agression, bien qu'il n'ait pas voulu exclure la possibilité que d'autres crimes actuellement considérés comme des crimes nationaux soient, eux aussi, rangés ultérieurement dans la catégorie des crimes internationaux. La définition de l'agression en tant que crime commis par une personne est actuellement examinée par l'Assemblée des États parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, dont les délibérations ne relèvent pas de la compétence de l'ONU en tant que telle. M. Michel croit cependant comprendre qu'elles avancent plutôt lentement, bien que certains progrès aient été accomplis en 2005 dans le cadre de discussions informelles. Il ne sait pas si ces délibérations déboucheront sur une situation généralement acceptable, mais la prochaine Conférence d'examen imprimera peut-être un nouvel élan en facilitant l'adoption de règles établissant la compétence de la Cour pour poursuivre les personnes accusées du crime d'agression.

41. M. Daoudi a évoqué la nécessité de parvenir à un équilibre entre sanction et prévention. Il est vrai qu'il faut consacrer suffisamment d'attention, d'énergie et de ressources à la prévention et à l'application effective des résolutions du Conseil de sécurité. Cependant, le fait de poursuivre et de condamner les personnes responsables de crimes peut également avoir une dimension préventive et un certain effet de dissuasion. L'expérience récente montre que certains seigneurs de guerre ne sont pas indifférents à la menace d'un procès devant une cour pénale. Plus le refus de tolérer l'impunité sera ancré dans les esprits, plus les criminels potentiels hésiteront à passer à l'acte. Il convient donc de maintenir soigneusement l'équilibre entre punition et prévention et de n'exclure aucune des deux approches.

42. Répondant aux questions du Président, M. Michel dit que l'ONU ne doit pas oublier que la loi et la justice sont le fondement même de sa légitimité. Si elle ne continue pas à tenir suffisamment compte de cela, son existence même risque d'être compromise. C'est pourquoi le souci du droit doit être intégré dans la prise de décisions au quotidien. Le meilleur moyen d'y parvenir est de veiller à ce que les décideurs soient conscients de la dimension juridique des questions en jeu et associent les conseillers

juridiques à la prise de décisions, le plus en amont possible. De leur côté, les conseillers juridiques, tout en défendant inlassablement le respect du droit, doivent reconnaître qu'ils ont un rôle de conseil et non de décision.

43. L'ONU s'efforce d'intégrer davantage la dimension juridique dans ses activités, notamment dans les situations d'après-conflit. L'une des réussites du Sommet mondial de 2005²⁵¹ est la décision d'établir, par la résolution 60/180 en date du 20 décembre 2005, la Commission de consolidation de la paix, dont les structures d'appui doivent recevoir les ressources nécessaires pour promouvoir l'état de droit dans les pays où l'infrastructure d'État doit être reconstruite. L'importance accordée à l'état de droit doit également prévaloir dans tous les autres domaines, aux niveaux national et international. Le Secrétariat et ses relations avec les organes principaux et subsidiaires de l'ONU doit être organisé en fonction de cette nécessité.

44. Le Secrétaire général a déclaré en 2004 que l'état de droit serait une priorité jusqu'à la fin de son mandat, et M. Michel espère que le prochain Secrétaire général sera tout aussi attaché à ce principe, tant au niveau national qu'au niveau international.

45. Le PRÉSIDENT remercie le Conseiller juridique pour ses observations et clarifications. Ses remarques finales sont particulièrement stimulantes et optimistes, et il ne fait aucun doute que tous les membres de la Commission y souscriront.

Responsabilité des organisations internationales (suite) [A/CN.4/560, sect. C, A/CN.4/564 et Add.1 et 2, A/CN.4/568 et Add.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

QUATRIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

46. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à résumer le débat sur son quatrième rapport, figurant dans les documents A/CN.4/564 et Add.1 et 2.

47. M. GAJA (Rapporteur spécial), résumant le débat, dit que par manque de temps, il n'analysera pas en détail toutes les remarques qui ont été faites, mais qu'elles ont été notées et que le Comité de rédaction les examinera en temps voulu. Le sujet est complexe, et pas toujours facile à mettre en contexte. Les cinq projets d'article sont complémentaires. Ils visent à offrir une protection équilibrée tant à ceux qui ont subi un préjudice du fait d'un acte illicite d'une organisation internationale qu'à ceux qui, en tant que membres d'une organisation internationale, pourraient voir leur responsabilité internationale engagée du fait d'un acte illicite commis par cette organisation. Le contexte est toutefois plus large, puisqu'il englobe les règles de l'attribution d'un comportement figurant dans le chapitre II de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

²⁵¹ Voir la résolution 60/1 du 16 septembre 2005 dans laquelle l'Assemblée générale a adopté le Document final du Sommet mondial.

48. Dans son deuxième rapport²⁵², qui traite de l'attribution, le Rapporteur spécial a évoqué la controverse qu'ont suscitée plusieurs cas concernant des États comme des organisations internationales, notamment le bombardement du territoire de la République fédérale de Yougoslavie en 1999. Il a suggéré que, dans certains d'entre eux, le comportement en cause ne devait être imputé qu'aux États membres concernés, ou bien à la fois à l'organisation et à l'un ou plusieurs de ses États membres. Sur ce point, il était en désaccord avec M. Pellet. Il a également considéré que l'acte d'un organe étatique qui n'était pas placé sous le contrôle effectif d'une organisation internationale devait être imputé à l'État concerné, quelle que soit la participation de l'organisation internationale, notamment si celle-ci avait pris une décision liant l'État. Il faut garder ces éléments à l'esprit en abordant les dispositions sur la responsabilité des États en général (art. 25 à 27) et des États membres uniquement (art. 28 et 29) du fait d'un acte illicite commis par une organisation internationale.

49. Les articles 25 à 27 reprennent les articles 16 à 18 sur la responsabilité de l'État et couvrent ainsi les cas où un État prête son aide ou son assistance à une organisation internationale, ou dirige ou contrôle, ou encore contraint une telle organisation en vue de la commission d'un acte internationalement illicite. Dans son rapport, M. Gaja a indiqué la principale raison de ce choix qui a été largement approuvé. Certains ont suggéré de modifier le libellé des articles sur la responsabilité de l'État, mais cela supposerait de modifier le texte applicable aux relations entre États, qui a déjà été incorporé aux articles 12 à 14 du projet à l'examen. Une disposition examinerait ensuite l'aide ou l'assistance prêtée par une organisation internationale, et un texte légèrement différent couvrirait l'aide ou l'assistance prêtée par un État. La raison avancée par M. Dugard pour l'établissement d'une telle distinction est que, s'il est probable qu'un État dirige, contrôle ou contraigne une organisation internationale, l'inverse est moins susceptible de se produire. C'est peut-être vrai, mais cela ne semble pas justifier que l'on applique des critères différents aux relations entre un État et une organisation internationale, d'une part, et entre États, d'autre part. En outre, le projet d'article 28 atténue la nécessité d'élaborer des règles spéciales.

50. Plusieurs membres ont souligné l'importance de l'affirmation faite au paragraphe 62 du rapport, à savoir que l'influence pouvant être qualifiée d'aide ou d'assistance, de direction et contrôle, ou de contrainte, doit être exercée par l'État en tant qu'entité juridique distincte de l'organisation: elle ne peut consister à participer au processus ordinaire de prise de décisions de l'organisation conformément aux règles pertinentes de celle-ci. Comme l'ont fait observer M. Koskeniemi et M^{me} Xue, il ne sera pas toujours facile de déterminer si un État n'agit que selon les règles ou s'il abuse de sa position de membre. Cependant, ce n'est pas parce qu'un critère est difficile à appliquer aux cas extrêmes qu'il faut le laisser de côté. On pourrait tenter d'apporter des indications supplémentaires dans le commentaire.

51. Dans son rapport, il a noté qu'il n'était pas nécessaire de reprendre la clause de sauvegarde figurant dans l'article 19 du projet d'articles sur la responsabilité de

l'État pour fait internationalement illicite²⁵³. Puisque M. Pellet et d'autres membres ont demandé une explication, il a cité la clause «sans préjudice» en question. Cette disposition, qui concerne les relations entre États, vise à indiquer clairement que, même lorsqu'il a été assisté par un autre État, l'État qui a commis le fait illicite n'est pas exonéré de la responsabilité en cas d'assistance, de direction et contrôle, ou de contrainte. Le paragraphe 4 du commentaire ajoutait que cette clause visait aussi à «éviter que l'on fasse des déductions *a contrario* pour ce qui est de la responsabilité pouvant découler de règles primaires interdisant certaines formes d'assistance ou de faits autrement attribuables à tout État en vertu du chapitre II»²⁵⁴. Tel pourrait être le cas en vertu du Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires en ce qui concerne l'assistance prêtée à un État en vue de l'acquisition d'armes nucléaires, qui est interdite par une règle primaire. Étant donné que la responsabilité d'un État est engagée, la situation est couverte par les articles du projet sur la responsabilité de l'État et il n'est pas nécessaire de la mentionner dans le projet d'articles à l'examen.

52. Une solution serait de transposer le libellé de l'article 19 au cas d'une organisation internationale de sorte que la disposition se lise, par exemple, comme suit: «Le présent chapitre est sans préjudice de la responsabilité internationale, en vertu d'autres dispositions de ces articles, de l'organisation internationale qui commet l'acte en question, ou de toute autre organisation internationale.» Ce n'est pas strictement nécessaire, cependant, parce que le titre proposé pour le chapitre est «Responsabilité d'un État à raison du fait d'une organisation internationale», et qu'il n'est nul besoin de spécifier que lorsqu'un État prête une aide ou une assistance à une organisation internationale, la dirige ou la contrôle, ou encore la contraint en vue de la commission d'un fait internationalement illicite, la responsabilité de l'organisation qui commet l'acte n'est pas engagée. Le chapitre ne traite pas de la responsabilité des organisations internationales en tant que telles. En outre, dans le projet d'articles à l'examen, l'article 16 précise déjà que, lorsqu'une organisation internationale prête son aide ou son assistance à une autre organisation internationale en vue de la commission d'un fait internationalement illicite, la responsabilité de la deuxième organisation n'est pas engagée. Il en va clairement de même lorsque l'entité qui prête son aide ou son assistance n'est pas une organisation internationale comme à l'article 16, mais un État.

53. Ainsi, même si M. Gaja pense qu'une clause de sauvegarde générale n'est pas nécessaire, ce qui va sans dire peut tout de même être dit. Si le Comité de rédaction a le sentiment qu'une clause sans préjudice contribuerait à une plus grande clarté, on pourrait en ajouter une, du type de celle qu'il vient de proposer. Il faudrait la placer à la fin du chapitre, après le projet d'article 29.

54. Abordant les questions qui ont suscité d'intenses discussions à la présente session, M. Gaja a noté que l'idée d'inclure une disposition telle que le projet d'article 28 a été largement acceptée. Plusieurs suggestions ont été formulées concernant son libellé, dont certaines avaient

²⁵² *Annuaire... 2004*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/541.

²⁵³ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 27.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 75.

trait à la version française, qui ne rendait pas entièrement compte de la signification du texte original anglais. D'autres commentaires et suggestions portaient sur le fond de la disposition.

55. Comme cela est expliqué au paragraphe 72 du rapport, la référence aux obligations ayant trait à des fonctions qui ont été transférées à une organisation internationale par ses États membres ne vise pas à être exhaustive, mais à refléter la pratique actuelle. Cette pratique ne concerne pas seulement les organisations d'intégration (l'Agence spatiale européenne, par exemple, n'en est pas une), pas plus que le transfert de fonctions n'est le propre de ces organisations. Puisque le problème pourrait également se poser en ce qui concerne des fonctions qui n'ont pas été transférées, en ce sens qu'il pourrait y avoir des fonctions dont l'organisation est dotée mais pas l'État, il serait peut-être préférable de chercher une formulation différente.

56. Plusieurs membres ont exprimé leur préférence pour le terme «se soustraire à», employé dans le projet d'article 15 à propos du cas où une organisation internationale utilise la personnalité juridique distincte de ses États membres pour éviter de s'acquitter de l'une de ses obligations.

57. Il a été estimé, en particulier par M. Matheson, que le projet d'article 28 ne devait pas couvrir tous les cas dans lesquels une organisation internationale peut commettre un acte qui, s'il était commis par un État membre, reviendrait à enfreindre l'une de ses obligations. Selon cet avis, le projet d'article 28 ne devait couvrir que l'utilisation abusive de la personnalité juridique distincte, bien que l'intention spécifique d'utilisation abusive ne soit pas indispensable – intention qui, en tout état de cause, était très difficile à prouver. Si les cas de pratique auxquels M. Gaja s'est référé dans son quatrième rapport vont plus loin dans l'établissement de la responsabilité des États membres, cette pratique est limitée et concerne un secteur géographique particulier, et il pourrait être raisonnable du point de vue théorique de limiter la responsabilité, dans le projet, aux cas dans lesquels un État membre se soustrait à l'une de ses obligations en amenant une organisation internationale à commettre un acte qui, s'il le commettait lui-même, enfreindrait l'une de ses obligations. Le scénario le plus probable est celui où plusieurs États membres, utilisant l'organisation internationale, se soustraient ensemble à une obligation commune. Par exemple, des États pourraient se soustraire à leur obligation de ne pas faire usage de la force en créant une organisation internationale et en l'amenant à faire elle-même usage de la force. Comme cela est indiqué au paragraphe 2, ces États membres engageraient leur responsabilité, que le fait en question soit ou non internationalement illicite de la part de l'organisation internationale. Cela répond également à l'une des préoccupations exprimées lors des discussions sur le projet d'article 29. Dans ce cas, le projet d'article 28 offrirait une protection aux tiers. Les États ne peuvent créer une organisation dans le but de se soustraire à une obligation.

58. Le projet d'article 29 est au centre du débat de la Commission. Il est clair qu'une telle disposition est nécessaire; le problème est la manière de la formuler. La question générale de la responsabilité des États

membres à raison du fait internationalement illicite d'une organisation internationale a suscité des avis divergents, bien qu'aucun membre ne se soit prononcé en faveur d'une responsabilité des États membres dans tous les cas. La pratique dominante des États et les précédents judiciaires et arbitraux tendent vers une limitation de la responsabilité des États membres. Comme M. Gaja l'a noté au paragraphe 89 du rapport, la résolution II/1995 de l'Institut de droit international dit qu'«il n'existe aucune règle générale de droit international prévoyant que les États membres sont, en raison de leur seule qualité de membres, responsables conjointement ou subsidiairement des obligations d'une organisation internationale dont ils sont membres»²⁵⁵. Il n'aurait aucun mal à souscrire à cette affirmation. Les mots «aucune règle générale» ont été acceptés par l'Institut sur la base d'une proposition que lui-même avait formulée à Lisbonne. Le texte original se lisait «il n'existe aucune règle de droit international général...», et il avait suggéré de parler de «règle générale» et d'indiquer ensuite les cas dans lesquels, au contraire, une telle responsabilité était établie. Cette opinion avait bénéficié d'un certain appui, ce qui avait abouti au texte actuel de la résolution telle que citée au paragraphe 89. Le Comité de rédaction pourrait examiner la question de savoir s'il est véritablement nécessaire d'énoncer ce type de proposition générale, ne serait-ce que dans le but d'identifier, outre ceux énumérés dans les projets d'article précédents, les cas dans lesquels les États membres peuvent être tenus pour responsables. S'il est possible de trouver un libellé différent indiquant clairement qu'il ne s'agit pas des seuls cas dans lesquels les États membres sont responsables, il sera possible de se passer de l'affirmation générale selon laquelle les États membres ne sont pas responsables.

59. Même si l'on estime que les cas prévus aux alinéas *a* et *b* résultent de l'application de principes généraux du droit international, le fait de préciser quels sont ces principes généraux est un élément essentiel du travail de la Commission.

60. La résolution II/1995 de l'Institut de droit international se réfère à «l'abus de droit», dont on peut raisonnablement penser qu'il est couvert par le projet d'article 29. Elle se réfère également à «l'acquiescement» et à «des engagements souscrits par l'État». Ces deux cas sont couverts par le projet d'article, qui confère en fait une protection accrue aux tiers, puisqu'il envisage également le cas où un État «a conduit le tiers lésé à compter sur sa responsabilité». Cela peut aller au-delà de l'acquiescement. Le libellé suggéré pourrait comprendre une référence explicite aux circonstances qui pourraient avoir conduit le tiers lésé à compter sur la responsabilité de l'État. Cet élargissement permettrait de couvrir certains des cas qui préoccupaient M^{me} Escameia, M. Economides et M. Yamada, en particulier ceux dans lesquels des États membres, après avoir conduit un État tiers à compter sur leur responsabilité subsidiaire, provoquent la faillite de l'organisation et refusent ensuite de l'assumer.

61. M. Gaja a expliqué dans le rapport et pendant le débat pourquoi il n'avait pas mentionné dans le projet

²⁵⁵ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 66, t. 2, session de Lisbonne (1995), Paris, Pedone, 2000, p. 449.

d'article 29 la nature de la responsabilité que les États membres engageraient. La raison en est que les États membres peuvent accepter n'importe quel type de responsabilité, qu'elle soit subsidiaire ou solidaire, et qu'il en va de même lorsqu'ils conduisent un tiers lésé à compter sur leur responsabilité, celle-ci pouvant être subsidiaire ou solidaire. Cependant, si les membres souhaitent que le projet d'article 29 énonce une présomption, il n'y verra aucune objection, à condition qu'il s'agisse clairement de responsabilité subsidiaire, et non solidaire.

62. Plusieurs membres ont demandé que soit examinée la responsabilité des organisations internationales en tant que membres d'autres organisations internationales. Comme M. Gaja l'a fait observer au paragraphe 57 de son rapport, il ne s'agit pas de savoir si la question doit être abordée dans le projet, mais où. L'endroit approprié n'est pas le chapitre actuellement à l'examen mais le chapitre IV, dont le titre actuel est «Responsabilité des organisations internationales à raison du fait d'un État ou d'une autre organisation internationale». Cependant, ce chapitre contient déjà des dispositions relatives à l'aide ou l'assistance, la direction et le contrôle, et la contrainte de la part des organisations internationales, ainsi qu'une disposition concernant le fait de se soustraire à une obligation. Il faudrait introduire dans ce chapitre de nouveaux articles, 15 *bis* et 15 *ter*, correspondant aux articles 28 et 29, et modifier l'article 16 en conséquence. En raison du manque de temps, il serait préférable d'apporter ces modifications dans le rapport qui sera présenté à la prochaine session.

63. Enfin, certains membres auraient préféré que les projets d'article traitent également de la responsabilité d'entités autres que les États et les organisations internationales lorsque ces entités sont membres d'organisations internationales. Cela semble dépasser la portée du mandat actuel tel qu'il est défini au projet d'article premier. Le projet d'articles sur la responsabilité de l'État n'écarte pas la possibilité qu'un État puisse engager sa responsabilité vis-à-vis d'une entité autre qu'un État. De fait, cette possibilité est expressément énoncée au projet d'article 33 et implicitement évoquée au projet d'article 48²⁵⁶. Ces articles ne contiennent toutefois aucune règle concernant le contenu de la responsabilité que l'État engagerait dans ce cas, ni les moyens dont disposerait l'entité pour que cette responsabilité soit mise en œuvre. Il semble raisonnable que le projet à l'examen, qui traitait déjà de questions relatives aux organisations internationales, n'aille pas plus loin en s'occupant d'entités autres que les États et les organisations internationales. Il ne devrait pas préciser les droits qu'ont ces entités lorsqu'une organisation internationale est responsable ni ce que ces entités peuvent faire en vue de la mise en œuvre de la responsabilité en question, et il ne devrait certainement pas indiquer le type d'obligation et de responsabilité que les entités pourraient avoir.

64. Le moment viendra peut-être d'élaborer un projet général sur la responsabilité internationale englobant la responsabilité de tous les acteurs possibles: les États, les organisations internationales et les autres entités qui sont

des sujets de droit international. Pour le moment, il semble préférable que la Commission limite ses ambitions et se contente d'ajouter les projets d'article sur la responsabilité des organisations internationales au projet d'articles sur la responsabilité des États qui a été adopté en 2001.

65. M. Gaja propose que les projets d'articles 25, 26, 27, 28 et 29 soient renvoyés au Comité de rédaction, qui devrait également examiner la question de savoir s'il faut inclure dans le chapitre considéré une clause de sauvegarde s'inspirant du projet d'article 19 sur la responsabilité de l'État²⁵⁷.

66. Le PRÉSIDENT dit qu'il considère que la Commission souhaite renvoyer les projets d'articles 25 à 29 au Comité de rédaction, qui devrait en outre être prié d'examiner la question de savoir s'il faudrait inclure une clause de sauvegarde dans le chapitre, comme l'a suggéré le Rapporteur spécial, en tenant compte des suggestions qui ont été faites en ce sens par les membres pendant le débat général.

Il en est ainsi décidé.

**Effets des conflits armés sur les traités
(A/CN.4/560, sect. B, et A/CN.4/570²⁵⁸)**

[Point 9 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

67. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial), présentant son deuxième rapport sur les effets des conflits armés sur les traités (A/CN.4/570), rappelle que le long document qu'il a présenté en tant que premier rapport²⁵⁹ faisait office de rapport préliminaire. Cela était délibéré. Il avait jugé plus pratique et plus satisfaisant du point de vue technique de tenter d'établir un rapport qui soit, pour l'essentiel, complet. Le deuxième rapport, qui passe en revue le débat tenu à la Commission à sa cinquante-septième session²⁶⁰ et les observations formulées par les gouvernements à la Sixième Commission, vise à mettre en œuvre le premier rapport en priant la Commission d'examiner les sept premiers projets d'article en vue, soit de les renvoyer au Comité de rédaction, soit de créer un groupe de travail. Lors du débat à la cinquante-septième session, certains ont estimé qu'il fallait créer un groupe de travail²⁶¹. Ce n'est pas ce que choisirait M. Brownlie, mais ce pourrait être un moyen d'avancer.

68. M. Brownlie est parvenu à la conclusion que le projet d'article 6 n'était pas faisable et devait être supprimé. Il a été observé lors du débat qu'à strictement parler ce projet d'article était inutile compte tenu du projet d'article 3²⁶².

69. Les projets d'articles 1 et 2 concernent le champ d'application et l'emploi des termes «traité» et «conflit armé». Les projets d'articles 3 à 7 sont conçus pour être

²⁵⁷ Ibid., p. 27.

²⁵⁸ *Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie).

²⁵⁹ *Annuaire... 2005*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/552.

²⁶⁰ *Annuaire... 2005*, vol. II (2^e partie), p. 28 à 37, par. 110 à 191.

²⁶¹ Ibid., p. 29, par. 123.

²⁶² Ibid., p. 29, par. 127.

²⁵⁶ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 28 et 30, respectivement.

complémentaires et interactifs. En un sens, le projet d'article 3 est la principale disposition, car il est fondé sur l'élément le plus important des travaux de l'Institut de droit international sur le sujet²⁶³, à savoir la conception selon laquelle la survenance d'un conflit armé ne se traduit pas *ipso facto* par l'extinction ou la suspension des traités (art. 2 de la résolution II/1985). L'objectif politique de cet exercice est de renforcer la stabilité des relations conventionnelles.

70. Il reste un certain nombre de questions générales dont M. Brownlie espère que la Commission pourra les régler, bien qu'en tant que Rapporteur spécial il n'ait pas de forte préférence personnelle pour l'une ou l'autre solution. L'une de ces questions préliminaires est que plusieurs délégations, citées au paragraphe 3 du deuxième rapport, se sont dites favorables à l'inclusion des traités conclus par les organisations internationales. Pendant le débat à la Commission, plusieurs membres se sont également prononcés en faveur de l'inclusion de ces traités. Toutefois, il n'y a pas eu d'accord général sur ce point, et certains membres se sont référés au paragraphe 1 de l'article 74 de la Convention de Vienne de 1986. M. Brownlie ne tient pas à inclure automatiquement ces traités, que ce soit pour des raisons techniques ou politiques. Il n'est jamais très enthousiasmé par l'idée que la Commission devrait s'inspirer étroitement d'un projet consacré à un sujet différent simplement parce que les deux sujets sont similaires à première vue. Cela dit, si les membres sont d'un autre avis, il inclura ces traités dans son projet.

71. À la Sixième Commission, on a appuyé de manière générale l'opinion du Rapporteur spécial selon laquelle le sujet devait faire partie du droit des traités et non du droit relatif à l'emploi de la force (A/CN.4/560, par. 46). Dans le même temps, on a fait observer que le sujet était également étroitement lié à d'autres domaines du droit international, comme le droit international humanitaire, la légitime défense et la responsabilité des États (ibid., par. 47).

72. En ce qui concerne le projet d'article premier, on a dit à la Sixième Commission que, puisque l'article 25 de la Convention de Vienne de 1969 prévoyait la possibilité qu'un traité s'applique à titre provisoire, il paraissait souhaitable que les projets d'article s'appliquent aux traités qui s'appliqueraient à titre provisoire (ibid., par. 49). Des vues similaires ont été exprimées à la Commission, où des membres ont suggéré d'établir une distinction entre les États qui sont parties contractantes au sens de l'alinéa f du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention de Vienne et ceux qui ne le sont pas. Certains membres se sont dits en faveur de l'inclusion de traités qui n'étaient pas encore entrés en vigueur, alors que d'autres ont estimé que seuls les traités en vigueur au moment du conflit devaient être visés par les projets d'article.

73. Au projet d'article 2, l'élément qui pose problème est le terme «conflit armé», dont la définition a été examinée en détail dans le premier rapport. Les projets d'article

incluent délibérément les effets sur les traités des conflits internes. Une partie des auteurs considèrent toutefois que la distinction entre le conflit armé international et le conflit armé non international est fondamentale. Les considérations politiques qui trouveraient à s'appliquer ici pointent dans des directions différentes, et cette question a suscité des divergences d'opinions marquées à la Sixième Commission. Cinq délégations se sont opposées à l'inclusion des conflits armés internes, et six autres se sont prononcées en faveur de leur inclusion (voir A/CN.4/570, par. 9). Si l'on devait adopter le principe de continuité, l'inclusion des conflits armés non internationaux plaiderait en faveur de la stabilité. Toutefois, le principe de continuité est conditionnel à bien des égards, et en élargissant la définition du conflit armé on élargirait du même coup la portée du problème.

74. Au paragraphe 10 de son rapport, M. Brownlie s'est référé à un certain nombre de sources se rapportant à la définition. Au paragraphe 11, il a pris note de l'opinion de la délégation néerlandaise concernant l'occupation militaire. D'autres préoccupations particulières ont été citées au paragraphe 12. Son propre avis est que la définition du conflit armé doit se faire sur une base pragmatique et qu'il incombe non au Rapporteur spécial mais à la Commission de donner des indications générales concernant l'inclusion ou non des conflits armés non internationaux. Il est fermement convaincu qu'il serait inapproprié que la Commission cherche à élaborer une définition du «conflit armé» s'appliquant à tous les domaines du droit international public. Cela compliquerait ses travaux et déplacerait d'une certaine manière l'axe du sujet tel qu'il a été inscrit à l'ordre du jour par l'Assemblée générale.

75. Le projet d'article 4 est centré sur l'intention des parties. L'utilisation du critère de l'intention a suscité beaucoup d'oppositions et de scepticisme, scepticisme que M. Brownlie partage. Le problème est que si elle écarte la notion d'intention, la Commission se privera de la seule bouée de sauvetage dont elle dispose, même si celle-ci n'est pas d'excellente qualité. Il a été maintes fois nécessaire, par exemple dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, que les décideurs et les juridictions supérieures «reconstituent», pour ainsi dire, l'intention des parties. Cette opération est peut-être artificielle, mais elle est nécessaire pour prendre une décision. Il est donc malvenu que la Commission songe à se passer de la notion d'intention.

76. Le projet d'article 7, qui vise à compléter le projet d'article 4, a fait l'objet d'un débat intense. Des remarques convaincantes ont été faites à la Sixième Commission, en particulier par le représentant des États-Unis d'Amérique (voir par. 35, al. c du rapport), qui a fait valoir que le projet d'article 7 était laborieux et maladroit et que la catégorisation des traités en tant qu'outil d'analyse était intrinsèquement erronée. Cependant, plusieurs membres de la Commission ont fait des remarques constructives, soulignant que certains de ces facteurs devraient être considérés sérieusement, peut-être en tant que principes directeurs ou éléments théoriques, dans l'interprétation, le discernement ou la détermination des éléments de l'intention en ce qui concernait certains sujets.

²⁶³ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 61, t. 1 (travaux préparatoires) et t. 2, session d'Helsinki (1985), Paris, Pedone, 1986, voir en particulier la résolution adoptée le 28 août 1985 [ci-après dénommée résolution II/1985], p. 278 à 283.

77. L'autre problème auquel M. Brownlie s'est heurté au sujet du projet d'article 7 est que, indépendamment de l'opinion que l'on peut avoir de la catégorisation, le fait est qu'une grande partie du droit coutumier, notamment récent, confirme, sinon toutes ces catégories, en tout cas certaines d'entre elles.

78. En raison de l'heure tardive, M. Brownlie achèvera la présentation de son deuxième rapport à la prochaine séance plénière.

79. Le PRÉSIDENT note que le Rapporteur spécial a mentionné la possibilité d'établir un groupe de travail. Pour sa part, il est convaincu que le deuxième rapport, comme le premier, soulève un certain nombre de problèmes, et il souhaiterait participer au Groupe de travail en question.

La séance est levée à 13 heures.

2896^e SÉANCE

Mercredi 19 juillet 2006, à 10 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Al-Marri, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M^{me} Xue, M. Yamada.

Effets des conflits armés sur les traités (suite) [A/CN.4/560, sect. B, et A/CN.4/570]

[Point 9 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à présenter la dernière partie de son deuxième rapport sur les effets des conflits armés sur les traités.

2. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial), après avoir rappelé aux membres de la Commission l'importance qu'il attache à ce point de l'ordre du jour, dit que l'examen du sujet des conflits armés sur les traités vise trois principaux objectifs: la clarification de la situation juridique, la promotion de la sécurité des relations juridiques entre États compte tenu, en particulier, de l'érosion de l'idée selon laquelle un conflit armé rompt immédiatement les relations conventionnelles, et l'élargissement de l'accès à la pratique des États, ce qui concerne en particulier le projet d'article 7.

3. Le Rapporteur spécial dit qu'il n'est pas entièrement convaincu par la méthode consistant à élargir les catégories de traités dont l'objet et le but impliquent nécessairement

qu'ils restent applicables, et qu'il pourrait facilement être persuadé de réviser le projet d'article 7 pour en faire une série de principes directeurs relativement flexibles. Le problème est qu'une partie de ce projet d'article reflète des domaines importants de la pratique des États et de la pratique judiciaire. Si la Commission supprimait cette liste de catégories formelles, il lui faudrait trouver un autre moyen de présenter la pratique des États.

4. L'une des possibilités qui s'offrent à la Commission est de ne pas renvoyer les projets d'article au Comité de rédaction et de créer un groupe de travail afin d'examiner certaines questions plus en détail. Sans être généralement favorable à la création de groupes de travail, le Rapporteur spécial reconnaît que plusieurs points nécessitent un examen plus approfondi. Cependant, il serait vraiment dommage que certaines questions de fond ne soient pas tranchées en plénière. Dans certains cas, la Commission pourrait procéder à un vote, par exemple pour décider si elle va retenir ou non les effets des conflits armés sur les traités qui concernent les organisations internationales.

5. Les projets d'articles 3, 4 et 7, qui constituent le moteur du projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités, sont conçus pour être appliqués conjointement.

6. Le projet d'article 3 (Extinction ou suspension de l'application *ipso facto*) est, d'une certaine manière, mystérieux, puisque l'on pourrait s'en passer. Cependant, les éléments de doctrine que le Rapporteur spécial a étudiés – dont certains remontent jusqu'au début du XIX^e siècle – montrent que, chez les auteurs français en particulier, la conception qui prévalait était que la question des effets des conflits armés sur les traités dépassait quasiment le champ du droit puisque les conflits armés éteignaient automatiquement les relations conventionnelles. Ce n'est que vers le milieu du XX^e siècle que la doctrine a commencé à évoluer. On peut considérer que dans cette perspective le projet d'article 3, dont le libellé reprend celui de l'article 2 de la résolution II/1985 de l'Institut de droit international²⁶⁴, a une certaine utilité. Citant le rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-septième session, le Rapporteur spécial rappelle que, si sa proposition

a rallié quelque soutien, certains membres ont fait observer qu'il existait des exemples de pratique, mentionnés à la fois dans le [premier] rapport du Rapporteur spécial²⁶⁵ et dans l'étude du Secrétariat²⁶⁶, qui semblaient indiquer que les conflits armés se traduisaient par la suspension automatique, en tout ou en partie, de plusieurs catégories de relations conventionnelles. On a fait valoir que les articles ne devaient pas exclure la possibilité d'une suspension ou d'une extinction automatiques dans certains cas. Selon une autre proposition, la disposition pourrait simplement indiquer que la survenance d'un conflit armé n'avait pas nécessairement pour effet d'éteindre un traité ou d'en suspendre l'application²⁶⁷.

²⁶⁴ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 61, t. 2, session d'Helsinki (1985), Paris, Pedone, 1986, p. 281.

²⁶⁵ *Annuaire... 2005*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/552.

²⁶⁶ A/CN.4/550 et Corr.1 et 2, reprographié, disponible sur le site de la Commission, documents de la cinquante-septième session.

²⁶⁷ *Annuaire... 2005*, vol. II (2^e partie), Rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-septième session (A/60/10), p. 31, par. 143.

Le Rapporteur spécial rappelle aux membres de la Commission que sa proposition tendant à remplacer l'expression «*ipso facto*» par «nécessairement» a reçu un soutien notable²⁶⁸.

7. Le projet d'article 4 (Les indices de prédisposition des traités à l'extinction ou à la suspension de leur application en cas de conflit armé) représente le mode d'application pratique du principe énoncé au projet d'article 3. Dans leur majorité, les réponses suscitées par le projet marquent un accord sur le principe qui sous-tend le projet d'article 4; cela étant, la question de la preuve de l'intention a donné lieu à des réserves. Celles qu'ont formulées certains membres de la Commission (et certaines délégations à la Sixième Commission) en ce qui concerne le rôle de l'intention doivent être examinées de près. Pour commencer, eu égard au caractère du sujet à l'étude (et qui fait partie du droit des traités), il ne serait pas réaliste d'affirmer que le rôle de l'intention peut être marginalisé. Par ailleurs, le Rapporteur spécial reconnaît qu'il faut examiner également d'autres facteurs, notamment l'objet et le but du traité et les circonstances particulières du conflit. La teneur du projet d'article 4, dans l'état actuel, n'est certainement pas incompatible avec l'attention apportée à ces autres facteurs. Il ne fait pas de doute que la formulation pourrait en être améliorée. Toutefois, il faut se garder de l'idée que le projet d'article 4 devrait viser toutes les questions que le texte pourrait poser. C'est une disposition qui jette les fondements des dispositions qui suivent et les préfigure, en particulier le projet d'article 7 qui figure dans le premier rapport²⁶⁹ et renvoie à une abondante pratique des États concernant les bases contextuelles permettant de découvrir l'intention. On pourra également se référer à la proposition faite par le Secrétariat dans son étude²⁷⁰. En outre, un certain nombre de décisions de juridictions internes montrent l'intérêt qui s'attache aux déductions pouvant être faites à partir de l'objet et du but d'un traité. Plusieurs décisions sont citées au paragraphe 22 du rapport. Les réactions de plusieurs délégations à la première version du projet d'article 4 ont mis en évidence une question particulière. Ainsi, la délégation des États-Unis a fait observer que:

Le projet d'article 4, un article clef, reflète le caractère déterminant de l'intention des parties au moment de la conclusion du traité. Le Gouvernement des États-Unis estime que cette démarche est problématique du fait que les parties qui négocient un traité ne s'intéressent généralement pas aux modalités d'application de ses dispositions durant les conflits armés²⁷¹.

Le Rapporteur spécial pense que c'est là introduire un faux dilemme. Il est bien connu de tous ceux qui sont amenés à devoir interpréter des traités (et des lois) que l'intention des parties (ou d'autres acteurs) doit être «reconstituée» en tant qu'hypothèse pratique (par. 25 du rapport). Dans un tel contexte, le Rapporteur spécial est d'accord avec l'observation faite également par la délégation des États-Unis selon laquelle d'autres facteurs doivent être pris en compte, notamment l'objet et le but

du traité. Des propositions analogues ont été faites durant le débat à la Commission.

8. Pour le Rapporteur spécial, il reste plusieurs problèmes d'ordre structurel, notamment celui du lien qui existe entre le projet d'article 4 et le projet d'article 7. Ces dispositions sont applicables sur la base d'une coordination. On pourrait soutenir que, si l'article 4 est reformulé de manière à faire état d'autres facteurs, notamment l'objet et le but, l'article 7 ferait double emploi, mais si c'était le cas, le contenu actuel du projet d'article 7 pourrait être versé au commentaire. Cependant, cette manière de procéder entraînerait une perte de substance. De nombreux passages du projet d'article 7, sinon tous, reflètent la pratique des États et des normes judiciaires plutôt uniformes. En outre, le libellé du projet d'article 4 comporte une référence aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969, ce qui pose encore un autre problème d'ordre structurel. Ceci a quelque chose de mécanique, nécessairement, mais il ne saurait être question de façonner des principes d'interprétation spécialement conçus à l'usage exclusif du présent contexte.

9. Le projet d'article 5 (Dispositions expresses sur l'application des traités) a recueilli l'adhésion générale. On a fait observer que, s'il pouvait être considéré comme allant de soi, voire superflu, il fallait néanmoins l'inclure dans le projet d'articles par souci de clarté. Le projet d'article 6 (Traités relatifs à la situation qui a occasionné le recours au conflit armé) a été supprimé pour des raisons que le Rapporteur spécial a expliquées à la session précédente.

10. Le projet d'article 7 (Application des traités dont l'objet et le but impliquent nécessairement qu'ils sont applicables) vise l'application du principe énoncé au projet d'article 4. Il a suscité un grand nombre de critiques, en particulier de la part de M. Matheson, mais le Rapporteur spécial pense qu'il est justifié en tant qu'il explicite et applique à la pratique des États et aux décisions des juridictions internes le principe énoncé au projet d'article 4. Du point de vue de la rédaction, il est à strictement parler redondant. Il a un caractère purement indicatif mais est utile en ce sens qu'il renvoie aux documents de fond que le Rapporteur spécial a utilisés dans sa recherche. De toute façon, comme un certain nombre de membres de la Commission, ainsi que des gouvernements, ont eu l'occasion de le relever, la catégorisation en tant qu'outil d'analyse est intrinsèquement erronée, comme l'a clairement dit le représentant des États-Unis à la Sixième Commission, dont la déclaration est reproduite au paragraphe 35 du rapport. De l'avis du Rapporteur spécial, une distinction s'impose. D'une part, on peut accepter que l'utilisation de catégories du type décrit dans le projet d'article 7 est d'un maniement difficile et ne convient pas aux fins de rédaction. D'autre part, comme indiqué dans le premier rapport, la plupart des catégories énoncées trouvent à s'appuyer précisément sur les positions de principe et les évaluations juridiques d'auteurs éminents et sur une jurisprudence abondante. Autrement dit, ces matériaux énoncent les facteurs auxquels le représentant des États-Unis faisait allusion dans cette déclaration, permettant de conclure qu'un traité demeure en vigueur, doit être suspendu ou doit s'éteindre en cas de conflit armé. Pour le Rapporteur spécial, il

²⁶⁸ Ibid., par. 146.

²⁶⁹ A/CN.4/552, par. 62 à 83.

²⁷⁰ A/CN.4/550 et Corr.1 et 2.

²⁷¹ Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, Soixantième session, compte rendu analytique de la 20^e séance (A/C.6/60/SR.20), par. 32.

semble en définitive que la solution se situe dans la présentation. Le projet d'article 7 pourrait être supprimé: comme on l'a déjà souligné, il a un caractère indicatif et il poursuit un objectif d'explicitation. Il ne resterait plus qu'à lui trouver un contenant approprié et, à cet effet, une annexe comportant une analyse de la pratique des États et de la jurisprudence pourrait être établie par le Secrétariat avec l'assistance du Rapporteur spécial.

11. Le problème lié au «système», tel qu'il ressort de la discussion générale, est celui du fonctionnement d'une *lex specialis* en temps de conflit armé, fonctionnement qui exclut absolument le principe de la continuité générale. Ceci n'est pas sans avoir une incidence sur le domaine des droits de l'homme. Il existe à cet égard une base solide de continuité, mais la protection des droits de l'homme doit être rapportée au droit des conflits armés. Cette analyse vaut également pour l'application des principes relatifs à la protection de l'environnement en temps de conflit armé. Le Rapporteur spécial ajoute qu'à la lumière de ces considérations, il est évident que la formulation de principes spécifiques de continuité est problématique. La liste indicative reflète peut-être les politiques adoptées par des juridictions internes et certains avis qui ont été énoncés à leur intention, mais il n'est pas possible d'affirmer qu'elle repose sur la pratique des États au sens classique.

12. Le Rapporteur spécial réaffirme qu'il espère que la Commission se prononcera à la session en cours sur certains points, en particulier l'inclusion ou non des traités conclus par les organisations internationales et la définition des conflits armés, notamment la question de savoir si l'on doit se référer aux conflits armés internes.

13. M. ECONOMIDES fait observer que le deuxième rapport du Rapporteur spécial est quelque peu étrange puisqu'il reprend textuellement les sept premiers projets d'article présentés dans le premier rapport, avec quelques commentaires supplémentaires.

14. Deux questions préalables, fondamentales, doivent être posées si l'on veut traiter correctement le sujet des effets des conflits armés sur les traités. Il s'agit de savoir, premièrement, si l'on peut examiner ce sujet en ignorant les grands principes de la Charte des Nations Unies, laquelle par son contenu, son importance capitale et la valeur juridique de ses dispositions, constitue de loin le premier texte juridique de la communauté des États et, deuxièmement, si l'on peut traiter ce sujet sans tenir compte de certaines normes impératives du droit international général (*jus cogens*), en particulier celle qui interdit l'agression. En effet, les conséquences juridiques de l'agression concernent directement les effets des conflits armés sur les traités.

15. M. Economides note que, dans son premier rapport, le Rapporteur spécial n'a pas tenu compte de la Charte des Nations Unies ni des normes de *jus cogens* et que, dans le deuxième, il semble suivre la même voie, peut-être plus prudemment. Or, il est évident que dans un projet qui concerne les conflits armés internationaux et leurs effets sur les traités, il faudrait, conformément à la Charte, partir du fait que les conflits armés sont illicites, du moins pour l'une des parties, celle qui recourt illicitement à la

force, c'est-à-dire celle qui commet le crime d'agression. Il s'ensuit dès lors que, conformément à la Charte des Nations Unies, on ne saurait traiter sur un pied d'égalité l'État agresseur et l'État qui exerce son droit naturel de légitime défense individuelle ou collective. Dans sa résolution II/1985, l'Institut de droit international, dont l'expérience et l'autorité sont bien connues, a respecté sagement cette distinction pertinente. L'article 7 de la résolution dispose qu'«un État qui exerce son droit de légitime défense à titre individuel ou collectif en conformité avec la Charte des Nations Unies peut suspendre, en tout ou en partie, l'application d'un traité incompatible avec l'exercice de ce droit»²⁷², c'est-à-dire qu'il peut agir dans ce cas unilatéralement. L'article 9 de la résolution dispose qu'«un État qui commet une agression au sens de la Charte des Nations Unies et de la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies n'est pas en droit de mettre fin à un traité, ni d'en suspendre l'application, si une telle mesure devait avoir pour effet de lui procurer un avantage»²⁷³. Pour M. Economides, il ne fait aucun doute que le projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités devrait être construit sur ces dispositions, qu'on pourrait sans doute améliorer. On pourrait également reprendre la disposition de l'article 8 de la résolution de l'Institut, qui prévoit qu'«un État qui se conforme à une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies concernant une action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix ou d'acte d'agression, mettra fin à tout traité qui serait incompatible avec une telle résolution ou en suspendra l'application»²⁷⁴. Une telle disposition est en accord avec la Charte et renforcerait le système de sécurité collective des Nations Unies.

16. Étant donné que la Commission a toujours tenu compte de la Charte des Nations Unies et des normes impératives du droit international, comme en témoignent le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite²⁷⁵ et les conclusions du Groupe de travail sur la fragmentation du droit international²⁷⁶, M. Economides ne parvient pas à comprendre pourquoi en ce qui concerne les effets des conflits armés sur les traités, sujet pourtant étroitement lié à la Charte et aux normes impératives, le Rapporteur spécial n'a pas suivi la voie, consacrée depuis longtemps, de l'interdiction et de la condamnation de la guerre d'agression. Il ne comprend pas davantage pourquoi le Rapporteur spécial a choisi d'ignorer la guerre d'agression et d'essayer en quelque sorte de la cacher ou de l'inclure dans une clause sans préjudice. Cela constitue à ses yeux une régression dangereuse.

17. M. Economides relève que le projet d'article 4, qui constitue la base du deuxième rapport, fait de l'intention des parties au moment de la conclusion du traité le critère par excellence pour son extinction ou la suspension de son application en cas de conflit armé. Or ce critère, qui a connu son apogée avant la Première Guerre mondiale et qui est resté prépondérant entre la Première et la Seconde

²⁷² *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 61, t. 2, session d'Helsinki (1985), Paris, Pedone, 1986, p. 281.

²⁷³ *Ibid.*, p. 283.

²⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁵ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26, par. 76.

²⁷⁶ *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), par. 251.

Guerre mondiale, a commencé à être éclipsé à partir de l'adoption de la Charte des Nations Unies. Actuellement, à part quelques traités spécifiques, notamment ceux qui relèvent du droit international humanitaire, le critère de l'intention des parties a complètement disparu des traités internationaux. Il n'a donc plus de pertinence.

18. En ce qui concerne le projet d'article 6, le Rapporteur spécial a raison de vouloir le supprimer car cette disposition est inapplicable.

19. Le projet d'article 7 est une disposition utile, mais qui demande à être précisée, ce qui nécessiterait un travail considérable. M. Economides appuie la proposition du Rapporteur spécial tendant à le remplacer par une annexe qui contiendrait la pratique des États et la jurisprudence sur les traités qui continuent à s'appliquer en cas de conflit armé.

20. En conclusion, M. Economides espère que le Rapporteur spécial complétera son rapport en suivant les grands principes de la Charte des Nations Unies. Il estime que les projets d'article ne peuvent pas, pour le moment, être renvoyés au Comité de rédaction.

21. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial) dit qu'il est tout simplement inexact que son deuxième rapport ignore ces questions. Elles sont soulevées au projet d'article 10 (Licéité du comportement des parties)²⁷⁷. Le Rapporteur spécial avait déjà dit qu'il remanierait le projet d'article 10 pour tenir compte des critiques formulées par plusieurs membres de la Commission. Il intégrera également celles de M. Economides. Il juge quelque peu absurde que l'on dise qu'il n'est pas conscient de ces problèmes, étant donné qu'il a publié plus de 40 ans auparavant un ouvrage sur le droit international et l'emploi de la force par les États²⁷⁸. En outre, il s'en tient pour le moment à la présentation des sept premiers projets d'article.

22. M^{me} ESCARAMEIA se félicite que le Rapporteur spécial ait présenté tous les projets d'article à la session précédente, car cela permet d'avoir une vue d'ensemble pour étudier ceux qu'il soumet maintenant, même si l'on peut se demander pourquoi il s'est limité aux sept premiers. Elle apprécie aussi la souplesse dont il fait preuve en étant ouvert à toute modification. Le projet d'articles présente cependant plusieurs problèmes d'ordre structurel.

23. Tout d'abord, certaines questions méritent d'être approfondies, comme la distinction entre les effets des traités pour ce qui est des États belligérants et pour ce qui est des États tiers; la distinction entre les dispositions d'un même traité, dont certaines pourraient rester applicables; la distinction entre les situations où l'application du traité est suspendue et celles où il s'éteint; la distinction entre les effets des conflits internationaux et ceux des conflits internes, à supposer que les deux cas soient couverts; et la distinction entre les droits de l'État agresseur, ceux de l'État qui exerce son droit de légitime défense et ceux

de l'État qui se conforme à une résolution du Conseil de sécurité sur le recours à la force (art. 7 à 9 de la résolution de 1985 de l'Institut de droit international précités).

24. Ensuite, M^{me} Escarameia ne voit pas pourquoi le Rapporteur spécial insiste pour inscrire le sujet dans le droit des traités, à l'exclusion d'autres domaines du droit international. À la lecture de l'article 73 de la Convention de Vienne de 1969, on pourrait comprendre au contraire que les effets des conflits armés sur les traités ne relèvent pas du droit des traités. En outre, le projet d'articles touche bel et bien plusieurs domaines du droit international. Ainsi, le droit de la guerre est pertinent pour apprécier qui sont l'État agresseur et l'État agressé, de même que le droit de la responsabilité de l'État est pertinent pour évaluer les conséquences du non-respect des traités.

25. Enfin, le principal problème d'ordre structurel est celui des critères. Le critère visé au projet d'article 4 n'est pas l'intention des parties mais leur intention présumée ou «reconstituée». L'intention présumée des parties est considérée comme l'essence du traité et c'est sa «découverte» qui doit permettre de déterminer si le traité restera ou non en vigueur en cas de conflit armé. Le sens entier du traité est donc englobé dans l'intention présumée des parties. Or, cette intention est seulement l'un des facteurs permettant de cerner le sens du traité. Le projet d'articles pose le raisonnement suivant: l'intention des parties (par. 1) doit être découverte en interprétant le traité en fonction des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969 (par. 2 *a*) et de la nature du conflit (par. 2 *b*). Il semble que cela conduise à évaluer l'objet et le but du traité et à déterminer quels traités resteront applicables en cas de conflit armé, ce qui est l'objet du projet d'article 7. C'est là un cheminement bien complexe, mélangeant beaucoup de critères, pour cerner le sens du traité et déterminer s'il restera ou non applicable. En outre, l'intention des parties n'est pas un élément essentiel dans cette détermination. Il serait préférable d'adopter un critère général comme la viabilité du maintien en vigueur des dispositions du traité (ou de certaines d'entre elles); en effet, certains traités ne peuvent tout simplement pas rester applicables en cas de conflit armé, quelle que soit l'intention des parties.

26. Passant à l'examen des projets d'article proprement dits, M^{me} Escarameia dit que la définition donnée à l'alinéa *b* du projet d'article 2 (Définitions), qui vise les conflits «susceptibles, de par leur nature ou leur ampleur, d'affecter l'application des traités», va à l'encontre du principe général énoncé à l'article suivant, selon lequel un conflit armé n'affecte pas l'application des traités. Il serait préférable de s'aligner sur la définition donnée dans l'affaire *Tadić*, de façon à inclure les conflits armés dans lesquels aucune des parties n'est un État, mais en l'élargissant aux occupations militaires, sur le modèle de l'article 18 de la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé. On intégrerait ainsi le point de vue des Pays-Bas (par. 11 du rapport), qui est partagé par nombre de membres de la Commission. Le projet d'article 2 pourrait se lire comme suit:

²⁷⁷ Voir le premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/552), par. 122 et 123, in *Annuaire...* 2005, vol. II (1^{re} partie).

²⁷⁸ *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963.

«Aux fins des présents projets d'article, l'expression "conflit armé" s'entend :

«a) du recours à la force armée entre États ou d'un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État;

«b) des situations d'occupation militaire même si cette occupation ne rencontre aucune résistance armée organisée.»

Cette définition répond en outre à la question soulevée par le Rapporteur spécial au paragraphe 13 à propos des conflits non internationaux, dont l'inclusion est d'autant plus nécessaire qu'ils sont les plus fréquents à l'heure actuelle.

27. M^{me} Escarameia convient que le projet d'article 3 a un caractère essentiellement déclaratif et comprend d'autant moins que le Rapporteur spécial propose de le supprimer. Elle s'interroge de même sur l'opportunité de remplacer l'expression «*ipso facto*» par «nécessairement» et demande si ce remplacement s'appliquerait également au titre du projet d'article 3, ce qui aurait pour effet de dire exactement l'inverse de l'idée exprimée dans cet article.

28. En ce qui concerne le projet d'article 4, qui est très important, M^{me} Escarameia désapprouve, comme elle l'a dit précédemment, que l'extinction du traité ou la suspension de son application soit déterminée conformément à l'intention des parties, de surcroît au moment où le traité a été conclu. L'alinéa *b* du paragraphe 2 fait référence aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969, lesquels incluent explicitement les accords et la pratique ultérieurs. Pour cerner le sens d'un traité, il faut tenir compte de toute l'histoire du traité et pas seulement de l'intention des parties. La proposition du Guatemala reproduite au paragraphe 20 du rapport clarifie le problème mais ne le résout pas, puisqu'elle maintient le critère de l'intention des parties. La suggestion du Rapporteur spécial d'inclure d'autres facteurs est une bonne idée. Une solution pourrait consister à dresser une liste de facteurs complétée par une liste des catégories de traités dans lesquels ces facteurs sont prédominants.

29. S'agissant du projet d'article 7, M^{me} Escarameia estime que la catégorie de traités mentionnée à l'alinéa *a* du paragraphe 2, c'est-à-dire les traités expressément applicables en cas de conflit armé, comme les Conventions de Genève de 1949, devraient faire l'objet d'un article distinct. Il conviendrait aussi de consacrer un article aux traités dont les parties ont expressément prévu qu'ils seraient applicables en cas de conflit armé, pour autant que les dispositions correspondantes soient conformes au *jus cogens*. Une liste des autres catégories reste utile mais plutôt à titre d'orientation, à la suite d'une liste de facteurs; elle pourrait également figurer dans le commentaire. Il convient par ailleurs d'accorder l'importance voulue à la question de savoir si c'est l'ensemble du traité ou seulement certaines de ses dispositions qui restent applicables.

30. Pour conclure, M^{me} Escarameia dit qu'au vu de la divergence des points de vue exprimés, le projet d'articles devrait être renvoyé non pas au Comité de rédaction mais à un groupe de travail, afin de poursuivre le débat sur les différents points soulevés.

31. M. PELLET dit que le sujet relève bel et bien du droit des traités mais qu'il faut néanmoins s'interroger sur les relations entre ce droit et le droit de la responsabilité, en particulier sur les relations avec les circonstances excluant l'illicéité, notamment la force majeure. À ce propos, il est dommage que le Rapporteur spécial ne se soit pas appuyé davantage sur la remarquable étude du Secrétariat qui analyse ces questions en profondeur²⁷⁹.

32. M. GALICKI salue la qualité du deuxième rapport sur les effets des conflits armés sur les traités mais se demande pourquoi le Rapporteur spécial l'a limité aux sept premiers projets d'article. Un ensemble complet d'articles, accompagné de commentaires et de suggestions, aurait permis à la Commission d'avoir une vue d'ensemble du sujet. En outre, l'absence de propositions de changements donne à penser que le Rapporteur spécial a ignoré les observations faites par la Commission et les États Membres. Hormis quelques modifications mineures, le seul véritable changement qu'il propose par rapport au texte présenté à la session précédente est la suppression du projet d'article 6, vivement critiqué, qui trouvera davantage sa place dans le commentaire.

33. Cette tendance à «conserver» le texte initial est particulièrement flagrante dans le cas du projet d'article 3. Le Rapporteur spécial persiste à exclure que le déclenchement d'un conflit puisse entraîner *ipso facto* l'extinction d'un traité ou la suspension de son application entre les parties au conflit armé, alors que nombre de membres de la Commission et de représentants à la Sixième Commission ont souligné qu'il en irait ainsi dans certaines situations, par exemple dans le cas d'un traité bilatéral d'alliance politique ou militaire. Le Rapporteur spécial évoque le remplacement de l'expression «*ipso facto*» par «nécessairement» mais on ne sait pas s'il appuie cette idée ou s'il est partisan de supprimer totalement la disposition si la Commission le souhaitait.

34. Le Rapporteur spécial ne prend pas davantage position sur la définition de «conflit armé» à l'alinéa *b* du projet d'article 2. La définition proposée, qui s'inspire de la résolution de 1985 de l'Institut de droit international, est la même que celle du premier rapport et laisse ouverte la question de l'inclusion ou non des conflits non internationaux, même si le Rapporteur spécial indique au paragraphe 13 de son rapport qu'une réponse sur ce point doit être obtenue de la plénière alors qu'il semblait privilégier l'année précédente l'exclusion des conflits non internationaux. On a l'impression qu'il hésite à introduire de sa propre initiative des modifications qui amélioreraient le texte tout en intégrant les suggestions de la Commission et des États. Cela est manifeste par exemple en ce qui concerne le projet d'article 4 relatif aux indices de prédisposition des traités à l'extinction ou à la suspension de leur application en cas de conflit armé: le Rapporteur spécial convient qu'il faut considérer d'autres facteurs, comme l'objet et le but du traité et les circonstances particulières du conflit, mais ne formule aucune proposition concrète dans ce sens.

²⁷⁹ A/CN.4/550 et Corr.1 et 2, reprographié, disponible sur le site de la Commission, documents de la cinquante-septième session.

35. Une autre question en suspens concerne le projet d'article 7, relatif à l'application des traités dont le but et l'objet impliquent nécessairement qu'ils sont applicables. Il convient tout d'abord de vérifier si une liste des traités restant applicables durant un conflit armé est exhaustive. Ensuite, certaines catégories de la liste, comme les «traités multilatéraux normatifs», doivent être plus explicites. En tout état de cause, des membres de la Commission et plusieurs délégations à la Sixième Commission ont mis en doute l'opportunité d'inclure une telle liste indicative, faisant valoir que les traités ne rentraient pas automatiquement dans une des catégories et jugeant plus utile d'énumérer les facteurs permettant de déterminer si un traité, ou certaines de ses dispositions, doit rester en vigueur en cas de conflit armé, ou au contraire être suspendu ou s'éteindre. Mais là encore, le Rapporteur spécial ne dit pas s'il propose de supprimer l'article 7, de le conserver en l'état, ou de le modifier.

36. En conclusion, M. Galicki pense qu'il serait prématuré de renvoyer les projets d'article au Comité de rédaction. Leur texte ne tient pas compte des nombreuses remarques formulées et il n'appartient pas au Comité de rédaction de le modifier en conséquence. Il est en revanche opportun de constituer un groupe de travail qui pourrait, conjointement avec le Rapporteur spécial, analyser en profondeur et résoudre les questions soulevées dans son rapport, de façon à produire une version globalement acceptable du projet d'articles. Une analyse de la pratique des États et de la jurisprudence établie avec l'assistance du Secrétariat, comme l'a suggéré le Rapporteur spécial lui-même, serait également utile à cet égard.

37. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial) tient à préciser que l'énumération de catégories de traités au projet d'article 7 ne se veut pas une liste, exhaustive ou non, mais une simple orientation pour aider à découvrir l'intention des parties. Il est clairement expliqué dans le rapport que les projets d'articles 4 et 7 doivent être considérés conjointement. La Commission ne peut en aucun cas cataloguer les traités.

38. M. GALICKI répond qu'il n'a nullement mis en doute l'exhaustivité de l'énumération en question. Il voulait seulement rappeler que, dès lors qu'un article contient une liste, la question de son exhaustivité se pose automatiquement. Pour éviter tout problème, il vaut mieux énumérer non pas des traités mais des facteurs ou des caractéristiques permettant de classer les traités.

39. Le PRÉSIDENT, intervenant en qualité de membre de la Commission, se demande, s'agissant du projet d'article 7, comment un traité d'amitié peut continuer à s'appliquer entre deux parties qui sont en conflit.

40. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial) fait observer que dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la CIJ a appliqué sans problème un traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1956 aux relations entre les États-Unis d'Amérique et le Nicaragua, lesquelles, pour n'être pas des relations de conflit armé, n'en présentaient pas moins certains éléments de conflit.

41. M. MOMTAZ souligne que de nombreux traités d'amitié, de commerce et de navigation contiennent des dispositions relatives au règlement des conflits qui peuvent rester en vigueur même au cours d'un conflit armé.

42. M. PELLET dit que la question se pose de savoir si l'étude que mène la Commission porte sur les effets des conflits armés sur les traités, sur les dispositions des traités ou sur les obligations découlant des traités. Il faudrait réfléchir à cette question et notamment se demander si c'est l'instrument qui est visé ou l'obligation découlant de l'instrument.

43. M. GAJA fait observer qu'à première vue, et comme le deuxième rapport du Rapporteur spécial reproduit sans modification le texte des articles 1^{er} à 7 proposés dans le premier rapport, on pouvait penser que le Rapporteur spécial campait sur les positions qu'il avait exposées dans ce premier rapport. Or, quand on lit ce deuxième rapport et quand on écoute la présentation qu'en a faite le Rapporteur spécial, l'impression est différente. Sur de nombreux points, le Rapporteur spécial a développé ses idées et fait preuve de souplesse, même si cette démarche ne s'est pas encore concrétisée dans de nouveaux projets d'article. Il faut en outre espérer que, d'une manière générale, le Rapporteur spécial trouvera le temps de fournir une analyse de la pratique susceptible d'étayer ses conclusions, et de développer plus pleinement les idées qu'il souhaiterait voir la Commission faire siennes. Tel est le résultat qui doit être visé, et la Commission doit aussi tenter de répondre aux questions soulevées par le Rapporteur spécial pour lui donner des indications pour la poursuite de ses travaux.

44. Une des questions sur lesquelles le Rapporteur spécial a appelé en particulier l'attention de la Commission concerne la possibilité d'inclure les conflits internes dans l'étude du sujet. Aux termes de l'article 73 de la Convention de Vienne de 1969 «[L]es dispositions de la Convention ne préjugent aucune question qui pourrait se poser à propos d'un traité du fait ... de l'ouverture d'hostilités entre États». Ceci est une des principales lacunes de la codification du droit des traités que les travaux en cours sont censés combler, en répondant à la question de savoir si les traités pertinents liant des États en conflit continuent de s'appliquer ou bien si leur application est suspendue ou s'ils sont éteints. Les conflits internes, tout comme les conflits entre un État partie à un traité et un État tiers, n'affectent pas directement les relations entre États parties au traité, mais ils peuvent créer des circonstances qui affectent indirectement l'application des traités, et ces circonstances n'ont pas été exclues de la Convention de Vienne de 1969; par exemple, un conflit interne peut constituer une impossibilité d'exécution ou un changement de circonstances, et donc entraîner la suspension de l'application ou l'extinction d'un traité auquel l'État impliqué dans le conflit interne est partie. Ceci ne veut pas dire que les conflits internes doivent nécessairement être exclus de l'étude du sujet, mais les questions concernant ces conflits doivent être envisagées séparément des questions concernant les effets des hostilités entre États parties à un traité. Les effets des conflits internes devraient être analysés dans le cadre des dispositions pertinentes des conventions de Vienne.

45. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial), répondant à la question posée par M. Pellet, dit que pour lui la tâche de la Commission consiste à définir les effets des conflits armés sur l'application des traités et non sur les obligations découlant des traités. Il rappelle à cet égard le projet d'article 13 qu'il a présenté dans son premier rapport²⁸⁰, et notamment ses alinéas *c* et *d*. Étudier les effets des conflits armés sur les obligations découlant des traités élargirait indûment le sujet que la Commission a reçu pour mandat d'étudier.

46. Le PRÉSIDENT, intervenant en tant que membre de la Commission, se demande si ce souci de recentrage du sujet ne va pas amener le Rapporteur spécial à repenser le projet d'article premier qu'il a proposé.

47. M. DUGARD dit que l'ouvrage dont le Rapporteur spécial est l'auteur et qu'il a évoqué, *International Law and the Use of Force by the States*²⁸¹, a considérablement influencé sa propre réflexion sur le sujet et qu'il est donc surpris que le Rapporteur spécial n'ait pas accordé suffisamment d'attention au *ius ad bellum* et ait privilégié le *ius in bello*.

48. S'agissant de la définition de l'expression «conflit armé» figurant à l'alinéa *b* du projet d'article 2, on peut douter qu'elle soit suffisante. En effet, le gros de la doctrine invoquée par le Rapporteur spécial remonte à une période où la quasi-totalité des conflits étaient des conflits entre États, alors que dans le monde contemporain la situation a radicalement changé, et les conflits armés non internationaux sont plus nombreux que les conflits armés internationaux. La distinction entre les uns et les autres n'est plus de nos jours «fondamentale», et la doctrine récente en la matière montre clairement qu'elle a dans une grande mesure disparu. Le rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement²⁸² que le Rapporteur spécial cite au paragraphe 10 de son rapport, sans toutefois expliquer pourquoi il serait pertinent en ce qui concerne la définition du conflit armé, évoque effectivement les conflits armés non internationaux. M. Dugard souhaiterait donc que le Rapporteur spécial indique expressément, dans le projet d'article 2, que l'expression «conflit armé» s'entend également des conflits armés non internationaux. Il est en outre nécessaire de mentionner le cas des territoires occupés dans la définition proposée et il est à cet égard curieux que le Rapporteur spécial ne mentionne pas l'avis consultatif rendu par la CIJ sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, dans lequel la Cour a appliqué non seulement les traités relatifs au droit international humanitaire mais aussi les traités relatifs aux droits de l'homme. Doit aussi être envisagé le cas des territoires administrés par l'ONU, comme le Kosovo.

49. La Commission doit donc se demander si elle souhaite examiner le sujet uniquement dans le cadre du droit international traditionnel ou tenir compte également des besoins et des attentes du monde contemporain, et à cet égard s'il convient d'élargir la définition des traités

pour y englober les accords pouvant être conclus entre une puissance occupante et l'Administration du territoire occupé, dont les Accords d'Oslo²⁸³ fournissent un exemple.

50. M. Dugard rappelle que l'année précédente il s'était étonné du fait que la définition de l'expression «conflit armé» ne tenait pas compte de la définition donnée par le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Tadić* [par. 70 de la décision] et de l'évolution ultérieure du droit international telle qu'elle s'est exprimée dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Il constate donc avec satisfaction que l'arrêt *Tadić* est mentionné dans le rapport (par. 10 *a*); il propose en outre qu'à l'instar de l'alinéa *d* du paragraphe 2 de l'article 8 du Statut de Rome, la définition du conflit armé figurant à l'article 2 exclue «les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence ou les actes de nature similaire».

51. Par ailleurs, les traités conclus entre organisations internationales ou entre États et organisations internationales devraient être inclus dans la définition de l'expression «traités» figurant à l'alinéa *a* du projet d'article 2. S'agissant de l'alinéa *b* du paragraphe 2 du projet d'article 4, aucune explication n'est donnée quant à la signification de l'expression «la nature et l'ampleur du conflit armé», et M. Dugard y voit une raison supplémentaire d'élargir la définition figurant à l'alinéa *b* du projet d'article 2.

52. En ce qui concerne le paragraphe 1 du projet d'article 5, son sens n'est pas clair. Le Gouvernement néerlandais l'a interprété comme indiquant que le droit international humanitaire doit être considéré comme *lex specialis*, mais là encore il convient de tenir compte de l'avis consultatif de la CIJ dans l'affaire des *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, dans lequel la Cour a jugé que le fait que le droit international humanitaire soit la *lex specialis* n'excluait pas l'application des conventions relatives aux droits de l'homme. À ce propos, il faut se féliciter qu'à l'alinéa *d* du paragraphe 2 du projet d'article 7, le Rapporteur spécial ait mentionné les traités relatifs à la protection des droits de l'homme.

53. En conclusion, M. Dugard dit qu'il souhaiterait qu'il soit tenu compte dans l'élaboration des projets d'article des besoins et attentes du monde contemporain. Il estime qu'il serait prématuré, comme la Commission achève un quinquennat, de constituer un groupe de travail qui serait chargé du sujet. Il estime que la Commission devrait établir un rapport tenant compte du débat en cours et le soumettre l'année suivante, accompagné des deux premiers rapports du Rapporteur spécial, à la Commission dans sa nouvelle composition. Il appartiendra à celle-ci de décider de constituer ou non un groupe de travail pour étudier le sujet.

54. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial) fait observer qu'il y a une différence considérable entre définir l'expression «conflit armé» aux fins du projet d'articles

²⁸⁰ *Annuaire... 2005*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/552.

²⁸¹ Op. cit. (voir la note 278, *supra*).

²⁸² «Un monde plus sûr: notre affaire à tous» (A/59/565 et Corr.1).

²⁸³ Déclaration de principes sur des arrangements intérimaires d'autonomie, signée à Washington le 13 septembre 1993 par le Gouvernement de l'État d'Israël et l'Organisation de libération de la Palestine (A/48/486-S/26560, annexe).

dans le cadre du droit des traités et la définir à toutes les fins possibles dans le cadre du droit international, ce que la Commission n'a pas reçu pour mandat de faire dans le cadre de l'étude du sujet à l'examen. Quant à l'idée d'établir un troisième rapport tenant davantage compte de l'évolution contemporaine, le Rapporteur spécial y souscrit et il assure M. Dugard que c'est faute de temps qu'il n'a pas adopté une démarche plus novatrice dans son deuxième rapport.

55. M. PELLET dit que comme M. Gaja il avait pensé de prime abord que le Rapporteur spécial n'avait tenu aucun compte des commentaires faits lors du débat de l'année précédente, puisque les projets d'article sont identiques à ceux présentés dans le premier rapport, mais qu'une lecture attentive du deuxième rapport montre que le Rapporteur spécial a bien été sensible aux critiques formulées tant par les membres de la Commission qu'à la Sixième Commission de l'Assemblée générale. On peut toutefois regretter deux choses. Premièrement, le Rapporteur spécial s'est borné à indiquer la direction à propos de chaque projet d'article et n'a pas proposé lui-même de textes plus appropriés qui, sans lier le Comité de rédaction, lui auraient facilité la tâche si la Commission avait décidé de lui renvoyer les projets d'article. M. Pellet indique incidemment qu'il ne partage pas l'opinion de M. Galicki selon laquelle le Rapporteur spécial aurait dû proposer un projet complet. Au contraire, deux ou trois projets d'article auraient amplement suffi si ceux-ci avaient été analysés de manière plus approfondie. Deuxièmement, on peut regretter que sur des points importants, le Rapporteur spécial, même s'il s'est montré sensible à certaines critiques, n'ait pas rouvert la discussion mais s'en soit tenu au mieux à marquer son accord ou son désaccord avec certaines suggestions, le plus souvent sans expliquer les raisons de ses positions, si bien que la discussion n'en est pas facilitée et que les membres de la Commission peuvent être tentés de répéter leurs observations de l'année précédente.

56. S'agissant des projets d'articles 1^{er} et 2, alinéa *a*, ces deux dispositions sont comme l'année précédente limitées aux traités entre États et, si M. Pellet le comprend bien, le Rapporteur spécial n'entend pas étendre le projet aux traités conclus par les organisations internationales. Pour M. Pellet, les considérations que le Rapporteur spécial fait valoir sur ce point au paragraphe 3 du rapport ne constituent pas une justification suffisante, et il persiste à penser qu'il vaudrait mieux faire d'une pierre deux coups. Si le problème doit se poser s'agissant des organisations internationales, il se posera de la même manière que pour les États, et on conçoit mal par ailleurs que les effets des conflits armés sur les traités conclus par des organisations internationales puissent constituer un sujet d'étude distinct pour la Commission.

57. M. Pellet demeure convaincu qu'il faudrait préciser si le projet d'article premier (Champ d'application) concerne seulement les traités en vigueur ou s'il vise également les traités qui ont été conclus mais ne sont pas encore entrés en vigueur. Personnellement, il penche résolument pour la seconde solution et estime qu'il serait intéressant de savoir quel pourrait être l'effet de conflits armés sur des traités qui n'ont pas encore fait l'objet d'une ratification. Il se demande en outre si la question

à l'examen est vraiment celle de l'effet des conflits armés sur les traités et à cet égard, il fait remarquer que la question de la divisibilité des dispositions du traité ne saurait être éludée ou celle de l'effet des conflits armés sur les obligations qui en découlent, ce qui semble, à son avis, être le cas. Loin d'être hors sujet comme l'a affirmé le Rapporteur spécial, c'est là une question centrale, une question de principe qui devrait être discutée dans le cadre d'un groupe de travail.

58. En ce qui concerne le projet d'article 2, alinéa *b*, M. Pellet dit que premièrement on ne cerne pas vraiment la notion de «conflit armé» lorsqu'on énonce, sans plus de précision, qu'elle s'entend d'un «état de guerre». Deuxièmement, tout en souscrivant à l'idée qu'il ne s'agit pas de définir les conflits armés de manière générale dans le cadre du projet d'articles à l'étude, il a du mal à comprendre ce que le Rapporteur spécial veut dire lorsqu'il indique au paragraphe 8 de son rapport que le projet d'article 2 inclut les effets des traités sur les conflits internes, alors que le libellé actuel de ce projet de texte semble implicitement les exclure, le mot «État» étant au pluriel notamment dans l'expression «entre ces États et des États tiers». Or, M. Pellet demeure un partisan convaincu de l'inclusion des conflits internes et souhaiterait que cela soit dit expressément dans le projet d'article 2 et peut-être même dans le projet d'article premier. Troisièmement, il ne comprend pas ce que le Rapporteur spécial entend par l'expression «principe de continuité» employée au paragraphe 9 du rapport. Quatrièmement, la référence au chapitre IV du rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement ne lui semble pas utile, ce document ne contenant que des considérations d'ordre général dont le Rapporteur spécial ne tire aucune conséquence. Cinquièmement, il regrette que le Rapporteur spécial ne réponde pas à l'importante question de l'occupation militaire soulevée par les Pays-Bas (par. 11 du rapport). Le paragraphe 19 du premier rapport sur les effets des conflits armés sur les traités²⁸⁴ contenait pourtant un élément de réponse à cette question en renvoyant à l'article 18 de la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé dont il conviendrait de reprendre le procédé. Personnellement, M. Pellet est convaincu que les cas d'occupation sont couverts par l'expression «conflit armé» mais il a des réserves sur le bien-fondé de la proposition de M. Dugard d'ajouter les situations d'administration internationale comme celle existant au Kosovo. Il faudrait au contraire à son avis énoncer très clairement dans le commentaire que cette situation ne relève pas d'un conflit armé au sens du projet d'article. Sixièmement, il estime qu'il ne serait pas superflu de poser la question de l'inclusion dans le projet de la guerre contre le terrorisme car dès l'instant où on admet que le droit de la guerre est applicable à ce type de conflit, la Commission ne peut rester silencieuse. Enfin, il regrette très vivement que le Rapporteur spécial, ne tenant aucun compte des critiques formulées à cet égard à la cinquante-septième session, en 2005, n'aborde toujours pas dans son rapport la question de la licéité du recours à la force. À cet égard, il souscrit pleinement à l'avis exprimé par M. Economides selon lequel cette question est d'une importance fondamentale même si, pour sa part il n'a pas d'opinion arrêtée sur la

²⁸⁴ *Annuaire... 2005*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/552.

réponse qu'il convient d'y apporter. Contrairement à ce que semble envisager M. Brownlie, il ne pense pas qu'il soit possible d'attendre la discussion sur un éventuel article 10 remanié pour prendre position sur ce problème, qui aura nécessairement des incidences sur l'ensemble du projet, car il ne s'agit pas de codifier les règles du *jus cogens* mais de préciser les conséquences des règles impératives sur le projet d'articles. M. Pellet n'est donc pas en mesure d'approuver le renvoi du projet d'article 2 au Comité de rédaction et estime qu'il serait plus avisé de constituer un groupe de travail, pour examiner en profondeur l'ensemble des questions de principe qui sont posées et en particulier l'incidence du principe de l'interdiction du recours à la force armée sur le sujet à l'examen. Le Rapporteur spécial pourrait établir un troisième rapport sur la base des travaux et des conclusions de ce groupe de travail.

59. M. Pellet estime qu'il importe de maintenir le projet d'article 3 dont l'objet est central. Le Rapporteur spécial ne tire aucune conséquence des critiques formulées l'année précédente par certains membres de la Commission au sujet du libellé de ce projet de texte, dont il fait état au paragraphe 16 de son rapport. Or ces critiques semblent tout à fait fondées et il faudrait au moins remplacer l'expression «*ipso facto*» par «nécessairement», car ces deux termes ont un sens très différent. L'expression «*ipso facto*» implique que l'existence d'un conflit armé ne suffit pas pour que ce conflit ait des effets sur les traités alors que le terme «nécessairement» implique que les conflits armés peuvent dans certains cas entraîner la suspension ou l'extinction du traité et pas dans d'autres. Dès lors, le projet d'article 3 n'est acceptable qu'à la condition que le mot «nécessairement» y soit employé.

60. S'agissant du projet d'article 4, M. Pellet pense qu'effectivement son libellé pourrait être amélioré, comme le reconnaît le Rapporteur spécial au paragraphe 19 du rapport, mais les problèmes posés par ce projet d'article ne sont pas uniquement d'ordre rédactionnel. En effet, la question n'est pas de savoir comment on détermine l'intention des États mais s'il est pertinent de recourir à cette notion. En aucune manière l'intention des parties ne saurait constituer le critère exclusif ni même le critère prédominant, pour la raison, exposée au paragraphe 24 du rapport, que les États n'envisagent tout simplement pas la survenance de conflits armés et qu'ils ont intégré le principe de l'interdiction du recours à la force. Quant à la jurisprudence citée par le Rapporteur spécial au paragraphe 22 de son rapport, elle lui semble à une ou deux exceptions près très ancienne, ce qui semble confirmer le caractère obsolète du critère de l'intention. Il serait intéressant que le Rapporteur spécial, qui fait référence à l'excellente étude du Secrétariat intitulée «Les effets des conflits armés sur les traités: examen de la pratique et de la doctrine»²⁸⁵ au paragraphe 21 de son rapport, intègre dans ce projet d'article les éléments remarquables qu'elle contient. M. Pellet n'est donc pas favorable au renvoi du projet d'article 4 au Comité de rédaction sous sa forme actuelle, considérant que des éléments tels que l'objet et le but du traité ou encore, la nature, l'ampleur et les circonstances du conflit devraient y tenir une place au moins égale à celle du critère de l'intention.

61. En ce qui concerne le projet d'article 5, M. Pellet a l'impression que ses deux paragraphes concernent des questions totalement différentes qui mériteraient de faire l'objet de dispositions distinctes. D'autre part, il pense que l'on pourrait remplacer le paragraphe 1 par l'alinéa *a* de l'article 35 du projet de Harvard²⁸⁶, cité au paragraphe 55 du premier rapport sur les effets des conflits armés sur les traités, dont le libellé paraît beaucoup plus clair et semble couvrir la même question. Il ne comprend pas bien le sens du paragraphe 30 du rapport et appuie la proposition du Rapporteur spécial de remplacer le mot «compétence» par le mot «capacité» au paragraphe 2 de ce projet d'article. À propos du projet d'article 6, M. Pellet partage pleinement l'avis du Rapporteur spécial selon lequel cette disposition est inutile et la question devrait être renvoyée au commentaire.

62. Pour ce qui est du projet d'article 7, M. Pellet approuve la position des États-Unis reproduite au paragraphe 35, alinéa *c*, du rapport selon laquelle pour que les États puissent agir en connaissance de cause, il serait plus utile d'énumérer les facteurs qui permettraient de conclure qu'un traité – ou certaines de ses dispositions – demeure en vigueur, doit être suspendu ou doit s'éteindre en cas de conflit armé. Ce sont les facteurs qui doivent être pris en considération, ce qui suppose de revoir de manière radicale le projet d'article 4, dont la version actuelle n'est pas satisfaisante puisque l'accent y est mis de manière quasi exclusive sur le critère de l'intention. Quant aux différentes catégories de traités énumérées dans le projet d'article 7, elles devraient être soigneusement examinées dans le commentaire à la lumière de la pratique, comme l'envisage le Rapporteur spécial au paragraphe 37 de son rapport.

63. En conclusion, M. Pellet remercie le Rapporteur spécial de se montrer prêt à revoir en profondeur certains des projets d'article présentés en 2005 mais il lui semble que les projets d'articles 1, 2 *b* et 4 posent encore de graves problèmes de principe et qu'il est difficile, voire impossible, de les renvoyer au Comité de rédaction dans l'état actuel de la réflexion aussi longtemps que la Commission n'aura pas été à même de se prononcer sur un certain nombre des problèmes fondamentaux soulevés. Il serait donc sage de constituer, sous la présidence du Rapporteur spécial s'il en est d'accord, un groupe de travail qui serait chargé de définir les orientations de principe sur la base desquelles une nouvelle rédaction de ces projets d'article clefs serait établie. Si cette proposition était écartée par la Commission, il appartiendrait au Rapporteur spécial de proposer lui-même de nouveaux textes pour ces articles, de façon que la Commission puisse se prononcer en connaissance de cause.

64. M. CHEE fait observer à propos du projet d'article 3 et des observations de M. Pellet à ce sujet qu'il est bien indiqué au paragraphe 14 du rapport que l'idée de remplacer l'expression «*ipso facto*» par «nécessairement» a reçu un soutien non négligeable.

²⁸⁵ A/CN.4/550 et Corr.1 et 2, reprographié, disponible sur le site de la Commission, documents de la cinquante-septième session.

²⁸⁶ *Supplement to the American Journal of International Law*, vol. 29 (1935), *Codification of International Law*, Part. III, «The Law of Treaties», p. 1183.

65. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial) dit qu'il n'est à l'évidence pas question de renvoyer au Comité de rédaction les projets d'article compte tenu des observations formulées mais il pense qu'il serait également très prématuré de créer un groupe de travail pour les examiner et, si telle était la décision de la Commission, il renoncerait à son mandat de Rapporteur spécial. Il estime, pour sa part, qu'il vaudrait mieux le charger d'établir un troisième rapport sur lequel pourrait s'appuyer ensuite un groupe de travail.

66. M. DUGARD appuie la proposition du Rapporteur spécial d'établir un troisième rapport. Une telle solution présenterait l'avantage de permettre aux membres nouvellement élus à la Commission qui ne seront pas au courant du sujet d'en débattre avant que la question ne soit abordée dans le cadre d'un groupe de travail.

67. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en tant que membre de la Commission, dit que deux questions de fond devraient être examinées plus avant en ce qui concerne le projet d'article premier relatif au champ d'application. Premièrement, celle de la notion même d'effets des conflits armés sur les traités qui n'est abordée nulle part; on part du principe qu'ils existent sans se poser davantage de questions. Deuxièmement, celle de la nature des armes utilisées et à prendre en compte pour cibler la notion de conflit armé. S'agissant de la définition du traité, il conviendrait d'y inclure les traités conclus par les organisations internationales. L'alinéa *b* du projet d'article 2 mériterait d'être clarifié car son libellé actuel est ambigu. Le Président relève également que l'expression «déclenchement d'un conflit armé» est employée à deux reprises par le Rapporteur spécial dans les projets d'articles 3 et 5, mais si le déclenchement a des effets sur les traités qu'en est-il *a contrario* de la fin du conflit armé? Il convient de se demander si cette question, qui n'est pas évoquée dans le deuxième rapport, entre dans le champ du sujet. Le paragraphe 2 du projet d'article 5 pose aussi un problème de fond. La question du remplacement du mot «compétence» par «capacité» n'a pas grande importance mais il faudrait en revanche savoir si la compétence pour conclure (ou la capacité de conclure) des traités dans un contexte de conflit armé n'est pas de nature à affecter la validité de ces traités, qu'ils soient conclus par les deux parties au conflit ou par l'une d'entre elles avec des tiers.

La séance est levée à 13 h 5.

2897^e SÉANCE

Jeudi 20 juillet 2006, à 10 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Al-Marri, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M^{me} Xue, M. Yamada.

Effets des conflits armés sur les traités (suite) [A/CN.4/560, sect. B, et A/CN.4/570]

[Point 9 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. M. KOSKENNIEMI dit qu'il approuve la proposition du Rapporteur spécial concernant la manière d'aborder le sujet. Il partage l'avis des membres qui ont déclaré que, compte tenu de toutes les questions de principe et de formulation que soulevaient les projets d'article, il serait inutile de les renvoyer, à ce stade, au Comité de rédaction. Comme un petit nombre de membres, il est sceptique quant à l'utilité de créer un groupe de travail, en particulier à la session en cours. La Commission nouvellement constituée sera à même de prendre un nouveau départ à la prochaine session.

2. La démarche la plus avisée est celle qu'a proposée le Rapporteur spécial, c'est-à-dire l'établissement d'un troisième rapport. Ce document devrait aborder, d'une manière concise mais plus approfondie que dans le deuxième rapport, les diverses questions qui ont été soulevées à l'Assemblée générale et, surtout, à la Commission, au cours des deux dernières sessions. M. Koskenniemi va tenter d'aider le Rapporteur spécial en dégageant un certain nombre de questions de principe et, pour ce faire, il suivra de près les observations formulées par M^{me} Escarameia à la séance précédente. Lui-même n'a pas de solution toute prête à ces problèmes, mais le Rapporteur spécial pourrait étudier les arguments pertinents pour et contre et peut-être formuler ensuite des propositions concrètes, sous la forme de positions de principe ou de projets d'article.

3. Pour M. Koskenniemi, six questions doivent être clarifiées dans le troisième rapport. Premièrement, le Rapporteur spécial devrait examiner la question apparemment compliquée de la différence entre les effets des conflits armés sur les traités pour les parties au conflit et pour les États tiers – il semble évident que ces effets ne peuvent être identiques. Les problèmes ont trait, par exemple, à la vie des traités multilatéraux ou régionaux en cas de conflit armé entre deux membres de la région, et peuvent être d'une grande complexité.

4. La deuxième question concerne la différence entre les effets des conflits armés sur le traité dans son ensemble et sur certaines parties de celui-ci. Est-il possible de considérer que certaines parties du traité sont en vigueur et d'autres non? De nombreux membres ont également demandé dans quelle mesure une guerre d'agression pouvait affecter le statut juridique des parties. On se trouve, là aussi, face à toutes sortes de problèmes et de configurations complexes.

5. La troisième question, également soulevée par M^{me} Escarameia et d'autres membres, est la distinction entre la suspension et l'extinction. Les deux ont probablement des effets juridiques très différents. Il serait intéressant que le Rapporteur spécial explique ces différences et la manière dont elles pourraient être traitées dans les projets d'article.

6. Quatrièmement, la plupart des membres se sont référés à la distinction entre conflits armés internationaux et conflits armés internes. Comme la majorité des membres, M. Koskenniemi approuve l'idée que le projet d'articles couvre également les conflits armés internes. Beaucoup ont fait observer que la plupart des conflits armés contemporains sont de nature hybride, présentant à la fois des aspects internes et internationaux. Ce serait une erreur d'exclure la grande majorité des conflits contemporains du champ d'application du projet d'articles. Cependant, comme l'a fait remarquer M. Gaja, les effets sur un traité d'un conflit armé interne et d'un conflit armé international, par exemple pour les États tiers, ne peuvent pas être identiques.

7. Cinquièmement, M. Koskenniemi approuve la distinction étonnante qu'a faite M. Pellet entre les effets sur le traité, les effets sur les dispositions du traité et les effets sur les obligations découlant du traité. Certes, cette distinction est peut-être simplement le fruit d'un esprit cartésien, qui n'est pas toujours utile pour élaborer des directives pratiques, mais si les effets des conflits armés sont considérés du point de vue des obligations découlant d'un traité, il s'agit d'une approche différente de celle où le traité est considéré comme un instrument et où le conflit armé abolit à la fois l'instrument et les obligations qui y sont énoncées. Il serait certainement utile de s'étendre davantage sur cette question.

8. Sixièmement, M. Koskenniemi tient à revenir sur un avis souvent réaffirmé par le Rapporteur spécial, à savoir que certaines manières d'aborder le sujet ne sont pas appropriées parce qu'elles vont au-delà du mandat conféré à la Commission, les exemples cités étant notamment en lien avec le droit relatif à l'emploi de la force et le droit de la guerre. M. Koskenniemi comprend que le Rapporteur spécial souhaite limiter le sujet au droit des traités et ne pas le laisser empiéter sur d'autres domaines où il pourrait être difficile d'élaborer des projets d'article précis. Cela dit, l'argument procédural selon lequel la Commission n'a pas pour mandat d'aborder des aspects de l'emploi de la force ou de la responsabilité de l'État présuppose une certaine manière de comprendre le sujet que tous les membres ne partagent pas. Il y a donc un désaccord au sein de la Commission quant au champ d'application même du sujet. M. Koskenniemi ne peut imaginer que l'Assemblée générale ait déjà décidé que le sujet devait être considéré sous l'angle étroit proposé par le Rapporteur spécial. Il pourrait être utile que celui-ci aborde la question dans son troisième rapport, de manière que la Commission puisse décider si elle approuve ou non cette conception.

9. Des éclaircissements sur ces six points seraient bienvenus. À propos de la structure des projets d'article eux-mêmes, la clef de voûte semble être le lien entre les projets d'articles 3, 7 et 4. La manière dont ils sont reliés n'est pas claire. Le projet d'article 3 paraît planter le décor, en s'appuyant sur l'hypothèse que la survenance d'un conflit armé ne se traduit pas par l'extinction ou la suspension des traités. C'est clairement un point de départ mais, alors, la signification des projets d'articles 4 et 7 suscite des interrogations. On ne voit pas bien pourquoi le projet d'article 4 devrait fournir des indices de prédisposition des traités à l'extinction ou à la suspension de leur application, étant donné que le projet d'article 3

établit déjà que ces traités demeurent en vigueur. Il faut uniquement prévoir une série d'exceptions à cette règle. Le projet d'article 7 semble également étrangement parallèle au projet d'article 3. Les types de traités qu'il énumère comme demeurant en vigueur le demeureraient de toute manière en vertu du projet d'article 3. Tel qu'il est rédigé actuellement, le projet d'article 7 crée la présomption étrange que les catégories de traités qui n'y sont pas énumérées constituent des exceptions importantes à la règle principale énoncée au projet d'article 3, bien qu'un ensemble d'exceptions à cette règle principale ne soit nulle part identifié. Les exceptions forment donc une catégorie très vaste, et cela suppose que tout traité ne figurant pas dans le projet d'article 7 deviendrait automatiquement caduque. Or M. Koskenniemi ne pense pas que quiconque partage cet avis, ni que le Rapporteur spécial soit en train de formuler une telle suggestion.

10. M. Koskenniemi ne comprend pas ce que le Rapporteur spécial avait à l'esprit lorsqu'il a dit que certains projets d'article avaient «un caractère essentiellement déclaratif». Les projets d'article sont avant toute chose normatifs, ils aident les praticiens du droit à trancher des questions précises. Le projet d'article 7 a peut-être un caractère déclaratif en ce qu'il fournit, presque incidemment, une liste d'exemples illustrant la règle énoncée au projet d'article 3, mais comme cette liste n'est pas exhaustive, il amoindrit la force de la règle en question. M. Koskenniemi suggère que la Commission adopte une disposition s'inspirant du projet d'article 3 en en faisant la règle principale, et qu'elle énonce ensuite des exceptions à la règle, une par une, étant clairement entendu qu'en tant qu'exceptions elles doivent être interprétées de manière limitée. De cette façon, toutes les situations que l'on puisse imaginer seront couvertes: c'est soit la présomption, soit l'exception qui s'appliquera; *tertium non datur*.

11. La dernière observation de M. Koskenniemi concerne le projet d'article 4 et la question du consentement. De nombreux membres ont fait remarquer que le consentement était un critère relativement inefficace dans tous les cas. Néanmoins, comme le Rapporteur spécial l'a noté au paragraphe 19 de son deuxième rapport, il ne serait pas réaliste de marginaliser le rôle de l'intention. Bien que les États eux-mêmes tiennent beaucoup à aborder cette partie du droit des traités en termes de consentement des parties, une telle démarche n'est ni pertinente ni utile: il ne s'agit jamais du consentement lui-même, mais de l'endroit où il peut être trouvé. Cela peut être dans le texte d'un traité, dans le contexte de son objet et de son but ou ailleurs. M. Koskenniemi a déjà exprimé son opinion quant à la manière dont le projet devait être structuré, et il ne pense pas que la question du consentement y ait sa place. La Commission doit partir, soit de la règle générale, à savoir la présomption que les traités continuent à fonctionner, soit de certaines des exceptions énumérées. Il ne devrait jamais être nécessaire de revenir à la question du consentement, à moins qu'il ne soit impossible d'énumérer les exceptions d'une manière exhaustive et qu'il faille plutôt passer de catégories individualisées à une caractérisation de ces catégories. Si la Commission se retrouve dans cette position, le Rapporteur spécial devrait résister à la tentation d'identifier les autres catégories en termes de consentement, et plutôt recourir à une évaluation contextuelle de la situation qui se présente, en s'appuyant

sur des indices tels que la question de savoir si le conflit armé est de nature interne ou internationale, si le traité doit être considéré comme étant annulé en partie ou dans son ensemble, ou si le traité est susceptible de suspension ou d'extinction.

12. M. FOMBA salue la qualité du rapport du Rapporteur spécial qui porte l'empreinte d'un grand auteur et praticien, bien qu'il puisse parfois paraître trop concis.

13. En ce qui concerne le cadre conceptuel et la méthode, M. Fomba dit que pour se faire une idée exacte de tous les aspects du sujet, il faut identifier les notions clefs contenues dans le titre du sujet, à savoir «traité», «conflit armé» et «effet», le conflit armé étant considéré par le Rapporteur spécial comme un fait juridique. Il est nécessaire d'en cerner les contours et les connexions et, surtout, d'en tirer des conclusions aux fins de la codification ou du développement progressif du droit international. Ce n'est pas un exercice facile. La tâche la plus importante et la plus difficile consiste à identifier et à analyser la pratique en ce qui concerne les effets des conflits armés internationaux et non internationaux sur les traités.

14. Pour ce qui est de la question de la portée *ratione materiae* de l'étude, il s'agit de savoir si les traités conclus par des organisations internationales doivent être inclus ou non. Au paragraphe 3 du rapport, le Rapporteur spécial ne donne pas son propre point de vue, et se contente de noter qu'il n'y a pas d'accord général sur la question et que les États se sont référés au paragraphe 1 de l'article 74 de la Convention de Vienne de 1986. Les organisations internationales sont des sujets du droit international; elles ont une personnalité juridique internationale, en particulier la capacité de conclure des traités, énoncée précisément dans la Convention de 1986 et dans la jurisprudence internationale; elles jouent un rôle important dans les relations internationales; elles ne sont pas indifférentes au problème des conflits armés, sous réserve de la question de savoir si et dans quelle mesure elles peuvent y être parties prenantes; le paragraphe 1 de l'article 74 de la Convention de Vienne de 1986 réserve la question de l'effet éventuel des conflits armés sur des traités auxquels sont parties des organisations internationales. Il est donc logique d'inclure les traités auxquels des organisations internationales sont parties, étant entendu qu'il faudrait d'abord déterminer s'il existe une pratique en la matière ou s'il faut poser le problème *de lege ferenda*.

15. L'opinion du Rapporteur spécial, selon laquelle le sujet devrait faire partie du droit des traités et non du droit relatif à l'emploi de la force, a été appuyée de manière générale. Bien qu'il existe une relation de cause à effet entre les deux aspects de la question, l'accent est mis sur la question de la portée *ratione temporis* des traités. Par conséquent, M. Fomba peut appuyer la position défendue par le Rapporteur spécial, même s'il demeure vrai qu'il existe un lien entre le sujet et d'autres questions fondamentales telles que le droit de la responsabilité et le *ius cogens*, en particulier le principe de l'interdiction du recours à la force. Il faudrait tenir compte des observations pertinentes faites par M. Economides et M. Pellet, en particulier à propos du bénéfice éventuel à tirer de la résolution de l'Institut de droit international de 1985.

16. Trois questions ont été posées au sujet du projet d'article premier, sur lesquelles le Rapporteur spécial n'a pas exprimé sa position. Premièrement, la délégation néerlandaise a proposé de tenir compte du cas des traités qui s'appliquent à titre provisoire en attendant leur entrée en vigueur. Dans la mesure où ce cas est expressément prévu dans la Convention de Vienne de 1969, où la portée *ratione temporis* du traité est limitée et où un conflit armé peut survenir dans ce laps de temps, et où il n'est pas mis fin à cette application provisoire en vertu du paragraphe 2 de l'article 25 de la Convention de Vienne, on peut soutenir, *prima facie*, qu'il y a une raison logique et valable de retenir un tel cas. Cela dit, il serait préférable d'y réfléchir davantage.

17. La deuxième question concerne la proposition de distinguer entre les États qui sont parties contractantes en vertu de l'alinéa *f* du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1969 et ceux qui ne le sont pas. Il convient de garder à l'esprit que l'expression «parties contractantes» recouvre une notion ambiguë utilisée pour exprimer, soit l'idée d'un «État contractant», soit celle de «partie», aux sens précis mais distincts que la Convention de Vienne donne à ces expressions. La signification de l'expression «parties contractantes» dépend donc du contexte. Avec cette réserve, si la Commission s'en tient à l'application stricte du principe de l'effet relatif des traités, le problème ne se pose pas, étant donné qu'un traité peut créer des obligations ou des droits pour des États tiers à condition que cela se fasse conformément aux articles 34 à 38 de la Convention de Vienne. Si tel devait être le cas, les États seraient alors concernés par la question de la continuité ou de la non-continuité de la vie desdits traités.

18. La troisième question à examiner attentivement est celle de savoir s'il ne faut retenir dans le projet d'articles que les traités en vigueur au moment du conflit ou y inclure également ceux qui ne sont pas encore entrés en vigueur.

19. À propos du texte du projet d'article premier, M. Fomba note que si les mots «concernant les traités entre États» sont conservés, cela laissera intacte la question du sort des traités conclus par des organisations internationales.

20. S'agissant du projet d'article 2, dans la version française, les mots «effets des traités sur les conflits internes» doivent être remplacés par «effets des conflits internes sur les traités». M. Fomba partage la position du Rapporteur spécial, qui soutient que le projet d'article 2 inclut les effets des conflits internes sur les traités. Cependant, le Rapporteur spécial ne fournit aucun argument à l'appui de cette position. La question se pose ici de savoir si et dans quelle mesure un conflit armé interne peut avoir des effets sur les obligations conventionnelles de l'État partie, notamment à l'égard d'un État tiers qui aurait reconnu et soutenu la partie rebelle.

21. Le Rapporteur spécial a indiqué qu'il y avait des divergences d'opinions dans la doctrine et à la Sixième Commission quant à la définition du terme «conflit armé», et il a cité un certain nombre de sources, en particulier l'affaire *Tadić* devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (par. 10), et un point soulevé par les Pays-Bas (par. 11).

22. M. Fomba appuie pleinement la conclusion formulée par le Rapporteur spécial au paragraphe 13.

23. En ce qui concerne le titre et le chapeau du projet d'article 3, il a tendance à croire que les effets devraient être énumérés en allant du moins grave au plus grave, et qu'il faudrait parler de «suspension ou extinction» plutôt que d'«extinction ou suspension» – même si ce n'est pas l'ordre employé dans la Convention de Vienne de 1969. Quant à la suggestion, émise au paragraphe 14 du rapport, de remplacer l'expression «*ipso facto*» par «nécessairement», la première expression est à son avis préférable, dans la mesure où elle met l'accent sur le lien causal factuel entre le conflit et le traité, même s'il reconnaît que l'argumentation subtile de M. Pellet pourrait ébranler sa conviction première. En ce qui concerne la possibilité de supprimer le projet d'article, il partage le raisonnement exposé aux paragraphes 15 et 16 du rapport, mais pas la conclusion qui en est tirée, à savoir que la disposition n'est pas strictement nécessaire. Au contraire, elle est fondamentale dans la mesure où elle constitue le fondement des articles suivants et où elle est fondée sur un revirement doctrinal important et pertinent.

24. En ce qui concerne le projet d'article 4, M. Fomba approuve les vues exprimées au paragraphe 19 du rapport et pense lui aussi que la rédaction de la disposition peut être améliorée. À cet égard, la proposition du Guatemala, citée au paragraphe 20, n'est pas dénuée d'intérêt. Quant aux problèmes d'ordre structurel, portant principalement sur le lien entre les projets d'articles 4 et 7, qui sont examinés aux paragraphes 26 à 28, on ne peut les trancher jusqu'à ce qu'il soit clairement établi que le projet d'article 7 reflète bien la pratique et la jurisprudence. Si tel est effectivement le cas, ce serait une raison valable de le conserver. Il faudrait alors régler la question des autres facteurs à prendre en compte, soit dans le texte de l'article 4, soit dans le commentaire. En ce qui concerne l'autre problème structurel – la référence aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969 – M. Fomba partage l'avis du Rapporteur spécial, qui pense qu'une telle référence serait nécessairement mécanique; mais la technique est, après tout, pratique courante en droit international.

25. S'agissant du projet d'article 5, M. Fomba note la référence au principe énoncé dans l'avis consultatif rendu par la CIJ dans *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, selon lequel l'application de certains principes des droits de l'homme et de la protection de l'environnement dans les conflits armés est déterminée par la *lex specialis* applicable [par. 25 de l'avis], et il partage l'avis du Rapporteur spécial, qui estime que ce principe doit être reflété dans le projet d'articles. Quant à la suggestion tendant à remplacer les mots «compétence ... pour conclure» par «capacité ... de conclure», il note qu'elle est conforme à la terminologie employée à l'article 6 de la Convention de Vienne de 1969.

26. En ce qui concerne le projet d'article 6, le Rapporteur spécial a conclu, en raison des critiques émises par certains membres de la Commission et de la Sixième Commission, que ce projet d'article devait être supprimé et la question renvoyée au commentaire relatif au projet

d'article 3. M. Fomba n'y voit aucun inconvénient, bien que davantage de clarté et de précision ne nuirait pas.

27. À propos du projet d'article 7, vu le raisonnement du Rapporteur spécial, M. Fomba approuve la solution proposée au paragraphe 37 du rapport, à savoir de supprimer le projet d'article et d'annexer à l'ensemble du projet une analyse de la pratique des États et de la jurisprudence. Plus fondamentalement, il partage le point de vue exprimé par les États-Unis, cité au paragraphe 35 du rapport, à savoir que l'accent doit plutôt être mis sur les facteurs permettant de conclure qu'un traité ou certaines de ses dispositions demeurent en vigueur (ou doivent être suspendues ou doivent s'éteindre) en cas de conflit armé.

28. Quant au devenir des projets d'article, les avis sont très partagés. Certains membres pensent qu'il faut les renvoyer, en tout ou en partie, au Comité de rédaction, tandis que d'autres jugent que cela est prématuré. Il a été suggéré de créer un groupe de travail qui serait chargé d'examiner les questions les plus difficiles, mais certains ont rappelé que la composition de la Commission allait changer. D'autres encore pensent qu'il faudrait laisser au Rapporteur spécial le temps de digérer tout cela et d'établir un troisième rapport en 2007. On a donc l'embarras du choix. Pour M. Fomba, la priorité devrait être accordée au point de vue du Rapporteur spécial lui-même. Cela dit, il est prêt à s'accommoder de toute solution de compromis à laquelle la Commission pourrait parvenir.

29. M. MOMTAZ dit que M. Fomba s'est référé, comme plusieurs autres intervenants, à la proposition de la délégation néerlandaise tendant à inclure les occupations militaires dans la définition du conflit armé. Or, cela reviendrait à mettre les deux sur le même plan, ce qui serait une erreur. Un conflit armé peut parfois entraîner l'occupation d'un territoire appartenant à l'une ou l'autre des parties, mais en pareil cas l'occupation doit être considérée comme une conséquence du conflit. Quoiqu'il en soit, le régime de l'occupation est régi par la quatrième Convention de Genève de 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, dont l'article 6 distingue clairement entre conflit armé et occupation.

30. M. KAMTO dit que les situations contemporaines sont rarement aussi tranchées qu'elles l'étaient au moment où la quatrième Convention de Genève a été élaborée. Bien que certains types d'occupation – comme celle de l'Allemagne après la Seconde Guerre mondiale – se présentent essentiellement dans des situations d'après-conflit, elles peuvent également coïncider avec des situations de conflit armé.

31. M. MOMTAZ dit que, bien que les projets d'article doivent sans aucun doute traiter des conséquences de l'occupation militaire pour les traités, il tient à souligner que l'occupation militaire n'a pas de place dans la définition du terme «conflit armé».

32. M. COMISSÁRIO AFONSO, après avoir salué la clarté et la concision du rapport sur le sujet, qui mérite la plus grande attention de la part de la Commission, dit qu'en définissant le champ d'application du sujet, le projet d'article premier, avec le projet d'article 2 a, contribue à jeter les fondements d'une approche prudente de la notion

délicate de «conflit armé», qui doit être définie de manière restrictive aux fins du projet d'articles. En d'autres termes, pour être logique et cohérente, la définition devrait, dans la mesure du possible, être limitée aux États qui sont parties à des conflits armés et qui ont la capacité de conclure des traités. La possibilité d'inclure les conflits armés non internationaux ne devrait être envisagée qu'à titre exceptionnel et avec la prudence voulue. L'inclusion d'acteurs non étatiques, que supposerait une définition plus large du conflit armé, risque d'aller à l'encontre de la stabilité et de la sécurité du système conventionnel dans son ensemble, même si certains membres ne partagent pas cet avis. Les conflits armés entre États peuvent être, et sont généralement, de nature symétrique: bien qu'ils puissent différer par leur taille, leur puissance et leurs capacités, les États sont homogènes et leurs cadres juridiques et politiques se prêtent à des analyses similaires. La situation est tout à fait différente dans le cas des conflits non internationaux, où les acteurs non étatiques peuvent présenter une très grande diversité dans leur nature et leurs motivations. Il peut en effet s'agir de mouvements de libération nationale, de groupes terroristes ou même de gangs armés. Les actes de ces acteurs non étatiques – qui bénéficient de divers degrés de légitimité – ne doivent pas nécessairement être mis sur le même plan que ceux des États. De tels facteurs doivent être pris en compte dans les projets d'article pour que ceux-ci soient largement acceptés par les États Membres. Ne fût-ce que pour des raisons pragmatiques, la meilleure stratégie est de limiter le champ des projets d'article aux actes des États. Même les organisations internationales ne devraient pas être incluses car elles ont aussi leurs propres caractéristiques, comme l'ont clairement montré les débats de la Commission sur la responsabilité des organisations internationales.

33. Le projet d'article 3 est également important, puisqu'il est effectivement, comme l'a dit la délégation autrichienne, «le point de départ de l'ensemble du projet d'articles»²⁸⁷. Il énonce un principe fondamental, à savoir que la vie ou la mort d'un traité ne doit pas dépendre de l'existence ou de la non-existence d'un conflit armé. L'expression «*ipso facto*» est toutefois malencontreuse car l'opinion selon laquelle la guerre éteignait *ipso facto* les traités, qui a longtemps prévalu, est à présent dépassée. C'est pourquoi il serait préférable d'utiliser une expression ordinaire.

34. Beaucoup a déjà été dit par les orateurs précédents à propos du projet d'article 4. Comme cela est indiqué dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-septième session, «le Rapporteur spécial a fait observer que la question du critère de l'intention avait suscité maints débats»²⁸⁸; et l'on peut se féliciter qu'au paragraphe 19 de son deuxième rapport, le Rapporteur spécial reconnaisse qu'il faut examiner également d'autres facteurs, notamment l'objet et le but du traité et les circonstances particulières du conflit. Cette position sera accueillie favorablement par les membres de la Commission qui ont d'emblée défendu l'inclusion du critère de l'objet et du but du traité. Plusieurs autres aspects

du projet d'article restent toutefois à régler, dont certains sont plus importants que d'autres. Premièrement, comme M. Koskeniemi l'a dit, le texte tel qu'il est actuellement libellé ne servirait qu'à affaiblir le projet d'article 3. Deuxièmement, le titre du projet d'article n'est pas clair et pourrait donner lieu à des problèmes d'interprétation. La troisième difficulté a trait à la logique circulaire de l'alinéa *a* du paragraphe 2, qui suggère que pour déterminer l'intention des parties, il faut se fonder sur l'intention des parties²⁸⁹. Le Groupe de travail et, par la suite, le Comité de rédaction, examineront sans aucun doute cette question en temps voulu. Ce qui importe à présent est de reconnaître que le critère de l'intention en lui-même n'est pas fondamental. À la séance précédente, M^{me} Escarameia a évoqué la possibilité d'employer le critère de viabilité pour mesurer la survie d'un traité. Tout en reconnaissant que c'est possible, M. Comissário Afonso tient à appeler également l'attention de la Commission sur la théorie de la classification admirablement exposée au chapitre III de l'étude du Secrétariat intitulée «Les effets des conflits armés sur les traités: examen de la pratique et de la doctrine», selon laquelle le critère pertinent est le degré de probabilité de l'applicabilité d'un traité²⁹⁰. M. Comissário Afonso demande instamment au Rapporteur spécial de tenir compte de cette étude lorsqu'il établira son troisième rapport.

35. Il approuve pleinement le contenu du projet d'article 5 ainsi que les commentaires formulés par le Rapporteur spécial aux paragraphes 29 à 31 du rapport. Quant au projet d'article 6, il est en faveur de sa suppression.

36. Le projet d'article 7 contient des aspects très intéressants de la doctrine et de la pratique des États qu'il faudrait conserver indépendamment ou en combinaison avec d'autres articles. Une fois ce principe établi, il ne restera plus qu'à le reformuler. En particulier, le paragraphe 1 du projet d'article 7 peut être fusionné avec le projet d'article 4. Quant au paragraphe 2, M. Comissário Afonso partage la position des États-Unis, mentionnée au paragraphe 35 du rapport, qui représente l'approche la plus raisonnable aux fins du projet d'article.

37. M. Comissário Afonso a exprimé ses vues concernant l'emploi de la force à la séance précédente. Pour résumer, à une époque où l'ONU prend de plus en plus d'importance, la Commission doit tenir dûment compte du paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies ainsi que des paragraphes 7 à 9 de la résolution II/1985 de l'Institut de droit international. Il serait vain d'aborder le sujet sans examiner cette question fondamentale.

38. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en tant que membre de la Commission, se demande si des traités tels que l'accord récemment conclu entre le Gouvernement angolais et la faction séparatiste de l'enclave de Cabinda²⁹¹ méritent

²⁸⁹ Ibid., par. 154.

²⁹⁰ A/CN.4/550 et Corr.1, par. 17 à 78, reprographié, disponible sur le site de la Commission, documents de la cinquante-septième session.

²⁹¹ «The Memorandum of Understanding for Peace and Reconciliation in the Province of Cabinda, signed on August 1, 2006 and approved by the Angolan parliament on August 16, 2006», *Diário da República*, 16 août 2006, I^{re} série, n° 99, résolution n° 27-B/06.

²⁸⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixantième session, compte rendu analytique de la 18^e séance (A/C.6/60/SR.18)*, par. 27.

²⁸⁸ *Annuaire... 2005*, vol. II (2^e partie), p. 33, par. 155.

d'être traités comme une catégorie spécifique dans le cadre du sujet à l'examen.

39. M. MOMTAZ dit que si les projets d'article doivent inclure les conflits armés internes, il va de soi qu'ils couvriront également les accords conclus entre des États et des acteurs non étatiques. Selon la façon dont il comprend le paragraphe 2 du projet d'article 5, qui affirme clairement que le déclenchement d'un conflit armé n'affecte pas la compétence des parties au conflit armé pour conclure des traités conformément à la Convention de Vienne de 1969, les parties en question peuvent être des entités non étatiques.

40. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO dit que la suite de l'étude du sujet inclura nécessairement l'examen d'autres régimes juridiques en sus du droit des traités, c'est-à-dire le droit de la guerre ou le droit des conflits armés, car c'est dans ce contexte que se pose la question de l'application, de la suspension ou de l'extinction d'un traité ou d'une relation conventionnelle. Il pense, comme d'autres orateurs, qu'il faut distinguer entre un État agresseur et un État qui est victime d'agression. La Commission devrait également porter son attention sur l'agression en tant que crime international bien que celle-ci n'ait pas été définie, et également se pencher sur la question de l'application des traités lorsqu'un État subit une occupation militaire ou est administré par une entité autre que son propre gouvernement, bien que cette question soit plus complexe. Parmi d'autres questions importantes, il y a celles de savoir, premièrement, si le projet d'articles doit inclure les traités auxquels des organisations internationales sont parties et, deuxièmement, s'il doit s'appliquer uniquement aux traités qui sont déjà entrés en vigueur au moment du conflit.

41. M. Rodríguez Cedeño pense que les projets d'article peuvent inclure les traités conclus entre des organisations internationales et un ou plusieurs États engagés dans un conflit armé, car un conflit peut avoir des répercussions sur l'application de traités auxquels des organisations internationales sont parties, comme il peut en avoir sur l'application des traités entre États. Donc, s'il est décidé d'élargir le champ d'application du sujet, il faudra modifier l'alinéa a du projet d'article premier en conséquence.

42. Le projet de texte devrait également inclure les traités qui ont été signés mais qui n'ont pas encore été ratifiés, car ils créent des obligations pour les parties et, en cas de conflit armé, les États peuvent, dans certaines conditions, être exonérés des obligations découlant d'un traité qui n'a pas été ratifié. Cette possibilité est envisagée dans la Convention de Vienne de 1969. Il est également vital d'examiner attentivement la situation en ce qui concerne les tierces parties.

43. Le terme «conflit armé» doit englober les conflits armés non internationaux, car ceux-ci ont sans aucun doute un effet sur l'application des traités. Cela étant, M. Rodríguez Cedeño n'est pas convaincu que les projets d'article doivent couvrir les situations découlant de l'occupation militaire ou de l'administration d'un territoire. À ce propos, les observations faites par M. Momtaz et M. Kamto au sujet de l'occupation sont tout à fait pertinentes. Bien que l'occupation soit sans

aucun doute une situation qui affecte, ou qui peut affecter, l'application des traités, elle ne doit pas être incluse dans la définition du conflit armé. Le fait d'inclure l'occupation dans le projet d'articles modifierait la portée de celui-ci, et il faudrait alors lui donner un titre plus général englobant toutes les situations visées.

44. Le projet d'article 3 est une disposition fondatrice et en tant que telle, elle occupe une place centrale dans le texte. Il est essentiel d'indiquer clairement que le déclenchement d'un conflit n'entraîne pas inexorablement la suspension ou l'extinction d'un traité. C'est manifestement le message que le Rapporteur spécial souhaite transmettre en employant l'expression «*ipso facto*». Bien entendu, le projet d'article 3 est étroitement lié aux projets d'articles 4 et 7.

45. Le projet d'article 4 représente une disposition très importante en ce qu'il se réfère à l'intention comme facteur permettant de déterminer la prédisposition d'un traité à l'extinction ou à la suspension de son application. Cependant, l'intention ne peut être l'unique facteur, ni même le principal, puisque malgré l'importance qu'elle revêt dans la relation conventionnelle, l'intention de contracter des obligations en cas de conflit armé n'est pas facile à prouver. Dans la plupart des cas, il est même probable qu'une telle intention n'existe pas. D'autres facteurs tels que l'objet et le but du traité ou la nature et les circonstances particulières du conflit doivent également être gardés à l'esprit.

46. Compte tenu de la complexité du sujet, il est nécessaire de clarifier, non seulement des notions et principes, mais également le champ d'application du projet. Des décisions devront être prises quant aux types de conflits armés envisagés et à la question de savoir si le texte doit être étendu à d'autres situations telles que l'occupation, l'administration ou l'instabilité générale dans le territoire d'un État, qui peuvent avoir tout autant de conséquences pour l'application des traités. C'est pourquoi il est essentiel de créer un groupe de travail avant de renvoyer le texte au Comité de rédaction. Le groupe de travail devrait se pencher sur toutes ces questions, établir une définition du «conflit armé» et prendre toutes les autres décisions voulues pour continuer de progresser et faciliter l'établissement du troisième rapport.

47. M. MELESCANU, après avoir expliqué qu'il se référera à la fois au premier et au deuxième rapport sur les effets des conflits armés sur les traités, remercie le Rapporteur spécial d'avoir proposé à la Commission d'inscrire ce sujet à son programme de travail. L'étude du Secrétariat est également fort utile²⁹².

48. Les débats à la Commission montrent que les projets d'article ne sont pas encore prêts à être renvoyés au Comité de rédaction. Cependant, la création d'un groupe de travail présenterait deux inconvénients majeurs. Premièrement, le Rapporteur spécial n'a manifesté aucun enthousiasme pour cette idée. Deuxièmement, si la Commission crée un groupe de travail, celui-ci ne pourra que répéter les arguments déjà avancés en plénière. La meilleure solution pourrait être que le Rapporteur spécial élabore, en tenant

²⁹² A/CN.4/550 et Corr.1 et 2.

compte des observations faites en plénière, un troisième rapport qui permettrait à la Commission d'aborder un stade où il serait possible de rédiger des projets d'article.

49. Le débat sur les projets d'article a également montré que la Commission se heurtait encore à de sérieux problèmes de principe, même en ce qui concerne la manière d'aborder le sujet, question à propos de laquelle les divergences d'opinion sont très marquées. Il faut tout d'abord se demander quel était l'objectif de la Commission lorsqu'elle a décidé d'examiner le sujet. Il ne pouvait s'agir que d'élaborer des articles qui refléteraient la manière dont la conception de la guerre et des conflits armés qui prévaut dans la communauté internationale a évolué depuis que Clausewitz a défini la guerre et les conflits armés comme «une simple continuation de la politique par d'autres moyens»²⁹³ et l'adoption de la Charte des Nations Unies. Ces articles devraient renforcer le principe selon lequel les guerres d'agression et l'emploi de la force doivent être interdits. Cela étant, il faudrait trouver une stratégie permettant d'étudier les questions connexes telles que l'occupation militaire et ses effets sur les traités, le terrorisme et les autres questions qui ne relèvent pas de la conception classique de la guerre. Bien qu'il soit tout à fait faisable d'inclure les conflits internes, ceux-ci n'entrent pas dans le cadre du sujet tel qu'il a été approuvé par l'Assemblée générale, puisque l'expression «traités internationaux» ne peut que désigner les traités conclus entre États. La Commission ne doit toutefois pas laisser passer cette occasion d'examiner les accords non internationaux et les conflits internes.

50. L'objectif de la Commission ne doit pas être d'entreprendre une étude théorique ou d'élaborer quelques articles sur des questions très générales touchant aux effets possibles des conflits armés sur les traités, mais plutôt de déterminer le type de mesures qui peuvent être adoptées pour répondre à l'évolution de la communauté internationale et du régime relatif à l'emploi de la force au niveau international. Le sujet ne peut donc pas être traité dans le cadre du droit des traités. En outre, en 1963, la Commission l'a exclu de ses projets d'article sur le droit des traités²⁹⁴. Les débats à la session en cours montrent que la relation entre le sujet et les institutions juridiques telles que la responsabilité internationale, le droit international humanitaire et les droits de l'homme relève plutôt de la fragmentation du droit international. Si la Commission persiste à aborder le sujet dans le cadre du droit des traités, elle ne progressera pas beaucoup dans l'accomplissement de son mandat.

51. C'est pourquoi M. Melescanu approuve l'idée de M. Pellet de se concentrer sur les effets des conflits sur les obligations découlant des traités internationaux. Cela risque de demander beaucoup de recherches et de poser des problèmes administratifs étant donné le mandat qui a été approuvé par l'Assemblée générale, mais cette idée mérite d'être examinée plus en détail. La véritable question est la mesure dans laquelle certaines obligations demeurent valides et continuent de produire des effets pendant les conflits. Il serait utile de l'examiner de

manière plus approfondie si l'on pouvait y trouver des réponses satisfaisantes sans détruire toute la structure du rapport établi par le Rapporteur spécial.

52. Un point a suscité un vif débat entre M. Economides et le Rapporteur spécial, à savoir la relation entre le sujet lui-même et les dispositions de la Charte des Nations Unies. L'effet d'un acte d'agression sur un traité international ne peut être traité de la même manière que l'effet de l'exercice de la légitime défense sur le même traité. La preuve en est que l'article 75 de la Convention de Vienne de 1969 est une clause «sans préjudice» concernant le cas d'un État agresseur. La Commission du droit international ne peut, en toute honnêteté, examiner les effets des conflits armés sur les traités sans tenir compte des dispositions de la Charte. Cela pourrait l'aider à déterminer la meilleure approche car, s'il est clairement accepté d'emblée que la guerre est interdite comme moyen d'action international et que l'action militaire n'est autorisée que dans des circonstances exceptionnelles en vertu du Chapitre VII de la Charte, cela peut contribuer à résoudre certaines autres questions.

53. L'une de ces questions est l'extinction ou la suspension des traités internationaux. Si l'on considère que la guerre est une circonstance exceptionnelle, il n'est pas possible de dire qu'un traité s'éteint pendant le conflit armé, il ne peut qu'être suspendu. Une deuxième question a trait au sort des traités après la fin du conflit. Si la guerre est considérée comme une situation exceptionnelle, les traités doivent de toute évidence continuer à produire leurs effets une fois la normalité rétablie.

54. Une autre question de principe qui a suscité un débat intense est celle des critères à appliquer pour analyser les effets juridiques des conflits armés sur les traités. M. Melescanu ne partage pas l'avis du Rapporteur spécial, qui juge souhaitable d'utiliser l'intention comme critère de base, non seulement en raison de la difficulté pratique qu'il y a à déterminer l'intention des parties au moment de la conclusion du traité, mais aussi au nom du principe selon lequel la guerre n'est pas une activité licite, sauf dans certains cas exceptionnels. M. Pellet a eu donc raison de dire que, au moment de signer un accord international, les parties ne peuvent avoir l'intention d'envisager l'impact potentiel d'une guerre illicite sur les dispositions de cet accord. Il faut, non pas un critère unique et subjectif, mais une multiplicité d'éléments d'appréciation objectifs. Il peut s'agir, par exemple, de l'objet et du but du traité, de la nature et de la portée du traité, des circonstances particulières du conflit et de la viabilité de certaines obligations, même pendant un conflit.

55. Malgré la grande disparité qui existe entre les conflits internes et les conflits internationaux, il serait préférable que les premiers soient inclus dans le champ d'application du projet d'articles car, même s'ils affectent les États indirectement, ils tendent à rendre l'application d'un traité international impossible. En outre, il faut garder à l'esprit que les conflits internes sont actuellement plus nombreux que les conflits internationaux. Les organisations internationales devraient également être incluses dans le champ d'application du projet d'articles. M. Momtaz a raison de dire qu'il est difficile d'imaginer l'ONU s'engageant dans un conflit international, à moins que ce ne soit pour tenter de rétablir la paix conformément aux dispositions de la Charte,

²⁹³ Carl von Clausewitz, *De la guerre*, traduit par Denise Naville, Paris, Les Éditions de Minuit, 1963, p. 67.

²⁹⁴ *Annuaire...* 1963, vol. II, document A/5509, p. 197, par. 14.

mais la situation en ce qui concerne beaucoup d'autres organisations, surtout les organisations régionales telles que l'OTAN, risque d'être moins tranchée et il vaudrait mieux qu'elles soient couvertes par le projet d'articles.

56. M. Melescanu se demande si le Rapporteur spécial pourrait, dans son troisième rapport, établir une distinction entre deux catégories d'accords internationaux: ceux qui ne sont pas affectés par les conflits, et ceux dont on ne sait pas clairement si les conflits internationaux ont, *ipso facto*, un effet sur eux. La première catégorie regrouperait les accords conçus pour fonctionner en temps de guerre, tels que les Conventions de Genève de 1949 et les Protocoles additionnels aux Conventions, les traités des droits de l'homme, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, ainsi que les autres traités et accords conclus en vue d'assurer le respect de certains droits de l'homme fondamentaux en temps de paix et en temps de guerre, ce qui est plus ou moins l'idée qui sous-tend le projet d'article 7. Une telle distinction pourrait être utile sur le plan pratique.

57. M. Melescanu a formulé des observations générales plutôt que des commentaires spécifiques à propos de chaque projet d'article car il pense que si l'on peut d'abord s'entendre sur la démarche générale, il sera plus facile de progresser rapidement vers l'adoption de projets d'article.

58. M. CHEE dit que toute discussion sur la question de savoir s'il est avisé d'inclure les conflits internes dans le champ d'application des projets d'article devrait prendre dûment en considération le fait que le Protocole I aux Conventions de Genève du 12 août 1949 a été ratifié par un nombre d'États beaucoup moins important que le Protocole II.

59. M. KAMTO dit que M. Brownlie est le plus apte à assumer les fonctions de rapporteur spécial sur ce sujet complexe, de par son expérience impressionnante de praticien de droit international et sa participation aux travaux de l'Institut de droit international sur les effets des conflits armés sur les traités. C'est, sans aucun doute, sa profonde connaissance du sujet qui l'a amené à soumettre à la Commission un jeu complet de projets d'article exprimant sa conception générale de la question.

60. M. Kamto souhaiterait aborder cinq points, dont le premier a trait à la terminologie. Les termes employés sont tellement courants que l'on peut facilement perdre de vue la nécessité d'en préciser le sens aux fins du sujet. Le Rapporteur spécial a défini les termes «traité» et «conflit armé», et la première de ces définitions est acceptable, parce qu'elle est conforme à la Convention de Vienne de 1969. Si, à première vue, il peut sembler justifié d'examiner les accords ou les traités non internationaux, la Commission doit, conformément à la tâche principale qui lui est assignée, ne s'occuper de ces instruments que dans la mesure où ils ont été conclus sous les auspices du droit international.

61. Cela étant, la définition de «conflit armé» laisse à désirer. Comme M. Pellet l'a fait observer, elle est circulaire, puisque le terme «conflit» est défini par lui-même, et les références à la notion de «guerre» n'ajoutent rien car celle-ci demanderait aussi à être définie. M. Kamto propose la définition suivante: «Un conflit armé s'entend d'une situation de rupture de la paix du fait du recours à la force par l'utilisation des moyens de guerre.» Cette définition inclut à la fois les éléments causaux et instrumentaux à l'origine d'une situation de conflit armé.

62. Un autre concept contenu dans l'intitulé du sujet dont le sens mériterait d'être précisé, comme M. Fomba l'a fait observer, est celui d'«effets». On pourrait dire qu'il s'agit des «conséquences du conflit armé sur la vie du traité, qu'il s'agisse de son entrée en vigueur, de l'application du traité dans son ensemble ou de certaines de ses dispositions seulement, ou des obligations qui en découlent pour les parties».

63. La deuxième question qui se pose est celle de savoir si le champ d'application du sujet et les définitions des principales notions en jeu doivent concerner uniquement les dispositions du traité (*instrumentum*) ou également les obligations découlant du traité (*negotium*). Pour M. Kamto, il faut absolument envisager ces deux aspects: le traité doit être considéré comme un instrument juridique, mais aussi comme un ensemble de règles, de dispositions et d'obligations. Si elle s'efforce de bien délimiter le champ de tout sujet qu'elle examine, la Commission se donne en général pour tâche d'établir un régime juridique aussi complet que possible. Les projets d'article contenus dans le premier rapport montrent qu'il est possible d'aller plus loin que la résolution II/1985 de l'Institut de droit international, qui constitue cependant une bonne base pour le travail de la Commission sur le sujet.

64. Faut-il inclure les traités qui ne sont pas encore entrés en vigueur, comme on l'a suggéré? Spontanément, M. Kamto répondrait par l'affirmative car, comme M. Rodríguez Cedeño l'a fait observer, ces derniers aussi créent des obligations pour les États parties. Cela n'empêche pas la Commission, toutefois, d'approfondir davantage la question, afin de permettre au Rapporteur spécial de déterminer si une telle extension ne risque pas de compliquer inutilement le sujet et de faire obstacle à un traitement exhaustif.

65. M. Kamto est porté à suivre ceux qui ont proposé d'étendre le champ d'application du sujet aux traités conclus par des organisations internationales, car à première vue, leur régime juridique ne semble pas véritablement différent de celui des traités conclus par des États. Lorsque l'ONU s'engage dans une opération militaire en vue de rétablir la paix, elle est tout de même impliquée dans un conflit armé, et le régime à établir dans le cadre du sujet peut très bien s'appliquer.

66. La troisième observation de M. Kamto portera sur le choix délibéré du Rapporteur spécial de parler de conflits armés en général, sans faire de référence particulière à l'agression ou à l'emploi de la force comme dans la Charte des Nations Unies. M. Economides a fait observer à juste titre que la Charte faisait bien la distinction entre l'agression et la légitime défense. Dans sa résolution

de 1985, l'Institut de droit international a également tenu compte de cette distinction essentielle. On ne peut évidemment pas soupçonner le Rapporteur spécial de l'avoir ignorée par mégarde: il en a parlé dans son premier rapport. Mais son choix a pour conséquence fâcheuse de suggérer que toutes les guerres sont semblables et qu'une guerre d'agression ou tout autre emploi illicite de la force a sur un traité les mêmes effets que l'exercice du droit de légitime défense. Or l'agression et le recours illicite à la force ne sauraient avoir des effets sur les traités: les articles 7 et 9 de la résolution de l'Institut de 1985 l'expriment fort bien²⁹⁵. Ce texte a été approuvé par la quasi-totalité des membres, bien que M. Herbert Briggs ait avancé l'argument, peu convaincant, que la résolution visait à établir des règles distinctes fondées sur les conséquences juridiques, elles-mêmes distinctes, de l'agression et de la légitime défense, en l'absence de juridiction internationale ou d'organe compétent pour déterminer si un État est coupable d'agression ou a agi en état de légitime défense. Or, non seulement le Conseil de sécurité a compétence en la matière en vertu des dispositions de la Charte, mais un État qui conteste l'accusation d'agression peut également porter le différend devant un tribunal. Ce risque de contestation n'a pas empêché la Commission de codifier les règles relatives aux contre-mesures.

67. La définition de l'agression par un État est établie en droit international par la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale, en date du 14 décembre 1974. Selon l'arrêt rendu en 1986 par la CIJ dans *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, que le Rapporteur spécial connaît bien puisqu'il a joué un rôle de conseil dans cette affaire, cette résolution exprime le droit coutumier. La clause «sans préjudice» des articles 10 et 11 proposés par le Rapporteur spécial ne fait qu'écarter le problème.

68. La quatrième observation de M. Kamto portera sur la question de savoir s'il faut inclure dans le champ d'application du sujet les conflits armés internes ou non internationaux et ce qu'on appelle couramment «la guerre contre le terrorisme». Le Rapporteur spécial a relevé à bon escient, au paragraphe 17 de son premier rapport²⁹⁶, que les conflits armés contemporains ont brouillé la distinction entre conflits armés internationaux et conflits internes, nombre de «guerres civiles» comprenant des «éléments extérieurs». Sur la base de ce constat, il a proposé un projet d'articles pouvant s'appliquer aux deux types de conflit. Cependant, il faudrait distinguer entre plusieurs situations.

69. La première situation est celle d'un conflit armé strictement interne: il faudrait l'aborder sous l'angle de la force majeure, qui peut être invoquée comme circonstance rendant difficile ou impossible l'exécution du traité par l'État concerné. La deuxième situation est celle d'un conflit armé interne comprenant des éléments extérieurs. Il y a alors trois possibilités: premièrement, l'État confronté à ce conflit peut l'invoquer comme une cause de suspension ou d'extinction du traité s'il peut prouver qu'un autre État partie au traité est impliqué

dans le conflit, fût-ce indirectement. Deuxièmement, le traité peut rester en vigueur entre l'État confronté à un conflit armé interne et les autres États s'il s'agit d'un traité multilatéral, ce qui préserverait des relations juridiques entièrement normales avec l'État concerné, à moins que le traité n'en dispose autrement. Troisièmement, le traité peut être suspendu avec les autres États pour cause de force majeure, et avec un État partie impliqué dans le conflit armé interne précisément à cause de cette implication. Il convient d'étudier ces cas attentivement afin de déterminer s'il faut ou non les inclure.

70. S'agissant de l'élargissement du sujet à la «guerre contre le terrorisme», M. Kamto exhorte la Commission à faire preuve d'une extrême prudence. Elle ne doit pas engager le Rapporteur spécial dans l'entreprise périlleuse consistant à élaborer des règles primaires sur une question qui suscite une vive controverse au sein de la communauté internationale. En effet, le Rapporteur spécial et la Commission seraient contraints de formuler une définition du terrorisme, fût-elle limitée aux fins du projet d'articles, et il ne semble pas que l'Assemblée générale s'attende à une telle performance de la part de la Commission. Élargir le sujet au terrorisme reviendrait à ouvrir une véritable boîte de Pandore et à donner à de nombreux États un prétexte commode pour suspendre un traité ou certaines de ses dispositions en invoquant la guerre contre le terrorisme.

71. En ce qui concerne les projets d'article, comme il l'a déjà indiqué, M. Kamto approuve la définition du terme «traité» à l'alinéa *a* du paragraphe 2 du projet d'article 2, mais il souhaiterait que celle de «conflit armé», à l'alinéa *b*, soit améliorée. Il suggère en outre d'ajouter une définition du terme «effets».

72. Le projet d'article 3 est utile, et même fondamental, et le Rapporteur spécial ne doit pas céder à ceux qui proposent de le supprimer. Il annonce le reste du projet et, combiné au projet d'article 7, il énoncerait une règle générale, suivie d'éventuelles dérogations. Cependant, l'énumération des différents types de traités, au paragraphe 2 du projet d'article 7, n'est pas une solution idéale. Il pourrait être préférable d'énoncer dans l'article des critères généraux et d'incorporer une liste des différentes catégories de traités dans le commentaire, comme un membre l'a suggéré.

73. Concernant le projet d'article 4, il faudrait combiner le critère de l'intention et les facteurs externes. L'intention doit être prise en compte, car rien n'empêche un État partie à un traité d'indiquer expressément, ou de permettre qu'il soit déduit de son intention, qu'un traité donné ou l'une de ses dispositions s'appliquera ou ne s'appliquera pas au cas où cet État s'engagerait de manière licite dans un conflit armé dans lequel il pourrait avoir à subir les conséquences de l'emploi de la force. Rien n'empêche la Commission d'envisager pareille hypothèse. Le Rapporteur spécial devrait examiner le critère de l'intention plus en détail. Toutefois, l'autre critère, celui des facteurs externes, doit également être inclus au projet d'article 4. C'est peut-être ce que le Rapporteur spécial avait à l'esprit en rédigeant l'alinéa *b* du paragraphe 2 de ce projet d'article, qui évoque «la nature et l'ampleur» du conflit armé, formulation qui peut tout à fait renvoyer aux facteurs

²⁹⁵ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 61, t. 2, session d'Helsinki (1985), Paris, Pedone, 1986, p. 281 et 283.

²⁹⁶ *Annuaire...* 2005, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/552.

externes susceptibles d'aider à déterminer si le traité doit ou ne doit pas s'appliquer.

74. Le projet d'article 5 est acceptable sur le fond, mais il serait plus logique d'inverser l'ordre des deux paragraphes: le paragraphe 2, qui énonce la règle générale, devrait précéder le paragraphe 1. Enfin, M. Kamto approuve la proposition du Rapporteur spécial tendant à supprimer le projet d'article 6.

75. En conclusion, M. Kamto approuve la suggestion de M. Dugard, selon laquelle il faudrait laisser au Rapporteur spécial le temps d'élaborer son troisième rapport, en ne créant un groupe de travail sur le sujet au cours du quinquennat à venir que si cela se révèle absolument nécessaire. En tout état de cause, si le troisième rapport répond aux attentes de la Commission, ce ne sera pas le cas.

76. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial), répondant aux observations de M. Melescanu, dit que lorsqu'elle a approuvé le point de l'ordre du jour, l'Assemblée générale avait certaines attentes fondées sur la proposition de la Commission. Celle-ci portait sur la question spécifique des effets des conflits armés sur le fonctionnement des traités. Le fait d'inclure la question générale du *jus ad bellum* déplacerait complètement l'axe du sujet, et créerait un dilemme, concernant l'interprétation de la Charte, que la Commission a pris soin d'éviter jusque-là. Appliquer la distinction entre agression et légitime défense et entre emploi licite et illicite de la force signifierait revenir à la définition de l'agression que l'Assemblée générale a adoptée en 1974, après plusieurs années d'efforts, définition qui contient elle-même de nombreuses clauses relatives à son effet sur l'interprétation de la Charte. C'est une chose de prévoir un article «sans préjudice» pour reconnaître l'existence de certains problèmes, c'en est une autre que d'effectuer une étude sur la licéité de l'emploi de la force par les États. M. Brownlie souhaiterait savoir si M. Melescanu suggère sérieusement à la Commission d'entreprendre une telle étude.

77. M. ECONOMIDES dit qu'il approuve les remarques fort pertinentes de M. Kamto sur la question du terrorisme. Premièrement, en tentant d'aborder cette question, la Commission outrepasserait son mandat. Deuxièmement, dans le cas du terrorisme, il n'y a pas de partie adverse clairement identifiée comme dans tous les conflits internes ou internationaux. Troisièmement, comme M. Kamto l'a fait observer, aborder cette question reviendrait à ouvrir une boîte de Pandore, et d'imprévisibles conséquences pourraient en découler.

78. En outre, il n'est nullement suggéré à la Commission de définir l'agression ou la légitime défense; les dispositions qu'elle élaborera devraient être similaires à celles de la résolution adoptée en 1985 par l'Institut de droit international, concernant l'exercice par un État du droit de légitime défense conformément aux dispositions de la Charte. Le Rapporteur spécial devrait tenir compte de l'échange de vues qui vient d'avoir lieu pour déterminer de quelle manière la majorité des membres souhaitent que la question soit traitée.

La séance est levée à 13 h 5.

2898^e SÉANCE

Vendredi 21 juillet 2006, à 10 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Al-Marri, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Mansfield, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M^{me} Xue, M. Yamada.

Effets des conflits armés sur les traités (fin) **[A/CN.4/560, sect. B, A/CN.4/570]**

[Point 9 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (fin)

1. M. MELESCANU, se référant au débat précédent, précise qu'il n'entendait pas demander une étude sur la légalité du recours à la force, mais seulement rappeler qu'il conviendrait de distinguer, dans la mesure du possible, les effets des conflits armés en tenant compte des différentes catégories de conflits – *jus ad bellum*, légitime défense, agression, guerres justes et injustes, etc. – telles qu'elles s'inscrivent dans la Charte des Nations Unies.

2. M. NIEHAUS accueille avec satisfaction le deuxième rapport sur les effets des conflits armés sur les traités. L'objectif du Rapporteur spécial – susciter l'intérêt et la participation des États Membres – a été largement atteint, et si des critiques ont été formulées, elles témoignent de la complexité du sujet. Certains membres de la Commission ont reproché au Rapporteur spécial de présenter un texte pratiquement identique à celui de l'année précédente, mais il est clair que cela répond à la méthode d'analyse que le Rapporteur spécial a choisie. On lui a reproché également de n'avoir pas traité l'ensemble du projet d'articles dans ce deuxième rapport, mais cette façon de procéder n'est pas inhabituelle à la Commission et, loin de compromettre la cohérence de l'examen du sujet, elle permet au contraire de l'aborder de manière plus approfondie.

3. Passant au projet d'articles proprement dit, M. Niehaus dit que le projet d'article premier sur le champ d'application ne pose aucun problème si ce n'est qu'il faudra préciser s'il s'applique seulement aux traités en vigueur ou également à ceux qui sont en attente de ratification. Le projet d'article 2 suscite en revanche une vive controverse en raison de la définition du conflit armé, à l'alinéa *b* du paragraphe 2. Sans chercher une définition très complète qui compliquerait les travaux de la Commission, il conviendrait néanmoins d'inclure les conflits armés internes puisque ceux-ci sont aujourd'hui plus nombreux et peuvent avoir sur les traités des effets identiques, voire supérieurs, à ceux des conflits armés internationaux. Quant à la proposition de M. Pellet d'inclure aussi la lutte contre le terrorisme,

elle est novatrice et intéressante, à condition de soigner particulièrement la rédaction et la teneur d'une disposition allant dans ce sens, afin d'éviter les dangers évoqués la veille par certains membres de la Commission.

4. Le projet d'article 3 mérite d'être conservé malgré son caractère peut-être redondant car il constitue, avec les projets d'articles 4 et 7, le moteur du projet. Il ne semble pas souhaitable de remplacer l'expression «*ipso facto*» par «nécessairement», qui a un sens différent et beaucoup moins catégorique. Le projet d'article 4 traite de l'intention des parties, un concept essentiel mais controversé. M. Niehaus aimerait que le Rapporteur spécial clarifie l'interprétation à donner à ce concept, en se fondant non seulement sur les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969 mais aussi sur la doctrine pertinente. L'intention des parties est très difficile à cerner, et certains considèrent qu'il s'agit d'un critère archaïque qui a perdu toute pertinence en droit international, mais le Rapporteur spécial maintient qu'il serait peu réaliste de lui accorder un rôle secondaire. Sans renoncer complètement à ce critère, on peut le compléter par d'autres facteurs, comme le but et l'objet du traité ou les circonstances particulières du conflit.

5. Le Rapporteur spécial qualifie le projet d'article 5 d'utile quoique redondant, mais, comme l'a souligné à juste titre M. Pellet, cet article traite de questions distinctes qui n'ont rien à voir les unes avec les autres. Le projet d'article 7 est probablement le plus complexe et le plus critiqué de tous. Le Rapporteur spécial insiste sur son caractère indicatif et déclaratif et envisage même sa suppression, mais M. Niehaus est d'avis que cet article reste utile à condition d'être retravaillé.

6. M. Niehaus note que la plupart des membres de la Commission estiment prématuré de renvoyer le projet d'articles au Comité de rédaction, vu les nombreuses questions qu'il soulève encore, et proposent de le confier à un groupe de travail. Il estime pour sa part qu'il vaudrait mieux suivre la proposition du Rapporteur spécial lui-même, qui est d'élaborer un troisième rapport pour servir de base au futur groupe de travail. Cela semble la meilleure solution, en particulier compte tenu des changements que va entraîner la fin du quinquennat.

7. M. MOMTAZ dit que la question des effets des conflits armés sur les traités est étroitement liée à d'autres domaines du droit international, comme le droit du recours à la force, le droit international humanitaire et le droit de la responsabilité des États, et que l'on ne saurait donc méconnaître les règles fondamentales que ces branches du droit énoncent.

8. À propos du champ d'application du projet d'articles, M. Momtaz dit qu'il est opposé à l'inclusion de la prétendue «guerre» contre le terrorisme; si l'objectif est de protéger les personnes soupçonnées de terrorisme, le droit international des droits de l'homme peut y pourvoir. Il est favorable en revanche à l'inclusion des traités qui ont été signés ou ratifiés mais ne sont pas encore en vigueur, pour les raisons expliquées par M. Rodríguez Cedeño, ainsi que des traités conclus par les organisations internationales, avec la réserve que ces organisations, notamment l'ONU, ont toujours insisté sur le fait

qu'elles n'étaient pas parties aux conflits. L'inclusion des conflits armés non internationaux est plus complexe et, à cet égard, M. Momtaz accueille favorablement la proposition de M. Kamto, qui est d'établir une distinction entre les conflits armés internes selon leur ampleur et l'implication des puissances étrangères. On trouve une distinction analogue au paragraphe 4 de l'article premier du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949, qui considère comme des conflits armés internationaux les conflits armés dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale, contre l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Le projet d'articles à l'étude devrait inclure ces trois catégories de conflits armés internes qui, de par leurs implications, sont «internationalisés». Quant à la question des conflits armés internes qui n'ont pas de répercussions internationales, elle pourrait être réglée dans le cadre du droit de la responsabilité des États, plus précisément les dispositions relatives aux circonstances excluant l'illégalité, comme l'a suggéré M. Gaja.

9. Reste la question épineuse de la définition de ces conflits armés internes. M. Momtaz ne pense absolument pas que l'on puisse utiliser la définition de l'affaire *Tadić*. Cette définition, qui se fonde sur un critère de temps (le conflit armé prolongé), vise à mieux protéger les victimes de la guerre; or, ce qui intéresse la Commission, c'est de savoir dans quelle mesure le contrôle d'une partie du territoire d'un État en proie à un conflit armé interne peut avoir des effets sur l'application des traités. Un État dont le territoire est occupé par des rebelles a en effet de sérieuses difficultés à s'acquitter de ses obligations conventionnelles. Une définition fondée sur le critère territorial, comme celle du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève de 1949, est donc préférable.

10. Passant aux critères à prendre en considération pour identifier les traités et celles de leurs dispositions qui resteront applicables en cas de conflit armé, M. Momtaz souligne qu'à son sens le principe de l'indivisibilité des traités ne devrait pas être appliqué dans ce domaine car il risquerait de compromettre la stabilité des relations conventionnelles en situation de conflit. Il considère que le projet d'article 4 est fort utile. Il est vrai, comme l'a souligné M. Economides, que les États qui négocient un traité ne se soucient guère, à ce stade, de l'applicabilité du traité en cas de conflit. Il n'en reste pas moins que nombre de traités contiennent des clauses de sauvegarde ou des clauses se référant à la *lex specialis*, ce qui peut témoigner d'une intention d'appliquer par exemple le droit international humanitaire en cas de conflit. Cette intention peut exister même en l'absence de telles clauses. Ainsi, le fait que les négociateurs de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer n'aient pas interdit les hostilités en haute mer peut indiquer qu'ils avaient l'intention d'appliquer le droit international humanitaire en cas de conflit armé, autrement dit, de ne pas appliquer un certain nombre de dispositions de la Convention. Par exemple, le principe de la liberté de la haute mer consacré dans la Convention ne sera pas pleinement appliqué en cas de conflit du fait de l'application des règles du droit international humanitaire, qui exigent, entre autres, l'inspection des navires neutres.

11. La liste donnée au projet d'article 7 reste aussi très utile même si l'article lui-même devrait être modifié. Dans le cas de la guerre entre l'Iran et l'Iraq, par exemple, les traités énumérés dans cette liste ont été globalement respectés; notamment, les relations diplomatiques ont été maintenues jusqu'à la dernière année du conflit. Le plus petit dénominateur commun de ces traités est que la plupart contiennent une série d'obligations *erga omnes*; on pourrait donc dire que les obligations *erga omnes* doivent perdurer en cas de conflit armé, du moins en ce qui concerne les relations entre les États belligérants et les États tiers.

12. Pour conclure, M. Momtaz insiste sur l'importance de tenir compte des principales dispositions du droit international relatives au recours à la force. Il espère que le Rapporteur spécial accordera l'attention voulue à la résolution de 1985 de l'Institut de droit international lorsqu'il reprendra le projet d'article 10 (Licéité de comportement des parties).

13. M. Sreenivasa RAO félicite le Rapporteur spécial pour son deuxième rapport qu'il trouve particulièrement souple dans son approche du sujet. En ce qui concerne la définition du conflit armé, il pense que la Commission ne doit pas chercher une définition complète qui couvre tous les aspects de la question. Les tentatives visant à définir la guerre ou les conflits armés ont toujours échoué, et les dispositions du droit international humanitaire n'ont jamais eu besoin d'une définition stricte pour être applicables.

14. M. Sreenivasa Rao pense aussi que les effets des conflits sur les traités relèvent du droit des traités, même si le sujet est également lié à d'autres branches importantes du droit international, comme le droit de la responsabilité et le droit international humanitaire. Il lui semble raisonnable d'en limiter le champ d'application aux traités conclus entre des États, car on imagine difficilement un conflit armé opposant un État à une organisation internationale. Dans le cas des sanctions imposées par les Nations Unies, les obligations des États sont régies davantage par les Articles 25 et 103 de la Charte que par tout autre principe. Les traités entre des États et des organisations internationales devraient être régis *mutatis mutandis* par les mêmes principes que ceux qui sont applicables aux obligations des États parties à un conflit vis-à-vis des tiers.

15. Sur l'inclusion des conflits armés non internationaux, M. Sreenivasa Rao partage l'avis de M. Gaja. Les questions susceptibles de se poser sont davantage celles de la suspension ou de l'extinction résultant d'une impossibilité d'exécution ou d'un changement fondamental de circonstances, cas qui seront étudiés plus en détail lors de l'examen du projet d'article 13 (Cas d'extinction ou de suspension). En ce qui concerne la «guerre contre le terrorisme», M. Sreenivasa Rao pense comme M. Economides que la Commission ne peut pas faire grand-chose et qu'elle doit aborder ce sujet avec beaucoup de prudence.

16. La pertinence de la notion d'intention dans l'appréciation des effets des conflits armés sur les traités a suscité un intense débat. Certains pensent que cette intention joue un rôle très limité; l'argument est solide et le

Rapporteur spécial ferait bien de se pencher de nouveau sur la question. Après en avoir fait une analyse détaillée dans son premier rapport, il s'est centré sur la notion d'intention plutôt que sur les autres indices de prédisposition. Il va de soi qu'une intention clairement exprimée ne peut pas être ignorée; mais il reste à savoir quels critères serviront à découvrir cette intention lorsqu'elle n'est pas évidente, comme c'est le cas dans beaucoup de traités récents. Les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969 sont utiles, mais leur application n'est pas simple et peut faire entrer en jeu différentes questions juridiques. Quoi qu'il en soit, il faudra étudier chaque conflit armé et chaque traité concerné dans leur contexte pour parvenir à la bonne conclusion. Le Rapporteur spécial est pleinement conscient de cette possibilité, comme en témoignent les observations qui figurent au paragraphe 19 de son deuxième rapport, et la référence, au paragraphe 25, à l'opinion de la délégation américaine selon laquelle il est nécessaire de se pencher sur d'autres facteurs, notamment l'objet et le but du traité, le caractère des dispositions particulières en question et les circonstances liées au conflit. Par conséquent, il s'agit d'une question de présentation et d'accent plutôt que d'une différence d'opinion sur la question. Une approche aussi large s'agissant de recenser les facteurs ou les présomptions appropriés pour déterminer l'effet des conflits armés sur les traités est conforme aux autres orientations que la Commission doit prendre dans le cadre du sujet à l'examen. Par exemple, il ne s'agit pas d'étudier le droit du recours à la force, mais simplement les effets qu'une décision concernant le droit de légitime défense pourrait avoir sur un traité. Plus parlante encore est la décision d'énoncer la présomption selon laquelle un conflit armé *per se* n'éteint pas les obligations conventionnelles sous réserve d'autres considérations envisagées dans le projet d'articles.

17. M. Sreenivasa Rao pense que l'on pourrait tout à fait reformuler les différentes catégories de traités énumérées au projet d'article 7, soit en les citant comme exemples dans le commentaire de l'un des projets d'article, soit en en déduisant certains indices, facteurs ou présomptions utiles sur lesquels on mettrait principalement l'accent.

18. Étant donné que l'on reconnaît aujourd'hui l'importance de l'environnement pour le bien-être et la survie de l'humanité, à court terme et à long terme, M. Sreenivasa Rao est convaincu qu'il faudrait insister sur le fait que l'environnement ne doit jamais être pris délibérément pour cible. Si les civils et les biens civils ne peuvent être considérés comme une cible légitime, il ne voit pas pourquoi il en irait autrement de l'environnement, dont les civils dépendent si fondamentalement. À ce propos, la communauté internationale devra franchir le seuil actuellement établi de dommages «étendus, durables et graves». Conscient que sa remarque ne relève pas directement du sujet à l'examen, M. Sreenivasa Rao tient néanmoins à saisir cette occasion de demander instamment à la Commission de ne pas paraître souscrire, par inadvertance, à l'idée que les traités relatifs à la protection de l'environnement peuvent être laissés de côté en cas de conflit armé.

19. Enfin, M. Sreenivasa Rao pense que la Commission ne devrait pas prendre de décision concernant la suite des travaux sur le sujet avant la présentation du troisième rapport du Rapporteur spécial.

20. M. ADDO, après avoir remercié le Rapporteur spécial pour son deuxième rapport sur les effets des conflits armés sur les traités, relève qu'au paragraphe 17 de son premier rapport²⁹⁷ le Rapporteur spécial a indiqué que les conflits armés contemporains ont brouillé la distinction entre conflits armés internationaux et internes car le nombre des guerres civiles a augmenté et, de plus, elles comprennent des éléments extérieurs, par exemple l'appui et la participation à divers degrés d'autres États, la fourniture d'armes, la mise à disposition d'installations d'entraînement et de fonds, etc. Le Rapporteur spécial a ajouté que les conflits armés internes peuvent affecter l'application des traités autant, sinon plus, que les conflits armés internationaux, et que les projets d'article qu'il propose portent donc également sur les effets des conflits armés internes sur les traités. Pourtant, dans son deuxième rapport, il semble avoir abandonné cette idée. En effet, au paragraphe 8, il dit que certains auteurs considèrent que la distinction entre le conflit armé international et le conflit armé non international est fondamentale, et voudraient exclure le second de l'alinéa *b* du projet d'article 2 et, au paragraphe 9, que cette question a suscité des divergences d'opinions marquées à la Sixième Commission, cinq délégations s'étant prononcées contre l'inclusion des conflits armés internes et six délégations s'étant prononcées pour. Puis, au paragraphe 13, il demande à la Commission de donner des indications générales concernant l'inclusion ou non des conflits armés non internationaux, ajoutant qu'il est indubitable qu'on ne saurait concevoir à bon escient une définition du conflit armé s'appliquant à tous les domaines du droit international public.

21. M. Addo tient pour sa part à ce que les conflits armés non internationaux soient inclus dans le projet d'articles, pour les raisons exposées dans le premier rapport du Rapporteur spécial ainsi qu'aux paragraphes 146 à 149 de l'étude du Secrétariat²⁹⁸, et notamment parce que les conflits armés internes peuvent affecter les traités de la même manière que les conflits armés internationaux. Il cite comme exemple la guerre civile en Guinée-Bissau, qui a eu un effet sur le traité bilatéral régissant le programme d'aide du Peace Corps²⁹⁹: les États-Unis d'Amérique ont dû interrompre le programme en 1998 à cause des combats qui avaient lieu dans la capitale entre les forces loyalistes et les soldats rebelles. De même, en 1982, le Gouvernement néerlandais a suspendu les traités bilatéraux avec le Suriname³⁰⁰ à cause des troubles civils qui avaient éclaté dans le pays, en vertu du principe *rebus sic stantibus*. Enfin, les troubles internes dans l'ex-Yougoslavie ont affecté de multiples traités entre la Yougoslavie et plusieurs pays de l'Union européenne. Comme cela est indiqué à l'alinéa *b* du paragraphe 392 du troisième rapport sur la responsabilité des États, établi par M. Crawford, Rapporteur spécial³⁰¹, pour justifier la suspension de l'Accord de coopération de 1983 avec la Yougoslavie, les États membres de la Communauté

européenne mentionnèrent explicitement la menace à la paix et à la sécurité dans la région. Cependant, ils s'appuyèrent sur un changement fondamental des circonstances, plutôt que de mettre en avant un droit de recourir à des contre-mesures. À propos du conflit armé interne au Kosovo, qui a commencé en février 1996, il est écrit dans le même rapport que :

[E]n réponse à la crise humanitaire au Kosovo, les États membres de la Communauté européenne adoptèrent une législation permettant de geler les fonds de la République fédérale de Yougoslavie et d'interdire immédiatement ses vols. Pour un certain nombre de pays, tels que l'Allemagne, la France et le Royaume-Uni, cette dernière mesure impliquait la violation d'accords aériens bilatéraux. En raison des doutes existant sur la légitimité de cette action, le Gouvernement britannique s'était initialement préparé à suivre la procédure de dénonciation d'un an prévue à l'article 17 de son accord avec la Yougoslavie. Cependant, il modifia ensuite sa position et refusa les vols avec effet immédiat³⁰².

Pour M. Addo, ces deux derniers cas montrent que les conflits armés internes peuvent avoir un effet sur des traités conclus avec des États tiers, et que, par conséquent, il ne fait aucun doute que les conflits internes peuvent avoir des effets notables sur les relations conventionnelles entre États et que ceux-ci doivent être examinés. M. Addo partage sur ce point l'avis exprimé par M. Dugard.

22. M. Addo n'a pas d'objection au reste des projets d'article et approuve la suppression du projet d'article 6. Il insiste sur le fait qu'il est opposé à la création d'un groupe de travail, car il estime qu'il faut donner au Rapporteur spécial suffisamment de temps pour établir son troisième rapport en tenant compte de toutes les préoccupations exprimées pendant le débat qui a suivi la présentation du deuxième. À la session suivante, les nouveaux membres de la Commission auront en outre leur contribution à apporter, et une décision pourra alors être prise pour la suite des travaux. Le Rapporteur spécial n'a pas besoin de l'assistance d'un groupe de travail à ce stade, car c'est l'homme idéal pour s'attaquer à ce domaine difficile et incertain du droit international. Il faudrait d'ailleurs l'encourager par des critiques constructives et non mordantes, et le remercier d'avoir établi un deuxième rapport de qualité malgré le peu de temps dont il disposait.

23. M. CHEE, après avoir félicité le Rapporteur spécial pour son remarquable travail sur les effets des conflits armés sur les traités, dit qu'il apprécie la richesse des sources de droit international que le Rapporteur spécial a consultées. L'alinéa *a* de l'article 35 du projet de Harvard, selon lequel «un traité qui dispose expressément que les obligations qu'il énonce doivent être exécutées en temps de guerre entre deux ou plusieurs parties ou qui, de par sa nature ou son but, avait manifestement été conclu par les parties dans l'intention qu'il s'applique en temps de guerre entre deux ou plusieurs d'entre elles, n'est pas éteint ni suspendu par le déclenchement d'une guerre entre deux ou plusieurs parties»³⁰³, reflète correctement la nature du sujet.

24. M. Chee approuve le projet d'article premier, qui définit le champ d'application du projet d'articles et dont le libellé est aligné sur celui de l'alinéa *a* de l'article premier de la Convention de Vienne de 1969.

²⁹⁷ *Annuaire... 2005*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/552.

²⁹⁸ A/CN.4/550 et Corr.1 et 2, reprographié, disponible sur le site de la Commission, documents de la cinquante-septième session.

²⁹⁹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2259, n° 40261, p. 209.

³⁰⁰ *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XV (1984), La Haye, Martinus Nijhoff, p. 321.

³⁰¹ *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/507, p. 112.

³⁰² *Ibid.*, par. 391 f.

³⁰³ *Supplement to the American Journal of International Law*, vol. 29 (1935), *Codification of International Law*, Part. III, «The Law of Treaties», p. 1183.

25. M. Chee note qu'au projet d'article 2, le Rapporteur spécial exclut du champ d'application du sujet les conflits armés non internationaux, ce qui paraît approprié étant donné que le mot «traité» s'entend d'un accord conclu entre États conformément à l'article 2, paragraphe 1, de la Convention de Vienne de 1969, et non entre un État et une entité non étatique. Il relève que l'article 35 du projet de recherche de Harvard n'est guère plus catégorique que le projet d'article 3 puisqu'il y est dit qu'à l'heure actuelle tous les auteurs estiment que l'extinction *ipso facto* est l'exception plutôt que la règle. Dans ce contexte, il convient de noter que le Rapporteur spécial conclut, au paragraphe 15 de son deuxième rapport, que sa position antérieure a été remplacée par «une conception plus contemporaine selon laquelle la survenance d'un conflit armé ... ne se traduit pas *ipso facto* par l'extinction ou la suspension des traités en vigueur entre les parties au conflit» et que, au paragraphe 14, il reconnaît en outre que «l'idée de remplacer l'expression "*ipso facto*" par "nécessairement" a reçu un soutien non négligeable».

26. En ce qui concerne le projet d'article 4, qui traite des indices de prédisposition des traités à l'extinction ou à la suspension de leur application en cas de conflit armé, M. Chee pense que l'alinéa *a* du paragraphe 2 apporte la bonne réponse en renvoyant aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969, concernant les règles générales de l'interprétation des traités. Quant à l'alinéa *b*, il dispose avec juste raison que l'intention des parties peut être déterminée conformément à la nature et à l'ampleur du conflit armé en question, position qui rejoint celle adoptée par Sir Gerald Fitzmaurice dans la série de conférences qu'il a données en 1948 à l'Académie de droit international de La Haye, comme cela est indiqué au paragraphe 34 du premier rapport du Rapporteur spécial³⁰⁴.

27. M. Chee partage l'avis du Rapporteur spécial selon lequel le projet d'article 5 consacré aux dispositions expresses sur l'application des traités est rendu nécessaire par le souci de clarté. Il approuve par ailleurs la suppression du projet d'article 6. Il approuve également le projet d'article 7, qui énumère les catégories de traités dont l'objet et le but impliquent qu'ils sont applicables pendant un conflit armé, étant entendu que cette liste n'est pas exhaustive.

28. Enfin, M. Chee relève que le deuxième rapport du Rapporteur spécial ne prévoit pas de modalités de règlement des différends qui auraient pour objet les effets d'un conflit armé sur les traités. À ce propos, il renvoie le Rapporteur spécial à l'article 36 du projet de Harvard, qui prévoit que si le différend ne peut être réglé par les voies diplomatiques, il sera renvoyé à la Cour permanente de justice internationale, en vertu d'un accord spécial conclu entre les parties³⁰⁵. Ce moyen classique de règlement des différends est encore pratiqué par les États.

29. En conclusion, M. Chee approuve le renvoi des sept projets d'article, à l'exception du projet d'article 6, au Comité de rédaction ou à un groupe de travail.

30. M. AL-MARRI remercie le Rapporteur spécial pour la qualité de son rapport et fait observer que, si le titre du sujet est les «Effets des conflits armés sur les traités», la pyramide semble avoir été inversée comme si les traités influençaient les conflits armés. Comme l'ont fait observer plusieurs membres, il est fréquent que des États cherchent à échapper à leurs responsabilités en ce qui concerne les conflits armés. Il importe de ne jamais oublier la relation entre le sujet à l'examen et la Charte des Nations Unies et la Convention de Vienne de 1969. Par ailleurs, compte tenu de la complexité du sujet, il faudra se fonder sur l'avis de la majorité des membres de la Commission.

31. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial) se félicite tout d'abord du débat utile et vif auquel a donné lieu la présentation de son deuxième rapport sur les effets des conflits armés sur les traités et dit qu'il a pris bonne note des différents points de vue exprimés par les membres de la Commission. Dans un premier temps, il avait pensé qu'il était avisé de transmettre ses deux premiers rapports à un groupe de travail, lequel aurait été plus à même qu'un comité de rédaction de régler les questions qui restaient en suspens. Toutefois, le débat en Commission ayant révélé l'existence d'importantes divergences de fond sur des aspects fondamentaux du sujet à l'examen, il considère désormais qu'il serait très prématuré de soumettre ces questions à l'examen d'un groupe de travail. D'où sa proposition de rédiger un troisième rapport, solution qui semble plutôt bien accueillie par les membres de la Commission.

32. Le Rapporteur spécial dit qu'il persiste à penser que, malgré toutes ses limites, le deuxième rapport reflète fidèlement les différents points de vue exprimés l'année précédente par les membres de la Commission. Sans répondre aux commentaires des membres de la Commission sur les différents projets d'article contenus dans ce rapport, il souhaiterait faire un certain nombre d'observations d'ordre méthodologique. Premièrement, s'agissant des réserves de M. Koskenniemi quant au caractère déclaratif des projets d'article, il indique qu'à son avis un rapporteur spécial doit, du moins dans ses premiers rapports, faire l'inventaire des éléments disponibles sur le sujet qu'il étudie. Il n'a pas d'objection particulière à ce que les projets d'articles 3, 4 et 7 soient regroupés en un seul texte plus concis, mais il a des doutes sur l'utilité d'une telle solution, et il lui semble que, tels qu'ils sont rédigés, les projets d'article en question rendent compte de la forme et de l'évolution du sujet. Deuxièmement, certains membres de la Commission ont regretté que le Rapporteur spécial n'ait pas tenu compte de leurs observations, ce qui ne lui semble pas être tout à fait le cas. Il en a souvent tenu compte tout en décidant de ne pas les retenir, ce qui lui paraît légitime pour un rapporteur spécial, dont on ne saurait attendre qu'il reprenne à son compte les nombreux points de vue exprimés. Troisièmement, il reconnaît que le premier rapport n'a pas suscité toutes les réactions attendues de la part des États, certains d'entre eux ayant toutefois adopté des positions intéressantes à la Sixième Commission. Il pense qu'il est difficile d'éveiller l'intérêt des gouvernements tant qu'on ne leur soumet pas un projet d'articles adopté en première lecture. Quatrièmement, les observations sur les questions de l'intention et de la

³⁰⁴ *Annuaire... 2005*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/552.

³⁰⁵ *Supplement to the American Journal of International Law*, vol. 29 (1935), *Codification of International Law*, Part. III, «The Law of Treaties», p. 1204.

pertinence des règles du *jus cogens* lui semblent quelque peu sélectives. S'agissant de l'intention, il relève que dans son dixième rapport sur les réserves aux traités³⁰⁶ M. Pellet s'appuie sur une large gamme d'éléments parmi lesquels figurent l'intention ou le consentement, et qu'au paragraphe 3 de son rapport il se réfère à la définition des réserves énoncée dans les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986. Dès lors, le Rapporteur spécial ne voit pas pourquoi la question de l'intention soulèverait tant de difficultés dans un cas et ne poserait pas de problème dans un autre. La même remarque peut être faite à propos de la question du *jus cogens*. Il se demande si la Commission, lorsqu'elle examine un nouveau point de son ordre du jour, commence toujours par se prononcer sur la pertinence des règles du *jus cogens* dans le cadre du sujet étudié. Il ne lui semble pas que telle ait été l'approche commune retenue jusque-là par la Commission dans le cadre de ses travaux.

33. Le Rapporteur spécial fait observer qu'il a fait preuve d'une grande souplesse dans l'établissement de son rapport et précise que les conditions dans lesquelles il l'a établi font qu'il existe une importante marge de manœuvre pour définir le conflit armé. Sa position concernant la définition n'est pas arrêtée; il reste donc ouvert aux propositions des membres de la Commission et, lorsqu'il aura déterminé l'approche qu'il convient d'adopter dans son troisième rapport, nombre de modifications seront apportées à la définition actuelle, à la lumière des éléments nouveaux et des débats qui se sont tenus l'année précédente et lors de la session en cours.

34. En ce qui concerne l'importante question du champ d'application du projet d'articles, le Rapporteur spécial reconnaît qu'il devra s'attacher à l'aborder de manière plus approfondie dans le cadre de son troisième rapport, à la lumière des observations de M. Pellet et d'autres membres de la Commission, même s'il a d'ores et déjà quelques idées sur le sujet. Pour ce qui est des traités conclus par des organisations internationales, il n'est personnellement pas favorable au procédé qui consiste à reprendre par analogie les éléments figurant dans d'autres projets d'article. Il n'est pas convaincu par ce procédé et estime qu'il ne s'est pas avéré très utile dans le cadre des travaux sur la responsabilité des organisations internationales. Il note toutefois que M. Pellet a soulevé une importante difficulté d'ordre pratique en disant qu'il n'était pas possible d'étudier les traités conclus par des organisations internationales séparément dans le cadre du sujet à l'examen, ce qu'il ne croit pas. En ce qui concerne l'importante question des conflits armés internes, il dit qu'il pensait avoir été clair sur le fait qu'ils devraient être inclus dans le champ d'application du projet d'articles, et l'étude du Secrétariat intitulée «Les effets des conflits armés sur les traités: examen de la pratique et de la doctrine»³⁰⁷ contient des arguments qui militent en ce sens. Le seul problème est que certains membres de la Commission, dont M. Momtaz, abordent la question de la définition du

conflit armé de manière globale. Or la formule «aux fins des présents projets d'article» qui figure dans l'article 2 indique que la question de l'inclusion des conflits armés dépend de l'intention des parties, comme le prévoit l'article 4 et, d'une manière différente, l'article 7. L'un des critères retenus pour déterminer l'intention des parties est la nature et l'ampleur du conflit en question. Il ne suffit donc pas de se demander s'il convient ou non d'inclure les conflits internes, car même si l'on retient la première hypothèse ces conflits n'en demeurent pas moins soumis aux modalités de l'article 4, comme les conflits internationaux. Il faut donc faire preuve de prudence car toute la question des conflits armés, y compris des conflits armés internes, est fonction du contexte, à savoir le sens et l'effet d'un traité donné.

35. Pour ce qui est de l'étude de l'effet des conflits armés sur les obligations conventionnelles, question soulevée par M. Pellet et d'autres membres de la Commission, le Rapporteur spécial dit qu'il l'entreprendra dans le cadre de son troisième rapport. Tout en comprenant le sens de cette observation, il ne pense pas toutefois que, lorsque la Commission a proposé d'étudier l'effet des conflits armés sur les traités et que la Sixième Commission de l'Assemblée générale l'a accepté, elles envisageaient d'aborder des questions telles que la force majeure ou la survenance d'une situation rendant impossible l'exécution des obligations découlant d'un traité. Si la Commission s'engageait dans cette voie, elle méconnaîtrait le principe selon lequel ses nouveaux travaux ne doivent pas faire double emploi avec des sujets déjà largement traités dans la Convention de Vienne de 1969.

36. S'agissant de la pertinence de la licéité du recours à la force, le Rapporteur spécial réaffirme que l'article 10, qui traite de la question, sera soigneusement remanié à la lumière de la résolution adoptée le 28 août 1985 par l'Institut de droit international³⁰⁸, dont le texte est reproduit dans son premier rapport. Quant à la question de l'intention, il estime qu'elle devra faire l'objet d'un examen plus approfondi et il ne peut pas souscrire à l'idée selon laquelle elle ne fait plus partie intégrante du droit international alors que tous les documents qu'il a eus en sa possession se réfèrent à cette notion, que ce soit l'intention des parties à un traité ou l'intention du législateur. Le problème est de trouver la preuve de l'intention, ce que le Rapporteur spécial s'attachera à faire à la lumière du débat à la Commission.

Organisation des travaux de la session (suite*)

[Point 1 de l'ordre du jour]

37. Le PRÉSIDENT annonce que la Commission doit procéder à la clôture officielle du Séminaire de droit international et, pour ce faire, suspendre la séance.

La séance est suspendue à 11 h 30; elle est reprise à 11 h 50.

³⁰⁶ *Annuaire... 2005*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/558 et Add.1 et 2.

³⁰⁷ A/CN.4/550, reprographié, disponible sur le site de la Commission, documents de la cinquante-septième session.

* Reprise des débats de la 2894^e séance.

³⁰⁸ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 61, t. 2, session d'Helsinki (1985), Paris, Pedone, 1986, p. 278 à 283.

Coopération avec d'autres organismes

[Point 13 de l'ordre du jour]

DÉCLARATION DU REPRÉSENTANT DE L'ORGANISATION JURIDIQUE CONSULTATIVE POUR LES PAYS D'ASIE ET D'AFRIQUE

38. M. KAMIL (Secrétaire général de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique – AALCO) dit que 2006 marque un tournant dans l'histoire de l'AALCO, puisque c'est celle de son cinquantième anniversaire. Créée en 1956 à l'issue de la Conférence de Bandung, elle compte désormais 47 membres. Lors de sa quarante-cinquième session, qui s'est tenue à New Delhi, dans le nouveau bâtiment abritant son siège, du 3 au 8 avril 2006, nombre de délégations ont fait des observations détaillées sur les points saillants des travaux de la Commission sur différents sujets et ont exposé les positions de leurs pays respectifs sur différents projets d'article.

39. Les États membres de l'AALCO se sont félicités des progrès réalisés sur le sujet de la protection diplomatique, notant avec satisfaction que les projets d'article adoptés par la Commission en première lecture³⁰⁹ reflètent les règles coutumières du droit international applicables en la matière. Ils ont émis l'espoir que la Commission poursuive ses efforts pour améliorer le projet d'articles et les commentaires y relatifs en tenant compte des commentaires des États, de sorte que la deuxième lecture puisse être achevée en temps voulu. Plusieurs délégations ont accueilli favorablement la conclusion du Rapporteur spécial selon laquelle la théorie des mains propres ne devrait pas figurer dans le projet d'articles³¹⁰ afin que la Commission puisse se concentrer davantage sur des questions pratiques nécessitant un examen plus approfondi.

40. Les délégations ont apprécié le caractère exhaustif du dixième rapport sur les réserves aux traités et se sont félicitées de l'élaboration d'un guide de la pratique. Elles ont estimé qu'une fois adoptés, les directives et les commentaires permettraient de réduire les incertitudes et aideraient les États et les organisations internationales dans leur pratique. Il a été noté que l'approche retenue pour les définitions devrait assurer l'uniformité dans la formulation et l'admissibilité des réserves. On a fait remarquer qu'une définition des termes essentiels permettrait d'atténuer les problèmes d'interprétation et, par conséquent, de réduire la subjectivité, et salué les efforts déployés par le Rapporteur spécial pour définir des notions complexes telles que «l'objet et le but» d'un traité. Un représentant a déclaré qu'une réserve formulée par un État partie à un traité ne devait pas être incompatible avec l'objet et le but de ce traité. Cela renforcerait le droit international coutumier et confirmerait le fait irréfutable que les États pouvaient toujours, dans le cadre des actes unilatéraux, renoncer à être liés par un traité qu'ils pourraient ne pas approuver. On a émis l'avis que l'ensemble du droit des réserves issu des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 répondait aux besoins de la communauté internationale. Les règles établies par ces conventions ont acquis le statut de règles

coutumières et il serait dès lors peu avisé de les remettre en cause.

41. S'agissant des actes unilatéraux des États, les États membres de l'AALCO ont salué le travail accompli par le Groupe de travail et le Rapporteur spécial en vue de la finalisation des 10 projets de principe directeur applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, et ils ont émis l'espoir que la Commission les adopte à brève échéance.

42. À propos de la responsabilité des organisations internationales, il a été relevé que l'élaboration d'un projet d'articles sur le sujet était d'actualité, compte tenu du nombre croissant d'activités que les organisations internationales sont amenées à régler sur le plan international. On a souscrit à l'avis du Rapporteur spécial selon lequel le fait illicite d'une organisation internationale pouvait consister à la fois en une action ou en une omission³¹¹ et on a noté avec satisfaction que les deux hypothèses étaient couvertes par le projet d'articles. Il a également été observé que, dans l'élaboration des principes applicables aux organisations internationales, la Commission ne devrait procéder par analogie avec les États que jusqu'à un certain point.

43. Pour ce qui est de la fragmentation du droit international, les délégations se sont réjouies des avancées réalisées par le Groupe d'étude sur le sujet. Elles ont émis l'espoir que cette étude favorise un consensus sur la question, outre qu'elle permettrait d'établir les principes essentiels en la matière et de normaliser la pratique internationale. Elle devrait contribuer à promouvoir l'état de droit dans l'ensemble de la communauté internationale.

44. En ce qui concerne les ressources naturelles partagées, les États membres ont dit combien ils appréciaient le travail considérable accompli par le Rapporteur spécial chargé de cette étude et ont souligné que le projet d'articles y relatif devrait avoir pour but la formulation de principes fondamentaux, les règles spécifiques devant être établies dans le cadre des arrangements bilatéraux et régionaux. Ils ont également estimé qu'il était nécessaire d'établir un instrument juridique international destiné à guider l'utilisation, l'attribution, la préservation et la gestion des aquifères ou des systèmes aquifères transfrontières et ont émis l'espoir que le cadre actuel serait ultérieurement élargi pour englober d'autres ressources naturelles partagées comme le pétrole et le gaz. Enfin, ils ont estimé qu'il ne serait pas approprié de recourir au principe de l'«utilisation équitable» consacré dans la Convention de 1997 sur l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation afin d'établir les règles applicables aux eaux souterraines, le rôle des droits de riveraineté en matière d'utilisation de l'eau étant moins marqué.

45. Il a été enfin souligné que l'étude relative aux effets des conflits armés sur les traités devrait également couvrir les traités conclus par des organisations internationales et que l'expression «conflits armés» dans le projet d'articles

³⁰⁹ *Annuaire...* 2004, vol. II (2^e partie), p. 18-20, par. 59.

³¹⁰ *Annuaire...* 2005, vol. II (2^e partie), p. 50-52, par. 226 à 236.

³¹¹ *Ibid.*, p. 42, par. 206, Commentaire général du chapitre III du projet d'articles, par. 2.

ne devrait s'entendre strictement que des conflits armés internationaux. La Commission pourrait peut-être inclure à l'avenir la question des conflits non internationaux, à condition que ce soit dans les limites des principes du droit international coutumier. Il a également été souligné qu'une étude plus approfondie de la question de la licéité du recours à la force s'imposait, celle-ci ayant une incidence sur les relations conventionnelles. En outre, le sujet ne relevait pas uniquement du droit des traités et avait des liens étroits avec d'autres domaines du droit international, comme le droit international humanitaire et, en particulier, avec le droit de la légitime défense et de la responsabilité de l'État.

46. S'agissant de l'expulsion des étrangers, la Commission devrait s'attacher à réaliser un équilibre entre le droit de l'État d'expulser les étrangers et les droits de l'homme de ceux qu'il expulse, ceci bien que le droit d'expulsion soit un droit souverain de l'État car ce dernier doit l'exercer en respectant les règles et principes établis du droit international, en particulier les principes fondamentaux en matière de droits de l'homme. Toute expulsion doit reposer sur des motifs légitimes, tels qu'ils sont définis par le droit interne, eu égard aux intérêts de l'ordre et de la sécurité publics et aux autres intérêts nationaux essentiels. Le sujet de l'expulsion des étrangers est particulièrement pertinent dans le monde contemporain car la mondialisation a intensifié les déplacements d'un pays à l'autre. De plus, le droit de l'État d'expulser les étrangers est un droit inhérent à la souveraineté de l'État mais il ne peut être considéré comme absolu. La Commission devrait donc entreprendre un examen détaillé du droit international coutumier et conventionnel, qui comprendrait une étude comparative de la jurisprudence aux niveaux mondial et régional ainsi que de la législation et de la pratique des États.

47. Telles sont, en bref, les vues exprimées par les États membres de l'AALCO lors de la quarante-cinquième session de cette dernière, et elles seront publiées dans le volume IV de l'*Annuaire* de l'Organisation (2006). De surcroît, afin de permettre à la Commission d'être informée de la législation et de la pratique des États d'Afrique et d'Asie, l'AALCO a, à la même session, adopté une résolution dans laquelle elle engage ses États membres à faire part à la Commission de leurs commentaires et observations sur les sujets actuellement inscrits à l'ordre du jour de celle-ci, et se félicite de l'échange de vues fructueux qui a eu lieu sur certains sujets lors de la réunion conjointe de l'AALCO et de la Commission qui s'est tenue en même temps que la réunion des conseillers juridiques de l'AALCO à New York en octobre 2005³¹². M. Kamil indique que les membres de l'AALCO lui ont demandé de continuer d'organiser de telles réunions, et il souhaiterait à cet égard recevoir des suggestions des membres de la Commission quant aux sujets qui pourront être examinés lors de la prochaine de ces réunions, qui doit se tenir à la fin du mois d'octobre 2006 à New York.

³¹² *Report of AALCO's Forty-fifth Session: New Delhi (HQ), 2006, resolution 45/S/1, 8 avril 2006, p. 192.*

48. Pour ce qui est de la poursuite de la coopération entre l'AALCO et la Commission, le Secrétariat de l'AALCO continuera d'établir des notes et des commentaires sur les sujets qu'étudie la Commission afin d'aider les représentants des États membres de l'AALCO à préparer le débat sur le rapport de la Commission qui a lieu à la Sixième Commission de l'Assemblée générale.

49. En outre, une question intitulée «Rapport sur des questions touchant les travaux de la Commission du droit international à sa cinquante-huitième session» sera examinée par l'AALCO à sa quarante-sixième session. Cette session doit se tenir à Khartoum (Soudan) en 2007, et M. Kamil invite les membres qui le souhaiteraient à y participer.

50. Enfin, notant que la Commission achève un quinquennat, M. Kamil félicite tous les membres de la Commission pour leur contribution remarquable aux travaux de celle-ci au cours des cinq années écoulées. La Commission a réalisé des progrès considérables dans l'étude de tous les sujets inscrits à son ordre du jour. Elle a en grande partie achevé les travaux sur certains, et les nouveaux sujets dont elle a entrepris l'étude sont d'une importance énorme; il faut donc espérer que la Commission poursuivra les travaux, dans sa nouvelle composition, avec la même énergie et le même enthousiasme.

51. Le PRÉSIDENT dit que la relation existant entre l'AALCO et la CDI enrichit cette dernière pour deux raisons: premièrement, parce que l'Organisation compte parmi les représentants de ses États membres nombre de publicistes éminents dont les publications enrichissent la recherche juridique dans le monde entier et, deuxièmement, parce que la plupart des représentants des États membres de l'Organisation sont des conseillers juridiques des gouvernements et qu'ils vivent donc quotidiennement la «pratique des États», dont la Commission doit tenir compte dans son travail de codification et de développement progressif du droit international.

52. M. DAOUDI, notant que les représentants des États membres de l'AALCO se sont longuement exprimés sur les sujets inscrits au programme de travail de la Commission, s'étonne que, malgré la résolution adoptée par l'AALCO à sa quarante-cinquième session et évoquée par M. Kamil, la plupart des commentaires et observations adressés par écrit à la Commission émanent de pays industrialisés. Il demande s'il existe à l'AALCO des mécanismes institutionnalisés qui permettraient de faire mieux connaître à la Commission les vues des États membres de cette organisation sur les sujets inscrits à son programme de travail.

53. M. Sreenivasa RAO se demande si le moment ne serait pas venu pour l'AALCO, qui fête ses 50 ans et s'installe dans son nouveau siège, d'envisager de nouvelles modalités d'action. À cet égard, elle pourra vouloir prendre en considération les cinq suggestions suivantes: elle pourrait créer des groupes de travail pour étudier des thèmes spécifiques, organiser des

programmes de formation à vocation régionale, apporter une assistance juridique aux États d’Afrique et d’Asie, organiser des échanges de juristes à l’intérieur de ces régions et entre celles-ci, et organiser des séries de conférences sur des sujets intéressant l’Afrique et l’Asie.

54. M. KAMIL (Secrétaire général de l’Organisation juridique consultative pour les pays d’Asie et d’Afrique – AALCO), répondant à M. Daoudi, dit que les interactions entre l’AALCO et la Commission se sont intensifiées au fil des années et que les vues des États membres sont communiquées à cette dernière de diverses manières. Premièrement, la Commission est représentée aux sessions de l’AALCO, et les États membres de celle-ci font part de leurs commentaires sur les sujets qu’étudie la Commission, commentaires qui sont rapportés à cette dernière, comme à la séance en cours, par l’intermédiaire du Secrétaire général.

55. Par ailleurs, l’AALCO et la Commission tiennent une réunion commune dans le cadre de la réunion des conseillers juridiques des gouvernements qui se tient chaque année à New York. En outre, des comptes rendus des débats et de la session annuelle de l’AALCO et de la réunion commune entre celle-ci et la Commission sont publiés dans l’*Annuaire* de l’AALCO, qui est adressé chaque année à la Commission.

56. S’agissant des suggestions de M. Sreenivasa Rao, M. Kamil fait observer que le Secrétaire général ne peut lui-même élargir le mandat de l’AALCO et que toute innovation doit être approuvée par les États membres. Les suggestions faites sont néanmoins intéressantes, et certaines sont déjà envisagées. C’est ainsi qu’un programme de formation doit commencer dès que l’Organisation sera installée dans son nouveau siège.

57. M. KATEKA demande si le Secrétariat de l’AALCO pourrait placer sur le site Internet de celle-ci un résumé des vues exprimées par ses membres sur les divers sujets qu’étudie la Commission. L’AALCO devrait en outre mettre son site à jour plus souvent et en étoffer certaines rubriques.

58. M. GALICKI souligne que la relation entre l’AALCO et la Commission est extrêmement fructueuse pour cette dernière et en particulier pour les rapporteurs spéciaux, et qu’elle permet à la Commission d’être mieux au fait des vues des juristes d’Afrique et d’Asie.

59. M. KAMIL (Secrétaire général de l’Organisation juridique consultative pour les pays d’Asie et d’Afrique – AALCO) souligne que l’AALCO vit une période de transition puisqu’elle est en train de s’installer dans son nouveau siège. Sitôt son installation terminée, le centre de recherche et de formation qu’il est prévu d’y installer commencera à fonctionner, et le site Internet de l’Organisation sera entièrement remanié et enrichi sur de nombreux points.

La séance est levée à 13 h 5.

2899^e SÉANCE

Jeudi 25 juillet 2006, à 10 h 5

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Al-Marri, M. Baena Soares, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Mansfield, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M. Yamada.

Coopération avec d’autres organismes (*suite*)

[Point 13 de l’ordre du jour]

DÉCLARATION DE LA PRÉSIDENTE DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

1. Le PRÉSIDENT souhaite la bienvenue à M^{me} Rosalyn Higgins, Présidente de la Cour internationale de Justice. Personnalité prestigieuse en ce qui concerne tant l’enseignement que la pratique du droit international, M^{me} Higgins est membre de la Cour depuis 1995 et en est la Présidente depuis février 2006. Parmi ses innombrables contributions figure le magistral cours général qu’elle donna en 1991 à l’Académie de droit international de La Haye intitulé «*International law and the avoidance, containment and resolution of disputes*», publié dans le tome 230 (1991) du *Recueil des cours de l’Académie de droit international*³¹³, cours dans lequel, se référant à la nature et à la fonction du droit international, elle l’avait qualifié de «système normatif». Avec l’émergence des normes impératives du droit international et des règles de *jus cogens*, on peut espérer qu’un jour, la CIJ donnera une forme concrète au système de normes hypothétiques conçu par Kelsen³¹⁴.

2. La Cour, au Palais de la Paix à La Haye, et la Commission, au Palais des Nations à Genève, jouissent depuis longtemps de relations harmonieuses et mutuellement bénéfiques qui visent à promouvoir le droit international au service des États et de la communauté internationale. L’ordonnance de la Cour du 13 juillet 2006 dans l’affaire relative aux *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)* comporte de nombreux éléments que reconnaîtraient aisément les membres de la Commission, à la lumière de la contribution que celle-ci apporte à l’élaboration de règles et de principes par des textes comme la Convention de 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d’eau internationaux à des fins autres que la navigation et le projet d’articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d’activités dangereuses³¹⁵. Inversement, le statut de la Commission lui prescrit de faire usage de l’œuvre accomplie par la Cour pour mener à bien sa propre tâche

³¹³ Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.

³¹⁴ *Théorie générale des normes*, Paris, PUF, 1996, traduction de Olivier Beaud, 604 p.

³¹⁵ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie), p. 157, par. 97.

de codification et de développement progressif du droit international. La visite annuelle du Président de la Cour vient régulièrement rappeler cette relation symbiotique irremplaçable. La Commission va tirer le plus grand profit des informations qu'apporte M^{me} Higgins, que le Président invite en conséquence à prendre la parole.

3. M^{me} HIGGINS (Présidente de la Cour internationale de Justice) remercie le Président de cet accueil chaleureux et exprime sa satisfaction de prendre la parole devant la Commission dont elle admire tant les travaux. La Cour accorde un très grand prix à de tels échanges entre les deux organes, et au fait qu'ils ont désormais lieu chaque année. M^{me} Higgins entend, suivant la tradition, rendre compte des arrêts rendus par la Cour l'année précédente, en insistant particulièrement sur certains aspects de la jurisprudence récente qui intéressent spécifiquement les travaux de la Commission.

4. S'agissant tout d'abord du *Différend frontalier Bénin/Niger*, elle indique que les différends territoriaux mettent invariablement en cause de nombreux éléments similaires: l'analyse d'instruments coloniaux, l'étude d'actes qui seraient constitutifs d'effectivités et la question de l'*uti possidetis*, qui souvent joue un rôle important de date critique sur la longue route de l'indépendance et de l'histoire ultérieure. Pourtant, chaque différend relatif à l'existence d'un titre sur un territoire ou à la fixation d'une frontière, de par ses éléments propres, est l'occasion d'un enseignement sur l'histoire et de défis en droit. Tel a été le cas dans l'affaire du *Différend frontalier* jugée par une chambre de la Cour le 12 juillet 2005, le lendemain même du jour où son prédécesseur avait pris la parole lors de la session précédente de la Commission.

5. Pour comprendre qui, à l'époque, avait compétence pour déterminer ou modifier une frontière internationale supposait que l'on invoque et que l'on interprète le droit interne alors applicable. Mais il était également important pour la Cour de pouvoir discerner quels actes coloniaux avaient un caractère purement intracoloniaux et de déterminer si ces actes avaient pu avoir pour effet de modifier une frontière aux fins du droit international.

6. La chambre de la Cour constituée à la demande des parties était priée de déterminer le tracé de la frontière entre le Bénin et le Niger et de préciser à quel État appartient chacune des îles du fleuve Niger, en particulier l'île de Lété, la plus grande d'entre elles. Les parties ont demandé à la Cour de statuer en se fondant sur le principe de l'*uti possidetis*. Le problème était de donner toute son importance à ce principe sans prétendre ignorer tout ce qui était effectivement survenu ultérieurement. La Cour a confirmé qu'elle examinerait des cartes et d'autres documents postérieurs à la date critique afin de voir si ces documents exprimaient clairement un accord éventuel des parties pour modifier le tracé résultant de l'*uti possidetis*.

7. En s'intéressant tout d'abord au secteur du fleuve Niger, la chambre a conclu que la frontière entre le Bénin et le Niger suivait le «chenal navigable principal du fleuve». Après avoir déterminé l'emplacement précis de ce chenal navigable principal par référence à la ligne des sondages les plus profonds telle qu'elle existait à la date

de l'indépendance des deux pays, la chambre a ensuite conclu que les îles situées à l'est de ce chenal – Lété et 15 autres – appartiennent au Niger, tandis que les neuf îles situées à l'ouest du chenal appartiennent au Bénin.

8. Dans le secteur de la rivière Mékrou, il incombait à la chambre de décider si, comme le faisait valoir le Bénin, la rivière Mékrou elle-même constituait la frontière, ou si, comme l'affirmait le Niger, la frontière suivait une ligne droite reliant la chaîne montagneuse de l'Atakora à un point situé au confluent de la rivière Mékrou avec le fleuve Niger. S'appuyant en particulier sur un arrêté de 1927 pris par les autorités coloniales françaises, la chambre a conclu que le cours de la Mékrou constituait la frontière commune à la date de l'indépendance des deux pays et que, conformément au principe de l'*uti possidetis*, il constitue encore la frontière actuelle. La chambre a ensuite conclu que, compte tenu notamment du fait que la rivière Mékrou n'est pas navigable, la ligne médiane de ladite rivière constitue la frontière internationale.

9. Cette affaire était un exemple intéressant – bien que ce ne fût pas le premier – d'un différend entre des États africains porté devant la Cour par voie de compromis. La décision des parties de saisir la Cour de cette manière a eu une incidence particulière sur l'organisation de la procédure. Les parties, non seulement sont convenues de soumettre l'affaire à une chambre de cinq juges mais par ailleurs, et cela est intéressant, elles ont elles-mêmes fixé des délais relativement brefs pour le dépôt de leurs pièces écrites respectives et sont convenues de n'utiliser que le français dans leurs écritures et leurs plaidoiries, ce qui a simplifié leur propre tâche tout autant que le travail de la Cour et a restreint leurs dépenses.

10. L'affaire a aussi fourni l'occasion à la Cour de connaître d'une modeste mais intéressante question de délimitation qui n'avait jamais auparavant été soumise à une juridiction internationale: celle de la détermination de la limite frontalière sur des ponts enjambant des cours d'eau internationaux en l'absence de tout accord bilatéral entre les deux États voisins. Cette question n'a pas été abordée par la Commission du droit international au cours de ses importants travaux relatifs aux cours d'eau qui, de toute façon, ne portaient pas sur les questions de frontière. La Cour a jugé qu'en l'absence d'accord bilatéral, la solution à retenir était celle du report vertical de la frontière tracée sur le cours d'eau. Elle a noté au paragraphe 124 de son arrêt que

cette solution est conforme à la conception générale selon laquelle une frontière marque la séparation des souverainetés étatiques, autant sur la surface terrestre que dans le sous-sol et l'espace atmosphérique surjacent. En outre, la solution du report vertical de la frontière tracée sur le cours d'eau permet de pallier les difficultés que pourrait engendrer l'existence de deux limites distinctes se trouvant sur des plans géométriques très proches l'un de l'autre.

11. L'année précédente également, la Cour a eu à connaître d'un type très différent d'affaire entre États africains, soulevant des questions beaucoup plus dures, à savoir celle relative aux *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*. L'affaire mettait en cause de très graves allégations concernant, entre autres, l'emploi illicite de

la force, l'atteinte à la souveraineté territoriale, l'occupation, des violations des droits de l'homme et du droit humanitaire, ainsi que l'exploitation illicite de ressources naturelles. Cette affaire était tout sauf simple et ordinaire pour la Cour, ne serait-ce que parce que lorsqu'elle a entamé le délibéré sur le fond, le conflit armé n'avait pas encore entièrement pris fin sur le terrain. À vrai dire, selon les informations de l'époque, il menaçait de reprendre. Il n'est nullement besoin de rappeler à la Commission, ni l'histoire complexe de ce conflit dans la région des Grands Lacs, ni combien il est difficile de reconstituer l'enchaînement des événements et d'identifier les nombreux acteurs en cause. Le nombre de violations spécifiques alléguées par les parties et la quantité et la diversité de documents produits à l'appui de ces allégations étaient sans précédent.

12. Dans son arrêt du 19 décembre 2005, la Cour s'est prononcée essentiellement en faveur de la République démocratique du Congo, bien qu'elle ait suivi l'Ouganda sur l'une de ses demandes reconventionnelles. À l'issue de l'affaire, la Cour a jugé «que par le comportement de ses forces armées, qui ont commis des meurtres et des actes de torture et autres formes de traitement inhumain à l'encontre de la population civile congolaise, ont détruit des villages et des bâtiments civils, ont manqué d'établir une distinction entre cibles civiles et cibles militaires et de protéger la population civile lors d'affrontements avec d'autres combattants, ont entraîné des enfants-soldats, ont incité au conflit ethnique et ont manqué de prendre des mesures visant à y mettre un terme, et pour n'avoir pas, en tant que puissance occupante, pris de mesures visant à respecter et à faire respecter les droits de l'homme et le droit international humanitaire dans le district de l'Ituri, la République de l'Ouganda a violé les obligations lui incombant en vertu du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire» [par. 345 (3) de l'arrêt]. Elle a aussi conclu «que, par les actes de pillage et d'exploitation des ressources naturelles congolaises commis par des membres des forces armées ougandaises sur le territoire de la République démocratique du Congo, et par son manquement aux obligations lui incombant, en tant que puissance occupante dans le district de l'Ituri, d'empêcher les actes de pillage et d'exploitation des ressources naturelles congolaises, la République de l'Ouganda a violé les obligations qui sont les siennes, en vertu du droit international, envers la République démocratique du Congo» [par. 345 (4)].

13. S'agissant de la demande reconventionnelle de l'Ouganda, la Cour a ensuite dit «que, par le comportement de ses forces armées, qui ont attaqué l'ambassade de l'Ouganda à Kinshasa et soumis à de mauvais traitements des diplomates et d'autres personnes dans les locaux de l'ambassade, ainsi que des diplomates ougandais à l'aéroport international de Ndjili, et pour n'avoir pas assuré à l'ambassade et aux diplomates ougandais une protection efficace ni empêché la saisie d'archives et de biens ougandais dans les locaux de l'ambassade de l'Ouganda, la République démocratique du Congo a violé les obligations lui incombant, en vertu de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques, envers la République de l'Ouganda» [par. 345 (12)].

14. La Cour a en conséquence décidé que les deux pays avaient l'obligation de réparer les préjudices ainsi causés.

15. Les questions, de fait et de droit, auxquelles la Cour a dû répondre pour parvenir à ces conclusions sont trop nombreuses, malgré leur importance, pour être relatées même sous une forme résumée. M^{me} Higgins ne mentionnera que quelques points présentant un intérêt particulier, ainsi que les parties de l'exposé des motifs de la Cour qui ont une incidence directe sur les travaux de la Commission du droit international.

16. La Cour s'est longuement intéressée aux importantes questions liées aux principes du non-recours à la force et de la non-intervention, du consentement à la présence de troupes étrangères et aux arguments de l'Ouganda selon lesquels certaines actions pouvaient se justifier en tant qu'actes de légitime défense. La Cour a eu à trancher des questions précises de fait avant de se prononcer sur le droit. Elle a rappelé que, comme dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, les faits ne justifiaient pas qu'elle se prononce sur l'existence d'un droit au titre de la légitime défense face à une menace imminente d'agression transfrontalière. L'Ouganda faisait valoir qu'il ne s'agissait pas de réagir à la menace imminente d'une agression armée et que, de son point de vue, une série de petites attaques constituait une agression déjà survenue.

17. La Cour s'est ensuite intéressée à la définition juridique de l'occupation de guerre. La République démocratique du Congo affirmait que les forces ougandaises avaient établi une très vaste zone d'occupation dont l'Ouganda assurait l'administration de façon directe et indirecte. Aux dires du Congo, le critère pour définir une situation d'occupation n'était pas de savoir si les forces ougandaises étaient ou non présentes en des lieux spécifiques de cette zone, mais tenait plutôt à la capacité de l'Ouganda à affirmer son autorité sur le territoire concerné. En revanche, l'Ouganda prétendait qu'avec moins de 10 000 soldats présents sur l'ensemble du territoire du Congo, il lui était tout simplement impossible d'occuper une aussi vaste étendue de territoire. Il affirmait en outre que la plupart des territoires prétendument occupés étaient contrôlés et administrés par des groupes rebelles congolais échappant au contrôle de l'Ouganda. La question de savoir si ces groupes agissaient ou non pour leur propre compte, aux fins de la responsabilité des États, était une question importante pour la Cour.

18. Au paragraphe 172 de l'arrêt, la Cour a rappelé que, selon le droit international coutumier tel que reflété à l'article 42 du règlement de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, «un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie, et que l'occupation ne s'étend qu'au territoire où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer». La Cour a dès lors examiné s'il existait des éléments de preuve suffisants démontrant que ladite autorité se trouvait effectivement établie et exercée dans les zones en question par l'Ouganda. Elle a précisé qu'elle devait s'assurer que les forces armées ougandaises n'étaient pas seulement stationnées en tel ou tel endroit, mais qu'elles y avaient également substitué leur propre

autorité à celle du Gouvernement congolais. La Cour a conclu sans difficulté que l'Ouganda avait établi et exercé son autorité en Ituri en tant que puissance occupante. Cela étant, elle a estimé que le Congo ne fournissait toutefois aucune preuve spécifique de ce que les forces armées ougandaises auraient exercé leur autorité dans d'autres régions. Par voie de conséquence, la Cour devait s'intéresser à deux régions distinctes auxquelles s'appliquaient des régimes juridiques différents. En Ituri, l'article 43 du règlement de La Haye imposait l'obligation à l'Ouganda de rétablir et d'assurer l'ordre public et la sécurité dans le territoire occupé en respectant les lois en vigueur au Congo. La responsabilité de l'Ouganda pouvait donc être engagée à raison à la fois de ses propres actes et omissions dans cette région et du défaut de la vigilance requise pour prévenir les violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire par d'autres acteurs présents sur le territoire occupé, en ce compris les groupes rebelles. Sur le reste du territoire congolais envahi par l'Ouganda, mais non qualifié de «territoire occupé» au sens du droit international, ce devoir spécifique de vigilance ne s'appliquait pas et la responsabilité de l'Ouganda n'y était engagée que pour les actes et omissions de ses propres forces armées.

19. Il s'est en outre posé la délicate question de savoir si, lorsqu'un État donne son accord à un cessez-le-feu et à un retrait ordonné des forces étrangères, il donne un consentement *pro tempore* à la présence de ces forces. Ayant examiné les divers accords pertinents, la Cour a conclu qu'ils n'emportaient pas un consentement de la République démocratique du Congo à la présence de forces ougandaises sur son territoire, «qui aurait validé cette présence en droit» [par. 105 de l'arrêt]. Il s'agit là d'une conclusion qui, de l'avis de M^{me} Higgins, aura une résonance plus grande.

20. Abordant les aspects de l'affaire ayant un rapport avec les travaux de la Commission du droit international, M^{me} Higgins relève que la Cour a eu l'occasion de viser dans ses motifs le projet d'articles de la Commission sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite³¹⁶. Le Congo faisait valoir que l'Ouganda avait créé le Mouvement de libération du Congo (MLC) et devait donc être tenu responsable des violations du droit international commises par ce mouvement rebelle. En se fondant sur les articles 4, 5 et 8 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour examiner ce moyen, la Cour a conclu que le comportement du mouvement rebelle n'était ni celui d'un organe de l'Ouganda ni celui d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique pour son compte, et qu'elle ne disposait d'aucun élément probant pour décider que le Mouvement avait agi sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de l'Ouganda.

21. Dans ses écritures, le Congo avait par ailleurs soulevé une exception d'irrecevabilité à l'encontre d'une partie de la demande reconventionnelle de l'Ouganda portant sur des événements intervenus durant le régime Mobutu, c'est-à-dire avant mai 1997. Il soutenait que le comportement ultérieur de l'Ouganda équivalait à une renonciation implicite à toute réclamation qu'il aurait pu faire valoir contre le Congo à l'époque. Dans ses motifs,

la Cour s'est référée au paragraphe 5 du commentaire de l'article 45 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État où il est souligné que «[s']il est possible d'inférer une renonciation du comportement des États concernés ou d'une déclaration unilatérale, ce comportement ou cette déclaration doivent être sans équivoque»³¹⁷. La Cour a conclu en l'espèce que rien dans le comportement de l'Ouganda durant la période postérieure à mai 1997 ne pouvait être considéré comme impliquant une renonciation sans équivoque par celui-ci à son droit de présenter une demande reconventionnelle.

22. Un autre point intéressant soulevé à l'occasion de la demande reconventionnelle concernait la différence entre l'invocation de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques pour protéger les diplomates et les locaux diplomatiques et l'invocation d'un droit à l'exercice de la protection diplomatique à l'égard des ressortissants – un autre sujet actuellement à l'examen par la Commission. L'Ouganda prétendait que certains de ses diplomates et ressortissants résidant au Congo avaient été maltraités par des soldats congolais dans les jours qui avaient précédé l'ouverture des hostilités. Le Congo soutenait que ces demandes étaient irrecevables, l'Ouganda ne remplissant pas les conditions posées à l'exercice de la protection diplomatique. La Cour a rappelé tout d'abord que la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques continuait à s'appliquer en dépit de l'existence d'un conflit armé. Elle a ensuite indiqué que l'Ouganda, en présentant ses demandes fondées sur des violations de la Convention de Vienne, n'exerçait pas sa protection diplomatique mais faisait valoir des droits propres. Seules les demandes de l'Ouganda relatives à ses ressortissants qui ne jouissaient pas du statut diplomatique et qui ne se trouvaient pas dans les locaux de la mission diplomatique étaient présentées dans l'exercice de la protection diplomatique, et c'est seulement à l'égard de celles-ci qu'il incombait à l'Ouganda de démontrer que les conditions requises pour l'exercice de telles actions étaient remplies.

23. L'arrêt rendu dans l'affaire *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* est également remarquable par ses conclusions très précises fondées sur des faits. Bien qu'elle n'ait pas le temps d'en donner des exemples, M^{me} Higgins précise que la Cour n'a pas hésité à indiquer quels types d'éléments de preuve elle considérerait ou non comme dignes de foi, et cela dans le contexte de chacune des conclusions. Il est ainsi possible de voir les constatations de fait sur lesquelles chaque conclusion de droit est fondée et les éléments de preuve particuliers qui ont été considérés comme suffisamment crédibles pour conduire à cette conclusion. L'affaire est également intéressante en ce qu'elle montre quels moyens de preuve, y compris certains provenant de l'ONU, la Cour n'a pas accepté de considérer comme dignes de foi.

24. Le rôle de la Cour comporte de plus en plus d'affaires riches en données factuelles, dans lesquelles il lui faut examiner et évaluer soigneusement les éléments de preuve. Elle ne peut plus seulement ni même essentiellement s'attacher aux questions juridiques. Ces affaires posent toute une série de nouvelles questions de procédure. Lors

³¹⁶ *Annuaire...* 2001, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26, par. 76.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 131.

de la préparation de l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, la Cour avait prévu que de nombreuses questions risqueraient de se poser à propos des dépositions et auditions de témoins. Elle avait établi des propositions, notamment sur le point de savoir si l'audition devait être précédée d'une déclaration sous serment, comment organiser le contre-interrogatoire, comment assurer la confidentialité des témoignages durant les audiences, et quel type d'interprétation prévoir pour les témoins et pour la Cour. Il a fallu prendre des dispositions très particulières avec la presse qui, heureusement, ont été pleinement respectées. La Cour a dû planifier l'audition du nombre très élevé, mais inégal, des témoins figurant initialement sur la liste sans que cela affecte l'avancement des autres affaires inscrites à son rôle. En l'occurrence, le nombre des témoins a été ramené à des dimensions raisonnables.

25. Les défis que posent des affaires telles que la *République démocratique du Congo c. Ouganda* et *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* ne sont cependant pas seulement d'ordre procédural. Ces affaires constituent de parfaites illustrations du sujet examiné par la Commission «Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international».

26. La nouvelle Cour pénale internationale instruit actuellement des crimes qui auraient été commis dans la République démocratique du Congo et en Ouganda. Des mandats d'arrêt ont été décernés, et un premier détenu a été transféré à cette Cour en mars 2006 en relation avec les événements au Congo. La Cour pénale internationale voudra certainement utiliser les conclusions de la Cour internationale de Justice dans l'affaire *République démocratique du Congo c. Ouganda* comme cadre pour l'exercice de son propre mandat au regard du droit pénal international. En tant que Présidente, elle est en contact à cette fin avec M. Kirsch, Président de la Cour pénale internationale. Si cette dernière s'intéresse plus particulièrement actuellement aux événements résultant des activités de l'Armée de résistance du Seigneur qui ne faisait pas partie des groupes concernés par l'arrêt de la Cour, celui-ci comporte néanmoins des constatations de fait et des conclusions de droit qui seront probablement utiles à la Cour pénale internationale. Inversement, les écritures et les plaidoiries de la Bosnie-Herzégovine dans l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* actuellement en cours de délibéré s'appuient en grande partie sur la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie tant pour ce qui concerne les moyens de fait que les conclusions de droit. Le Tribunal a incontestablement eu l'occasion d'examiner ces questions de manière très soignée et approfondie. Une question de droit intéressante pour la Cour serait de déterminer quelles catégories de constatations faites par le Tribunal semblent correspondre à ce que la Cour considère comme des «preuves certaines» aux fins d'établir certains faits. En outre, la Cour ne peut que profiter, lorsqu'elle est aux prises avec les nombreuses questions juridiques se rapportant à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, de la possibilité d'étudier les diverses conclusions de droit auxquelles sont parvenues les différentes chambres du Tribunal.

27. Une autre affaire tranchée par la Cour l'année précédente portait là encore sur un différend entre deux États africains. Le 3 février 2006, la Cour a conclu l'instance entre la République démocratique du Congo et le Rwanda dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002)* en jugeant qu'elle n'avait pas compétence pour connaître de la requête déposée par le Congo. D'un point de vue juridique, l'affaire s'est néanmoins révélée assez passionnante. Le Congo avait invoqué pas moins de 11 bases de compétence. Le délibéré de la Cour a principalement porté sur l'interprétation de dispositions juridictionnelles particulières et sur l'analyse des prescriptions qu'elles contenaient. L'affaire paraissait de prime abord relativement simple: après tout, la Cour s'était déjà prononcée *prima facie* sur la plupart de ces dispositions juridictionnelles dans son ordonnance en indication de mesures conservatoires de 2002. Cependant, au cours de la procédure orale, il s'est posé une série de questions très intéressantes dont M^{me} Higgins n'entend évoquer que deux; elles concernent les moyens développés par le Congo à propos de la réserve rwandaise à l'article IX de la Convention sur le génocide qui confère compétence à la Cour internationale de Justice. La stratégie de la République démocratique du Congo était fondée sur deux moyens: il affirmait d'une part que le Rwanda avait retiré sa réserve – nouvel argument introduit au cours de la procédure orale – et d'autre part, que la réserve du Rwanda était invalide.

28. S'agissant du retrait de la réserve, la République démocratique du Congo soutenait que le Rwanda s'était engagé à plusieurs reprises à lever toutes les réserves qu'il avait formulées en devenant partie aux instruments conventionnels relatifs aux droits de l'homme. Elle avait invoqué en particulier l'Accord de paix d'Arusha de 1993³¹⁸, un décret-loi rwandais de 1995 et une déclaration faite par la Ministre de la justice du Rwanda en 2005 devant la Commission des droits de l'homme de l'ONU [par. 39 et 40 de l'arrêt]. Pour sa part, le Rwanda affirmait n'avoir jamais pris aucune mesure tendant à retirer sa réserve à l'article IX de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide.

29. Après avoir examiné tous ces éléments, la Cour a dit au paragraphe 41 de son arrêt qu'«[i]l convient ... de distinguer clairement entre la décision prise dans l'ordre juridique interne d'un État de retirer une réserve à un traité et la mise en œuvre de cette décision dans l'ordre juridique international par les autorités nationales compétentes, qui ne peut s'opérer que par la notification du retrait de ladite réserve aux autres États parties au traité concerné». De l'avis de la Cour, la question de la validité et de l'effet du décret-loi, en particulier, était différente de celle de son effet dans l'ordre juridique international. Rappelant les dispositions de l'article 22, paragraphe 3 et de l'article 23, paragraphe 4 de la Convention de Vienne de 1969, la Cour a affirmé: «[c]'est une règle du droit international, dérivée du principe de sécurité juridique et bien établie dans la pratique, que, sauf convention contraire, le retrait par un État contractant d'une réserve à un traité multilatéral ne

³¹⁸ National Legislative Bodies, *Peace Agreement between the Government of the Republic of Rwanda and the Rwandese Patriotic Front*, 4 août 1993, disponible sur: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b4fcc.html> [consulté le 26 janvier 2012].

prend effet à l'égard des autres États contractants que lorsque ceux-ci en ont reçu notification». La Cour a en outre fait observer, au paragraphe 43, que le Secrétaire général des Nations Unies étant le dépositaire de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, c'est «par le canal du Secrétaire général que lesdits États [parties] doivent être informés tant de la formulation d'une réserve à cette convention que du retrait de ladite réserve». Or la Cour ne disposait d'aucun élément établissant que le Rwanda avait adressé une quelconque notification au Secrétaire général en ce qui concerne le retrait de cette réserve à l'article IX de ladite Convention.

30. Parallèlement, la Cour était prête à admettre qu'une déclaration faite par un ministre de la justice devant la Commission des droits de l'homme pouvait engager un État [par. 46 à 48 de l'arrêt]. Cependant, la déclaration selon laquelle toutes les réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme seraient retirées ne mentionnait aucun délai précis, et les actes internationaux nécessaires pour donner effet à cet engagement de retrait n'avaient pas été accomplis [par. 50 à 52].

31. La République démocratique du Congo faisait aussi valoir que, conformément à l'esprit de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, la réserve du Rwanda à l'article IX de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide était nulle et de nul effet car elle visait à «empêcher la Cour ... de réaliser son noble devoir de protéger les normes impératives» [par. 56]. Il soutenait également que la réserve était incompatible avec l'objet et le but de la convention car elle avait pour effet «d'exclure le Rwanda de tout mécanisme de contrôle et de poursuite pour faits de génocide, alors que l'objet et le but de la convention consistent précisément dans l'éradication de l'impunité de cette grave atteinte au droit international» [par. 57].

32. La Cour n'a pas fait droit à l'argumentation de la République démocratique du Congo. Elle a expliqué, comme elle avait eu l'occasion de le faire dans le passé, que le caractère de *jus cogens* d'une norme et la règle du consentement à la compétence sont deux choses différentes et que le fait qu'un différend porte sur une norme de *jus cogens* ne pouvait en soi fonder la compétence de la Cour pour en connaître [par. 64]. Cette compétence est toujours fondée sur le consentement des parties. Dans le cas d'un traité comportant une clause compromissaire, la compétence n'existe qu'à l'égard des parties au traité qui sont liées par ladite clause [par. 65]. La Cour a ensuite rappelé qu'en 1950, elle avait déjà conclu, au moins implicitement, que les réserves ne sont pas interdites par la Convention sur le génocide [par. 66]. La Cour n'a pas simplement recherché si le Congo avait présenté à l'époque une objection à la réserve rwandaise; la question de la validité d'une réserve à la Convention sur le génocide dépendait plutôt de la compatibilité de cette réserve avec l'objet et le but de la convention, que la Cour a elle-même entrepris d'apprécier. À cet égard, elle a conclu: «La réserve du Rwanda à l'article IX de la convention sur le génocide porte sur la compétence de la Cour et n'affecte pas les obligations de fond qui découlent de cette convention s'agissant des actes de génocide eux-mêmes. Dans les circonstances de l'espèce,

la Cour ne peut conclure que la réserve du Rwanda, qui vise à exclure un moyen particulier de régler un différend relatif à l'interprétation, à l'application ou à l'exécution de la convention, doit être regardée comme incompatible avec l'objet et le but de cette convention» [par. 67]. Il ne faudrait pas interpréter cette conclusion comme une affirmation par la Cour que les obligations de procédure ne peuvent en aucun cas être contraires à l'objet et au but d'une convention.

33. Les paragraphes de l'arrêt portant sur les réserves pourraient aussi intéresser la Commission dans le contexte des travaux de son Rapporteur spécial sur ce sujet. On trouve aussi dans cette partie de l'arrêt la première reconnaissance expresse et directe par la Cour de l'existence de règles de *jus cogens*, avec cette précision que l'interdiction du génocide constitue une telle règle. Cette évolution a déjà suscité un certain intérêt.

34. Il y a moins de deux semaines, la Cour a rendu son ordonnance sur la demande en indication de mesures conservatoires dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*. En mai 2006, l'Argentine a introduit une instance contre l'Uruguay au motif que celui-ci aurait violé des obligations lui incombant au titre du statut du fleuve Uruguay, traité signé par les deux États le 26 février 1975³¹⁹. L'Argentine soutenait notamment que l'Uruguay n'avait pas respecté les procédures prévues par le statut de 1975 en autorisant la construction de deux usines de pâte à papier, et que la construction et la mise en service de ces usines entraîneraient une pollution et des dommages à l'environnement du fleuve Uruguay. Dans son ordonnance du 13 juillet 2006, la Cour a jugé que les circonstances de l'espèce, telles qu'elles se présentaient alors à elle, n'étaient pas de nature à exiger l'exercice de son pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires en vertu de l'article 41 du statut de 1975.

35. Bien que la teneur de l'ordonnance de la Cour se limite à une analyse des conditions requises pour l'indication de mesures conservatoires, cette décision est intéressante à certains égards. L'affaire entre l'Argentine et l'Uruguay soulève d'importantes questions relatives au droit de l'environnement et au droit au développement économique. Le statut du fleuve Uruguay, dont les dispositions sont au cœur du différend, présente un intérêt particulier pour la Commission. Ce traité, conclu en 1975, était considérablement en avance sur son temps sous l'angle du droit des cours d'eau et du droit de l'environnement. Il était même en avance sur la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation adoptée en 1997 à la suite du travail pionnier de la Commission. Outre les mécanismes habituels de notification et de consultation prévus dans la Convention de 1997 et dans la plupart des traités internationaux relatifs aux cours d'eau, le statut de 1975 envisageait déjà l'éventualité d'un échec de ces mécanismes, en conférant compétence à la CIJ. Il instituait en outre un organe de contrôle et comportait des prescriptions très précises en matière d'échange d'informations.

³¹⁹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1295, n° 21425, p. 339.

36. S'agissant des arguments échangés par les parties au cours de l'instance, les conseils de l'Uruguay s'appuyaient fortement sur la définition d'un «péril grave et imminent» donnée par la Commission dans le commentaire relatif à l'article 25 (État de nécessité) du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite³²⁰, et sur l'application que la Cour en avait faite dans son arrêt relatif à l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)* pour tenter de démontrer que les conditions d'un risque imminent de préjudice irréparable requises pour l'indication de mesures conservatoires n'étaient pas remplies. Pour sa part, l'Argentine contestait que lesdites conditions fussent quasiment identiques.

37. Dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, les parties avaient discuté de la question de savoir si les motifs d'extinction et de suspension de l'application des traités établis par la Convention de Vienne de 1969 étaient exclusifs de tout autre ou si la notion d'état de nécessité telle que développée par la Commission dans son projet d'articles sur la responsabilité de l'État³²¹ pouvait offrir une base supplémentaire d'extinction ou de suspension de l'application des traités. Bien que différente, l'argumentation de l'Uruguay dans l'affaire précitée s'appuyait sur la même logique. L'idée était que l'état de nécessité est interchangeable avec la condition d'imminence indissociable d'une instance en indication de mesures conservatoires. Dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour avait relevé que l'extinction et la suspension de l'application des traités étaient régies par le droit des traités, alors que l'évaluation de la mesure dans laquelle l'extinction ou la suspension de l'application d'une convention considérée comme incompatible avec le droit des traités engageait la responsabilité de l'État qui y avait recours relevait du droit de la responsabilité de l'État. La Cour n'était pas allée plus avant dans l'examen de la question des relations entre le droit des traités et le droit de la responsabilité de l'État. De même, dans son ordonnance de juillet 2006 dans *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, elle n'a pas jugé nécessaire de trancher la question des relations entre le droit de la responsabilité de l'État et les conditions requises pour l'indication de mesures conservatoires. Néanmoins, vu le caractère de plus en plus récurrent de tels arguments, il se pourrait que la Cour doive, dans un avenir assez proche, clarifier sa position sur ce point.

38. Le rôle de la Cour est encore très chargé et le nombre des affaires est sans précédent. Au cours de la dernière décennie, quelque 59 États se sont présentés devant elle. Ses utilisateurs réguliers sont notamment des États d'Amérique latine, d'Afrique, d'Asie, d'Europe occidentale et d'Amérique, de l'ex-Europe de l'Est et du Moyen-Orient. Douze affaires sont inscrites à son rôle, dont quatre opposent des États européens, quatre des États d'Amérique latine, deux des États africains, une des États d'Asie et une revêt un caractère intercontinental. Cette diversité régionale traduit l'universalité de la Cour. L'objet de ces affaires est également très varié. Outre

des différends «classiques» de délimitation territoriale et maritime ou relatifs au traitement de nationaux d'un État par un autre État, la Cour est saisie d'affaires portant sur des questions d'une plus grande acuité, comme des allégations de violations massives des droits de l'homme, y compris le génocide, l'emploi de la force, et la gestion de ressources naturelles partagées.

39. La Cour est consciente que la qualité de ses décisions et la confiance généralement accordée à ses conclusions procèdent du caractère collégial du travail de ses membres et du fait que chacun participe à une affaire du début à la fin. La Cour a bénéficié de la présence de membres de la Commission en qualité de juges *ad hoc* ou de conseil dans plusieurs affaires.

40. En même temps, la Cour doit s'attacher, dans le cadre de ces paramètres, à répondre aux attentes des États qui lui font confiance pour trouver une solution à leurs problèmes dans des délais raisonnables. Le délibéré est en cours dans l'affaire de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* et la Cour tiendra de nouvelles audiences à l'automne 2006. À l'issue d'une réunion avec les agents des parties dans l'affaire des *Usines de pâtes à papier*, tenue immédiatement après le prononcé de son ordonnance, la Cour a fixé des délais relativement brefs pour le dépôt du mémoire et du contre-mémoire dans cette affaire.

41. Nombre des sujets en cours d'examen par la Commission présentent un très grand intérêt pour la Cour, qui continuera de suivre de très près ses travaux.

42. Le PRÉSIDENT, après avoir remercié la Présidente pour la foule d'informations contenues dans sa déclaration dit que, conformément à la tradition, M^{me} Higgins a accepté de répondre aux questions ou observations de membres de la Commission sur les activités de la Cour.

43. M. KABATSI dit que parfois, même si ce n'est pas très souvent, certains spécialistes du droit international et certains États ont le sentiment que telle ou telle décision de la Cour n'est pas totalement juste ni juridiquement correcte, plus particulièrement pour ce qui est des faits, qui ne sont pas toujours démontrés. De plus, de telles décisions sont parfois sérieusement contestées par des membres de la Cour eux-même, là encore en particulier sur des questions de fait. Pourtant, la décision de la Cour est sans appel. Il se demande donc si, dans le cadre du processus de réforme, la Cour pourrait éventuellement envisager la création d'une chambre d'appel.

44. M^{me} HIGGINS (Présidente de la Cour internationale de Justice) dit que les faits, et leur établissement, dépendent dans une certaine mesure de la vision qu'en a l'observateur; ce qui est un fait pour une personne ne l'est pas pour une autre. C'est une fonction essentielle de toute juridiction de tenter d'établir ce qui peut être considéré comme un élément de preuve crédible. La CIJ est consciente que, de plus en plus, les affaires qui lui sont soumises dépendent de la fiabilité des éléments de preuve. C'est pourquoi elle s'attache systématiquement à établir la validité de ces éléments. La question du niveau de preuve requis n'est toujours pas tranchée dans la jurisprudence

³²⁰ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 28.

³²¹ Dans son arrêt, la Cour réfère au projet d'articles adopté en première lecture, figurant dans l'*Annuaire... 1980*, vol. II (2^e partie), p. 29, et en particulier à l'article 33 (État de nécessité) et au commentaire y relatif, p. 33.

de la Cour. En qualité de juriste de *common law*, M^{me} Higgins préférerait que la norme soit formulée, tandis que ses collègues de droit romain croient profondément en l'intime conviction du juge. Il ne sera peut-être pas possible de continuer indéfiniment ce face-à-face entre les deux approches, vu la manière dont les questions se présentent dans l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*. En tout état de cause, la Cour s'attache à recenser méticuleusement chaque fait et à apprécier s'il a ou non été démontré. Elle recense même les éléments de preuve qui sont rejetés. M^{me} Higgins espère que cette approche renforcera la confiance de la communauté internationale. La Cour n'envisage pas la création d'une chambre d'appel car elle ne pense pas qu'une telle chambre puisse travailler mieux que la Cour, ou même différemment. De plus, dans le monde entier, les chambres d'appel sont chargées de réexaminer des points de droit, et non les faits.

45. M. DUGARD est heureux que M^{me} Higgins ait soulevé le problème de l'établissement des faits qui, bien qu'étant un phénomène relativement nouveau – il a débuté, peut-être, avec l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)* et s'est poursuivi avec l'affaire relative aux *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* et l'avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* – a pris une importance particulière pour l'activité de la Cour. Il note aussi la possibilité que, parfois, des tribunaux différents aient à statuer sur la même situation de fait; tel est le cas par exemple du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et de la CIJ qui ont à connaître de questions identiques dans le différend entre la Bosnie-Herzégovine et la Serbie-et-Monténégro. Vu l'importance des moyens de preuve, il tient à poser une question à propos des témoins, car il a l'impression que les parties qui se présentent devant la CIJ hésitent à faire citer des témoins. M^{me} Higgins a indiqué, par exemple, que dans le différend *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, les parties n'ont finalement pas fait citer autant de témoins qu'il était prévu initialement. Il se demande si cela est dû au fait que la Cour elle-même a découragé le recours à des témoins. Compte tenu du nombre croissant d'affaires mettant en cause l'établissement de faits, il semble important d'encourager plutôt que de décourager l'audition de témoins. C'est pourquoi il se demande s'il ne serait pas possible d'élargir la possibilité de faire entendre des témoins devant la Cour sur des points de faits.

46. La seconde question de M. Dugard concerne l'utilisation de rapports, en particulier ceux émanant de l'ONU. Dans le différend entre la République démocratique du Congo et l'Ouganda, la Cour a pu bénéficier non seulement d'un rapport d'un juge ougandais sur lequel, comme cela est compréhensible, elle s'est fortement appuyée, mais aussi de rapports de rapporteurs spéciaux des Nations Unies. Il se demande s'il ne serait pas souhaitable, lorsqu'un rapporteur spécial a établi un rapport comme dans le cas des *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, que le rapporteur spécial en question soit appelé à déposer. Dans l'affaire précitée, plusieurs membres de la Cour ont eu du mal à admettre que certains faits étaient démontrés et ont de fait remis en cause la validité du

rapport. Bien que cela soit compréhensible, on pourrait éviter cette difficulté en appelant le rapporteur spécial à témoigner.

47. M^{me} HIGGINS (Présidente de la Cour internationale de Justice) dit qu'elle hésiterait à accepter, de manière générale, que dans des affaires dans lesquelles l'établissement des faits est primordial, les parties soient encouragées à faire entendre des témoins. Tout d'abord, il incombe à chaque partie de décider de la meilleure manière de présenter sa cause. La Cour est neutre quant à l'audition de témoins, bien qu'il ne soit évidemment pas souhaitable que de très nombreux témoins soient entendus, la Cour devant connaître d'affaires autres que l'affaire considérée. Elle pourra en dire plus sur ce sujet à la cinquante-neuvième session, si la Commission l'invite de nouveau. Pour ce qui est de l'utilisation de rapports de l'ONU, M^{me} Higgins dit que dès lors que la Cour fait partie du système des Nations Unies, elle suppose que tous les documents des Nations Unies sont utiles, même s'il est vrai que certains le sont plus que d'autres. Les rapports que M. Dugard a établis en qualité de Rapporteur spécial dans le contexte de l'affaire des *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé* contiennent des informations crédibles, à la différence de certains autres rapports qui avaient tenté de traiter d'incidents survenus sur une vaste portion de territoire et dans lesquels une équipe des Nations Unies s'était appuyée sur des informations par ouï-dire obtenues auprès d'organisations non gouvernementales sur le terrain. Dans l'affaire *République démocratique du Congo c. Ouganda*, il est apparu que l'un des deux rapports présentés par les Rapporteurs spéciaux sur la question n'était pas parfaitement exact, en dehors de toute faute de leur part, pour les raisons qu'a mentionnées M^{me} Higgins. Celle-ci trouve néanmoins intéressante l'idée que l'on puisse faire entendre comme témoin un rapporteur dont le rapport pourrait être utile. Si une partie ne souhaite pas le faire, la Cour elle-même pourrait éventuellement faire citer le rapporteur spécial comme témoin.

48. M. MANSFIELD dit que de nombreux différends interétatiques sont un mélange complexe d'éléments, notamment politiques, économiques et sociaux tout autant que juridiques, auxquels la Cour répond de diverses manières, en se prononçant dans certains cas sur les principes que les parties doivent appliquer ou suivre lors de négociations ultérieures ou, dans des cas récents, en formulant des conclusions très précises et exhaustives. M. Mansfield se demande donc si la Cour applique des méthodes particulières pour veiller à ce que ses conclusions de droit contribuent à la solution d'un différend plus large ou des autres éléments de ce différend, ou si elle procède au cas par cas.

49. M^{me} HIGGINS (Présidente de la Cour internationale de Justice) dit que, d'une manière générale, la Cour procède au cas par cas. Ce qu'elle peut dire et faire dans son dispositif est considérablement limité par ce que les parties lui ont demandé dans leurs conclusions finales, qui sont l'occasion pour elles – après leurs conclusions initiales et les conclusions présentées en cours de procédure – de récapituler ce qu'elles veulent obtenir de la Cour. D'un point de vue technique, la Cour n'a pas pour mission d'aller au-delà de ce que les parties

lui demandent bien que, de temps à autre, elle puisse le faire. De manière plus générale cependant, la Cour ne joue aucun rôle dans la mise en œuvre de l'arrêt et elle ne peut pas officiellement demander à l'ONU s'il a été donné suite à telle ou telle décision. Le Conseil de sécurité, si nécessaire, peut se saisir de la question comme il l'a fait, par exemple, pour veiller à l'application de l'arrêt rendu dans l'affaire du *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)* en surveillant le retrait des troupes libyennes du territoire considéré. Plus récemment, le Secrétaire général a décidé de son propre chef de jouer un rôle très actif dans la mise en œuvre par étape de l'arrêt de la Cour dans l'affaire relative à la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*. Il n'y a un suivi des arrêts que lorsque la Cour dit, dans le cadre de l'arrêt, que les parties doivent mener de nouvelles négociations, auquel cas la Cour veut savoir ce que les parties ont décidé. C'est ainsi que la Slovaquie et la Hongrie envoient périodiquement à la Cour des informations sur les progrès qu'elles réalisent dans le contexte de l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*.

50. M^{me} ESCARAMEIA, notant que la Cour tient compte des différents sujets examinés par la Commission, comme la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et les réserves aux traités, se demande si, de l'avis de M^{me} Higgins, il y a des sujets que la Commission pourrait aborder et qui seraient utiles à l'activité de la Cour.

51. La deuxième question de M^{me} Escarameia porte sur l'acceptation de la compétence de la Cour. Elle se demande si, bien que la Cour ne manque pas de travail, elle n'est pas préoccupée par le nombre relativement faible d'États qui acceptent sa compétence. Il y a, somme toute, une différence réelle entre un État qui accepte la compétence de la Cour par voie de déclaration générale et un État qui l'accepte par la voie d'un compromis. Elle se demande aussi si une action a été entreprise pour promouvoir le travail de la Cour, afin d'encourager davantage d'États à accepter sa juridiction obligatoire par voie de déclaration générale. Enfin, elle demande à M^{me} Higgins si elle n'a pas quelque inquiétude à propos de la politisation des élections à la Cour et si, en tant que modèle pour toutes les femmes juristes, elle serait favorable à des dispositions prévoyant une représentation équitable des femmes parmi les membres de la CIJ, comme cela est le cas à la Cour pénale internationale.

52. M^{me} HIGGINS (Présidente de la Cour internationale de Justice) dit que, bien qu'elle ne puisse répondre qu'à titre personnel, elle accueille favorablement l'idée de M^{me} Escarameia à propos de l'interaction entre l'activité de la Cour et les travaux de la Commission. Un sujet sur lequel elle se féliciterait personnellement que la Commission entreprenne une étude est celui des relations entre le mouvement qui tend, à l'échelle mondiale, à l'adoption de mesures pour lutter contre l'impunité d'une part, et le droit international relatif à l'immunité, d'autre part.

53. La Cour est naturellement préoccupée par la question de la compétence, mais cela n'empêche pas qu'elle a eu à connaître d'importantes affaires de toutes les parties du monde. D'ailleurs, les préparatifs du soixantième anniversaire de la Cour ont fait ressortir que 59 États

précisément s'étaient présentés devant elle. La célébration de l'anniversaire a été précédée d'un colloque auquel les conseillers juridiques de tous les États qui avaient comparu devant la Cour au cours de la dernière décennie ont été invités, ainsi que quelques-uns de leurs principaux conseils. L'un des grands thèmes du colloque a porté sur la compétence de la Cour³²². Au sein de l'Union européenne, on s'efforce de voir si l'élargissement de l'Union pourrait conduire à une acceptation plus générale de la juridiction obligatoire parmi ses États membres. La Cour se féliciterait d'un tel résultat bien que, s'il devait s'accompagner d'une vague de réserves, le prix à payer puisse être ressenti comme trop élevé. De plus, M^{me} Higgins n'est pas certaine qu'en consacrant du temps à des problèmes de compétence qui sont fortement contestés la Cour fasse la meilleure utilisation possible de ses ressources. La Cour est de plus en plus souvent saisie par voie de compromis et sur la base de traités multilatéraux contenant des clauses juridictionnelles prévoyant la saisine de la Cour en cas de différend. La réticence des États, dans le passé, à accepter de telles clauses semble avoir en grande partie disparu. Plus généralement, M^{me} Higgins entend saisir la moindre occasion d'appeler l'attention sur la Cour et d'expliquer comment elle peut être utile aux États.

54. M. PELLET, faisant référence aux observations de M. Dugard, dit que, de par son expérience dans l'affaire relative à l'*Application de la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, le recours aux témoins a été un exercice totalement désastreux; tout ce que la Cour semble avoir pu en tirer est un certain nombre d'*admissions against interest*. La déposition de témoins n'est pas un moyen de preuve approprié devant la CIJ, au moins dans des affaires de ce type. Les États seraient bien avisés de se rappeler ce précédent pour éviter tous les abus à l'avenir. S'agissant de la question de l'intime conviction, il pense que la Cour devrait persister dans une approche empirique de la preuve plutôt que de tenter des critères de preuve qui, inévitablement, seraient très *common law-oriented*.

55. Dans le prolongement des observations de M. Mansfield, M. Pellet a une idée un peu paradoxale du rôle de la Cour. Indépendamment de sa mission de régler les différends conformément au droit international, la Cour est sans doute l'organe le mieux placé pour pallier les inconvénients résultant de l'absence d'un législateur mondial et pour tenter d'adapter le droit aux évolutions des relations internationales. Ce rôle a été formidablement bien joué par la Cour permanente de justice internationale qui avait l'art de forger des formules autour desquelles s'est cristallisé le droit moderne. La CIJ a aussi joué ce rôle pour le meilleur, comme dans l'avis consultatif de 1951 sur les *Réserves à la Convention sur le génocide*, et pour le pire, comme dans l'arrêt de 1969 sur le *Plateau continental de la mer du Nord* et dans l'arrêt, à son avis désastreux, dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*. M. Pellet a néanmoins l'impression que depuis une dizaine d'années, il y a de la part de la Cour un certain abandon, ou du moins un ralentissement, de ce rôle

³²² Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 4 (A/61/4), Rapport de la Cour internationale de Justice, p. 50, par. 207.

d'adaptateur du droit aux réalités de la vie internationale, et il se demande si M^{me} Higgins pense qu'il peut y avoir une modification dans cette approche de la Cour.

56. M^{me} HIGGINS (Présidente de la Cour internationale de Justice) dit qu'au cours des dix dernières années, il est incontestable que la Cour n'a pas joué son rôle dans l'affaire du *Timor oriental (Portugal c. Australie)*. Dans l'affaire des *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, la Cour a néanmoins fait ce qu'elle pouvait dans des conditions difficiles, puisque la partie qui aurait pu communiquer le plus d'informations avait décidé de ne pas comparaître, comme elle en avait le droit. Dans cette affaire néanmoins, la Cour s'est efforcée d'adapter un droit existant ancien au phénomène contemporain d'une occupation prolongée, pour lequel il n'avait franchement jamais été envisagé. M^{me} Higgins retient néanmoins l'observation de M. Pellet. Lorsque l'occasion se présente, la Cour devrait prendre ses responsabilités et ne pas se dérober à la mission qui est la sienne d'utiliser, d'adapter et de développer le droit existant pour traiter les problèmes contemporains. M^{me} Higgins espère que M. Pellet aura bientôt le sentiment que des progrès sont faits à cet égard.

57. Le PRÉSIDENT, au nom de la Commission, renouvelle ses remerciements à M^{me} Higgins pour son discours riche d'enseignements ainsi que pour les réponses qu'elle a su apporter avec méthode aux questions des membres de la Commission.

L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) [A/CN.4/571]³²³

[Point 10 de l'ordre du jour]

RAPPORT PRÉLIMINAIRE DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

58. M. GALICKI (Rapporteur spécial) dit que le texte dont est saisie la Commission présente un ensemble très préliminaire d'observations initiales concernant le fond du sujet, souligne les points les plus importants sur lesquels il faudra revenir et dessine un schéma très général des travaux que la Commission pourrait entreprendre. Ces travaux devraient permettre d'identifier des règles juridiques que la communauté internationale serait prête à suivre, que ce soit sous la forme de normes obligatoires ou d'un instrument de droit souple. Il serait néanmoins prématuré de décider si le résultat final des travaux de la Commission doit prendre la forme d'un projet d'articles, de directives ou de recommandations. De même, il est trop tôt pour formuler des projets de règles concernant le concept, la structure ou l'application du principe *aut dedere aut judicare* et les obligations qui en découlent. Il est donc indispensable que les membres de la Commission fassent connaître au Rapporteur spécial leur point de vue quant à la forme que devrait prendre le résultat final.

59. Le rapport préliminaire comporte huit parties, plus une annexe qui présente une bibliographie préliminaire. La préface relate brièvement l'historique de l'inscription du sujet au programme de travail de la Commission. L'introduction fait remonter les origines de l'obligation

d'extrader ou de poursuivre au principe initial *aut dedere aut punire* énoncé par Grotius³²⁴. Dans son rapport, le Rapporteur spécial s'est efforcé de souligner que les obligations découlant du principe plus moderne *aut dedere aut judicare* prennent une forme binaire, bien que les éléments particuliers de ces obligations binaires aient été décrits par les auteurs de manières diverses. Les formules les plus fréquemment employées sont énumérées au paragraphe 7 du rapport.

60. Au paragraphe 6, le Rapporteur spécial a appelé l'attention sur une question d'importance primordiale pour les travaux futurs de codification, à savoir celle de savoir si l'obligation en cause découle exclusivement des traités ou si elle traduit aussi une obligation générale du droit international coutumier, au moins pour certaines infractions internationales. Au paragraphe 8, il a souligné que l'analyse complète des liens qu'il y a entre le principe de compétence pénale universelle et le principe *aut dedere aut judicare* devrait incontestablement avoir une place importante dans les travaux de la Commission sur ce sujet. Enfin, il est indiqué que la Commission a expliqué assez précisément le principe et sa logique lorsqu'elle a intégré la règle *aut dedere aut judicare* dans le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996³²⁵. Le paragraphe 3 du commentaire de la Commission relatif à l'article 9 du projet de Code est intégralement cité au paragraphe 10 du rapport.

61. Les différents problèmes qui risquent de se poser dans la pratique du fait des relations existant entre le principe de compétence pénale universelle et l'obligation *aut dedere aut judicare* sont exposés dans les chapitres I (Universalité de la répression; universalité de la compétence) et II (Compétence universelle et obligation d'extrader ou poursuivre) du rapport. La liste n'est pas exhaustive et se borne à donner un certain nombre d'exemples représentatifs. Le Rapporteur spécial serait particulièrement intéressé d'entendre l'avis d'autres membres quant à l'opportunité d'un examen de la compétence universelle dans le cadre des travaux généraux de la Commission sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre, en raison des points de vue très divergents de la doctrine sur les rapports entre les deux questions. On peut trouver certains éléments établissant l'existence d'un lien entre les deux concepts dans les précédents travaux de la Commission sur le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, tels qu'ils sont exposés aux paragraphes 24 à 30 du rapport.

62. Le chapitre III du rapport est consacré aux sources de l'obligation d'extrader ou poursuivre, qui sont examinées dans trois sections intitulées respectivement «Traité internationaux», «Coutume internationale et principes généraux du droit» et «Législation nationale et pratique des États». Comme il est indiqué au paragraphe 35, le travail de codification de la matière devrait notamment commencer par l'établissement d'une liste comparative des traités qui consacrent cette obligation et des formules qu'ils utilisent. Bien que quelques tentatives aient été faites par les publicistes pour recenser les traités de cette nature, il convient de dresser une liste plus précise

³²⁴ *Le droit de la guerre et de la paix*, traduit par Jean Barbeyrac, Amsterdam, Pierre de Coup, 1724, t. II, chap. XXI, par. III et IV, p. 639 à 643.

³²⁵ *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), article 9 du projet, p. 32.

³²³ Reproduit dans *Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie).

et à jour et d'établir une classification des dispositions conventionnelles énonçant l'obligation d'extrader ou de poursuivre. Les critères de cette classification devraient prendre en considération tant les éléments de fond que les composantes procédurales de l'obligation.

63. Comme indiqué au paragraphe 40 du rapport, un des problèmes centraux que la Commission doit résoudre pour développer les principes concernant l'obligation d'extrader ou de poursuivre consiste à rechercher si la source juridique de l'obligation devrait être limitée aux traités qui sont contraignants pour les États concernés, ou être élargie aux règles coutumières et aux principes généraux du droit. S'il n'y a pas unanimité sur ce point parmi les auteurs, ceux-ci sont de plus en plus nombreux à soutenir que l'obligation juridique internationale *aut dedere aut judicare* constitue une obligation générale fondée non seulement sur les dispositions de tel ou tel traité international mais aussi sur des règles coutumières généralement contraignantes, au moins en ce qui concerne certaines catégories de crimes. Une évaluation approfondie des éventuels fondements coutumiers de l'obligation est une condition préalable essentielle pour la définition ultime de sa nature juridique. La mesure dans laquelle cette définition consistera en un exercice de codification ou de développement progressif du droit international dépendra largement de la question de savoir s'il est possible de trouver des fondements solides dans les règles coutumières généralement acceptées. Certains exemples prometteurs issus de la pratique législative, exécutive et judiciaire des États sont cités aux paragraphes 44 à 46 du rapport, de même que la déclaration, tout à l'honneur du Gouvernement belge, selon laquelle «La Belgique rappelle qu'elle est tenue par le principe général de droit *aut dedere aut judicare*, en application des règles qui régissent la compétence des ses tribunaux.» Il serait nécessaire de procéder à une comparaison plus extensive de cette pratique pour permettre à la Commission de codifier effectivement le principe.

64. Le chapitre IV du rapport traite de l'étendue de l'obligation d'extrader ou de poursuivre, laquelle est perçue en général comme permettant à l'État de choisir quelle prestation il entend fournir. On présume que s'il fournit l'une des prestations de cette obligation alternative – *dedere* ou *judicare* – l'État n'a pas à fournir l'autre. Il est néanmoins possible qu'il puisse souhaiter s'acquitter des deux composantes de l'obligation. Par exemple, après avoir établi sa compétence et engagé des poursuites, puis jugé et condamné l'auteur d'une infraction, l'État peut décider de l'extrader ou de le remettre à un autre État également habilité à établir sa compétence, pour qu'il fasse exécuter le jugement.

65. Comme le montre le paragraphe 50 du rapport, la définition de l'obligation diffère sensiblement d'une convention à l'autre. On peut retracer son évolution depuis la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, ouverte à la signature à La Haye le 16 décembre 1970 jusqu'à des conventions ultérieures portant sur les actes de terrorisme et d'autres crimes internationaux. Bien que, traditionnellement, l'État ait la possibilité soit d'extrader soit de poursuivre, dans le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, la Commission a introduit un troisième terme dans l'alternative, une troisième possibilité *sui generis*, en

reconnaissant l'exercice d'une compétence juridictionnelle parallèle non seulement aux États intéressés mais aussi à des juridictions pénales internationales³²⁶. Il s'agit là d'un grand pas en avant dans le développement du principe *aut dedere aut judicare*, bien que l'on puisse déjà trouver un exemple d'une telle «alternative à trois termes» dans la Convention pour la création d'une cour pénale internationale, qui fut ouverte à la signature à Genève le 16 novembre 1937 mais qui, malheureusement, n'est jamais entrée en vigueur³²⁷.

66. La partie V du rapport traite de certaines questions essentielles de méthode. Sans préjuger de la forme définitive que prendront les travaux de la Commission sur le sujet, il serait utile de formuler quelques règles concernant le concept, la structure et l'application du principe *aut dedere aut judicare*, pour prendre en considération les vues des membres de la Commission et les informations et propositions exprimées par les États membres à la Sixième Commission. Comme indiqué au paragraphe 60 du rapport, la Commission pourrait adresser une demande écrite aux États pour qu'ils lui communiquent des informations sur leur pratique récente en la matière. Toutes autres informations que les gouvernements jugent pertinentes seraient accueillies avec satisfaction par la Commission et le Rapporteur spécial. Ce paragraphe contient une liste de cinq domaines qui présenteraient un intérêt particulier.

67. La dernière partie du rapport comporte un plan d'action préliminaire qu'il convient de considérer comme un schéma très général des travaux que la Commission pourrait entreprendre dans ce domaine. En tant que pilote de ce plan d'action, le Rapporteur spécial serait heureux de recevoir toutes propositions de corrections, modifications et améliorations, y compris des propositions de raccourcis. Le paragraphe 61 du rapport présente une série de propositions précises concernant les 10 principaux points dont l'examen devrait être mené à bien dans le cadre de ce plan. Tout en étant conscient que celui-ci est loin d'être parfait, le Rapporteur spécial espère bien, avec l'aide de la Commission, être à même de poursuivre sa tâche de manière satisfaisante sur cette base.

Organisation des travaux de la session (*fin*)

[Point 1 de l'ordre du jour]

68. M. GAJA (Président du Groupe de planification) annonce que celui-ci sera composé des membres suivants: M. Addo, M. Candioti, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Valencia-Ospina, M. Yamada, et M^{me} Xue (membre de droit).

La séance est levée à 13 heures.

³²⁶ *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), articles 8, 9 et 10 et commentaires y relatifs, p. 28 à 34.

³²⁷ Société des Nations, document C.547(1)M.384(1)1937.V, reproduit dans Nations Unies, *Historique du problème de la juridiction criminelle internationale, memorandum du Secrétaire général* (numéro de vente: 1949.V.8), p. 94, annexe 8.

2900^e SÉANCE

Mercredi 26 juillet 2006, à 10 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Al-Marri, M. Baena Soares, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskeniemi, M. Mansfield, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M. Yamada.

L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) [suite] (A/CN.4/571)

[Point 10 de l'ordre du jour]

RAPPORT PRÉLIMINAIRE DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à entreprendre l'examen du rapport préliminaire sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (A/CN.4/571) présenté la veille par le Rapporteur spécial, M. Galicki.
2. M^{me} ESCARAMEIA dit que ce rapport préliminaire appelle de sa part neuf observations.
3. Premièrement, s'agissant de l'intitulé du principe, le Rapporteur spécial, après avoir passé en revue diverses possibilités, semble se demander au paragraphe 30 s'il convient de conserver la traduction la plus courante de *judicare*, à savoir «poursuivre», ou de la remplacer par «juger» (en anglais «*adjudicate*»). Pour M^{me} Escarameia, il faut utiliser le verbe qui couvre le plus grand nombre de situations, notamment celles qui précèdent l'engagement des poursuites, par exemple l'ouverture d'une enquête. Si «juger» n'a pas une acception plus large que «poursuivre», il faut conserver ce dernier terme.
4. Deuxièmement, se pose la question de la relation entre le principe *aut dedere aut judicare* et la compétence universelle, voire la compétence de la Cour pénale internationale, une question que le Rapporteur spécial évoque notamment dans l'introduction et les chapitres II, III et IV de son rapport. Pour M^{me} Escarameia, il faut indiquer clairement qu'il s'agit de notions bien distinctes. De fait, le Rapporteur spécial donne une définition du principe au paragraphe 10 et de la compétence universelle au paragraphe 19. Le problème semble tenir en partie au fait que nombre de traités envisagent ces deux questions simultanément, et prévoient même parfois un renvoi à la Cour pénale internationale. Le Rapporteur spécial évoque à cet égard les articles 8 et 9 du projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité³²⁸, qui traitent de ces deux notions simultanément. Il en va de même dans le

projet de Harvard de 1935³²⁹. Certes, on peut poursuivre les auteurs de beaucoup plus d'infractions dans le cas de la compétence universelle et, inversement, un pays qui a établi sa compétence universelle peut demander l'extradition dans des cas beaucoup plus nombreux. Les deux notions doivent néanmoins demeurer distinctes, et il faut indiquer clairement que la compétence universelle ne fait pas partie du sujet.

5. Troisièmement, se pose le problème pratique de la qualité des preuves, sur laquelle repose l'obligation d'extrader ou de poursuivre. Le Rapporteur spécial indique bien que l'application concrète du principe se heurte à des difficultés dans la pratique du fait que, souvent, ce principe est consacré dans des conventions ou traités bilatéraux ou multilatéraux déjà anciens ou dans des lois nationales qui n'envisagent pas certaines situations nouvelles. À cet égard, M^{me} Escarameia souscrit à la résolution adoptée le 1^{er} septembre 1983 par l'Institut de droit international qui dispose, au paragraphe 2 de sa section I, qu'il faudrait encourager les États à établir un système conventionnel d'extradition, et au paragraphe 1 de sa section VI, cité au paragraphe 12 du rapport à l'examen, que «la règle *aut judicare aut dedere* devrait être renforcée et amplifiée et elle devrait être accompagnée de dispositions détaillées relatives à l'assistance judiciaire»³³⁰. Des problèmes se posent en effet lorsque des lois obsolètes sont toujours en vigueur qui prévoient de nombreux motifs de refus d'extrader, qui ne devraient pas pouvoir être invoqués en matière de crimes internationaux; l'immunité des agents de l'État est un bon exemple de tels motifs obsolètes. D'autre part, plusieurs de ces lois ne tiennent pas compte des garanties dont devraient bénéficier ceux qui sont extradés. Or il importe d'en tenir compte, car l'on considère aujourd'hui que l'extradition doit être refusée si la personne extradée risque d'être torturée ou exécutée, ou si son procès risque de n'être pas équitable.

6. Quatrièmement, notant qu'au paragraphe 20 de son rapport préliminaire le Rapporteur spécial envisage trois catégories de crimes, M^{me} Escarameia considère qu'au moins pour la première, celle des crimes en droit international, des règles spéciales s'imposent, car les motifs de refus d'extrader doivent être très peu nombreux, quasi inexistant, en ce qui concerne ces crimes extrêmement graves. Dans ce dernier cas, si l'État n'extrade pas, il est tenu de poursuivre.

7. Cinquièmement, le Rapporteur spécial examine la question de savoir si le principe *aut dedere aut judicare* relève seulement du droit conventionnel ou s'il relève aussi du droit international coutumier. Pour M^{me} Escarameia, il relève sans aucun doute du droit coutumier en ce qui concerne certains crimes. C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle sont parvenues les deux principales études menées sur le sujet depuis l'adoption du projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, celle établie en 2005 par le Comité international de la Croix-Rouge en ce qui concerne les crimes de guerre en droit international

³²⁹ *Supplement to the American Journal of International Law*, vol. 29 (1935), *Codification of International Law*, Part. I «Extradition», p. 15 et suiv., et Part. II, «Jurisdiction with respect to crime», p. 439 et suiv.

³³⁰ *Tableau des résolutions adoptées (1957-1991)*, Paris, Pedone, 1992, p. 160.

³²⁸ *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 28 à 33.

humanitaire coutumier³³¹ et celle menée en 2001 par Amnesty International, qui est extrêmement complète puisqu'elle porte sur la pratique de 125 États³³². Le Rapporteur spécial indique d'ailleurs que la majorité de la doctrine prend également cette position, considérant que le grand nombre de traités auxquels les États sont parties démontre l'existence d'une intention générale constitutive d'une *opinio juris* qui, avec la pratique intense des États en la matière, démontre l'existence d'une coutume. De plus, on peut déduire de l'étude de cette pratique une tendance à considérer qu'il existe même une obligation d'extrader ou de poursuivre en cas de crimes en droit international.

8. Sixièmement, s'agissant des sources de l'obligation, il est extrêmement important d'étudier la pratique actuelle des États, qui a évolué très rapidement. Il faut donc approuver le Rapporteur spécial lorsqu'il prévoit d'étudier aussi bien les traités internationaux, la coutume internationale et les principes généraux du droit que la législation nationale et la pratique des États, mais pour M^{me} Escarameia il est aussi très important de tenir compte de l'expérience pratique accumulée par les entités ou individus associés aux procédures d'extradition comme les tribunaux nationaux, les avocats qui ont plaidé devant ces tribunaux dans des affaires d'extradition et les organisations non gouvernementales.

9. Septièmement, s'agissant de la relation entre l'obligation d'extrader ou de poursuivre avec d'autres domaines du droit international, peut-être conviendrait-il d'accorder davantage d'attention aux droits de l'homme. Ceci est particulièrement important lorsque l'on envisage les motifs de refus d'extrader ou de poursuivre, telles que les immunités, et les garanties dont doivent bénéficier les individus accusés, de même que les situations où il y a obligation d'extrader en vertu du droit international coutumier. Il faut en outre tenir compte de la protection que prévoient plusieurs instruments internationaux et le droit international coutumier en relation avec divers aspects de l'application concrète du principe. Le Rapporteur spécial envisage brièvement cette question au point 10 de son plan d'action préliminaire, mais pour M^{me} Escarameia, il conviendrait de traiter séparément et de manière plus approfondie de la relation entre le principe et les droits de l'homme.

10. Huitièmement, pour ce qui est de la forme que devrait prendre le résultat final des travaux sur le sujet, le Rapporteur déclare au paragraphe 59 du rapport à l'examen qu'il serait prématuré de prendre une décision à cet égard mais il n'en estime pas moins important de connaître l'avis des autres membres de la Commission sur ce point. Pour M^{me} Escarameia, il faudrait rédiger un projet d'articles, l'abondance de la pratique facilitant un exercice de codification et de développement progressif.

11. Enfin, neuvièmement, s'agissant du plan d'action préliminaire, les questions visées aux paragraphes 8 à 10 n'ont pas été traitées dans le rapport à l'examen et

il faut espérer que le Rapporteur spécial en précisera le contenu par la suite. Quant à la question faisant l'objet du paragraphe 10, elle doit être traitée de manière très concrète, et non dans l'abstrait.

12. M. MOMTAZ fait observer que la question à l'examen est bien dans l'air du temps: il existe incontestablement un engouement pour les crimes internationaux et les méthodes internationales destinées à en juger et punir les responsables. La preuve en est non seulement l'abondante et intéressante production de la doctrine, mais aussi et surtout les travaux menés par de prestigieuses institutions depuis l'an 2000 sur la compétence universelle qui touchent aussi le sujet à l'examen, à savoir les travaux du Comité international de la Croix-Rouge évoqués par M^{me} Escarameia, les travaux menés en 2000 par l'Association de droit international³³³, les travaux menés à l'Université Princeton sous la direction de M. Cherif Bassiouni qui ont eu pour résultat les Principes de Princeton adoptés en 2001³³⁴ et, enfin et surtout, les travaux de l'Institut de droit international, y compris la résolution qu'il a adoptée à Cracovie en 2005³³⁵. Ces travaux sont utiles pour la Commission, dans la mesure où ils déblaient le terrain, mais ils l'obligent aussi à placer la barre encore plus haut. M. Momtaz est persuadé que le Rapporteur spécial saura faire face à ce défi, car son rapport préliminaire en est la preuve éclatante.

13. S'agissant de ce rapport, M. Momtaz se félicite que le Rapporteur spécial y propose au paragraphe 61 un «plan d'action préliminaire» qui aidera incontestablement la Commission à mieux cerner les différentes facettes d'un sujet très complexe. Les points 4 et 5 de ce plan d'action préliminaire concernent des questions cruciales mais aussi interdépendantes, celles de savoir si l'obligation *aut dedere aut judicare* a un fondement coutumier et, si tel est le cas, comment elle peut être conciliée avec les exigences parfois contradictoires de l'institution de la compétence universelle qui, quant à elle, a incontestablement un fondement coutumier.

14. Pour ce qui est de la première question, le Rapporteur spécial se demande à juste titre au paragraphe 6 de son rapport si l'obligation *aut dedere aut judicare* peut avoir un fondement coutumier «du moins pour certaines infractions internationales». Se pose ainsi la question de la distinction à faire entre les différents crimes. Pour M. Momtaz, il convient de distinguer entre les crimes de droit international, c'est-à-dire les crimes définis par les instruments conventionnels, et les crimes internationaux, qui ont un fondement coutumier. Ces derniers se distinguent par leur extrême gravité, et on considère généralement qu'ils portent préjudice à la communauté internationale dans son ensemble. Il s'agit des crimes de guerre, du crime de génocide et des crimes contre l'humanité. Ils

³³¹ Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, 2005, vol. I (*Rules*) et vol. II (*Practice*).

³³² *Universal Jurisdiction: The Duty of States to Enact and Enforce Legislation* (IOR 53/002/2001), 31 août 2001 (disponible sur le site d'Amnesty International, www.amnesty.org).

³³³ International Law Association, *Report of the Sixty-ninth Conference, London, 25–29 July 2000*, Committee on International Human Rights Law and Practice, «Final Report on the exercise of universal jurisdiction in respect of gross human rights offences», p. 403 à 442.

³³⁴ Cherif Bassiouni, «Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice», *Virginia Journal of International Law*, vol. 42 (2001-2002), p. 81 à 162. Voir aussi Stephen Macedo (dir. publ.), *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, Princeton University, 2001, 37 p.

³³⁵ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 71, t. 2, session de Cracovie (2005), Paris, Pedone, 2006, résolution III, p. 296.

sont parfois définis dans des instruments conventionnels ratifiés par la quasi-unanimité des États, et il s'agit parfois de crimes dont le fondement coutumier a été codifié. Ce sont des crimes dont la Cour pénale internationale et les tribunaux *ad hoc* sont compétents pour connaître. C'est dans le cas de ces crimes que la question posée par le Rapporteur spécial présente tout son intérêt. En d'autres termes, il faut se demander si en dehors de tout cadre conventionnel, les États sont tenus par le droit coutumier d'extrader ou de poursuivre les personnes accusées d'avoir commis ces crimes qui se trouvent sur leur territoire. La question mérite évidemment d'être approfondie, et une étude systématique de la pratique étatique s'impose.

15. La deuxième question qui se pose dans ce contexte est celle de savoir quelle a été la pratique des États dont la législation autorise les tribunaux à exercer une compétence universelle à l'égard des personnes soupçonnées d'avoir commis ces crimes internationaux qui se trouvent sur leur territoire. Plus précisément, à supposer que l'obligation *aut dedere aut judicare* ait un fondement coutumier, l'État sur le territoire duquel se trouve une personne accusée d'un crime international pourra-t-il se fonder sur sa compétence universelle pour refuser de l'extrader? Peut-on, dans un tel cas, inverser l'ordre de priorité que fixe l'obligation alternative et permettre à l'État de refuser l'extradition pour faire juger l'individu concerné par ses tribunaux? Il semble, à considérer la pratique, que l'extradition pourrait être refusée dans un certain nombre de cas, par exemple, comme l'a mentionné M^{me} Escarameia, sur le fondement du droit international des droits de l'homme. Sont également pertinents les traités bilatéraux d'extradition, et en particulier le Traité type d'extradition, adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 45/116 du 14 décembre 1990, qui prévoit en effet expressément les cas où l'extradition pourrait avoir comme conséquence l'impunité de la personne ayant fait l'objet d'une demande d'extradition. Aux termes de son article 3, l'extradition n'est pas accordée «si l'individu dont l'extradition est demandée ne peut plus, en vertu de la législation de l'une ou l'autre des Parties, être poursuivi ou puni en raison du temps qui s'est écoulé ou d'une amnistie ou de toute autre raison». On pourrait à ces raisons ajouter l'immunité dont jouissent les gouvernants. Le Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 prévoit lui aussi une exception de cette nature. On pourrait également se demander si l'extradition peut être refusée au motif que l'accusé risque d'être privé d'un procès équitable et si un tel refus pourrait être invoqué indépendamment de toute relation conventionnelle entre les États concernés. La réponse à cette question exige elle aussi un examen détaillé de la pratique étatique.

16. La pratique récente montre d'ailleurs que les États qui autorisent leurs tribunaux pénaux à exercer une compétence universelle préfèrent généralement accorder la priorité aux tribunaux de l'État sur le territoire duquel le crime a été commis ou préfèrent, en d'autres termes, que leurs tribunaux n'exercent pas la compétence universelle qui leur a été accordée. Il semble donc que l'obligation *aut dedere aut judicare* prévale sur la compétence universelle. C'est d'ailleurs en ce sens que s'est prononcé, le 10 février 2005, le parquet fédéral d'Allemagne, qui, dans l'affaire

Center for Constitutional Rights c. Rumsfeld, a préféré ne pas appliquer le Code allemand de droit pénal international adopté le 26 juin 2002 qui accorde aux tribunaux allemands une compétence universelle, en invoquant le caractère subsidiaire de cette compétence universelle. L'étude de la pratique des États devrait permettre à la Commission de déterminer s'il s'agit ou non d'un cas isolé et si l'obligation *aut dedere aut judicare* prévaut effectivement sur la compétence universelle.

17. S'agissant du point 10 du plan d'action préliminaire proposé par le Rapporteur spécial, qui concerne la relation entre l'obligation à l'examen et certains principes comme celui de la souveraineté des États, la protection des droits de l'homme et la répression universelle de certains crimes, il semble que l'importance que la communauté internationale accorde désormais à la protection internationale des droits de l'homme et la lutte contre l'impunité des crimes internationaux soit de nature, comme la pratique récente l'a démontré, à encourager l'exercice de la compétence universelle dans les cas où il y a de fortes chances que le respect de la souveraineté des États soit de nature à favoriser l'impunité.

18. Le PRÉSIDENT, intervenant en qualité de membre de la Commission, se dit convaincu que le Rapporteur spécial saura prendre en considération la problématique du caractère subsidiaire de la compétence universelle par rapport au principe *aut dedere aut judicare* mis en lumière par M. Momtaz.

19. M. MELESCANU dit que la question de l'obligation d'extrader ou de poursuivre est certes très ancienne, mais qu'elle a acquis à l'heure actuelle une très grande importance pratique en raison de la mondialisation, dont l'une des conséquences est la libre circulation des biens et des personnes, y compris des criminels. Sans chercher à contrôler ce phénomène, il faut néanmoins adopter des règles visant à empêcher que le principe de l'immunité ou de la compétence universelle ne serve à assurer l'impunité de personnes responsables de faits touchant les fondements du droit international. La présidente de la CIJ a précisément dit la veille qu'à son sens, la communauté internationale devrait accorder une attention prioritaire à la relation entre immunité et impunité.

20. M. Melescanu pense que la Commission devrait analyser avant tout l'évolution sur le plan international du principe *aut dedere aut judicare*, sans mettre autant l'accent sur l'historique, en vue d'aboutir non seulement à une codification, fondée sur la pratique des États, de ce principe, mais surtout à son développement progressif. Il approuve la marche à suivre proposée par le Rapporteur spécial aux chapitres VII et VIII du rapport («Questions de méthode» et «Plan d'action préliminaire»), mais estime que la Commission devrait adopter une approche plus large qui tienne compte des évolutions récentes. Elle ne peut se limiter à l'alternative *aut dedere aut judicare* car ce principe comporte d'ores et déjà un troisième pilier sur le plan international, à savoir la possibilité – voire l'obligation – pour les États d'utiliser les juridictions internationales. M. Melescanu pense d'ailleurs que ce transfert aux juridictions internationales n'est pas un aspect nouveau du principe

aut dedere aut judicare mais au contraire une exception à ce principe, dont l'incidence mérite néanmoins d'être étudiée. La compétence des juridictions internationales a elle-même fondamentalement évolué: autrefois créées par les pays vainqueurs pour juger les crimes de guerre des pays vaincus, elles s'occupent maintenant de crimes internationaux.

21. En ce qui concerne l'intitulé du sujet, M. Melescanu pense qu'il ne convient pas de parler d'obligation car il s'agit plutôt du droit qu'à l'État de choisir entre deux possibilités: extraditer ou poursuivre. Il vaudrait mieux parler de principe et examiner quelle est l'application de ce principe dans la pratique des États. On pourrait parler d'obligation d'extraditer pour certaines catégories de crimes, comme les manquements aux obligations internationales, mais il faudrait alors que cette obligation soit expressément acceptée par les États dans le cadre d'accords bilatéraux ou multilatéraux. Une telle obligation ne peut pas découler d'un principe coutumier.

22. Enfin, M. Melescanu aborde une question qui n'a pas été soulevée dans le rapport ni par d'autres membres de la Commission: la double nationalité et le principe coutumier qui veut que les États n'extradent pas leurs propres nationaux hormis dans les cas expressément prévus dans des accords bilatéraux ou multilatéraux. Lui-même a été confronté au cas d'un Roumain qui avait aussi la nationalité d'un autre pays, sur le territoire duquel il avait commis des infractions très graves et qui demandait donc son extradition. Les autorités judiciaires roumaines ont estimé qu'en l'absence d'accord bilatéral d'extradition elles ne pouvaient pas extraditer ce national. Cette question est intéressante du point de vue théorique mais également pratique, en particulier au vu de la tendance actuelle des pays – du moins européens – à tolérer de plus en plus la double ou même la triple nationalité. On pourrait d'ailleurs demander au Rapporteur spécial de se pencher sur la question de la nationalité européenne.

23. Pour conclure, M. Melescanu relève que le débat de la Commission sur l'obligation d'extraditer ou de poursuivre en est au stade préliminaire et que c'est le moment privilégié pour exprimer des idées et des observations. Il faudra ensuite analyser la pratique des États, en particulier leur pratique contemporaine. M. Melescanu appuie la proposition du Rapporteur spécial formulée au paragraphe 60 de son rapport de demander aux États des informations à ce sujet. Ensuite, en se basant sur cette pratique, la Commission pourra aborder l'analyse des points appelant son attention.

24. M. PELLET dit que les remarques de M. Melescanu sont très intéressantes mais que ce serait une mauvaise idée de s'intéresser à la nationalité européenne. Celle-ci n'existe pas, comme il l'a déjà fait observer à propos de la protection diplomatique, et la citoyenneté européenne n'a aucun rapport avec le sujet à l'étude.

25. M. Sreenivasa RAO dit qu'à son avis la question de la double nationalité est importante dès lors qu'il s'agit d'extradition car c'est une réalité que nombre d'États n'extradent pas leurs nationaux. Mais la plupart des problèmes qui se posent dans ce cas sont résolus du fait que les États qui refusent d'extraditer leurs nationaux

ont une compétence extraterritoriale et peuvent donc poursuivre eux-mêmes la personne concernée. Il n'y a donc pas impunité.

26. Le PRÉSIDENT suggère que M. Sreenivasa Rao mette à la disposition du Rapporteur spécial l'étude préliminaire qu'il a réalisée sur la question de l'extraterritorialité.

27. M. KAMTO souligne l'intérêt de la distinction faite par M. Melescanu entre obligation et principe, mais se demande quelle serait la fonction de la règle si l'on considérait le sujet comme un principe. Il y a une obligation consubstantielle à l'énoncé de la règle. Sans obligation, on ne voit pas quelle est la fonction de la règle et, partant, quel est l'intérêt de l'étude.

28. M. CANDIOTI salue lui aussi la pertinence des remarques de M. Melescanu. En particulier, l'intitulé pose le problème de la délimitation de ce vaste sujet qui touche au droit pénal international, au droit procédural international, à l'extradition, aux crimes internationaux, entre autres. On a parlé de l'alternative *aut dedere aut judicare* comme d'une obligation, mais il s'agit en réalité de deux obligations: celle d'extraditer, et celle de poursuivre si l'on n'extrade pas; mais M. Momtaz a également évoqué le droit d'extraditer ou de poursuivre, et M. Melescanu a parlé de principe. Cela soulève une série de questions qu'il faudra clarifier.

29. M. PELLET dit qu'il ne voit pas en quoi le sujet perdrait de son intérêt si l'on considérait l'alternative «extraditer ou juger» comme une faculté plutôt qu'une obligation. Il est au contraire intéressant de se demander quelles seraient les conséquences du choix d'un État placé devant la possibilité d'utiliser ou non cette faculté. De même, la protection diplomatique n'est pas une obligation mais une faculté, et elle a pourtant fait l'objet des importants travaux que l'on sait.

30. M. ECONOMIDES approuve la remarque de M. Sreenivasa Rao concernant la double nationalité. Le problème ne se pose pas en effet car l'État qui n'extrade pas jugera lui-même la personne concernée. Ce qui est intéressant ici, c'est que l'on a deux obligations – extraditer et poursuivre – qui ne sont pas de même force ni de même nature. L'une – extraditer – est faible, car il y a des exceptions à l'extradition (par exemple, s'il y a un risque de non-respect des droits de l'homme, ou en cas de double nationalité), alors que l'autre – poursuivre – est forte et n'est assortie d'aucune exception. Le problème, c'est que la peine prononcée par les tribunaux qui jugent un national est généralement plus adoucie, voire symbolique. C'est pourquoi la Commission devrait privilégier la troisième option, qui est d'extraditer ou poursuivre ou livrer à une juridiction internationale comme la Cour pénale internationale.

31. M. MOMTAZ dit qu'il vaudrait mieux parler non pas de deux obligations mais d'une seule: l'obligation faite à l'État de réduire l'impunité. Extradition et jugement sont les moyens dont l'État dispose pour arriver à cette fin. Il se peut qu'il choisisse le deuxième pour éviter des problèmes posés par l'utilisation du premier. La Commission ne devrait pas perdre de vue la finalité de l'institution, qui est de réduire l'impunité des crimes internationaux.

32. M. CHEE remercie le Rapporteur spécial d'avoir abordé le sujet de l'obligation d'extrader ou de poursuivre et le félicite pour le remarquable travail qu'il a accompli dans son rapport préliminaire. Il note avec intérêt les remarques concernant l'évolution du principe «extrader ou juger», depuis la formule de Grotius – *aut dedere aut punire* («extrader ou punir») – à *aut dedere aut judicare*, qui figure à l'article 7 de la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, adoptée par l'Assemblée générale le 14 décembre 1973 dans sa résolution 3166 (XXVIII).

33. M. Chee pense que la troisième des catégories de crimes énumérées au paragraphe 20 du rapport préliminaire du Rapporteur spécial, c'est-à-dire les crimes de droit commun en droit national, ne doit pas relever de la compétence universelle car ces crimes intéressent surtout l'État concerné.

34. Après avoir relevé qu'au paragraphe 23 de son rapport, le Rapporteur spécial établit une distinction entre le droit et l'obligation qu'a un État d'extrader ou de poursuivre, M. Chee, se référant aux sources de l'obligation en question, dit que s'agissant des traités internationaux, certains éléments de la liste du paragraphe 36 devraient être cités de manière plus précise pour pouvoir entrer dans la catégorie des crimes internationaux. Ainsi, l'expression «protection de l'environnement» est très vague et n'évoque nullement la notion de crime; par ailleurs, il faudrait parler, non pas de «criminalité liée à la drogue» mais de trafic international de drogues; enfin, le «recours aux mercenaires», c'est-à-dire à des soldats rémunérés, si l'on s'en tient au sens premier du terme, n'a pas toujours été considéré comme un crime et ne l'est pas nécessairement. Les Gardes suisses du Vatican en sont la preuve.

35. Les deux inventaires de traités internationaux fixant la compétence universelle ou l'obligation *aut dedere aut judicare*, celui dressé par le Rapporteur spécial et celui établi par Amnesty International, constituent, pour M. Chee, un corpus de droit pénal international suffisant. Il souscrit par ailleurs à l'affirmation du Rapporteur spécial selon laquelle, pour définir la nature juridique de l'obligation *aut dedere aut judicare*, il est nécessaire d'évaluer de façon attentive et approfondie ses éventuels fondements coutumiers. Il souscrit également à l'idée d'étendre l'examen des sources de l'obligation d'extrader ou de poursuivre aux législations nationales et à la pratique des États.

36. Quant à la question de savoir si le résultat final des travaux de la Commission doit prendre la forme de normes obligatoires ou d'un instrument de *soft law*, M. Chee pense que cela dépendra du temps et de l'énergie que le Rapporteur spécial sera disposé à y consacrer. Il faudra également tenir compte du fait que le principe *aut dedere aut judicare* est consacré à la fois dans un grand nombre de traités internationaux et dans la coutume internationale, les deux pouvant coexister comme l'a réaffirmé la CIJ en 1986, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*.

37. Enfin, M. Chee tient à appeler l'attention des membres de la Commission sur la contribution importante d'Interpol aux activités visant à extrader ou poursuivre les auteurs de crimes internationaux.

38. M. DUGARD, après avoir remercié le Rapporteur spécial pour son excellent rapport préliminaire qui ouvre la voie à un examen intéressant du sujet, dit qu'en raison de l'importance de ce sujet, la Commission devrait d'emblée se fixer pour objectif d'élaborer des projets d'article qui constitueraient une convention. Il pense que le Rapporteur spécial s'est montré très ambitieux en allant au-delà de l'obligation *aut dedere aut judicare* pour aborder des questions telles que la compétence pénale extraterritoriale – se référant tout particulièrement à la question de la compétence universelle –, les relations entre *aut dedere aut judicare* et la Cour pénale internationale ainsi que des questions complexes de droit international pénal. Notant qu'il se réfère fréquemment au projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté par la Commission en 1996 – qui a été dépassé depuis par le Statut de Rome de la Cour pénale internationale et d'autres textes – M. Dugard dit que le Rapporteur spécial ne devrait pas se sentir lié par les travaux précédents de la Commission sur ces sujets.

39. Pour M. Dugard, le principal problème est l'ampleur du sujet, et il craint que le Rapporteur spécial ne se soit montré un peu trop ambitieux. Par exemple, il pose la question de l'application du principe *aut dedere aut judicare* dans le cas des tribunaux pénaux internationaux, en particulier la Cour pénale internationale. Ensuite, il aborde la question des fondements de l'exercice de la compétence universelle de manière très vaste – fort pertinente, certes, puisqu'il envisage à la fois l'aspect *dedere*, c'est-à-dire la compétence de l'État requérant, et l'aspect *judicare*, c'est-à-dire celle de l'État de détention. Or, M. Dugard craint que cela n'amène la Commission à examiner des questions telles que la territorialité, la personnalité active et passive et le principe de protection en tant que fondements de la compétence, outre la compétence universelle. Or, il ne s'agit pas de réaliser une étude sur la compétence pénale extraterritoriale. M. Dugard note que le Rapporteur spécial aborde également la question des moyens de se protéger contre l'extradition, par exemple en faisant état d'exceptions à l'obligation *dedere* (non-extradition par l'État de ses nationaux, exception concernant les infractions politiques, auxquelles on pourrait ajouter le principe de la double incrimination). Le Rapporteur spécial mentionne en outre la qualité des preuves, c'est-à-dire le niveau de preuve exigé pour engager des poursuites pénales ou faire droit à une demande d'extradition. Toutes ces questions sont fort intéressantes pour le spécialiste de droit pénal international, mais le Rapporteur spécial ferait bien de circonscrire son étude, notamment en la limitant aux crimes internationaux et, donc, en excluant la troisième catégorie de crimes visés au paragraphe 20 de son rapport, à savoir «les crimes de droit commun en droit national, par exemple le meurtre, l'enlèvement, les voies de fait et le viol». Cela éviterait à la Commission d'avoir à aborder des questions telles que l'exception concernant les infractions politiques, la nationalité et les fondements de l'exercice de la compétence pénale extraterritoriale, à l'exception de

la compétence universelle. Le Rapporteur spécial ne devrait pas se préoccuper non plus de questions aussi techniques que le niveau de preuve ni traiter de la remise d'un suspect aux juridictions internationales telles que la Cour pénale internationale, contrairement à ce qu'il envisage aux paragraphes 52 et 61 de son rapport.

40. Abordant les points qu'il juge en revanche essentiels, M. Dugard dit que, premièrement, il importe que le Rapporteur spécial examine la question de savoir si *aut dedere aut judicare* est une règle générale de droit international coutumier étant donné que, comme il le fait remarquer au paragraphe 40 de son rapport, il n'y a pas unanimité sur ce point parmi les auteurs. Deuxièmement, il importe de bien préciser que le principe *aut dedere aut judicare* a ses limites. Grotius estimait qu'il y avait une obligation générale d'extrader ou de punir car il se plaçait dans la perspective de la *civitas maxima* mais, selon la conception contemporaine, il s'agira de savoir quels crimes internationaux sont concernés. Troisièmement, il importe de distinguer clairement, comme le Rapporteur spécial l'a fait, entre l'application du principe, d'une part, en référence à des traités, d'autre part, dans le cas des «crimes les plus graves» (*core crimes*). Quatrièmement, il faudra spécifier que l'obligation *aut dedere aut judicare* ne s'applique pas lorsque l'État réclamant ne respecte pas les droits de l'homme. Cinquièmement, se pose la question de l'immunité. Beaucoup pensent que la CIJ s'est trompée lorsque, dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, elle a rejeté l'argument de la Belgique selon lequel le principe d'immunité ne devait pas s'appliquer aux auteurs présumés de crimes les plus graves – crimes de génocide ou crimes contre l'humanité. À ce moment-là, la Cour n'était pas disposée à accepter le principe de *jus cogens*, mais par la suite, lorsqu'elle s'est prononcée sur le différend entre la République démocratique du Congo et le Rwanda (*Activités armées sur le territoire du Congo*), elle a, dans une large mesure, désavoué sa position antérieure, et M. Dugard espère que la Commission suivra cette voie. Sixièmement, il faudra aborder la question de savoir si l'exception concernant les infractions politiques doit s'appliquer dans le cas des crimes visés dans des traités, à laquelle M. Dugard préférerait que l'on apporte une réponse négative. Septièmement, rappelant que dans l'affaire *Pinochet*, la Chambre des lords britannique avait décidé que l'extradition ne pouvait être accordée que pour un crime qui était considéré comme tel par le droit interne au moment où il avait été commis, M. Dugard estime que cette décision était erronée au regard du droit international bien qu'elle puisse peut-être s'expliquer du point de vue de la législation britannique. Cette question importante doit également être soulevée. Huitièmement, notant que le Rapporteur spécial envisage d'étudier la compétence universelle en détail, M. Dugard lui suggère d'examiner les différents types de compétence universelle et notamment la question de savoir si elle est *permissive* ou *obligatoire*. Enfin, comme certains membres de la Commission l'ont fait observer, il faudra déterminer si l'obligation étudiée s'applique aux crimes de terrorisme. À ce propos, M. Dugard adresse une mise en garde au Rapporteur spécial car il s'agit d'une question très délicate, et jusqu'à ce qu'une convention internationale contre le terrorisme ait été adoptée, il faudra garder à

l'esprit qu'un même individu peut être considéré, par un pays donné, comme un terroriste et, par un autre, comme un combattant pour la liberté.

41. Enfin, M. Dugard espère que, compte tenu de l'abondance et de la richesse des sources pertinentes pour le sujet à l'examen, le Secrétariat apportera au Rapporteur spécial toute l'assistance dont il aura besoin, comme il a su le faire dans le passé, notamment en établissant des études fort utiles. La bibliographie préliminaire qui figure à la fin du rapport du Rapporteur spécial est fort intéressante, mais il faudra y ajouter les journaux de droit international les plus réputés, par exemple l'*International Criminal Law Review*, le *Journal of International Criminal Justice* et l'*International Legal Forum*.

42. M. KAMTO félicite le Rapporteur spécial pour la prudence dont il a fait preuve en choisissant d'établir un rapport préliminaire sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre pour esquisser sa conception du sujet et précise que ses observations visent à l'aider à approfondir certaines questions. Premièrement, il note que le principe *aut dedere aut judicare*, institution classique de la coopération en matière de justice pénale internationale, paraît si bien établi que certains auteurs concluent sans hésitation à son caractère de norme coutumière internationale. Or il ne semble pas qu'il y ait unanimité en la matière. Le Rapporteur spécial fait lui-même preuve de prudence en reconnaissant au paragraphe 42 de son rapport qu'«il est nécessaire d'étudier de manière attentive et approfondie les éventuels fondements coutumiers» de cette obligation. Pour M. Kamto, l'une des questions majeures à laquelle la Commission devra répondre est celle de savoir à quels crimes internationaux s'applique ou devra s'appliquer le principe *aut dedere aut judicare*. La question n'est pas aisée car le champ d'application de la règle pourra varier suivant qu'il s'agit d'une règle coutumière ou d'un principe relevant du développement purement progressif d'une part, et selon que les crimes concernés relèvent de la violation d'obligations du *jus cogens* comme le crime de génocide, la torture, les crimes contre l'humanité, ou sont des crimes internationaux simples, d'autre part. À ce stade, M. Kamto se demande d'ailleurs s'il ne conviendrait pas d'affiner la distinction rappelée par M. Momtaz entre crimes internationaux et crimes de droit international en distinguant les crimes les plus graves des nombreux crimes simples énumérés dans diverses conventions internationales. À cet égard, il souscrit à l'avis de certains membres de la Commission selon lequel les crimes énoncés dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale pourraient d'ores et déjà constituer un noyau de crimes pour lesquels le principe *aut dedere aut judicare* aurait un fondement en droit coutumier. L'idée d'affiner la distinction entre les différents crimes vient d'ailleurs du fait que des crimes n'entrant pas dans la catégorie de ceux prévus par le Statut de Rome ont été par la suite considérés comme constituant une violation des normes du *jus cogens*, par exemple la torture dans les arrêts *Furundzija* et *Al-Adsani*.

43. Deuxièmement, en ce qui concerne le rapport entre la compétence universelle et l'obligation d'extrader ou de poursuivre, M. Kamto note que le Rapporteur spécial souligne dans les paragraphes 16 à 34 de son rapport que la doctrine et la Commission elle-même lors de l'examen

du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité, adopté en 1996 soutiennent l'idée d'un lien étroit entre la compétence universelle et l'obligation d'extrader ou de poursuivre. Toutefois, la nature de ce rapport n'apparaît pas encore clairement à ce stade des travaux et il serait sans doute souhaitable de préciser dans les rapports à venir s'il s'agit d'un rapport de dépendance, au sens où l'obligation *aut dedere aut judicare* serait conditionnée par la compétence universelle. Pour M. Kamto, il y a incontestablement un lien entre les deux principes, cependant la compétence universelle ne serait pas une condition de l'invocation de la règle *aut dedere aut judicare* mais simplement la base juridique de ce droit d'exiger qu'un État donné s'acquitte de ce devoir. Cela dit, compétence universelle et obligation d'extrader ou de poursuivre constituent assurément deux principes distincts et autonomes.

44. Dans la perspective du sujet à l'étude, M. Kamto estime que le principe *aut dedere aut judicare* devrait pouvoir être appliqué non seulement sur la base de la règle de la compétence universelle mais également en fonction de la nature du crime en cause. Dans ce cas, extrader ou poursuivre deviendrait une obligation qui ne serait pas seulement exigible entre États pouvant juger un cas donné (compétence) au regard de leur législation interne, mais également au regard du crime international qui confère à l'État la compétence pour juger. Autrement dit, si l'on suit une telle logique, ce n'est pas la compétence qui fonde le principe mais le type de crime qui emporte compétence et justifie l'invocation du principe. Ceci permet d'envisager indirectement le problème du conflit entre le principe *aut dedere aut judicare* et la souveraineté des États; l'affaire *Hissène Habré* est fort instructive à cet égard et mériterait d'être étudiée³³⁶.

45. Troisièmement, M. Kamto rappelle que le principe *aut dedere aut judicare* implique une double obligation, à savoir l'obligation d'extrader et l'obligation de poursuivre, et à ce propos, il se demande s'il s'agit d'obligations alternatives ou cumulatives. Dans l'hypothèse d'obligations alternatives, l'une des obligations conditionnerait la mise en œuvre de l'autre et la poursuite serait alors conditionnée par le choix de ne pas extrader. À cet égard, l'ordre dans lequel les obligations sont énoncées dans l'expression *aut dedere aut judicare* n'est peut-être pas indifférent. Quant à l'hypothèse d'obligations pouvant donner lieu à une mise en œuvre cumulative, il semble qu'elle ait été envisagée à l'époque mais elle n'a heureusement pas survécu car elle aurait été contraire à certains principes fondamentaux du droit international tels que le principe *non bis in idem*, par exemple, et le droit international a finalement retenu le principe de la compétence supplétive de la Cour pénale internationale par rapport aux juridictions nationales.

46. Abordant enfin la question des critères qualitatifs à observer dans l'application du principe *aut dedere aut judicare*, M. Kamto souligne tout d'abord que cette

question est étroitement liée à la précédente dans la mesure où le critère qualitatif peut déterminer la primauté à accorder à telle obligation par rapport à telle autre. Le principe *aut dedere aut judicare* doit premièrement être appliqué en tenant compte des obligations fondamentales en matière de protection des droits de l'homme. Comme l'ont souligné certains intervenants et notamment M. Dugard, il convient de veiller à ce que l'extradition ne se fasse pas vers un pays où des violations des droits de l'homme pourraient être commises. D'autre part, il ressort de la jurisprudence de la CIJ qu'un criminel doit être poursuivi et jugé selon une procédure équitable. Autrement dit, il ne suffit pas qu'un État s'engage à poursuivre et à juger ou qu'il soit compétent pour le faire, encore faut-il qu'il puisse garantir l'effectivité et le caractère irréprochable de l'exercice de sa compétence. Dans l'affaire de *Lockerbie*, c'est parce que tant la Libye que les États-Unis et la Royaume-Uni soutenaient qu'ils étaient seuls en mesure de juger équitablement les auteurs de l'attentat contre l'avion de la PANAM que les trois pays sont finalement convenus que le procès se tiendrait à La Haye devant une juridiction militaire spéciale, qui a appliqué le droit écossais. C'est un précédent intéressant même si cette affaire ne répond pas à la question de savoir si un État peut choisir en priorité de juger et refuser d'extrader ou si les États qui demandent l'extradition auront la priorité au motif que l'autre État n'est pas en mesure d'assurer un procès équitable, c'est-à-dire quelle est celle des deux obligations contenues dans le principe *aut dedere aut judicare* qui l'emporte? C'est une piste que, de l'avis de M. Kamto, le Rapporteur spécial pourrait explorer dans le cadre de ses futurs rapports.

47. M. MOMTAZ dit qu'il sait gré à M. Kamto d'accepter la distinction entre les crimes de droit international ayant un fondement conventionnel et les crimes internationaux. Il relève toutefois que ce dernier est allé au-delà de cette distinction en disant que les crimes internationaux peuvent être liés à la notion de *jus cogens* et en affirmant que les actes qualifiés de crimes, comme la torture, sont des actes qui violent les règles du *jus cogens*. L'idée que la torture est une violation d'une règle de *jus cogens* peut être appuyée au regard de la jurisprudence du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Furundzija* ou de celle de la CEDH dans l'affaire *Al-Adsani*. Mais si l'on tient compte de la pratique, un acte isolé de torture n'a jamais entraîné l'exercice de la compétence universelle. Seul un acte de torture pratiqué dans le cadre d'une politique délibérée systématique peut être considéré comme un crime contre l'humanité et être à l'origine de la compétence universelle. Tel a été le cas dans l'affaire *Hissène Habré*. M. Momtaz appelle à cet égard l'attention de M. Kamto sur une communication du Comité contre la torture en date du 19 mai 2006 dans laquelle le Comité a estimé que l'absence de traité d'extradition entre le Sénégal et la Belgique et les imperfections du droit pénal et de la procédure pénale du Sénégal d'autre part, ne doivent pas empêcher l'extradition de M. Hissène Habré vers la Belgique.

48. M. MELESCANU fait observer que l'idée évoquée par M. Kamto selon laquelle il serait possible de juger une personne et de l'extrader ensuite vers une cour internationale lui paraît dangereuse et contraire au principe fondamental de droit pénal *non bis in idem* en vertu duquel on ne peut pas être jugé deux fois pour un même fait.

³³⁶ Voir à cet égard, Lettre datée du 20 février 2006, adressée au Président de l'Assemblée générale par le Représentant permanent du Congo auprès de l'Organisation des Nations Unies (A/60/693), annexe I, Décisions, déclarations et recommandation adoptées par la Conférence de l'Union africaine à sa sixième session ordinaire, Décision sur le procès d'Hissène Habré et l'Union africaine [Assembly/AU/Dec.103 (VI)], p. 16.

49. M. KAMTO, dit qu'il doit s'agir d'un malentendu car il a dit précisément que cette hypothèse envisagée à une époque était contraire au principe *non bis in idem*.

La séance est levée à 12 h 55.

2901^e SÉANCE

Jeudi 27 juillet 2006, à 10 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Al-Marri, M. Baena Soares, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskeniemi, M. Mansfield, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M. Yamada.

L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) [suite] (A/CN.4/571)

[Point 10 de l'ordre du jour]

RAPPORT PRÉLIMINAIRE DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. M. KOLODKIN dit que comme le rapport préliminaire sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) contient une série d'observations initiales sur des questions auxquelles la Commission doit s'intéresser durant ses travaux sur le sujet, il limitera ses observations à quelques remarques.

2. Le paragraphe 40 du rapport aborde la question cruciale de savoir si la source juridique de l'obligation d'extrader ou de poursuivre doit être uniquement les traités liant les États concernés ou si elle s'étend aux règles coutumières et aux principes généraux du droit pertinent. Le terme important ici est «obligation», parce que s'il ne s'agissait que d'un droit ou d'une faculté d'extrader ou de poursuivre, la Commission n'aurait guère de raison d'examiner le sujet, puisqu'elle a pour mandat le développement progressif et la codification du droit international. En fait, la question de la nature ou du statut de l'obligation d'extrader ou de poursuivre est décisive, car de la réponse qu'on y apportera dépendra dans une large mesure la réponse à la question posée au paragraphe 59 du rapport, à savoir quelle doit être la forme du résultat final des travaux de la Commission sur le sujet. Si l'analyse de la Commission révèle que l'obligation d'extrader ou de poursuivre, même uniquement en ce qui concerne certaines infractions, découle d'une norme coutumière du droit international général, la Commission aura de bonnes raisons de codifier le sujet, moyennant éventuellement des éléments de développement progressif, sous la forme par exemple d'un projet d'articles. Si, par contre, la Commission conclut que l'obligation a uniquement son origine dans les traités internationaux, on ne pourra

envisager qu'un instrument ayant valeur de recommandation, comme des principes directeurs. C'est pourquoi il ne semble guère possible au stade actuel de décider de la forme que prendra le résultat final des travaux.

3. S'agissant du chapitre du rapport traitant des sources de l'obligation d'extrader ou de poursuivre, M. Kolodkin n'est pas convaincu que l'existence de deux sections distinctes B (Coutumes internationales et principes généraux du droit) et C (Législation nationale et pratique des États) soit justifiée, pas plus qu'il ne partage la conviction exprimée par le Rapporteur spécial au paragraphe 48 du rapport, à savoir que les sources de l'obligation d'extrader ou de poursuivre comprennent les principes généraux du droit, les législations nationales et les décisions de justice, et pas seulement les traités et les règles coutumières. Si les législations nationales et la pratique des États sont extrêmement importantes, elles doivent être considérées non comme des sources autonomes de l'obligation mais comme attestant l'existence (ou la non-existence) des normes du droit international coutumier et des principes généraux du droit correspondants. De plus, les principes généraux du droit peuvent aussi prendre la forme de normes coutumières du droit international. Pour M. Kolodkin, les législations nationales et la pratique des États ne doivent pas être considérées comme une source autonome de l'obligation en question et elles ne doivent donc pas faire l'objet d'une section distincte de ce chapitre. De plus, on ne trouve dans la section B pratiquement rien qui atteste que les principes généraux du droit puissent être une source de l'obligation d'extrader ou de poursuivre. De fait, seule la coutume est envisagée dans cette section. De même, la section C ne mentionne pas les décisions judiciaires nationales et ne fournit pas d'exemple, et la seule référence à une pratique non législative est celle, figurant au paragraphe 46, de la réserve belge à la Convention internationale de 1999 pour la répression du financement du terrorisme. On peut donc sérieusement douter du contenu du paragraphe 48 et il serait souhaitable que le Rapporteur spécial donne des éclaircissements à cet égard.

4. Bien qu'il soit important d'étudier la relation entre la compétence universelle et l'obligation d'extrader ou de poursuivre et que ces études soient effectivement prévues dans le plan d'action préliminaire, M. Kolodkin n'est pas certain que la description de la compétence universelle formulée par une organisation non gouvernementale faisant autorité et citée au paragraphe 19 doive servir de base aux travaux de la Commission. Il faut avoir à l'esprit le débat qui a eu lieu récemment sur des questions comme les modifications de la loi belge dans ce domaine. De plus, l'existence du principe de l'universalité de la répression et ses relations avec le principe de l'universalité de la compétence semble appeler des éclaircissements. Même si les principes de l'universalité de la répression existent en droit international (le Rapporteur spécial ne le définit pas et ne donne pas d'exemples pris dans la doctrine ou la pratique), la place qui doit être la sienne dans l'examen du sujet n'est pas claire et elle n'est mentionnée qu'en passant au point 10 du plan d'action préliminaire.

5. Dans la dernière phrase du paragraphe 14 du rapport, le Rapporteur spécial énumère de nombreux obstacles à l'efficacité de l'exercice de l'action pénale qui, pour le

Rapporteur spécial, n'existent pas pour les crimes de droit international. Il cite notamment la prescription, l'immunité et la non-rétroactivité de l'action pénale à l'égard de comportements considérés comme criminels en droit international au moment des faits. La prudence est de mise lorsque l'on regroupe des phénomènes aussi disparates. Les infractions auxquelles ils s'appliquent ne sont pas indiquées et M. Kolodkin n'est pas convaincu que tous les prétendus «obstacles» mentionnés dans cette phrase soient effectivement inefficaces s'agissant d'engager des poursuites contre les auteurs de tous les crimes qui ne sont pas visés dans le rapport. Une analyse plus approfondie contribuerait à éclairer ce point.

6. Dans ce contexte, force est de mentionner la déclaration faite à la séance précédente par M. Dugard, qui a notamment déclaré que la décision rendue par la CIJ dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)* portait atteinte à la décision rendue par la Cour dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)* en ce que la CIJ, dans la décision la plus récente, avait enfin reconnu l'existence de règles de *jus cogens*. Bien que M. Dugard soit bien placé pour commenter l'affaire *République démocratique du Congo c. Rwanda*, son affirmation est trop audacieuse. La relation entre les normes impératives et les normes régissant l'immunité n'est pas aussi simple. Par exemple, dans l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu que l'interdiction de la torture était une norme impérative, mais ceci ne l'a pas empêché d'affirmer l'immunité dans sa décision. De même, en juin 2006, les Lords of Appeal de la Chambre des lords du Royaume-Uni, dans l'affaire *Jones v. Saudi Arabia*, ont repris le raisonnement suivi par la CIJ dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* en faveur de l'immunité. La décision que doit rendre la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Association SOS Attentats et de Boëry c. France* devrait faire jurisprudence à cet égard.

7. Lorsque l'on envisage la relation entre la compétence universelle et l'obligation d'extrader ou de poursuivre, il est également souhaitable d'examiner si la gamme d'infractions couvertes par la compétence universelle coïncide avec la gamme d'infractions auxquelles l'obligation d'extrader ou de poursuivre s'applique. D'une part, certains traités qui énoncent cette obligation ne prévoient pas nécessairement la compétence universelle. D'autre part, si l'obligation *aut dedere aut judicare* existe en droit international coutumier, elle ne saurait s'appliquer à tous les crimes auxquels elle s'applique en vertu de traités internationaux. Comme on l'a déjà suggéré, la poursuite des travaux sur le sujet devrait se cantonner à certains crimes, comme ceux figurant dans les deux premières catégories énumérées au paragraphe 20 du rapport.

8. Les problèmes que soulèvent la compétence pénale universelle et la «triple alternative», à savoir l'extradition, la poursuite ou la remise à un tribunal international, devraient être exclus de l'étude de la Commission. Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale ne distingue pas entre l'extradition et la remise; un suspect n'est pas extradé mais remis à la Cour pénale internationale. Cette distinction est très importante pour de nombreux États. De

plus, des suspects sont pareillement remis aux tribunaux spéciaux créés par le Conseil de sécurité, et non extradés.

9. Un point plus important est que les divers tribunaux internationaux ou tribunaux mixtes (internationaux/nationaux) sont extrêmement divers, chacun étant régi par une *lex specialis*. Il n'est donc pas possible de parler de l'existence d'une obligation juridique internationale générale vis-à-vis de tels organismes.

10. Le plan d'action préliminaire semble acceptable, mais il devra être révisé au fur et à mesure que les travaux progresseront. Par exemple, les questions qui doivent être examinées au titre de l'alinéa *b* du paragraphe 9 ne peuvent guère être examinées séparément de celles visées au paragraphe 10. M. Kolodkin attend avec intérêt le prochain rapport sur le sujet.

11. M. MELESCANU souligne l'importance de la logique impeccable de l'argumentation de M. Kolodkin. Si la source de la règle se trouve dans les traités, la Commission ne devrait pas entreprendre de codifier quelque chose qui a déjà été codifié, mais si cette source est le droit coutumier, l'élaboration d'un projet d'articles peut être envisagée. Soucieux de ne pas décourager le Rapporteur spécial, il fait observer que la Commission pourrait adopter une position moins rigide, à savoir que l'obligation d'extrader ou de poursuivre a sa source dans certains traités internationaux qui ne sont pas universellement applicables; si tel est le cas, l'effet coutumier de ces traités sur la conduite des États peut être étudié. Il faudrait s'intéresser davantage à la pratique des États, parce qu'il serait tout à fait possible d'élaborer un projet d'articles, même si la principale source de la règle est constituée par certaines dispositions conventionnelles.

12. M. Sreenivasa RAO dit que le rapport préliminaire présente une gamme de questions plus larges que celles que l'on pourrait normalement considérer comme pertinentes s'agissant d'étudier l'obligation d'extrader ou de poursuivre en tant que principe du droit international. Ce tableau plus général est peut-être nécessaire parce que l'extradition ne repose plus seulement sur des traités bilatéraux, la compétence pénale internationale devenant également un fondement de l'obligation. Le rapport vise toute une gamme de sources qui offrent des possibilités très intéressantes pour la poursuite des travaux sur le sujet. Comme le Rapporteur spécial a également l'intention de solliciter des informations sur la pratique des États et les législations nationales, la Commission doit prendre garde de ne pas se perdre dans l'abondance des données. Dans le même temps, elle devrait tenir dûment compte des droits de l'homme et des considérations humanitaires.

13. L'obligation d'extrader ou de poursuivre est un principe général ou une ligne de conduite qui vise à éviter l'instauration et le maintien de sanctuaires pour les criminels. Toutefois, la compétence pénale des États repose essentiellement sur les principes de territorialité et de nationalité et ces principes conditionnent à leur tour l'exécution du régime d'extradition. Mais il existe d'autres facteurs importants qui, selon la coutume, conditionnent l'acceptation d'une demande d'extradition, le premier étant qu'il n'y a aucune obligation d'envisager l'extradition en l'absence d'accord sur le sujet. Deuxièmement, il est

nécessaire de prouver *prima facie* la participation de l'accusé à la commission d'un crime. Le type de preuve jugé suffisant ou adéquat est une question d'importance pratique énorme et il peut varier d'un pays à l'autre, d'une affaire à l'autre et dans le temps. De plus, le crime en cause doit satisfaire au critère de la double incrimination; en d'autres termes, l'ensemble des circonstances de fait et le comportement en question doivent être considérés, au moment où les actes ont été commis, comme un crime non seulement au regard de la loi de l'État requérant mais aussi de celle de l'État requis.

14. L'extradition est subordonnée à la réception par l'État requis d'assurances qui le satisfont que l'accusé bénéficiera d'un procès équitable et ne sera pas victime de discrimination ou de persécution en raison de sa race, sa religion ou ses opinions politiques. En d'autres termes, les droits de l'homme doivent être respectés.

15. Une fois les obstacles juridiques préliminaires écartés devant les tribunaux nationaux de l'État requis, le sort de la demande d'extradition dépend en dernière analyse d'une appréciation politique, puisqu'il dépend d'une décision finale prise de manière discrétionnaire par l'*Attorney-general*, le ministre des affaires étrangères ou le chef de l'État. Cette décision ne peut être contestée. Ces caractéristiques des traités d'extradition sont universellement reconnues dans la législation nationale de tous les pays. L'extradition a toujours été considérée comme une question juridique comportant un aspect politique. En dernier ressort, des considérations de réciprocité, une évaluation des circonstances politiques affectant les États requérant et requis et la promotion des droits de l'homme interviennent dans le processus.

16. Par le passé, un État qui rejetait une demande d'extradition n'était pas de ce fait automatiquement tenu de poursuivre l'accusé, la plupart des États ayant fondé leur juridiction pénale sur le principe de la territorialité du crime ou de la nationalité de son auteur. Plus récemment, l'État requis est généralement tenu d'exercer sa compétence territoriale pour poursuivre lorsque cet exercice est prévu dans des traités d'extradition et soumis à des limitations ou conditions. Quoi qu'il en soit, l'exercice effectif de la compétence extraterritoriale dépend de l'existence d'une entraide et d'une coopération judiciaires également efficaces entre les États concernés. Ainsi, les traités d'extradition s'accompagnent souvent de traités d'entraide judiciaire.

17. L'obligation de poursuivre lorsque l'extradition est refusée n'est rien de plus qu'une obligation de porter l'affaire devant les autorités compétentes, sans retard indu, aux fins de poursuites. Pour ce faire, le procureur doit déterminer si les faits justifient les poursuites. Si, de l'avis du parquet, il n'y a pas lieu de poursuivre, l'affaire s'arrête là.

18. Une fois l'accusé renvoyé devant un tribunal de l'État requérant ou de l'État requis, tous les principes du droit pénal s'appliquent: l'accusé est innocent tant qu'il n'a pas été reconnu coupable, il a le droit de contre-interroger les témoins, il a droit à l'assistance d'un conseil et il a le droit de se taire. Un autre principe important est le principe *non bis in idem*: une personne qui a été jugée et condamnée ne peut être jugée de nouveau pour

la même infraction devant aucun autre tribunal dès lors que les poursuites ont été réelles et les formes judiciaires respectées. Cela étant, M. Sreenivasa Rao souhaiterait obtenir des éclaircissements sur la proposition figurant au paragraphe 49 du rapport selon laquelle un État peut poursuivre et condamner l'auteur d'une infraction sur son territoire puis l'extrader vers le territoire d'un autre État pour que le jugement soit exécuté. Une fois une personne jugée et condamnée, elle accomplit normalement sa peine sur le territoire de l'État qui a exercé l'action pénale; si un autre État souhaite poursuivre l'intéressé pour une autre infraction, ce dernier peut être extradé, moyennant un accord entre les deux États, et il devrait être remis au premier État après avoir exécuté sa peine dans le second, afin d'exécuter ce qui reste à couvrir de la première peine. Le Rapporteur spécial doit savoir qu'il s'aventure dans un domaine où la pratique des États et la jurisprudence sont déjà abondantes, et qu'il va devoir faire preuve de prudence pour identifier les principes voulus.

19. Il est inutile de se demander si l'obligation d'extrader ou de poursuivre est un principe du droit international coutumier si la Commission n'examine pas la question plus en détail afin de déterminer s'il y a des pratiques en conflit, en vue d'essayer de promouvoir l'uniformité en la matière.

20. La dernière question est celle de la «triple alternative». Personnellement, M. Sreenivasa Rao pense que l'obligation d'extrader ou de poursuivre est un principe opérant dans le champ du droit national et des relations bilatérales, alors que la compétence pénale internationale s'inscrit dans le contexte de la compétence pénale universelle et est assujettie au principe de complémentarité. Le recours à la compétence pénale internationale n'est possible que lorsque les États ne peuvent pas ou ne veulent pas poursuivre. M. Rao ne considère donc pas que les trois branches de l'alternative soient automatiquement disponibles. De plus, lorsque la Commission a examiné la question de la compétence pénale internationale, la question de savoir, dans le cas où l'État et le Procureur de la Cour pénale internationale présentent des demandes d'extradition concurrentes, laquelle de ces demandes doit avoir la priorité a fait l'objet de graves désaccords au sein du Comité de rédaction. Tout ceci montre que le Rapporteur spécial devra adopter une démarche flexible, axée sur la pratique et non sur la théorie. La Commission devra élaborer des principes généraux et harmoniser le sujet autant que faire se peut. Le plan d'action préliminaire contenu dans le rapport est excellent, et le débat a déjà permis de dégager des pistes prometteuses et a montré les écueils à éviter.

21. M. KABATSI, répondant à l'observation de M. Sreenivasa Rao sur le paragraphe 49 du rapport, dit que ce paragraphe soulève une autre question. Si un État a jugé, déclaré coupable et condamné un individu et l'a ensuite extradé vers un autre État pour qu'il y exécute sa peine, il n'y a ni *dedere ni judicare* et la situation ne relève pas du sujet. Il concerne le traitement des condamnés, mais le centre de gravité du sujet est la tenue d'un procès dans le pays où l'auteur de l'infraction est présent, dans un autre pays ou devant un tribunal international. Une fois le procès achevé, le problème n'est plus un problème d'extradition.

22. M. Sreenivasa RAO dit que cela est tout à fait exact. Si par exemple, un Français est jugé et condamné dans un autre pays, il peut y avoir des accords entre ce pays et la France aux termes desquels, une fois la condamnation prononcée, l'intéressé peut rentrer en France pour y exécuter sa peine. Il s'agit d'une question tout à fait distincte qui ne relève pas du sujet.

23. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO dit que ses observations seront tout aussi préliminaires que le rapport intéressant et bien argumenté du Rapporteur spécial. Le sujet est sans aucun doute important, lié comme il l'est à la commission des crimes internationaux, leur répression, l'élimination de l'impunité, ainsi que la paix et la sécurité internationales. Le rapport en révèle la complexité et la difficulté, ainsi que la nécessité d'en délimiter strictement la portée. Le travail de codification ne sera pas facile, et il serait prématuré de décider de la forme finale que prendront les résultats des travaux de la Commission. Il faut tenir dûment compte de la pratique des États, telle qu'elle est reflétée non seulement dans des affaires précises mais aussi dans les législations nationales, les traités et autres accords bilatéraux et multilatéraux.

24. La première tâche de la Commission, qui est difficile, sera de définir l'obligation et d'en déterminer la nature et l'étendue. Il faudra pour cela examiner des sujets connexes essentiels comme l'extradition en tant qu'institution du droit international, la compétence pénale internationale et la compétence universelle. Pour M. Rodríguez Cedeño, il faudrait parler non d'un principe mais d'une obligation d'extrader ou poursuivre, une obligation juridique essentiellement conventionnelle, même s'il n'est pas exclu que pour certains crimes elle ait son origine dans la coutume. Il s'agit d'une seule obligation juridique qui prend la forme d'une alternative, d'options qui s'offrent à l'État qui appréhende ou détient une personne accusée d'avoir commis un crime international.

25. L'obligation est très claire lorsqu'un État s'engage dans un traité international à extrader ou poursuivre une telle personne. Parmi les instruments importants et bien connus énonçant cette obligation on peut citer la Convention de La Haye pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, la Convention de Montréal de 1971 pour la répression des actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, la Convention internationale de 1979 contre la prise d'otages et la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques. Parmi les instruments régionaux énonçant cette obligation, même si ce n'est pas toujours de la même manière, on peut citer la Convention européenne sur la répression du terrorisme, faite à Strasbourg en janvier 1977, et la Convention de Washington de 1971 pour la prévention ou la répression des actes de terrorisme qui prennent la forme de délits contre les personnes ainsi que de l'extorsion connexe à ces délits lorsque de tels actes ont des répercussions internationales.

26. Si la source conventionnelle de l'obligation est tout à fait évidente, sa source coutumière est moins apparente. Il n'est pas facile de conclure qu'il existe une règle générale du droit international coutumier à cet effet. Mais ceci soulève une question qui intéresse la délimitation du sujet,

à savoir à quels crimes l'obligation s'applique-t-elle. Pour M. Rodríguez Cedeño, la définition de l'obligation doit se limiter à une catégorie précise de crimes internationaux, ceux qui constituent une préoccupation internationale majeure, comme les crimes d'une extrême gravité, les crimes contre l'humanité ou ceux qui affectent les intérêts de la communauté internationale. Si l'obligation peut sans aucun doute s'appliquer à d'autres infractions, y compris des crimes non internationaux qui ont aussi un impact international, la définition stricte que la Commission doit s'efforcer de mettre au point doit être limitée à la catégorie de crimes susmentionnée. Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale indique que la Cour est compétente pour connaître des crimes de génocide, des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre et de l'agression, étant entendu que ce dernier crime devra être défini par les États parties. La compétence de la Cour évoluera néanmoins, puisque les conférences de révision prévues dans le Statut permettront d'y inclure d'autres crimes comme le terrorisme, le trafic de drogues et les crimes contre le personnel des Nations Unies. Il s'agit des crimes les plus préoccupants pour la communauté internationale et ce sont ces crimes que l'obligation doit viser.

27. L'obligation est unique, mais il s'agit d'une obligation alternative. La question se pose de savoir si l'État peut exécuter son obligation dans tous les cas, y compris pour les infractions autres que celles qui préoccupent la communauté internationale. L'extradition est soumise à certaines conditions, y compris à la fourniture de garanties quant au respect des droits de l'homme et de l'intégrité physique de l'accusé et à la preuve de son comportement criminel. M. Rodríguez Cedeño appelle à cet égard l'attention du Rapporteur spécial sur une affaire latino-américaine récente, celle de l'extradition de Luis Posada Carriles, qualifié de terroriste et accusé d'avoir abattu un avion cubain en 1976. L'accusé est actuellement détenu aux États-Unis, mais le Venezuela et Cuba ont demandé son extradition. Ce qui est intéressant, c'est que les États-Unis l'ont accusé non de terrorisme mais d'infractions à la législation sur l'immigration.

28. Il faut tenir compte d'autres aspects de la question lorsque l'on identifie l'obligation, comme la double nationalité et l'interdiction de l'extradition des nationaux. L'obligation de poursuivre un suspect soulève des questions également complexes. Un tribunal peut exercer une compétence matérielle, personnelle, territoriale et temporelle. Si l'infraction en cause n'est pas un crime international, elle peut n'être pas qualifiée dans le droit interne de l'État qui a arrêté l'individu ou l'a placé en détention. L'individu accusé d'avoir commis une infraction peut également ne pas être assujéti au droit interne; et des questions temporelles peuvent aussi se poser.

29. Si un État n'est pas en mesure d'extrader parce qu'il ne satisfait pas aux conditions requises et n'est pas non plus en mesure de poursuivre la personne concernée, commet-il une violation de l'obligation d'extrader ou de poursuivre? Pour répondre à cette question, il faut aussi examiner avec soin la nature de l'obligation. S'agit-il d'une obligation de résultats, dont l'exécution s'impose inexorablement à l'État, ou d'une obligation de comportement, qui exige de l'État qu'il fasse tout son possible pour extrader ou poursuivre l'individu concerné?

30. Une troisième solution a également été évoquée, à savoir la remise de l'individu à une juridiction pénale internationale comme la Cour pénale internationale. Il s'agit cependant d'une remise, et non d'une extradition au sens strict. Comme indiqué au paragraphe 54 du rapport, la compétence de la Cour pénale internationale est complémentaire par rapport à la compétence nationale, et il ne s'agit pas d'une option. Cette complémentarité est un aspect fondamental de la compétence de la Cour, qui lui permet de l'exercer lorsqu'un État ne peut pas ou ne veut pas exercer la sienne.

31. En conclusion, M. Rodríguez Cedeño rappelle que le sujet est extrêmement complexe et que sa portée doit être strictement délimitée. Le Rapporteur spécial semble aller dans la bonne direction. La Commission ne devrait pas s'aventurer trop avant dans le domaine du droit pénal international; sa première tâche doit être de définir l'obligation, sa portée, son objet et sa nature, ainsi que les dérogations. Il adresse au Rapporteur spécial ses meilleurs vœux de succès dans cette entreprise.

32. M. GAJA dit que le très utile rapport préliminaire du Rapporteur spécial constitue un excellent point de départ pour l'examen du sujet, en ce qu'il soulève un certain nombre de questions qui sont directement ou indirectement liées à l'obligation d'extrader ou de poursuivre. Le plan d'action préliminaire présenté dans le rapport aborde 10 points qui couvrent une bonne partie du sujet. Il indique que parmi les nombreuses questions soulevées dans le rapport, il ne visera au stade actuel qu'à recenser celles que la Commission devra étudier dans le cadre de l'examen du sujet.

33. M. Gaja souscrit à la proposition du Rapporteur spécial tendant à ce qu'une analyse comparative exhaustive des sources conventionnelles des obligations d'extrader ou de poursuivre soit effectuée, même si les conditions et éléments de ces obligations sont dans une large mesure comparables. La Convention de Montréal pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile pourrait servir d'exemple s'agissant des problèmes liés aux obligations conventionnelles d'extrader ou de poursuivre. Au paragraphe 1 de son article 5, cette convention oblige les États contractants à «prendre les mesures nécessaires pour établir» leur compétence pour connaître des infractions, notamment l'État sur le territoire duquel l'infraction a été commise et l'État où l'aéronef est immatriculé. Dans l'affaire *Lockerbie*, par exemple, ces États étaient, respectivement, le Royaume-Uni et les États-Unis. La Convention identifie ensuite un autre État qui est tenu d'exercer sa compétence: l'État sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé de l'infraction dans le cas où «ledit État ne l'extrade pas ... vers l'un des États visés» au paragraphe précédent. Ainsi, un État autre que ceux visés au paragraphe 1 de l'article 5 mais sur le territoire duquel l'auteur présumé de l'infraction est présent n'est tenu que d'une obligation subsidiaire qui est conditionnée par l'absence d'extradition vers l'un des États ayant compétence en priorité.

34. Une obligation d'extrader peut naître du jeu combiné des dispositions du traité concernant l'infraction en question – en l'espèce la Convention de Montréal – et d'autres obligations conventionnelles relatives à

l'extradition entre les États concernés. L'extradition peut aussi être pratiquée en l'absence d'un traité. L'existence d'une obligation d'extrader est principalement fonction des traités existant entre les parties et des circonstances de l'espèce.

35. Un certain nombre de questions importantes concernant l'extradition ont été soulevées, par exemple: quelles preuves sont requises pour accepter l'extradition et quel est l'effet du risque d'atteinte aux droits de l'homme dans l'État de destination? Il y a néanmoins des questions de caractère plus général, qui se posent aussi en l'absence d'obligation d'exercer la compétence sur la base d'une clause conventionnelle prévoyant l'extradition ou l'engagement de poursuites. Si l'on étudie ces questions, la portée du sujet s'étendra à de nombreuses questions liées à l'extradition, qu'elles affectent ou non l'obligation de poursuivre.

36. Ce qui est spécifique au sujet est qu'en l'absence d'extradition, une obligation de poursuivre prend naissance. Ceci soulève une première série de questions quant à la condition dont la réalisation fait naître l'obligation. L'extradition présuppose qu'un État la demande ou, plus rarement, accepte que l'auteur présumé de l'infraction soit transféré sur son territoire. Si aucun des États ayant compétence prioritaire ne demande ou n'accepte l'extradition, la question se pose de savoir si l'obligation de poursuivre prend effet. On peut répondre par l'affirmative, afin que l'infraction ne demeure pas impunie. Mais il s'agit d'une question d'interprétation du traité en cause. La Commission ne peut donner que des directives générales pour l'interprétation des dispositions conventionnelles touchant le droit pénal international.

37. À supposer que l'obligation de poursuivre ait pris naissance et que l'État sur le territoire duquel l'auteur présumé de l'infraction est présent soit tenu de poursuivre, cette obligation implique nécessairement l'exercice de sa compétence pénale par l'État territorial, qui peut déjà être ou ne pas être compétent pour connaître de l'infraction en vertu du droit international général. Il sera assurément compétent au regard du traité, et il sera même tenu d'exercer cette compétence. Si le seul lien avec le crime est la présence de son auteur présumé, on peut parler d'exercice de la compétence universelle. À l'évidence, cet exercice sera licite vis-à-vis des autres parties au traité, mais on peut se demander s'il serait licite au regard des États qui ne sont pas parties au traité. C'est là que le sujet à l'examen soulève la question de l'existence en droit international général d'une compétence universelle pour connaître de l'infraction. Toutefois, là encore, une question générale se pose, dont l'étude serait plus justifiée dans un autre contexte, à savoir celle de l'universalité de la compétence pénale – une option examinée, puis écartée, par le Groupe de planification à la session précédente.

38. S'agissant du contenu de l'obligation, en général les traités décrivent en quoi consiste l'obligation de poursuivre. De nombreux problèmes peuvent néanmoins se poser, par exemple en ce qui concerne l'absence éventuelle de preuve aux fins des poursuites entre les mains de l'État sur le territoire duquel l'auteur présumé de l'infraction est présent. Là encore, la Commission pourrait fournir des directives pour l'interprétation des divers traités. Si, par

exemple, comme la Jamahiriya arabe libyenne l'a soutenu dans l'affaire *Lockerbie*, les preuves nécessaires n'ont pas été fournies à l'État, comment peut-on attendre de celui-ci qu'il poursuive les suspects?

39. Les traités prévoyant une obligation d'extrader ou de poursuivre comportent des lacunes que la Commission devrait examiner. L'une concerne l'exécution des peines prononcées par l'État: les traités en question ne vont pas au-delà du stade des poursuites et, éventuellement, du prononcé de la peine. Une autre lacune est l'absence de mécanisme de surveillance de la manière dont l'obligation de poursuivre est exécutée. Il va sans dire que des obligations supplémentaires dans ces domaines donneraient plus de poids à l'obligation de poursuivre ou d'extrader, et des propositions pourraient être faites à cette fin.

40. Faisant observer qu'il a jusqu'ici envisagé les obligations d'extrader ou de poursuivre prévues par plusieurs traités spécifiques, M. Gaja estime qu'il faudrait assurément aussi se demander, dans l'étude du sujet, s'il existe des obligations comparables en droit international général, et, dans l'affirmative, pour quelles infractions. La question n'est pas de savoir s'il existe une obligation pour les États d'exercer l'action pénale pour certaines infractions, une obligation d'exercer une compétence pénale qui peut être ou ne pas être universelle. Une obligation d'extrader ou de poursuivre en vertu d'une règle coutumière devra reposer sur un système à deux niveaux comparable à celui prévu dans les traités: en d'autres termes, un système dans le cadre duquel certains États se voient accorder une compétence prioritaire et d'autres sont tenus d'exercer leur compétence si l'auteur présumé de l'infraction n'est pas extradé vers un État ayant compétence prioritaire.

41. Qu'un tel système découle déjà ou non de l'application du droit international général, il serait intéressant d'examiner s'il est possible de l'énoncer dans le cadre du développement progressif. L'alinéa *d* du paragraphe 3 de la résolution sur la compétence pénale universelle pour connaître du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre adoptée en 2005 par l'Institut de droit international à sa session de Cracovie, contient une proposition que la Commission devrait prendre en considération, à savoir:

Dans la mesure où il se fonde uniquement sur la compétence universelle, l'État détenant un suspect devrait envisager avec toute l'attention requise de donner, le cas échéant, suite à une demande d'extradition qui lui est adressée par un État ayant un lien significatif, tel que principalement la territorialité ou la nationalité, avec le crime, le suspect ou la victime, pour autant que ce dernier État soit clairement capable de le poursuivre et en ait la volonté.³³⁷

42. En résumé, la Commission ne devrait étudier que les questions concernant directement l'obligation d'extrader ou de poursuivre. Elle pourrait élaborer une série de directives sur l'interprétation des traités de droit pénal international qui énoncent cette obligation, faire des propositions en ce qui concerne les principales lacunes des traités contenant de telles clauses, en particulier pour ce qui est de l'exécution, et envisager la question

d'une obligation d'extrader ou de poursuivre en dehors de l'application des traités existants dans le cadre du développement progressif. Si la Commission préfère élargir l'étude à des domaines qui ne sont pas directement liés à l'obligation d'extrader ou de poursuivre, comme l'extradition ou la compétence universelle, le titre du sujet devrait être modifié en conséquence.

43. M. Sreenivasa RAO dit que, bien que ce soit à bon droit que M. Gaja affirme que les traités ne règlent pas toutes les questions touchant l'extradition et les poursuites, les lacunes apparentes font l'objet de règles en droit interne et dans la pratique de l'État concerné: d'où l'importance d'harmoniser les droits internes.

44. M. YAMADA félicite le Rapporteur spécial pour son excellent rapport préliminaire. L'apparition d'une obligation d'extrader ou de poursuivre dans le droit conventionnel depuis 1970 vient de ce que la communauté internationale a décidé de réprimer, dans le cadre de la coopération internationale, certaines catégories d'infractions graves en obligeant les États à punir ces infractions de peines sévères. Pour que les auteurs d'infractions ne puissent trouver refuge nulle part, elle a mis en place un réseau qui permet d'essayer de punir les auteurs de crimes où qu'ils se trouvent. L'instrument procédural de ce réseau est l'obligation d'extrader ou de poursuivre.

45. Il découle de ce qui précède que les infractions ou crimes concernés doivent se limiter à ceux qui, pour la communauté internationale, doivent être réprimés dans le cadre de la coopération internationale. C'est pourquoi M. Yamada est réservé s'agissant d'élargir la portée du sujet à des infractions de droit commun réprimées par le droit interne. Ces infractions pourraient être retenues si la Commission examinait seulement l'extradition mais elle ne peut l'être lorsqu'elle examine comme en l'occurrence un régime dans le cadre duquel extradition et poursuites forment un tout.

46. Le Rapporteur spécial a sollicité des opinions sur le lien existant entre compétence universelle et obligation d'extrader ou de poursuivre. À première vue, un État sera tenu d'établir sa compétence universelle tant pour l'extradition que pour les poursuites. Le lien doit donc être étudié plus avant.

47. L'article 9 du projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, adopté par la Commission de 1996, dispose que «L'État partie... extrade ou poursuit...»³³⁸ Il existe donc manifestement une obligation de poursuivre. D'autre part, comme le Rapporteur spécial le souligne au paragraphe 16 de son rapport, la première des conventions sectorielles contre le terrorisme énonce l'obligation d'extrader ou de poursuivre de manière plus prudente s'agissant des poursuites. L'article 7 de la Convention de La Haye pour la répression de la capture illicite d'aéronefs dispose: «L'État contractant... soumet l'affaire... à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale.» Il y a obligation de soumettre l'affaire pour l'exercice de l'action pénale, mais il n'y a pas d'obligation de poursuivre. Cette formula-

³³⁷ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 71, t. 2, session de Cracovie (2005), Paris, Pedone, 2006, résolution III, p. 296.

³³⁸ *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), p. 32.

tion a été adoptée dans de très nombreuses conventions conclues ultérieurement.

48. Ayant participé à la négociation de la Convention de La Haye de 1970, qui a fait suite à la Convention de Tokyo de 1963 relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs, M. Yamada souhaiterait évoquer les travaux préparatoires de cette formulation. Le 31 mars 1970, alors que le projet de Convention de La Haye était en train d'être établi, un vol intérieur de la compagnie Japan Airlines fut détourné vers Pyongyang par neuf membres de l'«Armée rouge japonaise». La République démocratique populaire de Corée renvoya immédiatement l'équipage et l'appareil au Japon, mais elle accorda l'asile aux auteurs du détournement. Quatre d'entre eux sont toujours dans ce pays, trois autres sont décédés depuis. Deux ont été arrêtés et jugés au Japon, où ils étaient revenus secrètement, et ils y exécutent actuellement leur peine. En raison de cet incident, les préparatifs en vue de la nouvelle convention avaient été accélérés et une conférence diplomatique convoquée à la hâte à La Haye, présidée par M. Willem Riphagen, qui devait par la suite devenir membre de la Commission et l'un de ses rapporteurs spéciaux chargé de la responsabilité de l'État.

49. L'article 7 a été négocié à La Haye. De nombreux gouvernements ont eu du mal à accepter l'obligation de poursuivre parce que l'indépendance des poursuites était un principe cardinal de leur système pénal interne. Le Gouvernement des États-Unis pouvait accepter l'obligation de porter l'infraction de détournement d'aéronefs devant un grand jury, mais c'était à ce dernier de décider d'engager ou non des poursuites. Au Japon, où les poursuites pénales reposent sur le système de droit continental, les autorités ne peuvent que donner pour instruction à la police de saisir le bureau du procureur, qui décide en dernier ressort d'engager ou non des poursuites. Les systèmes procéduraux peuvent être différents, mais les pays du *common law* et les autres pays européens ont connu le même problème. C'est ce qui explique la formulation plutôt faible retenue à l'article 7 en ce qui concerne les poursuites. M. Yamada croit comprendre que ce principe fondamental demeure inchangé dans la législation interne des grands systèmes de droit, mais il pense qu'il serait utile que le Rapporteur spécial étudie cette question.

50. L'extradition exige que des procédures élaborées soient menées à bien. En pratique, il est fréquent que des auteurs d'infraction soient remis à l'État requérant dans le cadre d'une procédure moins lourde, l'expulsion. Cette pratique pourrait peut-être être étudiée par la Commission. Une telle étude indiquerait peut-être que l'obligation d'extrader ou de poursuivre ne joue qu'un rôle relatif dans la répression des crimes internationaux.

51. Moyennant ces observations, M. Yamada appuie le plan préliminaire proposé par le Rapporteur spécial au paragraphe 61 de son rapport.

52. M. DAOUDI dit que le rapport préliminaire sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre traite avec prudence mais exhaustivité d'un sujet difficile et délicat. Il partage tout à fait l'opinion de M. Momtaz et de M. Sreenivasa Rao, à savoir qu'il est essentiel d'axer les travaux sur la finalité du sujet, qui est de réduire au

minimum les cas d'impunité. La règle «extrader ou poursuivre» est liée à d'autres règles du droit international, conventionnel et coutumier. Il ne peut s'agir d'une règle coutumière, car si tel était le cas les États seraient tenus d'extrader quiconque est accusé d'avoir commis un crime quelconque, qu'il existe ou non un traité d'extradition. Mais cela est loin d'être le cas dans la pratique internationale. Il ne s'agit pas non plus d'un principe général du droit au sens de l'Article 38 du Statut de la CIJ, parce qu'il n'est pas inscrit dans la législation nationale de tous les États ni même de la majorité d'entre eux.

53. En réalité, l'existence d'une telle obligation est toujours associée à l'existence d'une norme conventionnelle ou coutumière internationale qualifiant certaines infractions, par exemple de crimes contre la paix, de crimes de droit international ou de crimes de guerre. C'est ainsi qu'il faut comprendre la référence à la coutume dans les opinions dissidentes de cinq membres de la CIJ dans les deux affaires *Lockerbie* citées au paragraphe 55 du rapport. Ce qui relève de la coutume dans ces affaires c'est la règle énoncée dans la Convention de Montréal de 1971 pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, qui incrimine toute atteinte à la sécurité de l'aviation civile.

54. Ces crimes doivent donc être classifiés et une distinction faite entre ceux auxquels le principe «extrader ou poursuivre» est associé et ceux pour lesquels la compétence universelle a été établie afin que les accusés soient jugés par des tribunaux internationaux, ou par l'État sous l'autorité duquel ils se trouvent.

55. M. Daoudi pense avec M^{me} Escarameia qu'il faut aussi songer aux droits de l'homme lorsqu'on étudie le sujet, car il est essentiel de veiller à ce que le choix entre extrader et poursuivre postule la capacité de l'État de garantir le respect par ses tribunaux des droits fondamentaux de l'accusé à un procès équitable.

56. Comme l'ont fait observer d'autres membres, il existe actuellement une tendance à traduire les responsables gouvernementaux accusés de crimes internationaux devant des juridictions spéciales. Ceci soulève la question de l'immunité des chefs d'État ou de gouvernement, des ministres des affaires étrangères et d'autres responsables gouvernementaux. En 2002, la CIJ a jugé que le Ministre des affaires étrangères de la République démocratique du Congo était exempt de la juridiction pénale (*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*). Il serait donc judicieux de se demander si les hauts responsables gouvernementaux jouissent également d'une telle immunité lorsque les poursuites sont fondées sur des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité au titre du Chapitre VII de la Charte. Le Rapporteur spécial devrait étudier cette question délicate.

57. Le Rapporteur spécial devrait également se pencher sur la pratique internationale moderne pour déterminer quelles sont les règles juridiques que la communauté internationale serait prête à approuver et à suivre, que ce soit en tant que normes contraignantes ou comme instrument de *soft law*. Il est toutefois trop tôt pour décider de la forme que devra prendre le résultat final de l'étude de la Commission.

58. M. PELLET dit qu'il hésite quelque peu à prendre la parole sur le rapport préliminaire du Rapporteur spécial, non parce que ce rapport porte sur un sujet important et stimulant avec lequel il n'est pas très familier, mais parce qu'il est difficile de formuler des observations générales ou de fond sur un rapport qui est effectivement très préliminaire et n'envisage que certains des problèmes, et peut-être pas les plus importants, que pose ce sujet difficile.

59. Les observations préliminaires du Rapporteur spécial sur le sujet, faites devant le Groupe de travail sur le programme de travail à long terme et annexées au rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-sixième session³³⁹, sont à la base du rapport préliminaire, même si les réflexions du Rapporteur spécial ne semblent pas avoir beaucoup progressé à partir de ce qui semblait un très bon point de départ. Le rapport pose les mêmes questions sans essayer de les résoudre – mais ce n'était pas le propos du Rapporteur spécial – et souffre des mêmes lacunes.

60. L'une des principales différences entre les deux documents est l'importance que le Rapporteur spécial a accordée dans son rapport à la compétence universelle et à la relation de celle-ci avec le principe *aut dedere aut judicare*. S'il n'est pas douteux que les deux notions sont liées, M. Pellet pense avec M. Kamto que ce lien n'est pas clairement illustré dans le rapport. Les deux notions ne sont pas sur le même plan: la compétence universelle se situe sur un niveau plus élevé que *aut dedere aut judicare*. C'est l'une des nombreuses raisons, et probablement pas l'une des plus importantes, qui permet à l'État du for d'établir sa compétence pénale indépendamment des chefs de compétences traditionnels comme la nationalité, la territorialité ou parfois même des considérations de service public. En d'autres termes, lorsqu'une infraction est commise sur le territoire d'un État étranger, l'État sur le territoire duquel le suspect se trouve lui-même – l'État du for – a le droit de juger cette personne, même s'il n'y a aucun lien entre cet État et l'intéressé ou la victime de celui-ci. C'est la définition la plus logique et réaliste de la compétence universelle. On peut noter en passant que selon une conception extrême et, pour M. Pellet, erronée de la compétence universelle, tout État pourrait même dans certains cas juger les auteurs de certaines infractions en leur absence, un exemple étant donné par la loi belge du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949 et aux Protocoles I et II du 8 juin 1977 additionnels à ces conventions³⁴⁰, avant qu'heureusement l'arrêt de 2002 de la CIJ dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)* y mette enfin bon ordre, quelque déplorable qu'ait été cet arrêt pour d'autres raisons.

61. Il est malheureux que la Commission ait choisi (un choix sur lequel M. Pellet dit qu'il reviendra) d'inscrire le principe ou l'obligation *aut dedere aut judicare* et non celui de la compétence universelle à son ordre du jour, un sujet qui est plus facile à définir,

plus actuel et probablement plus important. Ceci ne justifie pas néanmoins que la Commission mélange les deux sujets. La décision a été prise d'étudier l'un et non l'autre, et il est important de s'en tenir à ce choix. En dernière analyse, il serait plus sage de considérer que la compétence universelle, qui n'est qu'une des bases de compétence possibles pour l'État en matière pénale, n'a pas plus de titre à faire partie du sujet que tous les autres titres de compétence, qu'il s'agisse des traités ou des règles coutumières.

62. Plus généralement, M. Pellet estime que le sujet à l'examen comporte des risques formidables, et que si la Commission n'y prend pas garde, elle risque d'être en présence d'un sujet attrape-tout qui la conduirait à essayer de codifier ou, pire, «développer progressivement», tous les sujets à la mode que comporte le droit pénal international. Il est essentiel de ne pas céder à cette tentation, car sinon le Rapporteur spécial deviendra le Francisco García Amador³⁴¹ du sujet de la responsabilité pénale de l'individu en droit international. Comme cet autre Rapporteur spécial, M. Galicki risque de s'attaquer, avec courage et talent, à des problèmes très divers et controversés, ce qui ne mènerait nulle part. La Commission se retrouverait finalement dans une impasse et devrait abandonner l'idée d'une codification. Pour citer un exemple, à la séance précédente, M. Dugard a mis en garde le Rapporteur spécial contre les errements de la CIJ en matière de terrorisme et d'immunité des gouvernants et l'a invité à corriger l'arrêt dit *Yerodia* dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*. M. Pellet est en gros d'accord avec M. Dugard, bien qu'il en tire personnellement des conclusions complètement différentes pour le sujet à l'examen. À la différence de M. Dugard, il estime essentiel de ne pas utiliser la codification d'*aut dedere aut judicare* comme prétexte pour lancer une attaque, en vaillant Don Quichotte, contre les normes de fond applicables au terrorisme, à la torture et à l'immunité des gouvernants. Pour M. Pellet, le titre du sujet n'a pas à être modifié, comme certains l'ont proposé. Au contraire, la Commission doit se limiter strictement au sujet, étant entendu qu'elle doit décider laquelle, des notions d'«obligation» ou de «principe», est celle qui convient le mieux.

63. L'une des premières choses que devrait faire le Rapporteur spécial devrait être d'expliquer le plus clairement possible quelles questions il n'examinera pas. Les candidates à l'exclusion sont extrêmement nombreuses. En particulier, le Rapporteur spécial ne devrait pas s'intéresser à l'origine des infractions internationales qui peuvent donner lieu à l'application du principe *aut dedere aut judicare*. Tout comme la codification du droit de la responsabilité n'a pu décoller que grâce à la brillante intuition d'Ago qu'il fallait s'en tenir aux règles secondaires relatives aux faits internationalement illicites des États sans se pencher sur le contenu de ces faits³⁴², de la même manière le Rapporteur spécial devrait réinventer une théorie des règles secondaires ou générales ou adapter, aux fins de son sujet, celles sur lesquelles la Commission

³³⁹ *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), document A/59/10, annexe, p. 131.

³⁴⁰ *Moniteur belge*, n° 156, 5 août 1993, p. 17751.

³⁴¹ Premier Rapporteur spécial de la Commission sur le sujet de la responsabilité des États (1956-1961).

³⁴² *Annuaire... 1970*, vol. II, document A/CN.4/233, p. 189, par. 9 à 11, et p. 191, par. 24.

s'est fondée pour codifier le droit de la responsabilité. Peut-être est-ce ce que le Rapporteur spécial a en tête lorsque, à l'alinéa *e* du point 9 de son plan préliminaire, figurant au paragraphe 61 de son rapport, il envisage d'accorder une attention particulière à la position de l'obligation en question dans la hiérarchie des normes de droit international en distinguant entre règles secondaires et règles primaires.

64. M. Pellet souhaite faire trois observations à cet égard. Premièrement, il ne voit pas pourquoi il s'agirait d'une question de hiérarchie: des règles secondaires ne sont pas hiérarchiquement supérieures ou inférieures à des règles primaires; elles sont de nature différente. Deuxièmement, ces questions ne devraient pas être envisagées à la fin d'une étude, comme cela semble être l'intention du Rapporteur spécial. Au contraire, il s'agit d'une question initiale de la plus haute priorité. Troisièmement, pour les raisons susmentionnées, il est parfaitement clair que l'on devrait s'attacher exclusivement à codifier des règles secondaires, non des règles primaires. Ceci ne signifie pas que le matériau dont le Rapporteur spécial et la Commission devront s'inspirer doit demeurer abstrait, et M. Pellet approuve le choix des informations que le Rapporteur spécial se propose de solliciter, comme indiqué au paragraphe 60, outre la référence à la compétence universelle à l'alinéa *e*. Une fois ces informations réunies et analysées, la Commission doit en tirer des principes généraux applicables en toutes circonstances, en prenant soin de ne pas être indûment précise en définissant l'origine et la portée de l'obligation d'extrader ou de poursuivre infraction par infraction ou crime par crime. M. Pellet n'est pas d'accord avec M. Rodríguez Cedeño sur ce point. Cela dit, la Commission devra peut-être distinguer, à des fins particulières, entre les divers crimes en question à l'un ou l'autre des deux principaux niveaux de l'étude qui sont: l'existence ou la non-existence d'une obligation et, une fois que l'on a déterminé s'il y a ou s'il n'y a pas une obligation d'extrader ou de poursuivre, les modalités d'application du principe, sur lesquelles M. Sreenivasa Rao et M. Daoudi ont fait un certain nombre d'observations intéressantes, bien que M. Pellet ne soit pas 100 % d'accord avec eux.

65. À la séance précédente, M. Melescanu a lancé un débat utile et intéressant sur la question de savoir si la Commission doit parler d'un principe ou d'une obligation d'extrader ou de poursuivre. Il n'y a pas de réponse univoque à cette question. Il est indiscutable que lorsqu'un traité le prévoit, c'est d'obligation qu'il faut parler. Mais rien n'exclut qu'il puisse en aller ainsi également en l'absence de traité, par exemple dans le cas de la compétence universelle ou des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité – dont, curieusement, nul n'a parlé en tant que tels – ou des crimes commis dans le cadre de violations graves, par des États, d'obligations découlant de normes impératives du droit international général. De nombreux membres ont des idées très arrêtées sur la question. M. Pellet dit qu'il envie leur certitude mais ne la partage pas. Pour lui, la Commission ne dispose pas des données nécessaires pour prendre une décision sur cette question fondamentale au stade actuel. Le Rapporteur spécial fournira à n'en pas douter les informations en question dans un rapport ultérieur.

66. À la différence de M. Melescanu, M. Pellet n'est pas convaincu de la logique impeccable du raisonnement de M. Kolodkin en ce qui concerne la relation entre les traités et le droit coutumier. À l'évidence, certains traités font obligation aux parties d'extrader ou de poursuivre, mais aucun traité ne codifie ou ne spécifie les conditions générales de la mise en œuvre de cette obligation. La Commission se trouve dans une situation qui n'est pas très différente de celle à laquelle elle a dû faire face en ce qui concerne la clause de la nation la plus favorisée. De nombreux traités comportent une telle clause. Au moyen de documents de base, la Commission s'est efforcée, dans des projets d'article auxquels elle serait bien avisée de se reporter, de dégager un cadre général pour le principe lui-même. De même, au paragraphe 41 du rapport, le Rapporteur spécial semble faire sienne l'opinion des auteurs qui considèrent que le fait que de nombreux traités comprennent la clause *aut dedere aut judicare* est une preuve que cette clause est une norme coutumière. Toutefois, ces clauses sont très diverses et il est donc difficile de suivre ce raisonnement. De fait, on pourrait tout aussi bien dire que puisque les États font figurer une telle clause dans des traités, le principe n'est pas une norme coutumière. Quoiqu'il en soit, M. Pellet insiste sur le parallèle avec le projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée³⁴³, l'entreprise la plus proche de l'étude à l'examen – ce qui, certes, n'est pas nécessairement de bon augure, étant donné le sort qu'a connu ce projet jusqu'alors³⁴⁴.

67. Une fois que la Commission a déterminé quels sont les principes généraux qui permettent de parler soit d'une obligation soit d'un principe non obligatoire, la question se posera de la mise en œuvre du principe. Toutefois, qu'il y ait ou non une obligation d'extrader ou de poursuivre, certains problèmes se présentent de la même manière. Si un État n'est pas tenu d'une telle obligation mais doit décider s'il peut extrader ou punir, y a-t-il des obstacles juridiques, en particulier en ce qui concerne la nationalité? Cette question n'est pratiquement pas abordée dans le rapport, bien qu'elle ait été, heureusement, soulevée par plusieurs membres.

68. À cet égard, M. Pellet n'est pas d'accord avec l'approche méthodologique adoptée par M. Melescanu, qui, à la séance précédente, a axé ses observations sur les problèmes que peuvent poser la double nationalité et la pluralité de nationalités. Si de tels problèmes se posent effectivement, ils sont d'une importance secondaire par rapport à la question beaucoup plus importante de savoir s'il existe une règle du droit international général qui interdit à un État d'extrader un de ses nationaux, ou une autre règle qui autorise un État à refuser de le faire. Dans le cadre du présent sujet, il serait suffisant de répondre à cette question fondamentale, et il serait préférable, s'agissant de la double nationalité ou de la pluralité de nationalités, de renvoyer aux règles générales applicables dans ce domaine. Il est important de ne pas céder à la tentation de traiter les nombreuses règles collatérales qui sont liées au sujet d'une manière ou d'une autre sans en

³⁴³ *Annuaire...* 1978, vol. II (2^e partie), p. 19.

³⁴⁴ Voir la décision 46/416 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 1991.

faire nécessairement partie. La Commission doit aller à l'essentiel, faute de quoi elle connaîtra le sort de M. García Amador.

69. Une autre question qu'il faut aborder mais sur laquelle le rapport préliminaire garde un silence surprenant ou peut-être prudent, bien qu'elle ait été soulevée dans l'étude de 2004³⁴⁵, est celle de l'impact de la prolifération des juridictions pénales internationales sur l'obligation ou le principe *aut dedere aut judicare*, au sujet de laquelle M. Melescanu et M. Kamto ont fait des observations intéressantes. M. Melescanu a fait valoir que la possibilité de transférer la personne accusée d'un crime international à une juridiction pénale internationale constitue une exception au principe *aut dedere aut judicare* plutôt qu'un nouvel aspect de cette alternative. Pour M. Pellet, une réponse plus nuancée est nécessaire. Si, comme c'est le cas avec la Cour pénale internationale, la compétence pénale internationale est seulement supplétive, il ne s'agit alors pas d'une exception, mais d'une alternative. Si, au contraire, la compétence de la juridiction internationale prévaut, comme dans le cas de tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, alors c'est une exception, ou une «circonstance excluant l'application de la règle», du moins lorsque certaines conditions sont remplies.

70. M. Pellet déclare en conclusion que ces pistes de réflexion, que d'autres ont ouvertes avant lui, sont au moins aussi importantes, sinon plus, que celles envisagées dans le plan d'action préliminaire figurant au paragraphe 61 du rapport. Il souhaite au Rapporteur spécial bonne chance dans l'étude de ce sujet utile mais complexe et le met en garde contre la maladie à laquelle M. García Amador a succombé.

71. M. CANDIOTI souscrit à la mise en garde que vient de lancer M. Pellet contre ce qu'on pourrait peut-être appeler le «virus» ou le «syndrome» García Amador: la Commission, qui en est de plus en plus infectée, a parlé d'extradition, d'impunité, d'immunité et de compétence universelle, mais rarement de l'obligation d'extrader ou de poursuivre, qui est une obligation très simple. Ce n'est pas qu'il y ait une obligation d'extrader et une autre de poursuivre. L'obligation *aut dedere aut judicare* figurant dans les traités au sens classique est l'obligation de poursuivre lorsqu'il n'y a pas eu extradition. Il ne s'agit pas d'une obligation alternative mais d'une obligation conditionnelle. Si la Commission ne part pas de là, elle risque réellement de tomber dans le piège García Amador. La Commission doit d'abord décrire l'obligation au sens traditionnel, à savoir en disant que si un État qui est tenu d'extrader ne le fait pas, il doit engager des poursuites du chef de certains crimes, mais pas tous. La seconde limitation importante concerne les infractions visées, et M. Candiotti est d'accord avec ceux qui souhaiteraient que le premier chapitre vise les crimes affectant la communauté internationale dans son ensemble, à savoir les violations graves envisagées dans le projet d'articles de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite³⁴⁶.

Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international (A/CN.4/560, sect. H, A/CN.4/L.682 et Corr.1 et Add.1³⁴⁷, et A/CN.4/L.702)

[Point 11 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU GROUPE D'ÉTUDE

72. M. KOSKENNIEMI (Président du Groupe d'étude), présentant le rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international (A/CN.4/L.702), dit qu'il va commencer par dire quelques mots de la structure de l'étude et de ses diverses parties, de la relation entre ces dernières et du point de vue à partir duquel le Groupe d'étude a décidé de traiter le sujet. Il résumera ensuite brièvement le contenu du gros document de fond (A/CN.4/L.682 et Corr.1). La troisième partie de sa présentation portera sur le document A/CN.4/L.702, qui contient les 42 conclusions que le Groupe d'étude a adoptées au cours de ses travaux, et qui sont fondées sur le document A/CN.4/L.682/Add.1 qui lui a été soumis à cette fin. Enfin, il dira quelques mots de ce que le Groupe d'étude conseille à la Commission de faire, en ayant à l'esprit que cette dernière n'a pas abordé le sujet de la fragmentation de la manière habituelle et que des discussions sur la manière de procéder seraient utiles.

73. L'aspect des travaux qui a été le plus déroutant pour les observateurs extérieurs a été la relation entre les deux documents établis à l'issue des travaux du Groupe d'étude. Le fait qu'il y ait deux documents a été discuté durant la cinquante-septième session, et la Commission a approuvé la proposition du Groupe d'étude tendant à ce que deux documents – une «étude analytique relativement longue» et «un ensemble condensé de conclusions» – soient établis, comme expliqué au paragraphe 2 du document A/CN.4/L.702.

74. En un sens, le document le plus court est un résumé de l'autre. Il a été adopté mot à mot par le Groupe d'étude, alors que c'est le Président de ce dernier lui-même qui a établi le plus gros document, qui est une étude de fond, faite à l'aide des rapports individuels des membres du Groupe d'étude. L'étude de fond a servi de base pour établir le document le plus court, et doit être considéré comme une annexe à ce dernier.

75. La section présentant l'historique du rapport montre que le Groupe d'étude a pris pour point de départ l'idée que la fragmentation correspond à l'évolution naturelle de tendances qui existent depuis longtemps en droit international. Il envisage la fragmentation comme résultant de la différenciation fonctionnelle de divers aspects de la coopération internationale et de l'autonomie, de la professionnalisation et de l'institutionnalisation croissantes de domaines comme le droit des droits de l'homme, le droit commercial, le droit de la mer et le droit pénal international. Il faut donc considérer la fragmentation non comme un problème technique mais comme une caractéristique de l'expansion et de la diversification du droit international – sa pénétration dans de nouveaux domaines

³⁴⁵ *Annuaire...* 2004, vol. II (2^e partie), document A/59/10, annexe, p. 131.

³⁴⁶ *Annuaire...* 2001, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26, par. 76.

³⁴⁷ Reprographié, disponible sur le site de la Commission. Reproduit dans l'*Annuaire...* 2006, vol. II (1^{re} partie), annexe.

de la vie internationale – reflétant une évolution au niveau interne. Bien que la fragmentation soit pour une large part un phénomène positif, le Groupe d'étude a reconnu qu'elle crée à l'occasion des problèmes dans la pratique juridique. De fait, c'est pour cette raison que le sujet a été inscrit à l'ordre du jour de l'Assemblée générale et, ultérieurement, à celui de la Commission. La tâche du Groupe d'étude a consisté à voir comment on pouvait atténuer ces problèmes. Dans le même temps, ces problèmes ne sont pas cruciaux pour l'ordre international, et, comme le Groupe d'étude s'est efforcé de l'établir, ils peuvent être traités au moyen de techniques, de mécanismes, d'arguments et de pratiques qui existent depuis longtemps en droit international.

76. Il convient de souligner que le Groupe d'étude s'est intéressé non à la fragmentation institutionnelle mais à la fragmentation quant au fond du droit. Il n'a pas essayé de déterminer quelles institutions devaient être compétentes pour connaître de quels types de problèmes, pas plus qu'il n'a examiné la question de la prolifération institutionnelle ou des problèmes que pourrait poser la duplication. Il a ainsi pu envisager la fragmentation dans la perspective des conflits de normes. La question sur laquelle reposent les deux documents dont est saisie la Commission est celle de savoir comment aborder les conflits de normes – y compris les conflits entre des normes individuelles, entre des normes et des principes, entre des traités, entre des traités et normes coutumières ou entre des régimes ou des aspects du droit international, comme le droit des droits de l'homme et le droit commercial – lorsque ces conflits apparaissent. À cet égard, le Groupe de travail s'est efforcé d'avoir toujours à l'esprit la Convention de Vienne sur le droit des traités qui est, pour ainsi dire, une boîte à outils qui contient les outils, sous la forme des pratiques existantes, nécessaires pour régler les conflits de normes.

77. Le gros du travail du Groupe d'étude figure dans le document A/CN.4/L.682, qui a été établi sur la base de cinq études individuelles rédigées par certains de ses membres. Ces études, toutes sur des sujets choisis par la Commission elle-même, portent sur l'application de la règle de la *lex specialis* et la notion de «régime autonome», la question des traités successifs, qui est régie par l'article 30 de la Convention de Vienne de 1969, la question des accords *inter se* (régis par l'article 41 de la Convention de Vienne), l'utilisation d'autres obligations dans l'interprétation d'un traité (art. 31, par. 3 c de la Convention de Vienne) et la question de la hiérarchie des normes: *jus cogens* et obligations *erga omnes* à la lumière de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies.

78. En bref, les études ont examiné un certain nombre de problèmes existants actuellement dans la pratique juridique et contiennent un certain nombre de propositions intéressantes à cet égard. Ces problèmes peuvent être regroupés en quatre rubriques. Les premiers concernent la *lex specialis* et les régimes autonomes. La Convention de Vienne de 1969 envisage les conflits de normes du point de vue de la spécialité relativement à la généralité des règles en conflit, suivant la maxime *lex specialis derogat legi generali*, qui reflète un principe largement accepté et utilisé dans l'interprétation des traités et le règlement des conflits en droit international. L'étude, après avoir

examiné un large éventail d'affaires illustrant comment la règle de la *lex specialis* a été utilisée, aboutit à deux conclusions principales: premièrement, l'application de la *lex specialis* n'invalide pas de manière permanente la règle plus générale mais postule presque toujours que la *lex generalis* est la toile de fond de l'interprétation de la *lex specialis*. Deuxièmement, les relations entre *lex specialis* et *lex generalis* sont extrêmement diverses. La règle générale peut tout simplement être écartée. À défaut, la règle spéciale peut seulement prévoir l'application de la règle générale, ou elle peut actualiser ou interpréter celle-ci. Leur variété est telle que ces relations ne peuvent être condensées en une théorie générale de la *lex specialis*. L'étude fournit un certain nombre d'exemples sur les modalités de fonctionnement de la règle, comme l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, dans laquelle la CIJ a déclaré directement que le Traité de 1977 entre les parties relatif à la construction et au fonctionnement du système d'écluses³⁴⁸ continuait de s'appliquer à l'ensemble de l'affaire. La Cour n'a pas jugé utile d'examiner les relations entre les parties parce que celles-ci étaient «gouvernées avant tout par les règles applicables du Traité de 1977 en tant que *lex specialis*» [par. 132 de l'arrêt]. Dans cette affaire, la relation entre la *lex specialis* et la *lex generalis* n'a pas été élucidée: le droit international général des cours d'eau internationaux n'est pas invalidé mais c'est la *lex specialis* qui prévaut. Une autre affaire (*Brannigan et McBride*), devant la Cour européenne des droits de l'homme, illustre la relation entre le droit, en vertu de l'article 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à un recours effectif et le droit spécial de toute personne privée de sa liberté à ce que sa détention soit rapidement examinée en vertu du paragraphe 4 de l'article 5 de la même Convention. Il est toutefois clair que la règle spéciale n'abroge pas la règle générale et que, quelle que soit la pratique validée par la Cour au titre de l'article 13, elle s'applique dans le contexte de l'article 5.

79. La deuxième série de problèmes concerne la question fréquemment abordée des régimes autonomes. Après une étude méticuleuse de la pratique, le Groupe d'étude a estimé qu'il pouvait déclarer sans ambages que le terme «régime autonome» était impropre: aucun régime n'existe dans un vide. Toutes les règles juridiques, quelle que soit leur nature, sont liées au monde normatif qui les entoure d'innombrables manières. L'étude illustre trois modalités d'intégration de tout régime autonome au droit international général. Premièrement, tout régime autonome dérive sa force obligatoire et sa validité du droit international général, même si ses dispositions de fond spécifiques dérogent aux dispositions du droit général; les dispositions de fond ne prennent leur sens que par renvoi au droit général. Ainsi, le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone contient un mode de règlement des différends, qui est propre au Protocole. Dans cette mesure, il est autonome. Toutefois, si l'on examine quelles sont ses origines et ses limites, on constate que ce protocole est un traité régi par la Convention de Vienne de 1969; sa force obligatoire ne tient sa validité que par renvoi à ladite Convention de Vienne.

³⁴⁸ *Recueil des Traités*, vol. 1109, n° 17134, p. 235.

80. Deuxièmement, puisqu'un régime autonome – comme le régime de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), un régime de droits de l'homme ou un régime applicable à un fleuve donné – est, par définition, limité à son propre objet, tous les problèmes qui n'en relèvent pas doivent être résolus dans le cadre du droit international général. Par exemple, en 2000, l'Organe d'appel de l'OMC a connu d'une affaire (*Corée – Mesures affectant les marchés publics*) dans laquelle la question de l'application du droit international coutumier au sein du système de l'OMC s'est posée. Confronté à une question non réglementée par les traités de l'OMC, l'Organe d'appel, loin de s'abriter derrière le fait que le régime de l'OMC ne contient aucune règle en la matière, a expressément déclaré: «Le droit international coutumier s'applique d'une façon générale aux relations économiques entre les membres de l'OMC» (par. 7.96 du rapport de l'OMC). Les régimes autonomes doivent constamment renvoyer à ces règles générales. Aucun régime ne comporte de règle sur ce qui constitue un État, par exemple, et doit s'appuyer sur la définition de l'État acceptée en droit international général et, peut-être, la Convention de Montevideo concernant les droits et les devoirs des États.

81. Troisièmement, en cas de défaillance d'un régime spécial, le droit international général devient immédiatement applicable. Tout régime spécial repose sur ce postulat. Par exemple, un régime de responsabilité de l'État peut prévoir un système particulier de contre-mesures; si celles-ci sont vaines, une situation peut apparaître dans laquelle il est clair que les règles générales de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et l'obligation de réparer deviennent applicables.

82. La troisième série de problèmes concerne la règle de la *lex posterior* et les accords *inter se* en relation avec les conflits entre normes conventionnelles successives, réglementés en grande partie par les articles 30 et 41 de la Convention de Vienne de 1969. Il n'y a en général aucun problème lorsque le conflit en cause est entre des traités successifs conclus par les mêmes parties, puisque dans ce cas, la *lex posterior* s'applique, parce qu'il est raisonnable de supposer que les parties ont voulu abroger le traité antérieur en concluant le traité postérieur. Le seul problème important se pose en relation avec l'article 30, paragraphe 4, de la Convention de Vienne, qui envisage la situation dans laquelle un État a conclu des accords avec des parties différentes. Dans ce cas, la *lex posterior* n'est pas automatiquement applicable. Le Président du Groupe d'étude appelle l'attention sur la préoccupation suscitée chez les rapporteurs spéciaux pour la Convention de Vienne, en particulier Sir Gerald Fitzmaurice et Sir Humphrey Waldock³⁴⁹, par le fait que, en dernière analyse, un État qui a conclu deux accords incompatibles a apparemment la possibilité de choisir lequel appliquer. Il n'y a pas de solution générale au dilemme, que Fitzmaurice appelait le «droit d'option»³⁵⁰. Les États essaient parfois de faire face à cette difficulté en faisant figurer des clauses relatives au règlement des conflits dans les traités, dont des

exemples sont donnés dans l'étude. Malheureusement, de telles clauses ne sont pas nécessairement effectives, parce qu'il est fréquent qu'elles n'indiquent pas avec précision ce qu'elles prévoient. Quant aux accords *inter se* – les accords entre un nombre limité de parties à un traité –, les dispositions de l'article 41 de la Convention de Vienne sont totalement appropriées, puisqu'elles encouragent les parties à conclure des accords favorables à la réalisation de l'objet et du but du traité mais en limitent la portée afin qu'il ne soit pas porté atteinte au traité.

83. Le troisième sujet concerne la hiérarchie des normes et l'importance relative de l'Article 103 de la Charte, du *jus cogens* et des obligations *erga omnes*. L'étude contient de nombreux exemples tirés de la pratique en ce qui concerne l'Article 103, en particulier la déclaration faite dans l'affaire *Lockerbie*, qui a élargi le champ d'application de cet article aux résolutions du Conseil de sécurité. On peut citer comme exemple plus récent l'affaire T 306/01, *Ahmed Ali Yusuf et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, dans laquelle le Tribunal de première instance des Communautés européennes s'est prononcé sur la relation entre les résolutions du Conseil de sécurité et les normes du *jus cogens*. L'étude traite le sujet d'une manière intéressante mais, bien entendu, aucune position n'est prise. L'étude traite aussi brièvement du *jus cogens*, en particulier en ce qui concerne la manière dont la Commission a déjà abordé cette question dans le contexte de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et des obligations *erga omnes*. Le Groupe d'étude a, autant que faire se peut, suivi la position et utilisé la terminologie de la Commission.

84. Le dernier sujet traité dans le rapport du Groupe d'étude (A/CN.4/L.682) concerne l'alinéa c du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969. Ce sujet est devenu populaire et les deux affaires soulignées et examinées dans l'étude sont l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, dont a connu la CIJ, et une affaire récente dont a connu le groupe de l'OMC, *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, illustrent deux traitements très différents de l'alinéa c du paragraphe 3 de l'article 31. Le rapport du Groupe d'étude se termine par un certain nombre de propositions – dont le Président du Groupe d'étude assume seul la responsabilité – quant à la manière dont la Commission pourrait envisager les divers problèmes, écarts et innovations découlant de la pratique.

85. Le document A/CN.4/L.702 contient les conclusions formulées par le Groupe d'étude sur la base de l'étude. Le Groupe d'étude ne propose pas que la Commission fasse siennes ces conclusions mais qu'elle prenne note de son rapport et en approuve les conclusions de manière générale. Dans des chapitres correspondant à ceux du document A/CN.4/L.682, le Groupe d'étude formule un certain nombre de propositions. Selon la conclusion 1, de la clarté de laquelle le Président du Groupe d'étude se félicite, il existe des relations significatives entre les normes et principes du droit international, qui forment un système juridique et deviennent opérantes lorsque des conflits de normes apparaissent. La conclusion 2 définit les relations en question: celle qui prévaut dans

³⁴⁹ *Annuaire... 1963*, vol. II, deuxième rapport de Sir Humphrey Waldock (A/CN.4/156 et Add.1 à 3), p. 56 à 64, commentaire du projet d'article 14.

³⁵⁰ *Annuaire... 1958*, vol. II, troisième rapport de G. G. Fitzmaurice (A/CN.4/115), p. 44, par. 85.

la situation où deux règles s'appliquent simultanément, l'une contribuant à l'interprétation de l'autre, et celle qui existe dans les situations de conflit où une règle prévaut sur l'autre. L'exemple le plus significatif de cette dernière situation est celui du *ius cogens*, dans laquelle la règle subsidiaire est non seulement écartée mais aussi annulée. La conclusion 3 fait valoir que la Convention de Vienne de 1969 couvre exhaustivement la matière. La conclusion 4 concerne une caractéristique dominante de la jurisprudence internationale, à savoir le principe de l'harmonisation. À chaque fois qu'une cour ou un tribunal est confronté à un problème qui semble être un problème de conflit de normes, il tente d'abord de lire les dispositions comme étant compatibles entre elles, et le Groupe d'étude a approuvé ce processus.

86. La conclusion 5 énonce et développe la maxime *lex specialis derogat legi generali*. La conclusion 6 indique que la présomption qu'exprime cette maxime n'est pas automatique mais dépend du contexte. La conclusion 7 explique la raison d'être de la présomption, qui est que le droit spécial est plus concret et permet donc de mieux apprécier l'intention des parties. Il tient aussi davantage compte de particularités du contexte auquel il doit être appliqué. La conclusion 9 énonce le principe selon lequel l'application du droit spécial n'emporte pas extinction du droit général, qui demeure en toile de fond. L'exemple donné est celui de l'avis consultatif relatif à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, dans lequel la Cour a estimé que le droit des droits de l'homme constituait le cadre d'application du droit des conflits armés, *lex specialis* en l'espèce. La conclusion 10 énumère quatre situations dans lesquelles la *lex specialis* peut ne pas être applicable.

87. Les conclusions 11 à 16 visent les régimes spéciaux (autonomes), en soulignant que, aussi «autonome» un régime soit-il, il est toujours lié de diverses manières au droit international général. Le Président du Groupe d'étude appelle en particulier l'attention sur la conclusion 12, dont le but est didactique: il montre que les publicistes donnent à l'expression «régime autonome» trois significations différentes. La première correspond à sa définition au sens strict, utilisée par la Commission dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite³⁵¹. Le mécanisme de règlement du Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone visé ci-dessus est l'exemple d'un tel régime. L'expression est néanmoins aussi utilisée dans une acception plus large, pour désigner un ensemble de règles régissant une matière particulière. Dans la toute première affaire dont a connu la Cour permanente de justice internationale, l'affaire du *Vapeur* «Wimbledon», la Cour a qualifié le régime du canal de Kiel de régime autonome du point de vue tant de ses règles primaires que de ses règles secondaires: en d'autres termes, par référence aussi bien au Traité de Versailles qu'au droit général des cours d'eau navigables. Troisièmement, l'expression peut désigner tous les principes et normes régissant certains domaines à problèmes, comme le «droit de la mer», le «droit humanitaire», le «droit des droits de l'homme», le «droit de l'environnement» ou le «droit commercial».

88. Les conclusions 17 à 23 traitent de l'alinéa *c* du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, qui requiert de l'interprète d'un traité qu'il intègre celui-ci au système de droit international tel qu'il est défini dans la conclusion 1 du Groupe d'étude. La conclusion 18 définit l'interprétation comme une intégration dans le système. Les conclusions 19 à 21 traitent de différents aspects de cette intégration systémique. La conclusion 19 appelle l'attention sur deux présomptions: premièrement, lorsqu'elles interprètent un traité, les parties sont toujours réputées renvoyer au droit international coutumier et aux principes généraux du droit lorsqu'elles n'ont pas expressément exprimé l'intention contraire. La présomption en question repose sur l'affaire *Georges Pinson* et sur la pratique de l'Organe d'appel de l'OMC, ainsi que sur la logique juridique. La seconde présomption est fondée sur l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde) (exceptions préliminaires)*, dans laquelle la CIJ a jugé que, lorsque les États assument des obligations conventionnelles, ils n'entendent pas agir de façon incompatible avec les principes généralement reconnus du droit international. Les deux présomptions ne font que reformuler l'idée d'intégration systémique. La conclusion 20 concerne la manière dont les obligations conventionnelles sont intégrées à la coutume et aux principes généraux du droit. La conclusion 21 traite de l'application d'autres règles conventionnelles en vertu de l'alinéa *c* du paragraphe 3 de l'article 31. Les conclusions 22 et 23 ont traité à l'intertemporalité, question qui a été très exhaustivement examinée par les rapporteurs spéciaux durant les travaux préparatoires de la Convention de Vienne de 1969, un examen au cours duquel l'idée d'intégration systémique n'a jamais été remise en cause par la Commission bien que des formulations différentes aient été proposées pour la disposition. Les conclusions 22 et 23 ont traité à l'approche classique de ce problème.

89. Le Président du Groupe d'étude déclare qu'étant donné l'heure tardive, il achèvera la présentation du rapport du Groupe d'étude à la séance suivante de la Commission.

La séance est levée à 13 h 5.

2902^e SÉANCE

Vendredi 28 juillet 2006, à 10 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M. Yamada.

³⁵¹ *Annuaire...* 2001, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26, par. 76.

Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international (fin) [A/CN.4/560, sect. H, A/CN.4/L.682 et Corr.1 et Add.1, et A/CN.4/L.702]

[Point 11 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU GROUPE D'ÉTUDE (fin)

1. M. KOSKENNIEMI (Président du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international), poursuivant la présentation du rapport du Groupe d'étude (A/CN.4/L.702), expose les conclusions 24 à 30 qui visent les conflits entre normes successives. Il signale que la conclusion 24 reprend la présomption établie par l'article 30 de la Convention de Vienne de 1969, présomption selon laquelle, en cas de conflit entre normes successives, c'est le droit postérieur qui prime le droit antérieur. La conclusion 25 précise quant à elle les limites de cette présomption et constate l'absence de règle générale permettant de régler le conflit lorsque l'État est partie à deux traités incompatibles. Elle renvoie aux conclusions 26 et 27 qui contiennent des éléments novateurs et évoquent de manière générale les cas dans lesquels le principe de la *lex posterior* ne s'applique pas de façon automatique. Il est indiqué tout d'abord dans la conclusion 26 que c'est dans l'hypothèse d'un conflit entre normes successives relevant d'un même régime que ce principe est le plus solide. En revanche, on ne peut pas considérer qu'il s'applique lorsque les traités successifs relèvent de régimes distincts et, dans ce cas, les États liés par les obligations conventionnelles devraient plutôt essayer de les exécuter conformément au principe de l'harmonisation. À cet égard, M. Koskenniemi insiste sur l'importance de la dernière phrase de la conclusion 26, où il est précisé que dans le cadre de l'application de ce principe les États ne doivent pas porter atteinte aux droits substantiels des parties au traité ou des tiers bénéficiaires. Quant à la conclusion 27, il y est précisé que la présomption de la *lex posterior* ne peut pas toujours s'appliquer dans le cadre de certains types de dispositions conventionnelles comme dans le cas de la présomption de la *lex specialis* évoquée dans la conclusion 10.

2. La conclusion 28 concerne le règlement des différends à l'intérieur d'un même régime ou d'un régime à l'autre, et met l'accent sur la nécessité de l'existence de mécanismes appropriés de règlement des différends. M. Koskenniemi insiste sur le fait que, lorsque le conflit concerne des dispositions de traités qui ne font pas partie du même régime, les parties devraient veiller tout particulièrement à l'indépendance des moyens de règlement des différends choisis. Dans la conclusion 29, relative aux accords *inter se*, également couverts par l'article 41 de la Convention de Vienne de 1969, il est précisé que de tels accords sont acceptables dès lors qu'ils servent à renforcer l'application d'un traité. La conclusion 30 insiste sur la nécessité d'établir, le plus précisément possible, des clauses de règlement des conflits, ce qui est d'autant plus nécessaire que l'examen de la pratique montre que de telles clauses sont parfois obscures.

3. En ce qui concerne les conclusions 31 à 42 relatives à la hiérarchie des normes en droit international: *jus cogens*, obligations *erga omnes*, Article 103 de la Charte

des Nations Unies, M. Koskenniemi note à propos de la conclusion 31 que la hiérarchie entre les normes de droit international est établie de manière plus ou moins formelle en droit international et souligne que la CIJ utilise parfois un vocabulaire non officiel pour désigner cette relation hiérarchique. La conclusion 32 reprend les termes de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 relatif aux normes du *jus cogens*, et la conclusion 33 énonce le contenu actuel du *jus cogens* en reprenant le libellé du commentaire des articles 26 et 40 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État³⁵². La conclusion 34 précise le sens de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies, et il est souligné dans la conclusion 35 que la portée de cet article s'étend aux décisions contraignantes prises par des organes tels que le Conseil de sécurité. Quant à la conclusion 36, elle rappelle simplement que la Charte des Nations Unies jouit elle-même d'un statut spécial, qu'il n'a pas été jugé utile de préciser.

4. En ce qui concerne la conclusion 37 relative aux obligations *erga omnes*, le Groupe d'étude a clairement établi que ces obligations, au sens strict du terme, ne se définissent pas d'un point de vue hiérarchique mais par rapport à leur champ d'application, et M. Koskenniemi rappelle que la Commission avait décidé que c'est dans ce cadre que le Groupe d'étude devait traiter des obligations *erga omnes*. Il ressort de la lecture conjointe des conclusions 37, 38 et 39 que ces obligations existent sous deux formes dans la pratique internationale. La conclusion 37 reprend la notion d'obligation *erga omnes* retenue par la Commission, c'est-à-dire une obligation dont la violation concerne l'ensemble de la communauté internationale, chaque État pouvant invoquer la responsabilité de celui qui est à l'origine de cette violation. M. Koskenniemi souligne toutefois que cette notion n'apparaît que rarement dans la pratique internationale, la doctrine et la jurisprudence. C'est pourquoi la conclusion 39 énonce d'autres conceptions des obligations *erga omnes*, à savoir les obligations *erga omnes parte*. Il est en outre précisé dans cette conclusion que certaines questions de statut territorial ont été fréquemment qualifiées par l'expression *erga omnes*. La conclusion 38 rappelle que si l'ensemble des obligations établies par des normes de *jus cogens* ont également le caractère d'obligation *erga omnes*, l'inverse n'est pas nécessairement vrai. La catégorie des obligations *erga omnes* est plus large que celle des normes de *jus cogens*; c'est pourquoi il est fait état dans la conclusion 38 de l'existence de deux catégories d'obligations *erga omnes* qui peuvent ne pas relever de la catégorie des normes *jus cogens*, à savoir celles qui découlent des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine et celles qui se rapportent à l'indivis mondial.

5. Quant à la conclusion 40, son libellé est le fruit d'un compromis entre les différents points de vue exprimés par les membres de la Commission au sujet de la relation entre le *jus cogens* et les obligations découlant de la Charte des Nations Unies. La conclusion 41 précise que toute règle en conflit avec une norme de *jus cogens* devient nulle *ipso facto* tandis que toute règle en conflit avec l'Article 103 de la Charte des Nations Unies devient

³⁵² *Annuaire...* 2001, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 90 et 120, respectivement.

inapplicable par suite de ce conflit. Enfin, la conclusion 42 reprend le principe de l'harmonisation énoncé dans la conclusion 4 en le reformulant afin de l'adapter aux cas de conflit entre normes de droit international dont l'une est hiérarchiquement supérieure à l'autre. En pareil cas, c'est la norme inférieure qui doit être interprétée d'une manière conforme à la norme supérieure.

6. M. Koskenniemi dit que les conclusions auxquelles est parvenu le Groupe d'étude couvrent des aspects fondamentaux du droit international public et précise qu'elles ne revêtent pas le caractère de normes. Ces conclusions sont destinées à alimenter la réflexion sur le droit international des universitaires, des diplomates, et plus généralement des Nations Unies dans leur ensemble. Il ajoute que les membres du Groupe d'étude suggèrent à la Commission de prendre note du travail qu'il a accompli et d'entériner les conclusions auxquelles il est parvenu. En ce qui concerne la suite à donner d'une part à l'étude figurant dans le document A/CN.4/L.682 et d'autre part aux conclusions, les membres du Groupe d'étude ont avancé deux idées. La Sixième Commission pourrait adopter une brève résolution à laquelle seraient annexées soit les 42 conclusions, soit la totalité du rapport du Groupe d'étude, ou bien elle pourrait, dans la résolution générale sur les travaux de la Commission du droit international, prendre note du travail accompli par le Groupe d'étude et mettre l'accent sur la nécessité de le diffuser largement dans les milieux tant universitaires que diplomatiques.

7. M. ECONOMIDES rappelle qu'il était membre du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international et que, de ce fait, il approuve l'ensemble de son travail, même si certaines de ses conclusions ne lui semblent pas entièrement satisfaisantes. Il attire l'attention de la Commission sur une proposition écrite concernant la distinction entre la notion de fragmentation positive et fragmentation négative contenue dans le document, qu'il a présentée au Groupe d'étude le 11 juillet 2006³⁵³ et qui n'a pu être suffisamment examinée faute de temps. Il estime qu'il serait dommage que le Groupe d'étude ne tienne pas compte de cette distinction très fréquente dans la doctrine et fort utile dans la pratique. Avant de préciser en quoi consiste la différence entre fragmentation positive et fragmentation négative, il faut d'abord définir ce qu'est la fragmentation du droit international. Il ne faut pas la confondre avec la simple évolution d'une règle conventionnelle. Il s'agit de la modification d'une règle conventionnelle initiale par une nouvelle règle, forcément différente, qui s'applique parallèlement à la première mais de façon restreinte. La fragmentation donne ainsi naissance à des règles dérogatoires particulières de nature positive ou négative.

8. La fragmentation positive contribue généralement au renforcement de la règle internationale et, par conséquent, du droit international. Il en va ainsi des modifications qui confirment une règle conventionnelle, la clarifient ou la précisent, la spécifient ou la développent par l'ajout d'éléments nouveaux, lesquels sont en principe enrichissants. La fragmentation positive facilite l'application de la règle conventionnelle et, en définitive, sert mieux et plus efficacement la finalité poursuivie par le

traité. Par exemple, une simple obligation internationale de moyens relative à la protection de l'environnement qui serait élevée au rang d'une obligation de résultat relèverait de toute évidence de la fragmentation positive. En revanche, la fragmentation négative affaiblit généralement la règle conventionnelle en excluant son application dans certains cas, en limitant sa portée ou en abaissant le niveau de protection qu'elle assure. Alors que la fragmentation positive apporte «un plus» à la règle conventionnelle et va dans la bonne direction, à savoir dans le sens de l'objet et du but du traité, la fragmentation négative va pour sa part dans le sens opposé car elle vise à écarter, à limiter ou à amoindrir la règle internationale ou un de ses éléments. En l'occurrence, c'est «le moins» qui prédomine. La Cour permanente de justice internationale, dans son arrêt relatif à l'affaire des *Droits des minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires)* de 1928, a très nettement distingué entre dérogation positive et dérogation négative.

9. M. Economides précise que, parmi les techniques juridiques à effet dérogatoire qui relèvent toutes du droit des traités, les accords *inter se* et la *lex specialis* peuvent jouer dans les deux sens et conduire à une fragmentation positive ou négative selon leur contenu, alors que les réserves aux traités et la clause de déconnexion de l'Union européenne sont exclusivement au service de la fragmentation négative. Ces techniques ont pour point commun de reposer sur des réglementations spéciales, dérogatoires par définition, et prioritaires en principe par rapport aux dispositions du traité qu'elles modifient.

10. Pour M. Economides, le Groupe d'étude, et à travers lui la Commission, ne sauraient, dans un document concernant spécifiquement la fragmentation du droit international, ignorer ou ne pas tenir suffisamment compte de la distinction entre fragmentation positive et fragmentation négative, distinction dont l'intérêt et l'utilité pratiques sont incontestables. Pour que le document du Groupe d'étude ait une certaine utilité pratique et en même temps reflète le rôle joué par la Commission, il devrait contenir une recommandation concernant la distinction entre fragmentation positive et fragmentation négative qui pourrait être libellée comme suit: «Il est évident que les États devraient encourager la fragmentation positive qui est généralement bénéfique pour le droit international et être, autant que possible, attentifs et vigilants à l'égard de la fragmentation négative qui, elle, peut opérer dans le sens opposé. Pour cela, il faudrait qu'ils examinent la compatibilité de toute proposition dérogatoire à effet négatif avec l'objet et le but du traité concerné.» Ce texte ou un texte analogue pourrait être inséré après quelques mots d'introduction sur la question après le paragraphe 9 dans le rapport du Groupe d'étude.

11. Le PRÉSIDENT appelle l'attention de M. Economides sur le paragraphe 9 du document A/CN.4/L.702 et lui demande si la première phrase de ce paragraphe ne répond pas à sa préoccupation.

12. M. ECONOMIDES dit que le paragraphe 9 contient quelques éléments épars concernant les aspects positifs et négatifs de la fragmentation du droit international mais que cette problématique n'y est pas systématisée ni expliquée clairement. C'est pourquoi il propose d'ajouter, après ce paragraphe 9, un paragraphe 9 *bis*.

³⁵³ Document non officiel, distribué aux membres de la Commission.

13. M. MANSFIELD, appuyé par M. GALICKI, dit qu'il comprend la préoccupation de M. Economides, mais que le point de vue qu'il a exprimé a été longuement examiné au sein du Groupe d'étude, y compris lors de l'élaboration du document A/CN.4/L.702. Aucun membre du Groupe d'étude n'est totalement satisfait de tous les aspects de ce document, mais celui-ci exprime un consensus. Pour cette raison, M. Mansfield serait reconnaissant à M. Economides de ne pas insister pour qu'il soit procédé à l'ajout qu'il propose.
14. M. KATEKA estime, au sujet du sort qui doit être celui du document A/CN.4/L.702, qu'il est difficile à la Commission de faire siennes les conclusions figurant dans ce document tant qu'elle n'a pas examiné quant au fond le rapport lui-même (A/CN.4/L.682), qui n'est pas disponible dans toutes les langues. Elle devrait donc se contenter d'en prendre note.
15. M. MOMTAZ dit qu'il tient à exprimer son admiration au Président du Groupe d'étude, M. Koskenniemi, ainsi qu'à tous les membres du Groupe, pour le travail extraordinaire qu'ils ont accompli. Les 42 conclusions figurant dans le rapport seront extrêmement précieuses pour les diplomates comme pour les universitaires. Sur un point de détail, il indique que dans la première note figurant à la conclusion 38 la mention de l'interdiction de la torture en tant qu'obligation *erga omnes* dans l'affaire *Furundzija* lui semble erronée: il croit se souvenir que, dans le jugement en question, c'est le *jus cogens* qui est invoqué.
16. Quant à la procédure à suivre, il approuve la proposition faite par le Président du Groupe d'étude.
17. M. KOSKENNIEMI (Président du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international) dit qu'il est fort possible que le jugement mentionné vise à la fois une obligation *erga omnes* et le *jus cogens*. Il indique qu'il procédera aux vérifications voulues avec M. Momtaz et corrigera la note en conséquence.
18. M^{me} ESCARAMEIA se demande, s'agissant de la proposition de M. Economides, s'il ne serait pas possible de répondre à la préoccupation de ce dernier en ajoutant au paragraphe 9 une note de bas de page dans laquelle serait cité l'arrêt de 1928 de la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire des *Droits des minorités en Haute-Silésie (écoles minoritaires)* et indiquant que, dans cette affaire, la Cour a distingué entre les aspects positifs et les aspects négatifs de la fragmentation du droit international.
19. Pour ce qui est du rapport à l'examen, M^{me} Escarameia partage l'admiration qui a été exprimée et rend hommage à l'action du Président du Groupe d'étude. Elle estime que, pour rendre justice à ce travail, la Commission devrait recommander à l'Assemblée générale d'adopter une courte résolution à laquelle le rapport du Groupe d'étude serait annexé.
20. M. ECONOMIDES indique que, dans un esprit de compromis, il se satisferait d'une note de bas de page citant l'arrêt de la CPIJ et reprenant succinctement le contenu de sa proposition.
21. M. KOSKENNIEMI (Président du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international) fait observer, au sujet de la proposition de M. Economides, que le rapport du Groupe d'étude a été adopté par consensus, consensus auquel M. Economides s'est joint moyennant, précisément, une modification du paragraphe 9. Il s'étonne donc qu'à ce stade M. Economides propose de modifier le rapport en question.
22. M. PELLET estime que, sauf en cas d'erreur matérielle, il ne faut pas toucher au rapport du Groupe d'étude.
23. M. ECONOMIDES, soulevant un point d'ordre, dit qu'il retire sa proposition.
24. M. PELLET dit que les résultats du travail du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international sont extrêmement impressionnants, mais qu'il est par contre accablé par la traduction en français du rapport à l'examen (A/CN.4/L.702), qui contient énormément d'erreurs extrêmement préoccupantes et qui doivent être corrigées; c'est ainsi, par exemple, que dans les conclusions 9 et 10 le mot «*law*» est traduit par «*loi*». Sur le fond, il se félicite que le Groupe d'étude ait adopté une approche très exhaustive, tout en étant pragmatique et en restant neutre. Il a à cet égard eu raison de se situer «*au-delà du bien et du mal*» et de considérer la fragmentation du droit international comme un fait du droit international contemporain, sans porter de jugement. Toute distinction entre aspects positifs et aspects négatifs de cette fragmentation est forcément subjective, et politique par essence. Les conclusions adoptées par le Groupe d'étude et reproduites dans le document A/CN.4/L.702 sont extrêmement intéressantes, même si certaines d'entre elles – il ne pouvait en être autrement – énoncent des évidences.
25. Sur certains points, M. Pellet est toutefois en désaccord avec le Groupe d'étude. Ainsi, la conclusion 10, relative aux types particuliers de droit général, lui semble comporter une lacune assez grave, puisque le Groupe d'étude n'y mentionne pas le droit propre aux organisations internationales. Dans la conclusion 28, la dernière phrase est incompréhensible pour M. Pellet, et l'explication qu'en a donné le Président du Groupe d'étude l'ont rendu encore plus perplexe. Il se demande si la situation qui est envisagée est celle qui existait dans les *Affaires du thon à nageoire bleue*. La première note de bas de page qui accompagne la conclusion 31 n'est pas bien placée. Il ne s'agit pas d'un problème de hiérarchie, et les moyens de détermination des règles de droit ne sont pas les moyens de formation des règles de droit.
26. Dans la conclusion 34, la première phrase est formulée de manière douteuse; il s'agit en effet d'un problème de source et non d'un problème de règle. La Charte des Nations Unies se pose elle-même comme supérieure aux autres traités. Cette confusion entre normes et sources se retrouve d'ailleurs dans d'autres conclusions, et il aurait été utile de bien faire la distinction entre les unes et les autres.
27. En ce qui concerne les conclusions 37 à 39, les explications qui y figurent sont extrêmement bienvenues, car il était important d'éliminer la confusion existant entre

règles *erga omnes* et règles de *jus cogens*, qui a son origine dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la doctrine ayant à tort emboîté le pas à la CIJ. Ces explications ne sont cependant pas à leur place. En effet, le *jus cogens* pose un problème de hiérarchie, alors que les obligations *erga omnes* posent un problème d'étendue de la règle. En outre, les deux exemples donnés à la fin de la conclusion 38 ne sont guère éclairants, car les normes visées pourraient prétendre au statut de *jus cogens*. Le Groupe d'étude aurait pu, par exemple, citer le droit de passage inoffensif, qui relève indubitablement des obligations *erga omnes* et non du *jus cogens*.

28. Quant à savoir ce qu'il convient de faire du rapport du Groupe d'étude, la Commission peut soit l'approuver, soit en prendre note, cette dernière solution présentant l'avantage d'éviter de diviser les membres de la Commission. Il est quant à lui prêt à l'approuver, et il estime illogique de se refuser à le faire tout en insistant auprès de l'Assemblée générale pour qu'elle l'annexe à l'une de ses résolutions. Quoi qu'il en soit, le travail remarquable qu'a effectué le Groupe d'étude paraît à M. Pellet être l'amorce de quelque chose qu'il a toujours appelé de ses vœux, à savoir un *restatement* du droit international public par la Commission du droit international. Il estime en effet qu'outre ses travaux habituels la Commission devrait se lancer dans une entreprise à long terme, et le document à l'examen lui paraît constituer un exemple remarquable de ce que pourrait être le premier chapitre d'un futur *restatement*.

29. M. MELESCANU estime que les conclusions du Groupe d'étude sont très importantes, du point de vue pratique et théorique. Toute la philosophie de ces travaux va dans le sens de l'harmonisation des divers systèmes et réglementations du droit international public. Sans porter aucun jugement de valeur, le Groupe d'étude s'est efforcé de comprendre comment fonctionnait le phénomène de la fragmentation et comment il faudrait l'aborder pour garantir que le droit international remplisse vraiment sa fonction.

30. M. Melescanu recommande aux membres de la Commission de lire les conclusions 4 et 42, à son avis essentielles, qui concernent le principe de l'harmonisation et la hiérarchie des normes. Il leur propose d'approuver l'ensemble des conclusions ou à tout le moins, si certains d'entre eux ont des réserves, d'en prendre note avec satisfaction. Il serait souhaitable que l'Assemblée générale en fasse autant, dans une résolution distincte plutôt que dans la résolution générale dans laquelle elle prend note des travaux de la Commission. Quant au document A/CN.4/L.682, il mérite d'être mentionné dans le rapport de la Commission à l'Assemblée générale et diffusé, par exemple sur le site Internet de la Commission.

31. M. DAOUDI signale que la référence à l'article premier commun aux Conventions de Genève de 1949, qui figure dans la note à la conclusion 38, devrait figurer dans l'une des deux notes à la conclusion 37. Cet exemple a en effet été évoqué dans le cadre des obligations *erga omnes*, qui donnent à tout État le droit de faire valoir le respect de la règle. Il demande que cette erreur soit rectifiée en conséquence.

32. M. KAMTO, se référant à la demande insistante de M. Pellet de ne pas toucher au rapport, dit que la Commission, lorsqu'elle confie une étude à un groupe de travail, doit pouvoir se réserver la latitude d'apprécier le document produit avant de l'adopter. Il relève par ailleurs que le Groupe d'étude, dans la note au paragraphe 7 du rapport, cite un certain nombre de travaux de doctrine «particulièrement utiles», ce qui laisse entendre que d'autres le sont moins, alors qu'il existe beaucoup d'autres travaux tout aussi utiles dans le contexte de la fragmentation. De même, en ce qui concerne la conclusion 1 (Le droit international en tant que système juridique), il serait souhaitable de mentionner un travail majeur sur cette question: l'article de Jean Combacau intitulé «Droit international: bric-à-brac ou système?»³⁵⁴ Notant qu'il est dit à la fin de cette conclusion que la validité des normes «peut être récente ou de longue date», M. Kamto s'interroge sur la nécessité de faire cette distinction sur la base d'un élément temporel. On peut se demander en effet s'il existe en droit international une validité *ne varietur*. La notion de validité devrait être considérée en rapport avec celle de *jus cogens*, l'apparition d'une norme de *jus cogens* pouvant invalider une norme considérée jusque-là comme valide.

33. Enfin, M. Kamto se demande si les nombreuses questions soulevées tiennent au fait que le Groupe d'étude n'a pas défini la notion de fragmentation, ne serait-ce que sur le plan intellectuel et doctrinal, ni précisé ce que la Commission entend par cette notion aux fins de ses travaux.

34. M. KEMICHA se félicite que les travaux de la Commission sur la fragmentation du droit international aient abouti à un résultat palpable, ce qui n'était pas acquis vu le caractère relativement abstrait du sujet. Il est d'avis que la Commission devrait non seulement prendre note du rapport mais également en saluer la qualité, en espérant que l'Assemblée générale fera de même. Il convient par ailleurs de retenir la suggestion de M. Pellet de considérer ce travail comme la première pierre d'une entreprise de *restatement* du droit international, projet ambitieux mais passionnant.

35. Le PRÉSIDENT propose, compte tenu de la tendance générale des avis exprimés, de prendre acte des conclusions contenues dans le rapport du Groupe d'étude et de réserver le traitement de ce rapport à la Sixième Commission.

Il en est ainsi décidé.

**L'obligation d'extrader ou de poursuivre
(aut dedere aut judicare) [suite] (A/CN.4/571)**

[Point 10 de l'ordre du jour]

RAPPORT PRÉLIMINAIRE DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

36. M. FOMBA dit que trois notions fondamentales sont au cœur du sujet: l'obligation, l'extradition et la poursuite. Selon M. Melescanu, il s'agirait d'un principe

³⁵⁴ *Archives de philosophie du droit*, t. 31 «Le système juridique», Paris, Sirey, 1986, p. 85 à 105.

plutôt que d'une obligation, mais cela est contredit par l'intitulé même du sujet. M. Pellet a évoqué la notion de faculté, comme dans le cas de la protection diplomatique, mais on touche là à deux domaines bien distincts, d'une part le droit de la protection diplomatique, et d'autre part le droit pénal, qui exige une approche plus stricte. Cela étant, tout dépend de ce que l'on entend par ces notions, et il est donc important de bien les définir, d'autant que leur interprétation peut susciter diverses interrogations. Ainsi, on peut se demander si l'obligation est absolue ou relative, si c'est une obligation de résultat ou de moyens, et quelle est sa nature juridique – conventionnelle ou coutumière. À ce sujet, M. Fomba souscrit entièrement à l'analyse de MM. Momtaz et Kamto. En ce qui concerne la notion d'extradition, il faudrait savoir en quoi elle se distingue du transfert de la poursuite à une juridiction internationale en vertu du principe de la complémentarité (comme dans le cas de la Cour pénale internationale) ou de la primauté (comme dans le cas des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda). Il convient de mentionner également le transfert des poursuites pénales d'un État requérant à un État requis dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, tel que prévu au paragraphe 1 de l'article 21 de la Convention de la CEDEAO de 1992 sur l'entraide judiciaire en matière pénale. On peut se demander en outre quelle est la différence entre l'extradition et le transfert du lieu d'exécution de la peine. Enfin, s'agissant de la notion de poursuite, se pose la question de savoir quels sont ou seraient les fondements de la compétence pour exercer les poursuites et quels sont ou seraient les liens entre la compétence universelle et l'obligation d'extrader.

37. Le postulat de base est qu'il faut réprimer les actes les plus graves qui touchent la communauté internationale. Le moyen le plus efficace consiste à traquer et à punir les auteurs de ces actes, où qu'ils se trouvent. Dès lors, il semble logique de concevoir et de mettre à la charge des États une obligation générale de lutter contre l'impunité. L'État qui abrite sur son territoire un coupable présumé doit poursuivre celui-ci, ou l'extrader s'il ne peut pas ou ne veut pas le poursuivre. La question se pose cependant de savoir quelle lecture juridique donner de la position de l'État territorial: est-il contraint à agir, ou simplement autorisé ou invité à le faire? Pour y répondre, il faudrait tenir compte des paramètres suivants: le principe de la souveraineté de l'État, à interpréter de manière stricte, absolue ou relative; le critère des éléments constitutifs et du degré de gravité des actes criminels visés; le critère du régime juridique actuel, du double point de vue du droit international et du droit interne des États; le critère de l'état actuel de la doctrine, de la pratique des États et de la jurisprudence; le critère du raisonnement téléologique et des conséquences à en tirer aux fins de codification et de développement progressif du droit international. Une analyse approfondie de la pratique des États et de la jurisprudence, tant nationale qu'internationale, permettra à la Commission de mieux répondre à cette question et de définir l'orientation finale à donner au sujet.

38. M. ECONOMIDES pense que le Rapporteur spécial devrait tirer parti au maximum du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité³⁵⁵ ainsi

que d'un certain nombre d'autres travaux, comme la toute récente résolution de l'Institut de droit international sur la compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre³⁵⁶. Il serait utile que le Secrétariat prépare un document contenant ces textes et les données essentielles de la pratique des États concernant le sujet à l'étude.

39. Contrairement à l'opinion exprimée au paragraphe 55 du rapport, M. Economides ne voit pas une règle de *jus cogens* dans le principe *aut dedere aut judicare*, qui est essentiellement une règle de procédure. Pour les crimes les plus graves qui touchent la communauté internationale dans son ensemble, il pourrait même s'agir d'une règle coutumière; c'est là une question sur laquelle le Rapporteur spécial devra se pencher avec attention. Pour les autres infractions, il s'agit en tout état de cause d'une simple norme conventionnelle.

40. Ainsi qu'il l'a déjà dit, M. Economides pense que la Commission devrait privilégier la troisième option qui s'ajoute à l'extradition et à la poursuite, et qui consiste à livrer l'auteur présumé d'un crime international grave à une juridiction internationale comme la Cour pénale internationale. C'est à son sens la meilleure voie à suivre.

41. Contrairement à certains membres, M. Economides ne juge pas trop ambitieux le plan d'action préliminaire proposé par le Rapporteur spécial. Il faudra cependant procéder par étapes, en commençant par une analyse comparative complète des dispositions pertinentes, comme prévu au point 1. La question qui fait l'objet du point 7 (Contenu de l'obligation) devrait également être traitée en priorité. S'agissant de la forme finale des travaux (par. 59), il est en effet prématuré d'en décider, mais il semble opportun de travailler sur la base d'un projet d'articles, conformément à la méthode habituelle de la Commission. Ce projet devra chercher à codifier et à développer positivement la pratique des États concernant le principe *aut dedere aut judicare*.

42. M. MANSFIELD remercie le Rapporteur spécial pour son rapport préliminaire très stimulant et riche en informations, qui constitue une excellente base pour le début de l'examen du sujet. Il approuve l'idée que le champ du sujet doit être étroitement délimité, mais le plus important à ses yeux est qu'il faudra garder constamment à l'esprit que ce sujet est directement lié au droit pénal interne, pour deux raisons. Premièrement, le droit pénal, qui a des implications directes pour la liberté de la personne, est dans la plupart des pays extrêmement précis, tant du point de vue du fond que du point de vue des procédures, et il est interprété par les tribunaux de manière très stricte. Deuxièmement, étant donné que le droit pénal est principalement fondé sur la compétence territoriale, l'élargissement de la compétence aux crimes commis à l'étranger nécessite habituellement une modification précise du droit pénal existant. Par ailleurs, quiconque a participé à la négociation d'un

³⁵⁵ *Annuaire...* 1996, vol. II (2^e partie), p. 15, par. 50.

³⁵⁶ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 71, t. 2, session de Cracovie (2005), Paris, Pedone, 2006, résolution III, p. 296.

traité d'extradition ne sait que trop combien il faut dépenser de temps et d'énergie pour faire en sorte que les infractions pour lesquelles l'extradition peut être demandée soient également incriminées dans le droit pénal interne des pays concernés. Par conséquent, la question essentielle ne peut être simplement celle de savoir s'il y a une obligation générale d'extrader ou de poursuivre, mais plutôt celle de savoir s'il y a une obligation d'extrader ou de poursuivre pour une infraction définie avec précision, dans des circonstances définies avec précision. En d'autres termes, à moins que le droit pénal d'un pays n'autorise l'extradition ou les poursuites pour un crime international donné, il est probable qu'aucun membre de l'exécutif n'aura le pouvoir de garantir ce résultat, aussi bien intentionné ou haut placé soit-il.

43. Ainsi, si la Commission décide d'examiner la question de savoir s'il doit y avoir une obligation d'extrader ou de poursuivre les auteurs présumés de crimes internationaux qui ne sont pas déjà visés dans les traités multilatéraux existants, y compris le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, il lui faudra définir ces crimes de manière très précise de sorte que, s'ils en sont d'accord, les États puissent décider des éventuelles modifications qu'ils auront à apporter à leur droit pénal. Cela étant, il en ira de même si la Commission décide de se concentrer sur la question de savoir s'il existe, pour les États qui ne sont pas parties à ces traités, une obligation découlant du droit coutumier d'extrader ou de poursuivre les auteurs présumés de certains crimes internationaux. Là aussi, il lui faudra définir les crimes et les circonstances avec une précision suffisante pour que les États puissent modifier leur droit pénal en conséquence s'ils reconnaissent l'existence d'une telle obligation coutumière.

44. C'est pourquoi M. Mansfield pense que le résultat final des travaux de la Commission devra presque certainement prendre la forme d'un projet d'articles, car il voit difficilement comment des directives de caractère général pourraient servir de base à une action efficace et concertée des États en vue d'extrader ou de poursuivre les auteurs présumés de crimes internationaux spécifiques. Des directives seraient peut-être utiles pour interpréter certains éléments des traités existants qui sont loin d'être clairs. Il est possible que les tribunaux nationaux s'y réfèrent si la législation qu'ils ont à interpréter est floue et qu'ils s'interrogent sur l'intention du législateur. Mais cette situation est relativement improbable car des efforts considérables auront été faits pour que le droit pénal interne soit clair même si le traité international auquel il donne effet ne l'est pas et, si l'on constate qu'il est véritablement nécessaire de clarifier certains éléments d'un traité, la solution la plus efficace sera de formuler une proposition précise de modification de l'instrument pertinent et de la soumettre aux parties pour examen.

45. M. Mansfield pense que ses observations sont peut-être plus pertinentes pour les pays de *common law*, dans lesquels les traités ne sont pas d'application directe, mais il espère qu'elles seront néanmoins utiles pour l'orientation des travaux futurs sur le sujet.

Responsabilité des organisations internationales (*fin**) [A/CN.4/560, sect. C, A/CN.4/564/Add.1 et 2, A/CN.4/568 et Add.1 et A/CN.4/L.687/Add.1 et Corr.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU COMITÉ DE RÉDACTION

46. M. KOLODKIN, Président du Comité de rédaction, présentant le cinquième et dernier rapport du Comité de rédaction sur la responsabilité des organisations internationales, rappelle que celui-ci a déjà rendu compte à la Commission, pendant la première partie de la session en cours, de ses travaux sur les projets d'articles 17 à 24. Pendant la deuxième partie de la session (2895^e séance, *supra*, par. 66), la plénière lui a renvoyé le reste des projets d'article proposés par le Rapporteur spécial dans le deuxième chapitre de son quatrième rapport (A/CN.4/564 et Add.1 et 2), à savoir les projets d'articles 25 à 29 relatifs à la responsabilité d'un État à raison du fait d'une organisation internationale, qu'il a examinés au cours de deux séances, les 18 et 19 juillet 2006. M. Kolodkin tient à remercier le Rapporteur spécial, M. Gaja, pour ses explications et suggestions utiles, ainsi que les membres du Comité de rédaction et les autres membres de la Commission qui ont participé aux travaux du Comité, pour leur coopération et leurs précieuses contributions.

47. Le chapitre IV de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite traite de la responsabilité de l'État à raison du fait d'un autre État, qu'il s'agisse d'une aide, d'une assistance, de directives, d'un contrôle ou d'une contrainte dans la commission d'un fait internationalement illicite par un autre État³⁵⁷. Il ne couvre pas ce type de relations entre un État et une organisation internationale, lacune que combleront les projets d'articles 25 à 27, qui correspondent pour l'essentiel aux projets d'articles 16 à 18 sur la responsabilité de l'État. Les projets d'articles 28 et 29 sont propres à ce sujet et n'ont pas d'équivalent dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État. Le nouveau projet d'article 30, proposé par le Comité de rédaction, correspond à l'article 19 du projet sur la responsabilité de l'État.

48. Le projet d'article 25 (Aide ou assistance d'un État dans la commission d'un fait internationalement illicite par une organisation internationale) correspond au projet d'article 16 sur la responsabilité de l'État. Le texte proposé dans le quatrième rapport du Rapporteur spécial ayant reçu un accueil favorable en plénière, le Comité de rédaction l'a conservé tel quel. Deux questions en particulier avaient été soulevées en plénière. La première concernait l'éventuelle suppression de l'alinéa *b* au motif que le projet d'article devait également couvrir les situations dans lesquelles un État aide ou assiste une organisation internationale en violation d'une obligation qui ne lie que l'organisation. Le Comité a estimé que l'alinéa *b* devait être conservé pour assurer une certaine cohérence avec les dispositions correspondantes du projet

* Reprise des débats de la 2895^e séance.

³⁵⁷ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 67 à 74, articles 16 à 19 et commentaires y relatifs.

d'articles sur la responsabilité de l'État ainsi qu'avec le texte du projet d'article 12 qui traite de l'aide ou l'assistance apportée par une organisation internationale à un État ou à une autre organisation internationale dans la commission du fait internationalement illicite. La deuxième question évoquée en plénière était la nécessité de distinguer entre les notions d'«aide» et d'«assistance» dans la commission du fait internationalement illicite et la participation ordinaire d'un État membre au processus décisionnel d'une organisation internationale. On s'est également demandé si l'aide ou l'assistance pouvait inclure un comportement antérieur ou postérieur à la prise d'une décision. Il a été convenu que le commentaire était l'endroit le plus indiqué pour clarifier ces points. Le Comité de rédaction était bien entendu conscient que l'on ne pouvait apporter une réponse catégorique à ces questions qu'en tenant compte du contexte pertinent. Il a en outre été convenu de préciser dans le commentaire que le projet d'article 25 s'applique aux États, qu'ils soient membres ou non d'une organisation internationale.

49. Le projet d'article 26 (Direction et contrôle exercés par un État sur la commission du fait internationalement illicite par une organisation internationale) correspond à l'article 17 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État. Il y a eu un accord général en plénière sur le texte qui est proposé dans le quatrième rapport du Rapporteur spécial, et le Comité l'a donc conservé tel quel. Les observations formulées au sujet du projet d'article 25, y compris les indications concernant les questions qui devraient être abordées dans le commentaire, s'appliquent, *mutatis mutandis*, au projet d'article 26.

50. Le projet d'article 27 (Coercition exercée sur une organisation internationale par un État) correspond à l'article 18 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État. Le texte proposé dans le quatrième rapport du Rapporteur spécial a reçu un accueil favorable en plénière et le Comité l'a donc conservé tel quel. Certaines des observations formulées au sujet du projet d'article 25, y compris les indications concernant les questions qui devraient être abordées dans le commentaire, s'appliquent, *mutatis mutandis*, au projet d'article 27.

51. Le projet d'article 28 (Responsabilité internationale en cas d'attribution de compétence à une organisation internationale) n'a pas d'équivalent dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État. Le texte proposé par le Rapporteur spécial dans son quatrième rapport a soulevé un certain nombre de questions en plénière. La plupart des préoccupations avaient trait au paragraphe 1, que le Comité a donc décidé de reformuler. Certaines portaient sur le champ d'application du projet d'article. D'aucuns auraient préféré qu'il soit plus étroit et se limite aux situations dans lesquelles un État agit de mauvaise foi ou commet un abus de droit. Mais d'autres, en plénière comme au Comité de rédaction, estimaient que le critère consistant à établir l'intention de la part d'un État était trop élevé et qu'il n'était pas toujours possible de le satisfaire. Pour être équitable à l'égard des parties lésées, il fallait adopter une formulation qui ne subordonnerait pas l'application du projet d'article à la preuve de l'intention et de la mauvaise foi. Le Comité a retenu cette approche. Il a également suivi la suggestion faite en plénière d'employer les mots «se soustrait» au

lieu de «évitte de se conformer», qui figuraient à l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 28 proposé par le Rapporteur spécial. Le commentaire préciserait que la notion de «se soustraire» ne suppose pas nécessairement une intention spécifique ou de la mauvaise foi de la part de l'État concerné. Selon d'autres observations faites en plénière, si la notion de «transfert» de fonctions était appropriée pour certains types d'organisations, c'est-à-dire les organisations d'intégration, elle ne convenait pas aux organisations internationales en général. Le Comité a donc remplacé «transférant» par «attribuant», de façon à couvrir également les cas dans lesquels une organisation a des compétences qui ne lui ont pas été «transférées» par les États membres, qui n'en jouissent pas eux-mêmes, mais qui lui ont été attribuées par eux. Le commentaire devrait refléter ce point comme il convient.

52. Dans sa nouvelle version, le paragraphe 1 expose trois éléments. Premièrement, l'État membre d'une organisation internationale doit se soustraire à une obligation internationale. Deuxièmement, cela doit résulter du fait qu'il a attribué ou transféré une certaine compétence à l'organisation. Troisièmement, si le fait commis par l'organisation internationale avait été commis par l'État en question, il aurait constitué une violation d'une obligation internationale de cet État. Le troisième élément renvoie au premier, mais il est nécessaire pour que le paragraphe, l'enchaînement des événements ainsi que la relation causale soient clairs. Cela signifie que le fait commis par une organisation internationale peut ne pas constituer un fait illicite pour cette organisation, même si c'est un fait illicite de cet État membre de l'organisation, point qui a été précisé davantage au paragraphe 2.

53. Le texte du paragraphe 2 est celui qu'a proposé le Rapporteur spécial. Le Comité a examiné l'avis exprimé par certains membres en plénière, selon lequel ce paragraphe devait être supprimé car seul l'État, et non l'organisation internationale, serait responsable dans les situations visées dans ce projet d'article. Le Comité a reconnu que le projet d'article 28 a pour principal objectif de couvrir les situations dans lesquelles le fait peut ne pas être illicite pour l'organisation internationale, par exemple parce qu'elle n'est pas liée par l'obligation en question. Il a toutefois estimé que le paragraphe 2 devait être conservé, de manière à bien préciser que l'État concerné est responsable, que le fait soit ou ne soit pas internationalement illicite pour l'organisation.

54. Enfin, compte tenu des particularités de ce projet d'article et du nouveau libellé adopté, le Comité en a modifié le titre qui est à présent «Responsabilité internationale en cas d'attribution de compétence à une organisation internationale».

55. Le Comité a remanié le projet d'article 29 (Responsabilité d'un État membre d'une organisation internationale à raison du fait internationalement illicite de cette organisation) pour tenir compte des observations et suggestions faites en plénière. Le nouveau texte comprend deux paragraphes.

56. En plénière, certains membres de la Commission ont contesté le bien-fondé de la formulation négative du texte proposé par le Rapporteur spécial. Après avoir

examiné en détail les incidences éventuelles du choix entre une formulation négative et une formulation positive, le Comité a décidé de retenir une formulation positive, ce que plusieurs membres avaient préconisé en plénière et qui est conforme à l'approche générale adoptée dans les projets d'article sur la responsabilité de l'État. La majorité des membres du Comité ont estimé que le choix entre les deux formulations n'était qu'une question d'accent, et que la formulation positive de la phrase liminaire était plus appropriée. Il a été suggéré dans ces conditions de modifier le début du paragraphe 1 en introduisant une clause «sans préjudice», se référant expressément aux projets d'articles 25 à 28. Le Comité a décidé par ailleurs de conserver les alinéas *a* et *b* du texte proposé par le Rapporteur spécial, qui traitent, respectivement, de l'acceptation par un État de la responsabilité internationale et de la situation dans laquelle un État a conduit la partie lésée à compter sur sa responsabilité. Le libellé de l'alinéa *a* a été raccourci et simplifié. Le commentaire indiquera que l'acceptation de la responsabilité par un État membre peut avoir lieu avant la commission du fait internationalement illicite par l'organisation internationale ou après, et que, si elle peut être explicite ou implicite, elle doit avoir un effet vis-à-vis d'un tiers et pas seulement vis-à-vis de l'organisation internationale. Quant à l'alinéa *b*, le Comité a estimé que le comportement de l'État qui a conduit le tiers lésé à compter sur sa responsabilité n'est pas nécessairement équivalent à une acceptation implicite. Bien que l'expression «tiers lésé» risque d'être perçue – du moins en français – comme donnant l'impression qu'un accord existe, le Comité a finalement décidé de la retenir étant entendu que le commentaire préciserait qu'elle pouvait désigner un État, une organisation internationale ou une autre personne ou entité. Sur la base des observations faites en plénière, le Comité a ajouté un deuxième paragraphe, qui traite du caractère de la responsabilité d'un État en vertu de ce projet d'article et dispose que la responsabilité de l'État en vertu du paragraphe 1 est présumée être une responsabilité subsidiaire. Le commentaire devrait expliquer que l'État concerné peut avoir une responsabilité conjointe et solidaire, en fonction de la nature et du contenu de son acceptation ou des circonstances qui ont entouré le comportement par lequel il a conduit la partie lésée à compter sur sa responsabilité. Le titre du projet d'article a été conservé avec une modification rédactionnelle mineure.

57. Le projet d'article 30 (Effet du présent chapitre) correspond à la clause «sans préjudice» que la Commission a demandé au Comité de rédiger s'il le jugeait utile ou nécessaire. Le texte de ce projet d'article suit, *mutatis mutandis*, le libellé de l'article 19 du projet sur la responsabilité de l'État³⁵⁸. Cependant, la référence à la responsabilité de «tout autre État» a été supprimée, étant donné qu'il n'est pas question ici de la responsabilité de l'État, et que la question d'un État responsable à raison du fait d'une organisation internationale est abordée uniquement dans ce chapitre. Ce projet d'article a pour fonction de préciser que ce chapitre traite de la responsabilité d'un État à raison du fait d'une organisation internationale et qu'il est sans préjudice de la responsabilité de l'organisation internationale elle-même

qui commet le fait en question, ou de la responsabilité de toute autre organisation internationale, qui pourrait être abordée dans d'autres dispositions sur ce sujet.

58. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le chapitre (x) du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales (Responsabilité d'un État à raison du fait d'une organisation internationale) [A/CN.4/L.687/Add.1 et Corr.1], article par article.

Article 25 (Aide ou assistance d'un État dans la commission d'un fait internationalement illicite par une organisation internationale)

Le projet d'article 25 est adopté.

Article 26 (Direction et contrôle exercés par un État sur la commission d'un fait internationalement illicite par une organisation internationale)

Le projet d'article 26 est adopté.

Article 27 (Coercition exercée sur une organisation internationale par un État)

Le projet d'article 27 est adopté.

Article 28 (Responsabilité internationale en cas d'attribution de compétence à une organisation internationale)

59. Le PRÉSIDENT, intervenant en sa qualité de membre de la Commission, dit que le mot «attribution» le gêne, car il ne lui paraît pas correspondre à l'idée de «transfert de compétence» dont il a été question lors de l'examen de ce projet d'article.

60. M. KOLODKIN (Président du Comité de rédaction) renvoie aux explications qu'il a fournies au cours de sa présentation du rapport du Comité de rédaction concernant le remplacement du mot «transfert» par «attribution».

Le projet d'article 28 est adopté.

Article 29 (Responsabilité d'un État membre d'une organisation internationale à raison du fait internationalement illicite de cette organisation)

61. M. PELLET dit qu'il a participé aux travaux du Comité de rédaction à propos du projet d'article 29 et que, bien qu'il ne soit pas opposé à son adoption, il tient à ce que ses réserves soient dûment consignées. Il est très satisfait que le paragraphe 2 ait été ajouté, mais il pense que le commentaire devra préciser que la présomption dont il est question n'est pas irréfragable. Il est en effet des cas où la responsabilité de l'État peut être conjointe ou solidaire. En ce qui concerne le paragraphe 1, il considère que la formule qui a été retenue est dangereuse, car elle laisse entendre qu'il peut y avoir d'autres cas dans lesquels un État membre peut être tenu pour responsable d'un fait internationalement illicite, et elle fait peser une grave menace sur la sécurité des relations juridiques. Il aurait préféré très vivement, soit que la Commission conserve la formule négative initiale qui figure au paragraphe 96 du quatrième rapport du Rapporteur spécial, soit que le paragraphe 1 se lise comme suit: «Un État membre ... n'est responsable ... que dans le cas où ...»

La séance est levée à 13 heures.

³⁵⁸ Ibid., p. 27.

2903^e SÉANCE

Mercredi 2 août 2006, à 10 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Candioti, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Mansfield, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M^{me} Xue, M. Yamada.

**L'obligation d'extrader ou de poursuivre
(*aut dedere aut judicare*) [fin] (A/CN.4/571)**

[Point 10 de l'ordre du jour]

RAPPORT PRÉLIMINAIRE DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à résumer le débat sur le rapport préliminaire consacré à l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*).

2. M. GALICKI (Rapporteur spécial) remercie les membres de la Commission pour les critiques constructives et amicales qu'ils ont formulées sur son rapport, lequel, comme indiqué précédemment, ne constitue qu'une série d'observations initiales de caractère très préliminaire portant sur le fond du sujet, signalant les points les plus importants susceptibles d'un examen plus approfondi, et présentant des orientations générales pour les travaux futurs de la Commission. Le Rapporteur spécial a délibérément mis en évidence un grand nombre de difficultés possibles, en vue d'obtenir des propositions de solution tant de la Commission du droit international que de la Sixième Commission. Les membres de la Commission ont dûment pris en considération le caractère préliminaire du rapport et leurs avis seront très précieux pour l'élaboration du prochain rapport, dans lequel des projets de règles sur le concept, la structure et l'application de l'obligation *aut dedere aut judicare* seront progressivement formulés.

3. Des opinions très diverses portant tant sur le fond que sur la forme ont été exprimées au cours du débat. Certains membres ont proposé de modifier le titre du sujet – par exemple en remplaçant le mot «obligation» par «principe» – mais le Rapporteur estime que, au moins dans un premier temps, le titre existant devrait être maintenu, le concept d'une «obligation» *aut dedere aut judicare* semblant offrir un point de départ plus sûr pour l'analyse future que ne le ferait la notion de «principe». Cela n'exclut pas pour autant la possibilité – voire, peut-être, la nécessité, comme l'ont indiqué certains membres – d'envisager la question concomitante d'un droit réciproque des États d'extrader ou de poursuivre.

4. Il a été assez largement admis que la portée des travaux sur le sujet devrait être limitée, autant que possible, aux

principales questions directement liées à l'obligation d'extrader ou de poursuivre et aux principaux éléments de cette obligation, à savoir *dedere* et *judicare*. Le Rapporteur spécial est du même avis, notamment quant à la nécessité d'étudier très attentivement la relation entre l'obligation d'extrader ou de poursuivre et le principe de compétence pénale universelle, entre lesquels il faut établir une distinction claire. À cet égard, il convient de considérer les définitions de la compétence universelle et de la règle *aut dedere aut judicare* citées dans le rapport comme illustratives d'une approche possible, et ne reflétant pas nécessairement les préférences du Rapporteur spécial. Une analyse plus précise de l'obligation semble nécessaire, s'agissant en particulier de la composante *judicare*, la portée de l'obligation des États de poursuivre pouvant être comprise de différentes manières, même sur la base de traités existants. Il faudrait établir jusqu'où les textes et la pratique, en droit international et en droit interne, étendent l'application de cette obligation. La composante *dedere* de l'obligation pourrait aussi être source de difficultés par rapport à l'éventualité, mentionnée par le Rapporteur spécial mais contestée par un membre, d'étendre la portée de l'extradition quant au fond à l'exécution de jugements étrangers. Pourtant, de telles possibilités et procédures existent dans le cadre de plusieurs législations internes et instruments internationaux.

5. Le Rapporteur spécial souscrit à l'observation selon laquelle, s'agissant de la question des crimes couverts par l'obligation *aut dedere aut judicare*, certaines limites traditionnelles posées à l'extradition pourraient rendre difficile, voire impossible, son application. Il conviendra d'examiner attentivement la question. Il est néanmoins lui aussi d'avis que la Commission devrait se garder d'aborder les aspects techniques du droit de l'extradition et plutôt s'intéresser aux conditions propres à mettre en mouvement l'obligation. La prise en considération dans l'alternative d'un troisième terme faisant intervenir la compétence de juridictions pénales internationales devrait, comme l'ont relevé certains membres, être traitée avec une grande prudence et circonscrite à l'intérieur de certains paramètres. Il faudrait nettement mettre en évidence la distinction entre l'extradition et la remise de suspects à la Cour pénale internationale.

6. S'agissant de la forme finale que les travaux de la Commission pourraient revêtir, une majorité de membres a exprimé sa préférence pour la formulation d'un projet d'articles, tout en reconnaissant qu'il était prématuré de prendre une décision à cet égard. Sur la base de ce point de vue, le Rapporteur spécial s'orientera néanmoins progressivement dans ses rapports à venir vers l'élaboration de règles sur le concept, la structure et l'application de l'obligation *aut dedere aut judicare*.

7. Un autre problème important, qu'a soulevé pratiquement chaque intervenant et qui a une importance décisive pour le résultat des travaux de la Commission, a trait à la source juridique de l'obligation. Les membres se sont montrés prudents dans leur réponse à la question posée dans le rapport de savoir si la source juridique de l'obligation doit être limitée aux traités qui sont contraignants pour les États concernés ou être élargie aux règles coutumières et aux principes généraux du droit. Si les membres ont de manière générale reconnu la base conventionnelle

d'une telle obligation, des doutes ont été exprimés quant au point de savoir si l'obligation existe aussi en droit coutumier.

8. Un membre a critiqué le traitement distinct, d'une part, de la coutume internationale et des principes généraux du droit et, d'autre part, de la législation nationale et de la pratique des États, dans le chapitre relatif aux sources de l'obligation d'extrader ou de poursuivre. L'adoption de cette approche vise à souligner l'importance de la pratique législative, exécutive et judiciaire des États dans la formulation de l'obligation considérée. De plus, comme l'a indiqué un autre intervenant, les lois et pratiques nationales comblent certaines lacunes laissées par les traités internationaux. Un autre membre a rappelé que le sujet était directement lié aux systèmes de droit pénal internes. Le Rapporteur spécial souscrit pleinement aux deux dernières observations, qui ne contredisent nullement le fait que la pratique interne est essentielle à l'existence de règles coutumières de droit international, comme il est dit à l'Article 38 du Statut de la CIJ. Il a été impossible de présenter un éventail complet d'exemples de la pratique des États dans le rapport préliminaire, mais il sera incontestablement nécessaire de le faire ultérieurement. Le Rapporteur spécial convient qu'une analyse approfondie du sujet devrait beaucoup plus tenir compte des décisions judiciaires internationales et nationales qu'il ne l'a fait dans le rapport. C'est en raison de son caractère préliminaire que le rapport ne présente qu'un nombre restreint d'exemples de ces décisions dont il ne s'agit nullement de minimiser l'importance. Cela vaut aussi pour certaines lacunes de la bibliographie; à ce stade préliminaire, le Rapporteur spécial n'a pas tenté d'établir une compilation exhaustive des sources, mais le rapport suivant s'appuiera sur un examen élargi de la jurisprudence et de la doctrine.

9. Pour ce qui est de reconnaître, au moins provisoirement, l'existence d'une obligation coutumière généralement contraignante d'extrader ou de poursuivre qui serait applicable à l'ensemble des infractions pénales, les membres de la Commission ont très majoritairement exprimé leurs réserves. Pour la plupart d'entre eux, les membres appuient en revanche une démarche plus sélective, consistant à recenser certaines catégories de crimes pour lesquels l'idée de compétence universelle et le principe *aut dedere aut judicare* bénéficient déjà d'une reconnaissance plus générale des États. Dans la pratique internationale, plusieurs expressions servent à désigner de tels crimes, comme «crimes internationaux», «crimes internationaux graves», «crimes de droit international», «crimes de droit interne intéressant la communauté internationale» ou «crimes contre l'humanité». Compte tenu de la diversification des crimes et infractions, le Rapporteur spécial convient qu'il serait utile de définir les catégories de crimes qui, en vertu d'un traité ou de la coutume, seraient susceptibles de servir de base à l'application de l'obligation d'extrader ou de poursuivre. Il paraît plus facile et plus efficace de formuler des règles juridiques relatives à ces crimes spécifiques par voie de codification ou de développement progressif du droit international que d'appliquer l'obligation à l'ensemble des crimes et infractions. Naturellement, cela n'exclurait pas la possibilité d'élaborer des règles ou principes de caractère plus général à un stade ultérieur.

10. La majorité des intervenants a approuvé la proposition énoncée au paragraphe 61, point 10 du plan d'action préliminaire, du rapport tendant à ce que la Commission analyse également la relation entre l'obligation d'extrader ou de poursuivre et d'autres principes du droit international. Néanmoins, les avis ont sensiblement divergé à propos de la portée matérielle des principes à prendre en considération. Il paraît être généralement admis que le principe de la protection des droits de l'homme devrait être gardé à l'esprit tout au long des travaux de la Commission sur le sujet et qu'il devrait être davantage prêté attention au droit des droits de l'homme. Le Rapporteur spécial souscrit à ces propositions et à l'idée plus générale de limiter les travaux à l'élaboration de règles secondaires. Il accueille avec reconnaissance les nombreuses mises en garde amicales concernant de possibles embûches qu'il espère pouvoir éviter avec l'aide des autres membres de la Commission. Il se félicite aussi de l'appui qu'a recueilli sa proposition d'adresser une demande écrite aux gouvernements pour qu'ils lui fassent connaître leur pratique, notamment la plus récente, à l'égard de l'obligation *aut dedere aut judicare*. Les questions soulevées au paragraphe 59 du rapport pourraient être reprises dans le chapitre III du rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-huitième session, qui concerne traditionnellement les points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission.

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-huitième session

11. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur à présenter le projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-huitième session.

12. M^{me} XUE (Rapporteur) dit que le projet de rapport comporte 13 chapitres, dont les trois premiers ont un caractère introductif tandis que les autres portent sur des questions de fond. Le rapport sur les travaux de la cinquante-huitième session sera particulièrement volumineux, la Commission ayant achevé l'examen de plusieurs sujets inscrits à son ordre du jour.

13. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le chapitre VI du projet de rapport (A/CN.4/L.694 et Add.1 et Add.1/Corr.1).

CHAPITRE VI. Ressources naturelles partagées (A/CN.4/L.694 et Add.1 et Add.1/Corr.1)

A. Introduction

B. Examen du sujet à la présente session

C. Texte du projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières adopté par la Commission en première lecture

1. TEXTE DU PROJET D'ARTICLES

2. TEXTE DES PROJETS D'ARTICLE ET DES COMMENTAIRES Y AFFÉRENTS

14. M. YAMADA (Rapporteur spécial) dit que le document A/CN.4/L.694/Add.1/Corr.1 apporte des corrections d'ordre linguistique et technique au document A/CN.4/L.694/Add.1. Il convient cependant d'apporter deux autres modifications à ce texte rectifié. Tout d'abord, au paragraphe 2 du commentaire général, il faudrait modifier la nouvelle version proposée de la cinquième

phrase en supprimant le dernier membre de phrase: «si la Commission devait ultérieurement en entreprendre». La fin de la phrase se lirait alors ainsi: «... concernant le pétrole et le gaz naturel». Ensuite, il faudrait insérer une précision au début de la phrase à ajouter à la fin du même paragraphe, laquelle phrase se lirait alors ainsi: «Un membre a estimé que, lorsque celle-ci aura été achevée, il sera décidé d'aller ou non de l'avant pour le pétrole et le gaz naturel.»

15. Le PRÉSIDENT, à propos du paragraphe 1 de la section C figurant dans le document A/CN.4/L.694/Add.1, rappelle que le texte du projet d'articles a déjà été adopté en première lecture.

16. M. PELLET dit que, dans le texte français de la première phrase du paragraphe 1, la formule «le texte du projet d'articles adopté» laisse supposer que le projet est complet. Si, comme il le pense, tel n'est pas le cas, il faudrait dire «le texte des projets d'article adoptés jusqu'à présent...»

17. Le PRÉSIDENT, appuyé par M. CANDIOTI, dit avoir compris qu'il n'y aurait pas d'autre ajout aux projets d'articles 1 à 19, tels qu'adoptés par la Commission en première lecture.

18. M. YAMADA (Rapporteur spécial) explique que, lorsqu'il a été demandé à la Commission d'inscrire le sujet des ressources naturelles partagées à son programme de travail, il a été généralement supposé – bien qu'il n'y ait eu aucun consensus à ce propos – que le sujet couvrirait trois catégories de ressources naturelles, à savoir les eaux souterraines, le pétrole et le gaz. Lors de sa nomination en qualité de Rapporteur spécial, il a proposé que la Commission limite son examen aux eaux souterraines. Cette démarche a été approuvée et la Commission a achevé sa première lecture des projets d'article sur le droit des aquifères transfrontières. Les commentaires relatifs aux projets d'article visent à faciliter la tâche des gouvernements pour présenter leurs commentaires et observations, lesquels guideront la Commission lors de la seconde lecture du texte.

19. S'il est vrai que d'éventuels travaux futurs sur le pétrole et le gaz s'inscriraient dans le cadre du sujet des ressources naturelles partagées, le fait qu'il existe des points de vue divergents au sein tant de la Commission du droit international que de la Sixième Commission rend inopportune, à ce stade, toute discussion sur ces aspects du sujet, laquelle risquerait de compromettre l'achèvement de la seconde lecture du projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières.

20. M. KEMICHA dit que le Rapporteur spécial a raison de dire qu'il présente un ensemble de projets d'article qui a été adopté en première lecture et constitue de ce fait un produit fini. En revanche, M. Pellet a également raison de signaler que la Commission n'a pas achevé son examen du sujet plus général des ressources naturelles partagées. C'est donc à juste titre que le Rapporteur spécial a précisé dans la toute dernière version du paragraphe 2 du commentaire général qu'un membre estimait qu'il faudrait décider d'aller ou non de l'avant pour le pétrole et le gaz naturel lorsque la seconde lecture

aurait été achevée. Au paragraphe 1 de la section C, il serait peut-être sage d'ajouter la formule «sur le droit des aquifères transfrontières», après les mots «projet d'articles», pour souligner le fait que ce dernier s'inscrit dans un projet plus vaste.

21. M. PELLET dit qu'il voulait simplement savoir s'il s'agissait d'un projet d'articles fini de la Commission sur les aquifères transfrontières. Puisque cela semble être le cas, il serait sage non seulement d'insérer le libellé proposé par M. Kemicha, mais aussi d'ajouter, au paragraphe 2 de la section A du chapitre, figurant dans le document A/CN.4/L.694, l'explication que vient de donner le Rapporteur spécial. Il devrait être rappelé dans ce paragraphe que la Commission a décidé de commencer ses travaux sur le sujet par une étude des nappes captives, et il faudrait expliquer au paragraphe 5 de la section B que l'ensemble de 19 projets d'article adoptés en première lecture constitue le projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières. Quelqu'un qui n'a pas été membre du Comité de rédaction ou du Groupe de travail ne comprend pas d'emblée que les projets d'article ne constituent pas un ensemble complet d'articles sur la totalité du sujet des ressources naturelles partagées, et il serait donc utile de rappeler aux lecteurs que la Commission a scindé le sujet en plusieurs parties.

22. Le PRÉSIDENT demande à M. Pellet si l'incorporation du contenu de la première note de bas de page dans le corps du texte de la section A répondrait partiellement à son souci.

23. M. PELLET dit que d'un sujet à l'autre il y a une considérable différence de traitement de l'historique du sujet, qui est parfois rappelé de manière très détaillée, tandis que d'autres fois il n'est mentionné qu'en passant. En l'occurrence, l'historique est très important et ne devrait pas être limité à une note de bas de page. Il convient de remanier le paragraphe 5 de la section B pour indiquer clairement que les 19 projets d'article constituent le projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières.

24. M. KEMICHA dit qu'il est important de souligner que les projets d'article ne constituent qu'une première étape des travaux que va poursuivre la Commission sur les ressources naturelles partagées. Il devrait être clairement indiqué quelque part dans l'introduction que la Commission a adopté en première lecture un premier ensemble de projets d'article consacré au droit des aquifères transfrontières, pour laisser place à la possibilité d'autres travaux à l'avenir sur d'autres sortes de ressources naturelles partagées. Dans son libellé actuel, le texte laisse entendre que la Commission a achevé son examen de la totalité du sujet.

25. M^{me} XUE (Rapporteur) dit qu'un débat ouvert sur une question simple est en train de devenir très compliqué. M. Pellet a proposé que le rappel de l'historique soit développé dans les sections A et B du chapitre VI. Néanmoins, quiconque lit la totalité du texte comprend bien ce qu'il en est. Pour ce qui est de savoir si le projet de texte soumis à la Commission constitue une série complète d'articles sur les eaux souterraines, la réponse est affirmative quant au fond, mais il faut ne pas

perdre de vue que la Commission n'a pas encore décidé si les projets d'article devraient en définitive prendre la forme d'une convention, d'une série de principes ou toute autre forme. Si la Commission se prononce en faveur d'une convention, les projets d'article ne constitueront pas un ensemble complet, puisqu'il faudra y ajouter les clauses finales. Si la Commission opte pour une autre forme, ils pourront constituer un projet complet. Le fait de viser au paragraphe 5 de la section B un ensemble de 19 projets d'article indique nettement que la Commission a terminé la partie de ses travaux sur le fond.

26. Les sections A et B du chapitre VI reflètent clairement les travaux de la Commission au cours des cinq dernières années. Au paragraphe 1 de la section C, il serait néanmoins possible d'ajouter, après les mots «projet d'articles» la formule «sur le droit des aquifères transfrontières». Toutefois, la proposition de M. Kemicha de viser «un premier ensemble» de projets d'article serait source de confusion car cela impliquerait qu'un deuxième ensemble de projets d'article sur les aquifères transfrontières devrait être élaboré. Le Rapporteur spécial a déjà modifié oralement le document A/CN.4/L.694/Add.1/Corr.1 pour indiquer clairement qu'un membre seulement a estimé que, lorsque la seconde lecture aurait été achevée, il serait décidé d'aller ou non de l'avant pour le pétrole et le gaz naturel. La Commission est encore dans l'attente d'une décision de la Sixième Commission sur cette question.

27. M. KEMICHA, appuyé par M. MOMTAZ, dit que les paragraphes 1 et 2 du commentaire général relatif au droit des aquifères transfrontières, qui figurent actuellement dans les documents A/CN.4/694/Add.1 et Add.1/Corr.1, devraient être transférés dans la section A du chapitre VI.

28. M^{me} ESCARAMEIA se prononce pour les modifications apportées par le Rapporteur spécial au paragraphe 2 du commentaire général, mais s'oppose au transfert des paragraphes 1 et 2 du commentaire général dans l'introduction. Il serait faux d'affirmer dans l'introduction du chapitre VI que la Commission a discuté de la question de savoir s'il fallait aller ou non de l'avant pour le pétrole et le gaz naturel. Au contraire, le Groupe de travail s'est réuni et a décidé à l'unanimité que l'Assemblée générale ayant donné mandat à la Commission d'examiner les trois questions, toute décision visant à modifier ce mandat relève de l'Assemblée générale et non de la Commission.

29. M. BAENA SOARES approuve le paragraphe 2 du commentaire général tel que modifié et corrigé par le Rapporteur spécial. Il considère que la Commission a achevé la première lecture de la première partie de son mandat. Il s'est inquiété de la condition implicitement introduite par la modification initiale du paragraphe 2, laquelle a néanmoins disparu du fait de la suppression par le Rapporteur spécial des mots «si la Commission devait ultérieurement en entreprendre». L'adjonction de l'expression «Un membre a estimé...» traduit beaucoup mieux les vues du Groupe de travail. M. Baena Soares pense personnellement que la Commission devrait traiter les trois aspects du sujet.

30. M. KEMICHA précise que sa proposition initiale, qui visait à indiquer que la Commission devrait avoir la possibilité de réfléchir sur l'opportunité de couvrir le pétrole et le gaz naturel, était motivée, non par une position idéologique, mais par le respect de la liberté de décision de la Commission qui va prochainement être élue. Sa proposition actuelle signifie simplement que, dans un rapport qui doit être soumis à l'Assemblée générale, il serait logique de placer dans l'introduction les deux paragraphes traitant du contexte et de l'historique des travaux de la Commission.

31. M. PELLET dit que son seul souci est que les lecteurs du rapport comprennent l'historique des délibérations de la Commission. Il n'a ni arrière-pensée ni position quant au fond du rapport. Les choses ont été simples jusqu'à l'intervention du Rapporteur. Après, elles sont devenues extraordinairement compliquées. Elles étaient simples parce que tout ce qu'il demandait était qu'il soit clairement indiqué dans le rapport qu'il s'agissait d'un projet de première lecture. De ce fait, il ne comportait naturellement pas de clauses finales. Il n'est pas justifié de dire qu'un projet de texte est incomplet faute de comporter des clauses finales, lesquelles relèvent naturellement d'une conférence diplomatique. Un projet de texte est complet dès lors que la Commission est parvenue au terme de ses délibérations sur le sujet. Il faut donc indiquer clairement aux lecteurs du rapport que la Commission a terminé en première lecture son examen des projets d'article sur les aquifères transfrontières.

32. La position de M. Kemicha est raisonnable. On ne voit guère, à la lecture des paragraphes 1 et 2 de la section A, comment, après avoir été chargée d'examiner le sujet des ressources naturelles partagées, la Commission est passée au sujet des aquifères. L'affirmation, dans la dernière phrase du paragraphe 2 selon laquelle «Le Groupe de travail constitué en 2005 n'a pas achevé ses travaux» est totalement trompeuse. Il est absolument indispensable d'ajouter un texte reprenant le contenu de la première note de bas de page pour expliquer la décision de faire d'abord porter les travaux sur les aquifères.

33. M. KOLODKIN (Président du Comité de rédaction) propose de transférer la deuxième phrase du paragraphe 1 du commentaire général figurant dans le document A/CN.4/L.694/Add.1, qui commence par les mots: «De l'avis général, ...», au paragraphe 1 de la section A, dont il deviendrait la deuxième phrase.

34. Le PRÉSIDENT, prenant la parole en qualité de membre de la Commission, dit qu'après la dernière phrase du paragraphe 2 de la section A, dont le libellé est: «Le Groupe de travail constitué en 2005 n'a pas achevé ses travaux», il y aurait peut-être lieu de dire: «En particulier, sur les points concernant les questions connexes du pétrole et du gaz naturel, le Groupe de travail reprendra ses travaux après l'adoption des présents projets d'article.»

35. M. KEMICHA réaffirme qu'il ne fait que proposer l'insertion, après le paragraphe 1 de la section A, des paragraphes 1 et 2 du commentaire général relatif aux projets d'article, qui expliquent comment la Commission est passée des ressources naturelles partagées aux aquifères.

36. M. YAMADA (Rapporteur spécial) souligne que la section A, dont il n'a pas lui-même rédigé le texte, ne vise qu'à relater très brièvement sa nomination en qualité de Rapporteur spécial et les débats ultérieurs qui ont eu lieu en plénière, au Comité de rédaction et dans les groupes de travail. Pour comprendre comment les choses se sont passées au sein de la Commission, il faut se reporter aux rapports de celle-ci sur les travaux de ses précédentes sessions. Comme il l'a brièvement expliqué dans le commentaire général, la Commission s'est d'emblée entendue sur le fait qu'il y avait trois catégories de ressources naturelles mais qu'elle s'intéresserait dans un premier temps aux eaux souterraines, dans le prolongement de la Convention de 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. Peut-être cette explication est-elle néanmoins trop longue pour figurer dans l'introduction.

37. M. ECONOMIDES propose que le secrétariat, avec l'aide du Rapporteur spécial, complète le paragraphe 1 pour expliquer que la Commission a pris pour point de départ le sujet des ressources naturelles partagées et qu'elle a maintenant achevé ses travaux sur le sujet des aquifères.

38. M^{me} XUE (Rapporteur) dit que ses remarques sont pleinement reflétées en substance aux paragraphes 1 à 3 du commentaire général figurant dans le document A/CN.4/L.694/Add.1, et qu'elle n'a introduit aucun élément nouveau de nature à compliquer le débat. Le projet de rapport est conforme au schéma général des rapports de la Commission: les sections introductives A et B sont un simple exposé des travaux, tandis que le rappel de l'historique peut être aisément trouvé dans le document A/CN.4/L.694/Add.1. Elle invite instamment la Commission à respecter le format habituel du rapport, qui ne devrait pas être modifié.

39. Le PRÉSIDENT dit que s'il est vrai que les questions soulevées sont explicitées dans le commentaire, l'ajout d'une seule phrase signalant simplement que le sujet des aquifères comporte un certain nombre de connexités préciserait davantage les choses et dissiperait totalement les inquiétudes exprimées par certains membres. À défaut d'objection, il considérera que la Commission souhaite prier le secrétariat de rédiger une telle phrase à insérer à la fin du paragraphe 1 de la section A.

Il en est ainsi décidé.

Sous cette condition, le paragraphe 1 du document A/CN.4/L.694, tel que modifié, est adopté.

Paragraphes 2 à 4

Les paragraphes 2 à 4 sont adoptés.

Paragraphe 5

Sous réserve de l'insertion de la date et du numéro de séance pertinents, le paragraphe 5 est adopté.

Paragraphe 6

40. Le PRÉSIDENT dit que le début de la première phrase devrait se lire ainsi: «À sa 2903^e séance, tenue le 2 août 2006, ...»

Le paragraphe 6, ainsi modifié, est adopté.

Les sections A, B et C.1 du chapitre VI, telles que modifiées, sont adoptées.

C. Texte du projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières adopté par la Commission en première lecture

2. TEXTE DES PROJETS D'ARTICLE ET COMMENTAIRES Y RELATIFS (A/CN.4/L.694/Add.1 et Add.1/Corr.1)

Commentaire général

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

41. M. PELLET souligne que, telle que modifiée oralement par le Rapporteur spécial, la phrase à ajouter à ce paragraphe donne l'impression que tous les membres de la Commission, sauf un, sont contre le fait d'aller de l'avant pour le pétrole et le gaz naturel alors que, d'après ce qu'il comprend, c'est exactement le contraire. La phrase devrait donc être ainsi remaniée: «Un membre a estimé que ce n'est que lorsque celle-ci aura été achevée qu'il sera décidé d'aller ou non de l'avant pour le pétrole et le gaz naturel.»

Le paragraphe 2, tel que modifié par le document A/CN.4/L.694/Add.1/Corr.1, par le Rapporteur spécial, et par M. Pellet, est adopté.

Paragraphe 3

Le paragraphe 3, tel que modifié par le document A/CN.4/L.694/Add.1/Corr.1, est adopté.

Paragraphe 4

42. M. GAJA dit qu'il n'est pas satisfait de la deuxième phrase, qui laisse entendre que les projets d'article imposeraient des obligations aux «États tiers». Il ressort clairement de la troisième phrase que la référence aux États tiers vise des États qui ne sont pas des États de l'aquifère transfrontière concerné. Il propose donc de combiner les deux phrases en une seule, dont le texte se lirait ainsi: «Il a été décidé que, pour être efficaces, certains projets d'article auraient à imposer des obligations aux États qui ne partagent pas l'aquifère transfrontière considéré et, dans certains cas, à accorder des droits à ces États à l'égard des États de l'aquifère.»

43. M. KEMICHA dit qu'il préfère de loin la version originale de la dernière phrase du paragraphe 4 à la version modifiée proposée dans le document A/CN.4/L.694/Add.1/Corr.1.

44. M. YAMADA (Rapporteur spécial) explique que la version originale donnait l'impression que la protection de l'aquifère ou du système aquifère transfrontière était

un objectif qui prévalait sur toute autre considération. L'amendement proposé visait à atténuer cette impression.

45. Le PRÉSIDENT propose le libellé suivant: «Pour parvenir à ces conclusions, la Commission s'est préoccupée notamment de la protection de l'aquifère ou du système aquifère transfrontière.»

46. M^{me} ESCARAMEIA dit que la proposition de compromis du Président ne fait qu'énoncer une évidence. Il va sans dire que la Commission s'est préoccupée de la protection des aquifères transfrontières, mais elle a aussi tenu compte de considérations pratiques comme des situations d'urgence mettant en jeu des besoins humains vitaux. Elle appuie le libellé proposé par le Rapporteur spécial dans le rectificatif.

47. M. MANSFIELD appuie les remarques de M^{me} Escarameia. La formulation originale laisse entendre que la protection des aquifères transfrontières est la considération primordiale quelles que soient les circonstances, ce qui n'est pas nécessairement le cas. Le libellé proposé dans le rectificatif est plus équilibré.

Le paragraphe 4, tel que modifié par le document A/CN.4/L.694/Add.1/Corr.1 et par M. Gaja, est adopté.

Paragraphe 5

48. M. GAJA dit que les trois premières phrases du texte anglais devraient être alignées sur la version française, qui dit la même chose mais de façon plus claire.

49. M. KATEKA désapprouve l'affirmation contenue dans la phrase: «Il s'agit pourtant d'une convention de codification qui, pour l'essentiel, reprend le droit coutumier et, à ce titre, elle possède une autorité certaine.» La Convention de 1997, en particulier son article 3, a fait l'objet de nombreuses controverses, comme le montre le fait que 14 États seulement l'ont à ce jour ratifiée. Il propose donc de remanier la phrase, qui se lirait alors ainsi: «Il s'agit pourtant d'une convention-cadre qui possède une certaine autorité.»

Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 6

50. M. MOMTAZ dit que le recours à l'expression «États insulaires», dans la troisième phrase, est impropre. Par définition, un État insulaire n'a pas de frontière terrestre. Il faudrait plutôt parler d'«îles partagées entre deux ou plusieurs États».

51. M. KABATSI signale qu'il n'est pas impossible qu'un État insulaire ait des frontières terrestres. Plusieurs États peuvent avoir une frontière commune sur une seule île ou sur plusieurs îles.

52. M. MANSFIELD dit qu'il pourrait être remédié au problème par la reformulation suivante: «même des États insulaires dont le territoire jouxte étroitement celui d'autres États». Cela pourrait viser le cas dans lequel un État insulaire dont le territoire jouxte étroitement celui d'un autre État possède un aquifère souterrain qui s'étend jusqu'au territoire de l'autre État.

53. M. PELLET dit que ce qu'avance M. Mansfield est possible mais qu'il faudrait avoir un exemple. À son avis, ce que vise le texte est une situation telle que celle de l'Irlande, qui est une île composée de deux États, ou de Bornéo, une île partagée entre trois États où il pourrait aussi y avoir des aquifères partagés. M. Kabatsi a raison de signaler que certaines îles sont partagées entre plusieurs États, ce qui est ce que le texte s'efforce de dire, et il approuve donc la proposition de M. Momtaz.

54. M. MOMTAZ dit que la formule qu'il a proposée couvre le cas soulevé par M. Kabatsi.

55. M. PELLET, faisant référence aux sigles employés à la fin du paragraphe, dit que chaque fois que de tels sigles sont utilisés pour la première fois, ils devraient être explicités. Il serait par ailleurs utile d'indiquer, dans la note de bas de page afférente, à quels paragraphes du troisième rapport du Rapporteur spécial les instruments pertinents sont cités. Sans contester le droit qu'a le Rapporteur spécial de se citer lui-même dans le commentaire, il ne pense pas que ce soit une bonne pratique, bien qu'elle paraisse être de plus en plus fréquente.

56. M. YAMADA (Rapporteur spécial), à propos de l'observation faite par M. Momtaz, indique que dans le seul archipel des Caraïbes, 10 aquifères transfrontières ont été recensés.

57. M^{me} ESCARAMEIA ne voit aucune raison de modifier la formule «États insulaires ayant des frontières terrestres». De nombreux États n'occupent qu'une partie du territoire d'une île. De toute évidence, Haïti et la République dominicaine sont des États insulaires qui partagent une île. L'Indonésie est un État insulaire qui a des frontières terrestres communes avec plusieurs autres États. Ces États ont souvent des aquifères transfrontières. La situation ingénieusement envisagée par M. Mansfield n'est pas celle à laquelle pensait la Commission. L'idée était de viser le cas où deux États ou davantage occupent la même île et peuvent avoir des aquifères qui traversent leurs frontières. Bien qu'elle ne comprenne pas ce que M. Momtaz trouve à redire au texte, elle ne s'oppose pas à sa proposition.

58. M. CANDIOTI, comme M^{me} Escarameia, comprenait parfaitement le texte initial. Si l'on veut tenir compte de la proposition de M. Momtaz, il faut la remanier comme suit: «Il a été établi que la quasi-totalité des États continentaux et des États partageant certaines îles ont aussi des eaux souterraines qui traversent leurs frontières avec leurs voisins.»

59. M. ECONOMIDES ne voit aucune raison de faire une distinction entre États continentaux et États insulaires. Ce qui importe c'est que la quasi-totalité des États ayant des frontières terrestres, qu'ils soient continentaux ou insulaires, ont des eaux souterraines qui traversent leurs frontières avec leurs voisins. Il propose donc de supprimer le membre de phrase «continentaux et même des États insulaires».

60. M. KABATSI et M. MOMTAZ appuient la proposition de M. Economides.

61. Le PRÉSIDENT dit que la phrase se lirait ainsi: «Il a été établi que la quasi-totalité des États ayant des frontières terrestres peuvent aussi avoir des eaux souterraines qui traversent leurs frontières avec leurs voisins.»

Le paragraphe 6, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire général relatif au droit des aquifères transfrontières dans son ensemble, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article premier (Champ d'application)

Paragraphe 1 à 6

Les paragraphes 1 à 6 sont adoptés.

Paragraphe 7

62. M. PELLET dit que le paragraphe 7, en particulier la phrase «Il sera fixé plus tard, dans d'autres projets d'article de fond», est rédigé comme si le texte n'était pas complet. Il serait préférable de renvoyer à des projets d'article précis.

63. M. GAJA dit que les cinq dernières phrases semblent vouloir dire que des mesures devraient être prises avant et après l'impact pour déterminer s'il y a eu un impact, ce qui, d'une certaine façon, contredit l'idée d'une obligation de prévention énoncée dans le projet d'article 6. À son avis, on peut faire valoir un impact avant même l'événement considéré. Il convient donc de supprimer les trois dernières phrases, afin de ne pas priver d'effet l'obligation de prévention en affirmant que l'incident doit d'abord avoir eu lieu pour qu'on puisse déterminer s'il y a eu un impact.

64. M. PELLET dit que M. Gaja a raison et que s'il est donné suite à sa propre proposition, il sera possible de voir clairement de quoi il s'agit dans les articles auxquels il sera renvoyé. Ce n'est pas la peine d'essayer d'anticiper d'une façon qui est tout de même assez vague et discutable.

65. M. YAMADA (Rapporteur spécial) dit qu'il n'a aucune objection à opposer aux propositions de M. Gaja et de M. Pellet.

Le paragraphe 7, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire de l'article premier, tel que modifié, est adopté.

La séance est levée à 13 h 10.

2904^e SÉANCE

Jeudi 3 août 2006, à 10 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba,

M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kolodkin, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M^{me} Xue, M. Yamada.

Coopération avec d'autres organismes (fin*)

[Point 13 de l'ordre du jour]

DÉCLARATION DE REPRÉSENTANTS DU CONSEIL DE L'EUROPE

1. Le PRÉSIDENT souhaite la bienvenue à M. De Vel, Directeur général des affaires juridiques du Conseil de l'Europe, et l'invite à présenter les activités du Conseil de l'Europe.

2. M. DE VEL (Directeur général des affaires juridiques du Conseil de l'Europe) dit que l'actualité politique du Conseil de l'Europe a été marquée par le suivi du Troisième Sommet des chefs d'État et de gouvernement qui s'est tenu à Varsovie, les 16 et 17 mai 2005. Ce sommet, qui s'était attaché à définir la place du Conseil de l'Europe dans le paysage institutionnel européen et international afin de lui donner un mandat politique précis pour les années à venir, s'est conclu par l'adoption d'un plan d'action et d'une déclaration finale, la Déclaration de Varsovie. Les chefs d'État et de gouvernement des États membres y ont relevé que l'Europe était guidée par une philosophie politique d'intégration et de complémentarité, ainsi que par un engagement commun envers l'action multilatérale fondée sur le droit international. Ils se sont engagés à renforcer la coopération et la complémentarité entre le Conseil de l'Europe et les autres organisations engagées dans la construction d'une Europe démocratique et sûre, en proposant de définir un nouveau cadre de coopération. Ainsi, ils ont chargé le Premier Ministre du Luxembourg, M. Jean-Claude Juncker, d'élaborer, à titre personnel, un rapport sur les relations entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne en tenant compte de l'importance de la dimension humaine de la construction européenne. Dans le rapport qu'il a soumis en avril 2006, M. Juncker a conclu que le Conseil de l'Europe et l'Union européenne étaient d'une grande complémentarité par leurs domaines d'action et leurs expériences, et a formulé plusieurs recommandations. Pour lui, les États membres de l'Union européenne devaient immédiatement ouvrir la voie à l'adhésion de celle-ci à la Convention européenne des droits de l'homme. Les organes de l'Union européenne devraient reconnaître le Conseil de l'Europe comme «première référence continentale en matière de droits de l'homme». Le Commissaire aux droits de l'homme devait devenir une institution à laquelle l'Union européenne pourrait avoir recours pour toutes les questions relatives aux droits de l'homme qui n'étaient pas couvertes par les mécanismes communautaires existants. Les deux institutions devaient instaurer une plate-forme commune pour évaluer les normes juridiques et judiciaires et, le cas échéant, adopter mutuellement leurs normes. La politique de voisinage de l'Union européenne devait se focaliser sur les États membres du Conseil de l'Europe

* Reprise des débats de la 2899^e séance.

et le Bélarus, en augmentant le nombre de programmes conjoints planifiés en commun. Enfin, les États devaient veiller à ce que le Conseil de l'Europe, étant un partenaire majeur de l'Union européenne, soit doté des ressources dont il a besoin. M. De Vel précise qu'afin d'atteindre ces objectifs, un mémorandum d'accord devrait être conclu entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne pour définir les relations entre les deux organisations.

3. Dans la Déclaration de Varsovie, les chefs d'État et de gouvernement se sont également engagés à renforcer la coopération entre le Conseil de l'Europe et les Nations Unies et à atteindre les objectifs du Millénaire pour le développement³⁵⁹ sur le continent européen. Les textes adoptés lors du Troisième Sommet traitent également de la Convention européenne des droits de l'homme et des meilleurs moyens de garantir son efficacité permanente. Dans cette optique, un groupe de sages a été mis en place pour examiner la question de l'efficacité à long terme du mécanisme de contrôle de la Convention, y compris les effets du Protocole n° 14. Ce groupe a présenté des propositions additionnelles, qui vont au-delà des mesures déjà prises, tout en conservant la philosophie de base qui sous-tend la Convention européenne des droits de l'homme. Un rapport sur l'état d'avancement des travaux du groupe a été présenté à la dernière session du Comité des ministres du Conseil de l'Europe au niveau ministériel, en mai. Par ailleurs, le Protocole n° 14, qui réforme la procédure de la Cour européenne des droits de l'homme en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire, a été ratifié par 42 États, et il devrait pouvoir entrer en vigueur avant la fin de 2006.

4. À la suite du référendum organisé au Monténégro le 21 mai 2006 et de la déclaration d'indépendance de la République du Monténégro en date du 3 juin 2006, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a pris note avec satisfaction de la demande d'adhésion de la République du Monténégro au Conseil et l'a transmise – conformément aux procédures en vigueur – à l'Assemblée parlementaire pour avis. Par ailleurs, il s'est félicité de l'intention exprimée par les autorités de la République du Monténégro de respecter et de mettre en œuvre les engagements et obligations contractés par la Communauté étatique de Serbie-et-Monténégro en tant qu'État membre du Conseil de l'Europe, et il s'est dit déterminé à approfondir la coopération avec la République du Monténégro en ce sens.

5. Pendant l'année écoulée, une partie considérable des activités juridiques du Conseil de l'Europe s'est concentrée sur la lutte contre le terrorisme. Le Conseil s'est attaché, d'une part, à renforcer l'action juridique contre le terrorisme et ses bases financières et, d'autre part, à sauvegarder les valeurs fondamentales de l'Europe, c'est-à-dire à assurer une mise en œuvre effective des normes adoptées et à renforcer la capacité des États à lutter efficacement contre le terrorisme tout en respectant les droits de l'homme. La Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, qui a été adoptée en mai 2005, a été suivie en septembre de la même année de l'adoption, par le Conseil de sécurité

de l'ONU de la résolution 1624 (2005) en date du 14 septembre 2005, qui s'en inspire. Cette convention, qui a été signée par 35 pays et entrera en vigueur une fois qu'elle aura été ratifiée par six d'entre eux, vise à combler certaines des lacunes existant dans la législation et l'action internationale contre le terrorisme, et ce par différents moyens. Sont érigés en infractions pénales des actes susceptibles de mener à la commission d'actes de terrorisme, notamment la provocation publique et le recrutement ou l'entraînement de terroristes. Par ailleurs, la coopération en matière de prévention est renforcée tant au plan national, dans le contexte de la définition des politiques nationales, qu'au plan international. Quant à la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, elle a été signée par 22 pays et entrera également en vigueur une fois qu'elle sera ratifiée par six d'entre eux. Deux États ont fait part de leur intention de la ratifier prochainement. Ces deux conventions sont ouvertes, sous certaines conditions, aux États non membres du Conseil de l'Europe. Le processus de signature et de ratification se poursuit également en ce qui concerne les autres instruments internationaux du Conseil de l'Europe contre le terrorisme. Ainsi, six États ont l'intention de ratifier le Protocole portant amendement à la Convention européenne pour la répression du terrorisme, qui a été signé par 44 États et ratifié par 22.

6. Le Comité d'experts contre le terrorisme du Conseil de l'Europe (CODEXTER) poursuit l'élaboration de «profils nationaux sur la capacité législative et institutionnelle à lutter contre le terrorisme», dont 20 ont déjà vu le jour et sont largement utilisés par les États, les institutions académiques et le Comité contre le terrorisme (CCT) du Conseil de sécurité de l'ONU dans le cadre de l'évaluation du suivi de la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité. Cette coopération entre le Conseil de l'Europe et l'ONU en vue de l'application des résolutions 1373 (2001) et 1624 (2005) du Conseil de sécurité s'étend au plan opérationnel. En effet, des experts du Conseil de l'Europe participent aux visites d'évaluation du CCT dans les États Membres de l'ONU qui sont également membres du Conseil de l'Europe. Parallèlement, le CODEXTER poursuit l'identification des lacunes existant dans le domaine du droit international et de l'action contre le terrorisme. Dans ce contexte, la question de l'utilisation de l'Internet à des fins terroristes et le cyberterrorisme font l'objet d'une attention particulière.

7. Par ailleurs, l'arsenal juridique du Conseil de l'Europe a été complété en juin 2006 avec une nouvelle Recommandation du Comité des ministres aux États membres concernant l'assistance aux victimes d'infractions, qui s'est ajoutée aux trois Recommandations de 2005 portant sur les techniques spéciales d'enquête, la protection des témoins et des collaborateurs de justice, et les documents d'identité et de voyage.

8. Enfin, il convient de mentionner les développements récents qui font suite aux allégations, révélées en 2005 par le *Washington Post* et l'organisation non gouvernementale Human Rights Watch, concernant l'existence de centres secrets de détention de la Central Intelligence Agency (CIA) dans des États membres du Conseil de l'Europe.

³⁵⁹ Voir la Déclaration du Millénaire, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 55/2 en date du 8 septembre 2000.

Une enquête a été ouverte le 1^{er} novembre 2005 par l'Assemblée parlementaire et de son côté, le Secrétaire général du Conseil de l'Europe a engagé une action conformément à l'article 52 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le premier résultat de ce travail est la publication d'un rapport du Secrétaire général fondé sur les réponses officielles des 46 États membres du Conseil. L'analyse des réponses a montré que les procédures en vigueur visant à déterminer qui et quoi transitent dans les aéroports et l'espace aérien de l'Europe n'offraient pas de garanties suffisantes contre les abus. En fait, il apparaît qu'aucun État membre n'a établi quelque procédure que ce soit pour vérifier que les appareils civils ne servent pas à des fins qui seraient incompatibles avec les normes internationalement reconnues en matière de droits de l'homme.

9. Par ailleurs, le Secrétaire général du Conseil de l'Europe a déclaré que les règles en vigueur concernant l'immunité des États constituaient des obstacles considérables pour l'application effective du droit aux activités des agents étrangers, qu'immunité ne signifiait pas impunité, et que les exceptions à l'immunité des États, déjà reconnues pour la torture, devaient s'étendre aux autres violations graves des droits de l'homme telles que les disparitions forcées. En septembre 2006, le Secrétaire général soumettra des propositions au Comité des ministres en vue de mener une action concrète pour remédier à ces carences, et ceci dans trois domaines: l'introduction de mécanismes de contrôle des activités des services de renseignements étrangers en Europe, la réglementation relative au trafic aérien international et les exceptions à l'immunité des États, domaines qui devraient intéresser particulièrement la Commission du droit international.

10. La Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains a déjà été signée par 30 États et ratifiée par l'un d'entre eux et entrera en vigueur après six ratifications. Elle vise à prévenir et combattre la traite des êtres humains, qu'elle soit nationale ou transnationale et qu'elle soit liée ou non à la criminalité organisée, en portant une attention particulière à la protection des victimes.

11. En matière de lutte contre la corruption, avec le Groupe d'États contre la corruption (GRECO), le Conseil de l'Europe dispose d'un système de contrôle intégré et pleinement opérationnel qui pourrait servir d'exemple pour l'action menée au niveau mondial. À cet égard, l'idée d'assurer le suivi de la Convention des Nations Unies contre la corruption est actuellement à l'examen au sein de diverses instances. Si elle est retenue, il faudra examiner comment coordonner ce suivi avec d'autres processus et systèmes de contrôle, afin d'éviter les doubles emplois et le chevauchement d'activités et de garantir un renforcement mutuel des différents processus de suivi. Cela est d'autant plus important qu'en général le suivi pèse lourdement sur les pays concernés, et que certains d'entre eux ont manifesté des signes de lassitude à ce sujet. Pour sa part, le GRECO poursuit l'évaluation de ses 41 membres avec une méthodologie qui a fait ses preuves. Il est sur le point de finaliser son deuxième cycle d'évaluation consacré aux produits de la corruption, à la corruption dans l'administration politique, et à l'utilisation des personnes morales comme sociétés écrans pour

dissimuler la commission d'infractions de corruption. Le troisième cycle d'évaluation du GRECO, qui sera lancé début 2007, portera sur la transparence dans le financement des partis politiques et les incriminations prévues par la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe et son Protocole additionnel de 2003.

12. La lutte contre la cybercriminalité est un autre domaine clef de l'action menée par le Conseil de l'Europe. Il y déploie une activité considérable visant à donner une nouvelle impulsion à la ratification la plus large possible de la Convention sur la cybercriminalité, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2004, et de son Protocole additionnel relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques, entré en vigueur le 1^{er} mars 2006.

13. La Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention des cas d'apatridie en relation avec la succession d'États a été ouverte à la signature le 19 mai 2006 et signée le jour même par l'Ukraine. Pour entrer en vigueur, elle doit être ratifiée par trois États. Élaborée à la suite d'une Recommandation du Comité des ministres aux États membres concernant la prévention et la réduction de l'apatridie (1999), elle s'appuie sur l'expérience acquise au cours des dernières années par un certain nombre de pays. Elle tient compte également de la Convention des Nations Unies sur la réduction des cas d'apatridie, de la Déclaration de la Commission de Venise relative aux incidences de la succession d'États en matière de nationalité des personnes physiques³⁶⁰, ainsi que du projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États élaboré par la Commission du droit international³⁶¹.

14. La révision de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants, activité clef dans le domaine du droit de la famille et du droit de l'enfant, a été confiée au Groupe de travail sur l'adoption. La Convention révisée devrait être adoptée en 2007.

15. Le Conseil de l'Europe a lancé un programme contre les médicaments de contrefaçon et les crimes pharmaceutiques, qui a débuté par un séminaire en septembre 2005 et qui se poursuit notamment par la réalisation d'une étude de faisabilité en vue de la rédaction d'un instrument juridique, conduite par l'expert du Conseil de l'Europe, qui sera finalisée avant 2007.

16. Le Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI) du Conseil de l'Europe est devenu au fil des années un interlocuteur privilégié de la Commission du droit international. Une nouvelle publication intitulée *La pratique des États concernant les immunités des États* a vu le jour³⁶². Elle fait suite au projet pilote du Conseil de l'Europe sur la pratique des États relative aux immunités des États et de leurs biens et comporte en outre un rapport analytique établi par trois instituts de recherche à la demande du CAHDI.

³⁶⁰ Conseil de l'Europe, Strasbourg, 10 février 1997, document CDL-INF(97)1, p. 3 à 6.

³⁶¹ *Annuaire...* 1999, vol. II (2^e partie), p. 21, par. 47.

³⁶² Publié sous la direction de Gerhard Hafner, Marcelo G. Cohen et Susan Breaux, Leyde, Martinus Nijhoff, 2006.

Par ailleurs, de nouvelles bases de données relatives à la pratique des États sur les immunités des États et à l'organisation et aux fonctions du Bureau du Conseiller juridique des ministères des affaires étrangères ont été mises en ligne.

17. Une part importante du travail du CAHDI est consacrée à son rôle d'Observatoire européen des réserves aux traités internationaux, activité qui s'est développée au fil des ans et qui s'est consolidée par l'extension de son champ d'application aux réserves aux traités internationaux contre le terrorisme, qu'elles soient ou non susceptibles d'objection. Le CAHDI a donc établi une liste des réserves «éventuellement problématiques» et, sur sa recommandation, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, par l'intermédiaire du Secrétaire général du Conseil, a entrepris une démarche collective qui s'ajoute aux démarches individuelles visant au retrait de ces réserves. Un dialogue entre États réservataires – qu'ils soient ou non membres du Conseil de l'Europe – et le CAHDI s'est ainsi instauré.

18. Un autre domaine sur lequel se concentre le CAHDI depuis 2005 et qui a eu un écho considérable ces derniers mois est celui des sanctions imposées par les Nations Unies. Le CAHDI étudie leur mise en œuvre au niveau national et les problèmes qui peuvent apparaître, notamment à l'égard du respect des droits de l'homme. Une base de données sur la situation dans les États membres a été créée et un rapport établi par le professeur Iain Cameron, et récemment publié³⁶³, s'ajoute à celui dont le Bureau des affaires juridiques de l'ONU a confié l'établissement au professeur Bardo Fassbender³⁶⁴.

19. La prochaine réunion du CAHDI, qui se tiendra en septembre à Athènes, sera suivie de la quatrième réunion multilatérale de consultation sur la Cour pénale internationale. Depuis 2000, le Conseil de l'Europe a organisé en effet trois réunions de consultation, ouvertes aux États membres et à des États et des organisations intergouvernementales observateurs, qui visent à faciliter des échanges de vues sur les problèmes juridiques rencontrés dans le processus de ratification et sur les modèles développés dans certains pays pour faire face à ces difficultés. Les conclusions adoptées lors de ces réunions ont été adressées aux gouvernements. La quatrième réunion de consultation portera sur l'interaction entre la Cour pénale internationale et les tribunaux nationaux, sur les accords relatifs aux témoins et sur l'exécution des décisions de la Cour.

20. En ce qui concerne les activités du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit constitutionnel et électoral, la Commission de Venise a adopté récemment plusieurs avis importants concernant les réformes constitutionnelles en Arménie et en Ukraine, les projets d'amendements aux codes électoraux arménien et géorgien et le projet de loi concernant les églises et les organisations religieuses en République de Serbie. Elle a également adopté un rapport sur la participation des

partis politiques aux élections et une déclaration sur la participation des femmes aux élections. Elle déploie son activité au-delà des limites du continent européen, comme en témoigne sa coopération avec l'Afrique du Sud.

21. Le Conseil de l'Europe coopère également avec la Mission d'administration intérimaire des Nations Unies au Kosovo (MINUK) en vue de rendre applicables au Kosovo la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales et la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Deux accords ont été signés à cette fin avec la MINUK, en 2004.

22. Enfin, deux conférences de haut niveau sont prévues pour l'automne 2006. La vingt-septième Conférence des ministres européens de la justice se tiendra à Erevan (Arménie) les 12 et 13 octobre 2006, sur le thème de l'aide aux victimes, de leur place et de leurs droits et les ministres de la justice et de l'intérieur se réuniront à Moscou en novembre 2006 afin d'étudier les moyens d'améliorer la coopération européenne en matière pénale.

23. En conclusion, M. De Vel dit que le Conseil de l'Europe poursuit une activité intense en vue de la construction d'une Europe sans clivages fondée sur les valeurs communes consacrées par le Statut du Conseil, à savoir la démocratie, les droits de l'homme et la prééminence du droit.

24. M. MELESCANU dit qu'à son sens l'évolution la plus importante qui ait eu lieu récemment est l'établissement d'une certaine «division du travail» entre l'Union européenne et le Conseil de l'Europe. Le Conseil sera probablement amené à jouer un rôle très important pour assurer le respect de certaines valeurs fondamentales sur lesquelles l'Europe s'est construite. Étant donné que, face à des problèmes très graves tels que le terrorisme, le blanchiment d'argent, la criminalité transfrontière ou la cybercriminalité, certains pays ont tendance à établir une hiérarchie des priorités et à faire passer le respect des droits de l'homme au second plan, la principale tâche du Conseil de l'Europe devrait être de veiller à ce que la lutte des États membres et de l'ensemble de la communauté internationale contre ces fléaux soit menée dans le plus grand respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

25. Revenant sur la question des allégations relatives à l'existence de centres secrets de détention de la CIA dans des États membres du Conseil de l'Europe, M. Melescanu souscrit à l'idée que l'une des principales difficultés est la réglementation relative au trafic aérien international. En tant que membre de la Commission du Sénat roumain chargée de vérifier les allégations en question, il a pu constater que, bien que l'identité du pilote et celle des passagers soient communiquées aux autorités du pays de transit, celles-ci n'avaient aucun moyen de solliciter d'autres renseignements si personne ne descendait de l'aéronef ou ne montait à bord sur le territoire national. Il faudrait donc, au moins au niveau européen, donner aux autorités des pays de transit les moyens de faire face aux responsabilités qu'on voudrait leur imputer. Par ailleurs, le Conseil de l'Europe pourrait demander ou recommander que les services de renseignements

³⁶³ *The European Convention on Human Rights, Due Process and United Nations Security Council Counter Terrorism Sanctions*, 6 février 2006 (disponible sur le site du Conseil de l'Europe).

³⁶⁴ *Targeted Sanctions and Due Process*, 20 mars 2006.

nationaux soient placés sous le contrôle du Parlement et non sous celui de l'exécutif, car le contrôle parlementaire est le meilleur garant du respect de la démocratie et des droits de l'homme.

26. Enfin, M. Melescanu prie M. De Vel de bien vouloir se mettre en rapport avec le secrétariat de la Commission du droit international afin que les membres de la Commission puissent consulter les documents sur l'immunité des États que le Conseil de l'Europe a élaborés.

27. M. GALICKI dit qu'il ressort clairement de la déclaration de M. De Vel que la question du terrorisme a été au cœur des activités menées par le Conseil de l'Europe au cours des dernières années et il se félicite de l'adoption en 2005 d'une Convention qui, pour la première fois, n'est pas axée sur la répression de ce phénomène mais sur sa prévention. Il souhaiterait savoir si le Conseil a prévu d'élaborer prochainement d'autres instruments contraignants en vue de prévenir et de combattre le terrorisme. M. Galicki se réjouit également de l'adoption d'une Convention sur la prévention des cas d'apatridie en relation avec la succession d'États mais il regrette que le Comité sur la nationalité prévu par cet instrument ait été supprimé de manière soudaine et inattendue. Il note que la disparition de cette instance a eu pour conséquence de priver d'effet les nombreuses recommandations qui lui avaient été adressées par la Troisième Conférence européenne sur la nationalité de 2004, en particulier les recommandations relatives à la nationalité des enfants, question qui mériterait selon lui d'être examinée plus avant. Il regrette en outre que le site Internet du Comité sur la nationalité ait également disparu et estime que l'on aurait pu conserver l'importante documentation qu'il contenait. Rappelant que le Troisième Sommet des chefs d'État et de gouvernement du Conseil de l'Europe tenu à Varsovie en 2005 a confirmé l'importance des questions relatives à la nationalité et recommandé leur suivi par le Conseil de l'Europe, M. Galicki souhaiterait savoir si des solutions sont prévues pour combler le vide laissé par la disparition du Comité sur la nationalité.

28. M. GAJA se félicite des informations utiles que M. De Vel a bien voulu porter à la connaissance des membres de la Commission sur les travaux récemment menés par le Conseil de l'Europe. L'Assemblée générale des Nations Unies ayant adopté en 2004 une Convention sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, il s'interroge sur les conséquences possibles ou avérées de cette adoption sur certains instruments régionaux et en particulier sur la Convention européenne sur l'immunité des États. Très souvent, en effet, le Conseil de l'Europe comme d'autres organisations internationales adopte de nouvelles conventions pour répondre à de nouveaux défis, mais il vaudrait mieux que les États envisagent de recourir aux textes universels s'ils ont déjà été adoptés. M. Gaja souhaiterait donc connaître la position du Conseil de l'Europe et du CAHDI sur cette question. Relevant par ailleurs que M. De Vel s'est référé à une déclaration du Secrétaire général du Conseil de l'Europe dans laquelle celui-ci souligne que les règles en vigueur concernant l'immunité des États pourraient constituer des obstacles dans la lutte contre les risques liés à la pratique des restitutions extraordinaires et à la mise en place de centres secrets de détention, il attire l'attention

de M. De Vel sur le fait que la Commission a récemment inscrit dans son programme de travail à long terme la question de l'immunité des agents de l'État.

29. M. MOMTAZ se félicite que la question de la compatibilité des sanctions imposées par les différents organes de l'ONU, en particulier le Conseil de sécurité, avec le droit international des droits de l'homme soit désormais inscrite à l'ordre du jour du CAHDI. À ce propos, il souhaiterait savoir si celui-ci se contentera d'identifier et de constater les cas d'incompatibilité ou s'il envisage d'adopter les mesures qui s'imposeraient dans de tels cas.

30. M. ECONOMIDES remercie M. De Vel de sa présentation et appelle son attention sur l'extrême gravité des événements qui se déroulent actuellement sur le territoire de l'État libanais, théâtre d'une crise humanitaire évidente et de violations flagrantes des droits de l'homme. Il souhaiterait savoir si le Conseil de l'Europe, dont la préoccupation essentielle est de protéger les droits de l'homme, a déjà réagi face à cette situation ou s'il a l'intention de le faire.

31. M. DE VEL (Directeur général des affaires juridiques du Conseil de l'Europe), répondant aux différentes questions posées par les membres de la Commission, approuve tout d'abord les propos tenus par M. Melescanu en ce qui concerne la répartition des tâches entre l'Union européenne et le Conseil de l'Europe et il souligne que, dans son rapport sur les relations entre ces deux institutions, le Premier Ministre du Luxembourg, M. Jean-Claude Juncker, a estimé que c'est dans le domaine juridique que la coopération entre les deux organisations est optimale. Quant à la nécessité de respecter les droits de l'homme dans le cadre de la lutte contre la criminalité en général et contre le terrorisme en particulier, il rappelle que, depuis les années 50, le Conseil de l'Europe tient compte de ce principe et que cette préoccupation est notamment reflétée dans la Convention européenne d'extradition de 1957 et dans la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale de 1959. Il ajoute que, dans des textes plus récents comme la Convention sur la cybercriminalité de 2001, il est dûment tenu compte de la nécessité de concilier liberté d'expression et lutte contre la criminalité informatique. De manière générale, il ajoute que, dans la lutte contre le terrorisme, les États ne doivent jamais perdre de vue que le premier droit de l'homme est le droit à la vie.

32. Reconnaissant que les phénomènes récents des vols secrets et de la construction de centres secrets de détention mettent en danger la démocratie et les droits de l'homme, M. De Vel dit que ces questions seront examinées de manière approfondie au sein du Conseil de l'Europe, mais qu'il ne peut pas préjuger du résultat du travail des experts sur ces sujets. S'agissant en particulier du problème de l'identification des passagers des vols secrets, il estime que le problème devrait être abordé au sein du Conseil de l'Europe et précise que le Secrétaire général fera une proposition en ce sens en septembre 2006. Pour ce qui est de la surveillance des services de renseignements, il indique qu'un Comité créé quelques années auparavant à la demande expresse des cinq principaux États membres du Conseil de l'Europe pour étudier la question avait suggéré

qu'une recommandation soit adoptée par le Conseil des ministres sur le sujet, ce qui n'a malheureusement pas été jugé prioritaire. La question sera toutefois abordée par le Secrétaire général du Conseil de l'Europe en septembre 2006.

33. Pour ce qui est de l'élaboration de nouveaux instruments relatifs à la lutte contre le terrorisme, M. De Vel dit que l'on constate une certaine prudence de la part des États membres sur ce sujet et que l'enthousiasme qu'avait suscité la proposition d'élaborer un instrument sur la prévention du terrorisme semble faire défaut à l'heure actuelle. Toutefois, un certain nombre d'États sont favorables à l'élaboration d'une convention sur le cyberterrorisme, principalement axée sur les attaques terroristes contre des infrastructures essentielles. Cela étant, combinée avec la Convention sur la cybercriminalité, la Convention sur la prévention du terrorisme, qui couvre l'incitation au terrorisme, permet d'ores et déjà de lutter contre certains délits informatiques. Quoi qu'il en soit, la question sera débattue et M. De Vel espère que l'on pourra aboutir à l'adoption d'un instrument qui permettrait de pallier les lacunes existantes en droit international.

34. À propos de la suppression du Comité sur la nationalité, M. De Vel explique que les coupes budgétaires imposées très récemment rendent peu probable son rétablissement ou son remplacement par une instance similaire. Les questions relatives à la nationalité continueront néanmoins d'être débattues au sein du Comité de coopération juridique, lequel a d'ailleurs demandé qu'un certain nombre de rapports soient établis sur ce sujet, notamment sur la nationalité des enfants. En ce qui concerne la suppression des pages Internet qui étaient consacrées à la nationalité, M. De Vel dit qu'il n'était pas au courant et que cela ne lui paraît pas justifié, d'autant plus que nombre d'instruments relatifs à la nationalité, comme la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention des cas d'apatridie en relation avec la succession d'États, n'ont pas encore été ratifiés par tous les États membres. Pour ce qui est de la question de l'immunité des États soulevée par M. Gaja, il dit que les États membres du Conseil de l'Europe sont conscients de l'existence de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens et il estime qu'il est possible d'adopter certaines dispositions au niveau régional, notamment pour faire face au phénomène des vols ou des centres de détention secrets, sans entraîner pour autant l'obsolescence de ladite Convention. Cela étant, il précise qu'il n'est pas encore question d'adopter un instrument contraignant puisque les experts n'entameront leurs travaux sur ces sujets qu'à l'automne 2006. Quant à la question de l'immunité des fonctionnaires nationaux, M. De Vel précise qu'elle est inscrite à l'ordre du jour du Comité du droit international du Conseil de l'Europe et qu'elle sera abordée à la fois par les experts chargés du suivi du rapport du Secrétaire général sur les pouvoirs que lui confère l'article 52 de la Convention européenne des droits de l'homme et par le CAHDI.

35. À la question de M. Momtaz concernant la compatibilité avec le droit international des droits de l'homme des sanctions imposées par des organes de l'ONU, notamment le Conseil de sécurité, M. De Vel indique que

le CAHDI a mandaté une étude sur le sujet, laquelle est menée parallèlement à celle qui est effectuée par l'ONU, et que le Comité reprendra l'examen de la question en septembre 2006. Il n'est pas en mesure de dire quelle attitude adopterait le CAHDI s'il constatait l'existence d'incompatibilités entre la liste des sanctions prévues par l'ONU et les obligations souscrites par les États en matière de droits de l'homme. Sans écarter l'hypothèse de l'établissement de directives le cas échéant, il ne souhaite pas préjuger de la réponse qu'apportera le CAHDI sur ces questions dont le caractère sensible et délicat a été relevé à juste titre par M. Momtaz.

36. Répondant à la question de M. Economides sur la situation actuelle au Liban, M. De Vel dit que le Conseil de l'Europe suit de très près les événements au Moyen-Orient et que les hauts responsables du Conseil ont pris position sur la question. Il ajoute qu'à sa prochaine session l'Assemblée parlementaire se penchera sur cette crise qui ne saurait effectivement être ignorée en raison de son extrême gravité.

37. M. BENÍTEZ (Secrétaire du Comité des conseillers juridiques sur le droit international public – CAHDI) apporte un certain nombre d'informations complémentaires en réponse aux questions posées par les membres de la Commission. Il précise tout d'abord que le CAHDI a créé une base de données accessible sur l'Internet, laquelle contient des informations mises à jour sur la législation et la pratique relatives aux immunités des États. Il ajoute que le CAHDI travaillait sur la question de l'immunité des agents de l'État depuis 2004 mais qu'il a été décidé de mettre fin à ses travaux, certaines des questions dont il était saisi ayant été réglées par la CIJ. À propos des conséquences possibles ou avérées de la récente Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens pour la Convention européenne sur l'immunité des États, il dit que, lors de sa session de mars 2005, le CAHDI a organisé une réunion informelle des États parties à la Convention européenne, dont les résultats sont disponibles sur son site Internet. Certaines délégations ont exprimé des doutes quant à l'utilité de cette convention, d'autres ont estimé qu'elle demeurerait utile et qu'il conviendrait d'examiner de manière plus approfondie les liens entre ces deux textes. Une deuxième réunion informelle sera organisée en septembre 2006 à Athènes en vue de la conclusion d'un accord entre les différents États parties à la Convention européenne sur l'immunité des États pour régler de manière concertée la question de l'interaction entre les deux instruments. S'agissant de la compatibilité des sanctions adoptées par l'ONU avec les droits de l'homme, les membres du CAHDI ont estimé qu'il appartenait à l'ONU de se prononcer et que seul l'examen des incidences de sanctions imposées en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies sur les obligations découlant de la ratification par les États membres du Conseil de l'Europe de la Convention européenne des droits de l'homme relevait de la compétence du Comité. Une base de données a d'ailleurs été mise en place afin de permettre aux États membres d'échanger des informations sur les difficultés soulevées par la nécessité de se conformer aux décisions du Conseil de sécurité tout en respectant les obligations souscrites en matière de droits de l'homme.

38. Le rapport du professeur Cameron, *The European Convention on Human Rights, Due Process and United Nations Security Council Counter Terrorism Sanctions*, un rapport indépendant qui n'engage que son auteur, a été conçu comme base de réflexion pour le CAHDI et comme contribution du Conseil de l'Europe à la réflexion en cours à l'ONU. C'est ce qui explique qu'il soit publié à peu près au même moment que celui du professeur Fassbender, *Targeted Sanctions and Due Process*. Le CAHDI ne souhaite aucunement se poser en instance de jugement – il existe d'ailleurs une instance, la Cour européenne des droits de l'homme, chargée de surveiller l'application de la Convention européenne des droits de l'homme – et il se voit être plutôt un forum au sein duquel les pays peuvent mettre en commun leurs expériences et leurs difficultés, s'informer des problèmes qu'ils rencontrent au niveau national et identifier les bonnes pratiques.

39. S'agissant des observations de M. Galicki sur les activités du Conseil de l'Europe dans le domaine du terrorisme, il semble que leur auteur songe aux difficultés bien connues auxquelles se heurte l'ONU dans ce domaine, en particulier en ce qui concerne l'élaboration d'une convention générale sur le terrorisme international, question qui n'est pas à l'ordre du jour du Conseil de l'Europe en raison du caractère délicat qui est le sien. L'idée du Conseil de l'Europe est plutôt de progresser dans les domaines techniques et de continuer à identifier les lacunes de l'action et du droit internationaux, comme celle qui concerne les attaques à motivation terroriste menées sur une grande échelle contre des infrastructures essentielles, qu'a évoquée M. Galicki. Cette question doit d'ailleurs être examinée par le Comité d'experts sur le terrorisme (CODEXTER) du Conseil de l'Europe, qui doit également poursuivre les activités visant à assurer l'application intégrale des normes déjà adoptées et l'échange de bonnes pratiques au moyen des profils de pays.

DÉCLARATION DU REPRÉSENTANT DU
COMITÉ JURIDIQUE INTERAMÉRICAIN

40. Le PRÉSIDENT souhaite la bienvenue à M. Hubert, Vice-Président du Comité juridique interaméricain, et l'invite à s'adresser à la Commission.

41. M. HUBERT (Vice-Président du Comité juridique interaméricain) fait observer que les rôles et fonctions de la Commission du droit international et du Comité juridique interaméricain sont à la fois similaires et distincts: la Commission accomplit un mandat de développement progressif et de codification du droit international à l'échelle universelle, et le Comité, quant à lui, travaille aux mêmes fins mais en tenant compte des problèmes spécifiques, de la tradition légale et des intérêts et priorités de la région des Amériques. Organe consultatif de l'Organisation des États américains (OEA) en matière juridique, il est aussi mandaté par la Charte de l'OEA pour étudier et analyser les obstacles juridiques à l'intégration des pays en développement des Amériques, de même que les possibilités d'une harmonisation des législations. Ces différences de compétences et d'approche ne peuvent que contribuer à rehausser l'importance du dialogue entre le Comité et la Commission.

42. Après avoir retracé l'histoire du Comité juridique interaméricain, qui fête en 2006 son centième anniversaire, en s'inspirant de l'allocution prononcée par le Président du Comité, M. Herdocia Sacasa, lors de la session extraordinaire du Conseil permanent de l'OEA qui s'est tenue à Washington en mars 2006, le Vice-Président du Comité juridique interaméricain a rappelé les contributions importantes que le Comité a apportées au droit international tout au long de son existence, illustrées notamment par le système interaméricain de paix, qui a abouti en 1948 à l'adoption du «Pacte de Bogotá», le travail accompli par le Comité dans le domaine de la non-intervention et de l'égalité juridique entre les États, dans le domaine des droits fondamentaux, avec notamment l'élaboration de la Convention américaine relative aux droits de l'homme ou «Pacte de San José de Costa Rica», et dans le domaine du droit de la mer, y compris la notion de zone économique exclusive, et en ce qui concerne l'«architecture démocratique» du système interaméricain, concrétisée par la Charte démocratique interaméricaine adoptée en 2001, et qui consacre l'existence dans les Amériques d'un «droit à la démocratie».

43. S'agissant des sujets examinés récemment par le Comité juridique interaméricain, M. Hubert indique qu'à sa soixantième session ordinaire, tenue à Rio de Janeiro en août 2005, le Comité a approuvé l'inscription à son ordre du jour du sujet «Promotion de la Cour pénale internationale», suite à une résolution par laquelle l'Assemblée générale de l'OEA avait demandé au Comité d'établir un questionnaire qui serait adressé à tous les États membres de l'OEA sur la question de savoir dans quelle mesure leur législation leur permettait de coopérer avec la Cour pénale internationale. Il convient de noter à cet égard que, sur les 139 signataires du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 25 appartiennent au système interaméricain, et que, sur ces 25, 22 ont ratifié le Statut de Rome ou y ont adhéré. Ce questionnaire, approuvé par le Comité et adressé à tous les États membres, qu'ils soient ou non parties au Statut de Rome, portait notamment sur la question de savoir si la législation nationale des États réprimait le crime de génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, visés dans le Statut de Rome et, dans l'affirmative, quels étaient les définitions et les éléments de ces crimes, si les États avaient relevé dans le Statut de Rome des obligations incompatibles avec les dispositions de leur constitution et, dans l'affirmative, quelles étaient ces obligations, et en quoi consistait leur incompatibilité et si leur législation prévoyait des procédures applicables à toutes les formes de coopération prévues au chapitre IX (Coopération internationale et assistance judiciaire) et au chapitre X (Exécution) du Statut de Rome. Il était aussi demandé aux États parties au Statut de Rome qui n'avaient pas de telles procédures de coopération d'indiquer s'ils étaient prêts à modifier leur législation de manière à permettre une coopération avec la Cour pénale internationale. Il était par ailleurs demandé aux États qui n'étaient pas parties au Statut de Rome s'ils avaient pris ou avaient l'intention de prendre les mesures juridiques internes qui leur permettraient de le ratifier ou d'y adhérer, et s'il existait des obstacles de nature juridique à leur coopération avec la Cour pénale internationale dans les cas visés dans le Statut de Rome s'agissant d'un État non partie.

44. Lorsque le Comité a tenu sa dernière session, en mars 2006, 17 pays, dont 11 parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, avaient répondu au questionnaire. Après avoir analysé ces réponses, le Rapporteur est notamment parvenu aux quatre conclusions ci-après: les États membres de l'OEA manifestent un vif intérêt pour la coopération avec la Cour pénale internationale; bien que tous les pays concernés ne répriment pas les crimes établis dans le Statut de Rome dans leur législation nationale, la majorité de ces pays, ainsi qu'il ressort des réponses reçues, s'efforce d'intégrer les définitions du Statut de Rome dans cette législation; nombre des États parties au Statut de Rome qui ont répondu au questionnaire disposaient de règlements leur permettant de coopérer avec la Cour et, pour certains d'entre eux, l'absence de lois spécifiques ne semblait pas nécessairement les empêcher de faire droit aux demandes de coopération de la Cour; pour régler les problèmes constitutionnels que cause le Statut de Rome, certains États ont eu recours à des mécanismes qui mériteraient d'être envisagés par les États qui ne sont pas encore parties au Statut de Rome. Enfin, sur proposition du Rapporteur, le Comité a adopté une résolution [CJI/RES.105(LXVIII)] qui, notamment, invite les États membres qui ne l'ont pas encore fait à remplir le questionnaire, demande aux États parties au Statut de Rome qui ont engagé un processus législatif pour donner effet aux chapitres IX et X du Statut sur la coopération avec la Cour, pour incorporer dans leur législation nationale les types de crimes prévus dans le Statut de Rome, ou pour modifier leur législation à cet égard, de fournir au Comité interaméricain des informations à jour et, enfin, demande aux États parties au Statut d'informer le Comité de toute autre réforme leur permettant de coopérer avec la Cour pénale internationale. Le Comité demeure saisi de cette question.

45. Lors de sa trente-quatrième session ordinaire, tenue en 2004, l'Assemblée générale de l'OEA avait, dans sa résolution 2042 (XXXIV O/04), demandé au Comité d'analyser, à la lumière des dispositions du chapitre III de la Charte démocratique interaméricaine, les aspects juridiques de l'interdépendance entre la démocratie et le développement économique et social, en précisant que le Comité devait mener cette étude dans le contexte particulier de la question intitulée «Application de la Charte démocratique interaméricaine» inscrite à son ordre du jour³⁶⁵. Le Comité a examiné cette question durant ses quatre sessions suivantes et a fini par adopter une résolution y relative en mars 2006³⁶⁶, après avoir examiné et approuvé l'étude quant au fond du Rapporteur sur les nombreuses questions que soulevait la demande de l'Assemblée générale de l'OEA. Il s'agit notamment des questions suivantes: quelle est la nature juridique exacte et la portée de la Charte démocratique interaméricaine, adoptée en tant que «déclaration», vue sous l'angle du développement progressif du droit international; est-ce que l'on peut ou non parler de l'existence d'un «droit à la démocratie» et/ou d'un «droit au développement» en droit international d'une manière générale, et en droit international des Amériques en particulier, et, dans

l'affirmative, qui sont exactement les bénéficiaires de ces droits et quelles obligations créent-ils; quelle est la relation entre la démocratie et le développement économique et social d'une part, et les droits de l'homme de l'autre et quel est l'ordre de priorité entre démocratie et développement: l'une peut-elle être considérée comme condition préalable de l'autre?

46. Tout en reconnaissant que la démocratie et le développement socioéconomique étaient interdépendants, le Comité a estimé que les aspects juridiques éventuels de cette interdépendance n'étaient pas immédiatement discernables. Il était également conscient que la question n'était pas dénuée de considérations politiques. Le Rapporteur spécial est parvenu aux conclusions suivantes, reprises dans leurs grandes lignes par le Comité dans sa résolution de mars 2006: la Charte démocratique interaméricaine énonce clairement que les peuples ont un droit à la démocratie et que les États membres de l'OEA sont tenus de promouvoir et de défendre ce droit; ces États doivent également prévenir tout facteur susceptible de nuire à la démocratie, comme l'absence de développement; l'absence ou l'insuffisance de développement peut menacer la démocratie mais ne peut justifier sa suppression ni sa limitation; les membres de l'OEA ont l'obligation de collaborer entre eux pour promouvoir et instaurer le développement. Cependant, l'analyse des aspects juridiques possibles de l'interdépendance entre démocratie et développement socioéconomique fait apparaître des différences fondamentales, du moins dans le cas du système interaméricain: les membres de l'OEA ont assumé une «obligation de démocratie», dont la violation entraîne immédiatement des conséquences politiques et juridiques. En d'autres termes, ils peuvent être sanctionnés s'ils ne sont pas démocratiques. Mais ils n'ont pas la même «obligation de développement». Les textes de l'OEA leur imposent de coopérer pour le développement mais ne prévoient pas de sanctions en cas de violation de cette obligation. Le Rapporteur spécial a relevé que les instruments actuels de l'OEA (principalement la Charte et la Charte démocratique) établissaient déjà les droits et les obligations des États membres, ainsi que de l'organisation elle-même et de ses organes, en ce qui concerne la démocratie d'une part, et le développement d'autre part. Il a suggéré néanmoins que l'adoption d'un nouvel instrument portant plus spécialement sur l'interdépendance entre démocratie et développement pourrait faciliter la compréhension, l'interprétation et l'application de ces droits et obligations.

47. Faute de temps, M. Hubert doit se contenter d'évoquer très brièvement les autres sujets étudiés par le Comité. Il invite les membres de la Commission qui souhaiteraient en savoir davantage à lire le rapport. Le premier sujet, et pas le plus facile, est la codification et la normalisation du droit international dans les Amériques. Le Comité a notamment cherché à savoir pourquoi le système interaméricain comptait autant de conventions non ratifiées par ses États membres. Un autre sujet à l'étude depuis nombre d'années est la Conférence spécialisée interaméricaine de droit international privé (CIDIP). Six de ces conférences ont déjà eu lieu; elles ont joué un rôle clef dans le développement du droit international dans la région. Le Comité s'est demandé si la Conférence, au lieu de travailler à de nouvelles conventions, ne devrait pas

³⁶⁵ Rapport de la 34^e session ordinaire de l'Assemblée générale, Quito, 6-8 juin 2004, *Actes et documents*, vol. I, p. 330.

³⁶⁶ *Annual report of the Inter-American Juridical Committee to the General Assembly*, 69^e session, document OEA/Ser.Q/VI.37-CJI/doc.237/06, résolution CJI/RES/106 (LXVIII O/06), p. 40.

plutôt s'attacher à adopter des lois types dont les États membres pourraient ensuite s'inspirer pour modifier leur propre système juridique. Il est probable que ces lois types favoriseraient davantage l'harmonisation du droit international privé dans les Amériques. Un autre sujet récemment inscrit au programme de travail du Comité est l'élaboration d'un projet de convention interaméricaine contre le racisme et toute forme de discrimination et d'intolérance. L'OEA estime en effet qu'elle doit se doter d'un instrument de cette nature, conformément à la tendance actuellement observée au niveau mondial. Enfin, l'énumération des activités du Comité serait incomplète sans une mention du Cours de droit international, organisé chaque été à Rio de Janeiro, qui a été consacré en 2006 au thème «*Démocratie et développement socioéconomique dans les Amériques*».

48. M. CANDIOTI, s'exprimant au nom des membres de la Commission qui sont originaires des Amériques, remercie le Vice-Président du Comité juridique interaméricain pour son exposé. Il espère que le Comité et la Commission poursuivront leur dialogue, en vue d'échanger non seulement des informations sur leurs travaux respectifs mais également des commentaires et des idées.

49. Le PRÉSIDENT, intervenant en sa qualité de membre de la Commission, relève une convergence des approches de l'OEA et de l'ONU à l'égard de l'interdépendance entre démocratie et développement socio-économique. Il rappelle que M. Boutros Boutros Ghali a accordé une place importante à cette question, d'abord en tant que Secrétaire général de l'ONU puis en tant que Secrétaire général de l'Organisation internationale de la francophonie. Cette approche convergente se fonde sur deux postulats: d'une part, les États sont les premiers responsables de la gestion de la relation entre développement et démocratie et, d'autre part, ils doivent coopérer de façon que les plus faibles bénéficient de l'aide des plus forts.

50. L'OEA, de par sa position entre deux océans, est ouverte à la fois vers l'Afrique et vers l'Asie, deux continents où existe la problématique de la relation entre démocratie et développement. Le Président demande si l'OEA tient compte des approches africaine et asiatique dans sa réflexion sur cette thématique duale.

51. M. HUBERT (Vice-Président du Comité juridique interaméricain) répond que l'OEA ne tient pas compte de la problématique spécifiquement africaine ou asiatique dans ses débats sur la question, mais considère plutôt qu'il s'agit d'une problématique universelle.

52. Il faut souligner que le système interaméricain est allé très loin dans l'affirmation du droit à la démocratie. Les pays des Amériques ont fait de notables efforts pour instaurer la démocratie là où elle n'existait pas, et pour la préserver là où elle existe, parfois non sans mal. Et quand la démocratie est menacée, l'OEA intervient immédiatement, ce qui aurait été considéré autrefois comme une ingérence. Dans la pratique, cependant, il n'est pas facile pour un pays en proie à la misère de rester démocratique. Démocratie et développement sont interdépendants. D'où le dilemme soulevé par certains

membres de l'OEA: la Charte oblige les États à être démocratiques, mais elle les oblige aussi à collaborer pour le développement. Le problème, c'est de savoir dans quelle mesure un État peut être contraint de coopérer pour le développement et quelles sanctions peuvent lui être imposées s'il ne respecte pas cette obligation. Telle est la question sur laquelle s'est penché le Comité. Cependant, même si on résolvait cette question par un moyen juridique – adoption d'une Charte sociale interaméricaine, par exemple –, la véritable réponse resterait, comme toujours, fondamentalement politique.

53. M. PELLET, faisant référence à la coopération entre les membres de l'OEA et la Cour pénale internationale, demande si le Comité juridique interaméricain a cherché comment faire échec aux pressions exercées par les États-Unis pour encourager la conclusion d'accords bilatéraux qui permettraient à leurs ressortissants d'échapper à la compétence de la Cour.

54. M. HUBERT (Vice-Président du Comité juridique interaméricain) répond que la question n'a été évoquée qu'en sourdine. Il rappelle que les membres du Comité sont élus à titre personnel et ne représentent donc pas – en théorie – leur pays. Le Comité considère que ces accords bilatéraux vont à l'encontre du développement du droit international et de la volonté universelle qui a présidé à la création de la Cour pénale internationale, mais sa position sur ce point n'est pas encore affirmée.

55. M. Sreenivasa RAO salue les travaux réalisés par le Comité juridique interaméricain au cours d'un siècle d'existence. Il souligne que les traditions juridiques des pays des Amériques sont une source d'inspiration et d'encouragement pour les pays d'Afrique et d'Asie, qui sont confrontés aux mêmes problèmes de pauvreté et de lutte pour la démocratie. Il faut espérer qu'ensemble ces pays sauront donner à la relation entre démocratie et développement une couleur et une teneur qui leur sont propres, en vue de promouvoir un ordre mondial plus juste.

56. M. HUBERT (Vice-Président du Comité juridique interaméricain) est heureux d'apprendre que les efforts du Comité sont appréciés. Dans le monde actuel de plus en plus petit, ce que chacun fait dans son coin a toujours une incidence sur les autres, et si cette incidence est positive – ce qui n'est hélas pas toujours le cas –, on ne peut que s'en féliciter.

57. M. CHEE, se référant à l'interdépendance entre démocratie et développement, dit qu'il faut garder à l'esprit que les crises économiques et les guerres fragilisent la démocratie. Il souligne par ailleurs que la démocratie doit aller de pair avec l'état de droit. Souvent, les gouvernements les plus faibles ont les textes constitutionnels les plus longs, alors qu'une des meilleures démocraties du monde, la Grande-Bretagne, n'a pas de constitution écrite.

58. M. HUBERT (Vice-Président du Comité juridique interaméricain) dit qu'en effet la démocratie ne réside pas dans une constitution ou un ensemble de lois mais dans la relation constante entre le peuple et ses dirigeants, lesquels doivent servir le peuple et non eux-mêmes. Il n'y a pas non

plus un seul modèle de démocratie. Il ne suffit pas pour un État de s'autoproclamer démocratique, et à l'inverse certains pays qu'on pourrait considérer comme totalitaires peuvent faire valoir que leur population jouit d'un certain bien-être et d'un certain niveau de développement. Le principe fondamental reste néanmoins que le peuple décide et doit pouvoir changer le gouvernement si celui-ci ne lui plaît pas.

La séance est levée à 13 h 5.

2905^e SÉANCE

Jeudi 3 août 2006, à 15 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kolodkin, M. Mansfield, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M^{me} Xue, M. Yamada.

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-huitième session (suite)

CHAPITRE VI. Ressources naturelles partagées (suite*)

C. Texte du projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières adopté par la Commission en première lecture (suite) [A/CN.4/L.694/Add.1 et Add.1/Corr.1]

2. TEXTE DES PROJETS D'ARTICLE ET COMMENTAIRES Y RELATIFS (suite)

Commentaire du projet d'article 2 (Termes employés)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

Le paragraphe 2 est adopté avec une modification rédactionnelle mineure proposée par M. Brownlie.

Paragraphe 3 à 6

Les paragraphes 3 à 6 sont adoptés.

Paragraphe 7

1. M. GAJA dit qu'à l'avant-dernière phrase, l'affirmation «Il n'existe pas de critère absolu du négligeable, car cela dépend de la taille des aquifères...» n'est pas logique, car le critère pourrait être exprimé en pourcentage et la taille serait alors abstraite. La référence à la population qui est tributaire de ces aquifères et d'autres sources d'eau est plus fâcheuse. Ces critères, pertinents pour ce qui est de l'utilisation, ne devraient pas entrer en ligne de compte pour la définition du terme «aquifère alimenté». Il faudrait donc supprimer les deux dernières phrases.

Le paragraphe 7, ainsi modifié, est adopté.

* Reprise des débats de la 2903^e séance.

Paragraphe 8

2. M. BROWNLIE appelle l'attention sur une erreur de grammaire dans la version anglaise.

3. Après un débat de procédure auquel participent M. YAMADA (Rapporteur spécial), M^{me} ESCARAMEIA, M. KATEKA, M. CANDIOTI, M. GAJA, M. MANSFIELD, M. DAOUDI et M. MIKULKA (Secrétaire de la Commission), le PRÉSIDENT rappelle aux membres que toute modification de nature purement linguistique ou technique doit être communiquée par écrit au secrétariat.

Le paragraphe 8 est adopté.

Paragraphe 9

Le paragraphe 9, tel que modifié par le document A/CN.4/L.694/Add.1/Corr.1, est adopté.

Le commentaire du projet d'article 2, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 3 (Souveraineté des États de l'aquifère)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

4. M. GAJA dit que le texte serait plus clair si les mots «ce sujet» à la fin de la première phrase étaient remplacés par «la souveraineté des États sur les ressources naturelles se trouvant sur leur territoire».

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 3

5. M. PELLET dit qu'il a un problème avec la quatrième phrase, qui se lit «[t]outefois, cette souveraineté n'est pas absolue». Par sa nature même, la souveraineté n'est jamais absolue. Il faudrait ajouter les mots «les droits afférents à» ou «les droits résultant de» avant «cette souveraineté», ou modifier la phrase pour qu'elle se lise «[l]'exercice des droits résultant de cette souveraineté n'est pas discrétionnaire».

6. M. BROWNLIE partage l'avis de M. Pellet. C'est effectivement un truisme de dire que le projet d'articles devra être interprété et appliqué dans le contexte du droit international général, mais c'est bien ce qu'il faut faire remarquer. Comme il n'est pas nécessaire d'aborder la question de savoir si la souveraineté est absolue ou non, il serait préférable de supprimer toute la phrase.

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire du projet d'article 3, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 4 (Utilisation équitable et raisonnable)

Paragraphe 1 à 4

Les paragraphes 1 à 4 sont adoptés.

Paragraphe 5

7. M. GAJA dit qu'il n'est pas satisfait du libellé de la dernière phrase. Il semble étrange de suggérer que l'épuisement est bénéfique. Il suffirait peut-être de dire: «Un épuisement maîtrisé et programmé pourrait être considéré.»

8. M. MANSFIELD suggère la formulation suivante: «Dans certaines circonstances, un épuisement maîtrisé et programmé pourrait être considéré.»

9. M. PELLET dit que dans la quatrième phrase, les mots «durant une période précise» devraient être remplacés par «durant une longue période». Abordant un point plus fondamental, il note que la dernière phrase du paragraphe 2 du commentaire de l'article 7 dit qu'«il convient de distinguer le principe général du “développement durable”... de la notion d'“utilisation durable”, à laquelle il pourrait être fait allusion dans le contexte du projet d'article 4». Or, le commentaire de l'article 4 ne fait pas référence à l'utilisation durable. On pourrait donc ajouter à la fin du paragraphe 5 du commentaire de l'article 4 une phrase exprimant l'idée de l'utilisation durable, de manière que la référence faite au paragraphe 2 du commentaire de l'article 7 ait davantage de sens.

10. M. GAJA fait observer que le paragraphe 4 du commentaire de l'article 4 fait déjà référence à l'utilisation durable. La référence en question vise le paragraphe 4 et non le 5.

11. M^{me} ESCARAMEIA demande des éclaircissements sur le lien entre les mots «période précise» et «période spécifiée», dans la cinquième phrase. La réponse à sa question a peut-être quelque chose à voir avec la proposition de M. Pellet tendant à remplacer les mots «période précise» par «longue période».

12. M. YAMADA (Rapporteur spécial) dit que dans le cas des aquifères, les mots «maximiser les avantages qui seront tirés sur le long terme» renvoient à une notion plus appropriée que «durabilité». Ces avantages peuvent être maximisés durant une période précise, mais pas indéfiniment. Avec cette réserve, il peut approuver la proposition de M. Pellet de remplacer «sur une période précise» par «sur une longue période».

13. M. PELLET suggère que, compte tenu de l'explication fournie par le Rapporteur spécial, la phrase soit remaniée pour se lire comme suit: «... sur une longue période, étant entendu que l'utilisation ne peut pas dépasser une période spécifiée». Cela permettrait également de répondre à la préoccupation de M^{me} Escarameia, en reliant les deux phrases.

14. M. MANSFIELD dit que, comme indiqué plus haut dans le texte, le problème est que même s'il y a un niveau d'alimentation, celui-ci risque d'être insuffisant pour maintenir l'aquifère indéfiniment. Dans ces circonstances, il faudrait s'efforcer de maximiser les avantages tirés sur le long terme. Il suggère donc que la phrase se lise comme suit: «... durant une longue période, dans les circonstances où les niveaux d'alimentation sont tels que la ressource ne peut être conservée indéfiniment».

15. Le PRÉSIDENT dit qu'une référence aux niveaux d'alimentation n'a peut-être pas sa place dans le commentaire d'un projet d'article relatif à l'utilisation équitable et raisonnable.

16. À la suite d'un débat auquel participent M. MANSFIELD et M. CHEE, M. YAMADA (Rapporteur spécial) propose le libellé suivant: «... sur une longue période, étant entendu que l'utilisation ne peut être maintenue indéfiniment».

Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 6

Le paragraphe 6 est adopté.

Paragraphe 7

17. M. PELLET dit que les mots «qui seront» doivent être supprimés avant «plus loin dans le projet d'articles», et que l'endroit en question devrait être précisé dans une note de bas de page.

Le paragraphe 7, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire du projet d'article 4, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 5 (Facteurs pertinents pour une utilisation équitable et raisonnable)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

18. M. KATEKA dit que n'étant pas un scientifique, il trouve les termes techniques employés au paragraphe 2 et dans d'autres paragraphes du commentaire difficiles à comprendre. Il se demande donc si le libellé pourrait être simplifié en faveur des néophytes. Les termes techniques pourraient être expliqués dans une note de bas de page.

19. M. YAMADA (Rapporteur spécial) dit que le succès du projet d'articles dépend de la coopération entre juristes et scientifiques. Il reconnaît que les parties du commentaire destinées aux scientifiques et aux administrateurs sont difficiles à comprendre pour les juristes. En réponse aux observations de M. DAOUDI, M. PELLET, M. Sreenivasa RAO et M. MANSFIELD, il indique qu'il fera de son mieux, avec l'aide du secrétariat, pour élaborer un glossaire de termes techniques sous la forme d'un document distinct.

Avec cette réserve, le paragraphe 2 est adopté.

Paragraphe 3 et 4

Les paragraphes 3 et 4 sont adoptés.

Paragraphe 5 et 6

20. M. GAJA dit que les premiers mots de la quatrième phrase du paragraphe 5 («D'autre part, il a aussi été demandé avec vigueur») et la totalité du paragraphe 6 ne concernent que l'historique des débats de la Commission sur le sujet. Ils n'ont donc pas leur place dans le commentaire et devraient être supprimés.

Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

Le paragraphe 6 est supprimé.

Le commentaire du projet d'article 5, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 6 (Obligation de ne pas causer de dommage significatif aux autres États de l'aquifère)

Paragraphe 1 à 4

Les paragraphes 1 à 4 sont adoptés.

Paragraphe 5

21. M. GAJA dit que la première phrase du paragraphe, qui concerne uniquement l'historique du texte, n'a pas sa place dans le commentaire.

22. M. YAMADA (Rapporteur spécial) explique que sa proposition initiale au Groupe de travail incluait le qualificatif restrictif «sur leur territoire». Le Groupe de travail a toutefois estimé que dans certains cas très rares, un État pouvait entreprendre une activité en dehors de son territoire, sur la base d'un accord conclu avec un autre État. Le qualificatif «sur leur territoire» a donc été supprimé. Le paragraphe 2 vise principalement à couvrir les activités entreprises dans l'État de l'aquifère. Cette signification pourrait être précisée en insérant, dans la dernière phrase du paragraphe 5, le mot «principalement» après «viser».

23. Après un débat sur la forme auquel participent M. GAJA, M. CANDIOTI, M. MELESCANU, M. Sreenivasa RAO, M. PELLET et M^{me} ESCARAMEIA, M. MANSFIELD propose que la première phrase du paragraphe 5 soit supprimée et que le reste du paragraphe se lise comme suit: «Ce projet d'article est censé viser les activités menées par un État sur son propre territoire. Le scénario d'un État de l'aquifère causant un dommage à un autre État par l'intermédiaire de l'aquifère en menant des activités en dehors de son territoire paraît peu probable mais n'est pas écarté.»

Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 6

Le paragraphe 6 est adopté.

Le commentaire du projet d'article 6, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 7 (Obligation générale de coopérer)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

24. M. PELLET dit qu'à la fin du paragraphe, le lecteur est renvoyé au projet d'article 4; or au paragraphe 4 du commentaire du projet d'article 4, il est indiqué que l'utilisation durable ne s'applique pas aux aquifères. Il faudrait remédier à cette incohérence entre les deux paragraphes.

25. M. YAMADA (Rapporteur spécial) dit que la référence au développement durable, au paragraphe 2, vise à éviter toute confusion, chez le lecteur, entre la

notion de «développement durable» et celle d'«utilisation durable» à laquelle il pourrait être fait allusion dans le contexte du projet d'article 4.

26. M. PELLET dit qu'il n'est nullement nécessaire de se référer au contexte du projet d'article 4. L'unique référence pertinente devrait être, le cas échéant, la Convention de 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, et devrait prendre la forme d'une note de bas de page.

27. M. YAMADA (Rapporteur spécial) propose de supprimer les mots «à laquelle il pourrait être fait allusion dans le contexte du projet d'article 4» et d'ajouter une note de bas de page renvoyant le lecteur au paragraphe 4 du commentaire de l'article 4.

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 3

Le paragraphe 3 est adopté.

Paragraphe 4

28. M. MOMTAZ demande sur quelle base repose l'affirmation selon laquelle dans quelques années, les commissions de délimitation et de surveillance seront chargées de la gestion des aquifères transfrontières. Est-il réellement certain qu'elles assumeront de telles fonctions? Il note également que toutes les «commissions de l'eau» mentionnées dans la première phrase sont en fait des «commissions de fleuve».

29. M. YAMADA (Rapporteur spécial) dit que l'affirmation s'appuie sur des renseignements fournis par des experts de la gestion des eaux souterraines en Europe. Habituellement, dans un premier stade, des commissions de fleuve sont établies. Ensuite, une coopération étroite à ce niveau conduit à la création de commissions transfrontalières bilatérales, qui commencent généralement leurs travaux par des échanges d'informations et des activités de surveillance, pour aboutir enfin à une coopération en matière de gestion.

30. M. PELLET dit que la source d'une affirmation qui engage autant l'avenir doit être identifiée dans une note de bas de page, de même que celle de l'affirmation selon laquelle des organisations régionales comparables interviendront bientôt en faveur de l'établissement de mécanismes semblables à ces commissions mixtes.

31. M. KATEKA propose de remplacer les mots «dans quelques années» par «à l'avenir».

32. M. CANDIOTI demande si «délimitation» est un terme correct. Il lui semble que «démarcation» est plus approprié.

33. M. YAMADA (Rapporteur spécial) dit qu'il a tiré ce terme de la Directive-cadre de l'Union européenne sur l'eau.

34. M^{me} ESCARAMEIA dit que le terme «fleuve» convient uniquement pour les commissions mentionnées dans la première phrase du paragraphe 4, et que certaines

des commissions mentionnées ailleurs dans le paragraphe s'occupent de la gestion d'eaux autres que celles de fleuves.

35. M. CANDIOTI propose de modifier les mots «les commissions de l'eau existantes», dans la troisième phrase, par «les commissions existantes».

36. M. ECONOMIDES fait observer que le terme «commissions de fleuve» n'est approprié que lorsque les cours d'eau en question sont navigables. Dans tous les autres cas, le terme correct est «commissions de gestion de l'eau».

Le paragraphe 4, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire du projet d'article 7, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 8 (Échange régulier de données et informations)

Paragraphe 1 à 7

Les paragraphes 1 à 7 sont adoptés.

Le commentaire du projet d'article 8 est adopté.

Commentaire du projet d'article 9 (Protection et préservation des écosystèmes)

Paragraphe 1 à 3

Les paragraphes 1 à 3 sont adoptés.

Paragraphe 4

37. M. GAJA dit que la première phrase doit être modifiée pour se lire comme suit: «L'obligation des États à l'adoption de "toutes les mesures appropriées" est limitée à la protection des écosystèmes voulus.»

Le paragraphe 4, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 5

Le paragraphe 5 est adopté.

Le commentaire du projet d'article 9, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 10 (Zones de réalimentation et de déversement)

Paragraphe 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Paragraphe 3

38. M. GAJA dit que le paragraphe devrait se terminer après la quatrième phrase de manière à supprimer le long historique de la formulation du paragraphe 2.

39. M. CANDIOTI dit que dans la deuxième phrase, les mots «pourraient être situées dans un État de l'aquifère...» doivent être remplacés par «pourraient être situées dans un État...»

40. M. ECONOMIDES dit que si la modification proposée par M. Candiotti est adoptée, la deuxième et la troisième phrase sembleront avoir la même signification.

41. M^{me} XUE, s'exprimant en tant que membre de la Commission, dit que si le paragraphe 3 aborde en effet l'historique du débat de la Commission, il permet également au lecteur de comprendre le raisonnement qui sous-tend la décision de la Commission d'inclure une obligation pour tous les États sur le territoire desquels se trouvent des zones de réalimentation ou de déversement de coopérer avec les États de l'aquifère en vue de protéger l'aquifère ou le système aquifère. C'est pourquoi elle pense qu'il faudrait conserver les quatre dernières phrases.

42. M. CANDIOTI partage l'avis de M^{me} Xue quant à l'utilité de décrire le raisonnement de la Commission dans le commentaire des projets d'article adoptés en première lecture.

43. M. GAJA dit que cela a déjà été fait au paragraphe 4 du commentaire général. Il n'est pas nécessaire de renouveler l'argumentation ou de dire que l'obligation n'était pas mentionnée dans la proposition initiale du Rapporteur spécial et que la Commission l'a ajoutée ultérieurement.

44. M^{me} ESCARAMEIA souscrit à l'opinion de M^{me} Xue et de M. Candiotti selon laquelle les quatre dernières phrases ne doivent pas être supprimées. La Commission a examiné la question très longuement et a pris une décision fondamentale en incluant l'obligation en question. Au stade d'une première lecture, elle ne voit pas pourquoi il ne serait pas possible d'évoquer l'historique du texte et les divergences d'opinions le concernant. Le commentaire doit refléter les différents avis et le fait qu'il n'y a pas eu de consensus.

45. M. CANDIOTI dit que, même si l'idée est effectivement reflétée au paragraphe 4 du commentaire général, il est utile qu'elle soit précisée dans le paragraphe à l'examen. L'explication de ce que l'obligation de coopérer n'est opposable qu'aux États tiers qui deviendraient parties à une future convention, et pas aux États tiers en général, est un élément important qui doit être conservé. M. Candiotti ne s'opposera pas à sa suppression, mais il pense que de telles explications sont utiles dans un texte adopté en première lecture.

46. M. GAJA, répondant aux observations de M^{me} Escarameia, dit qu'il ne suggère pas de ne pas mentionner les divergences de vues. Il n'y a pas eu de divergences de vues, cependant – en fait, il y a eu consensus au sein du Groupe de travail. Quiconque souhaiterait connaître l'historique des délibérations de la Commission n'a qu'à consulter les comptes rendus analytiques. De plus, une convention sur les aquifères transfrontières n'est que l'un des résultats possibles des travaux de la Commission. Les projets d'article peuvent également être considérés comme reflétant ce qui pourrait devenir un jour du droit international général, auquel cas il ne serait pas nécessaire d'expliquer pourquoi ils sont contraignants même pour les États qui ne deviennent pas parties à une telle convention. Si la Commission souhaite conserver l'essentiel du texte, elle pourrait peut-être envisager de supprimer la référence à la formulation initialement proposée par le Rapporteur spécial.

47. M. YAMADA (Rapporteur spécial) dit que la question a trait à la politique de la Commission en matière d'élaboration de commentaires des textes adoptés en première lecture. Les commentaires des textes adoptés en deuxième lecture expliquent principalement le contenu, mais en première lecture, il s'agit également de susciter des observations et des commentaires de la part des gouvernements. Néanmoins, compte tenu de la remarque de M. Gaja, M. Yamada est disposé à supprimer la référence à sa proposition initiale.

48. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en tant que membre de la Commission, suggère de retenir une version simplifiée de la longue explication générale qui, lui semble-t-il, vise à faciliter la protection du système aquifère.

49. M. VALENCIA-OSPINA dit qu'une autre possibilité serait simplement de supprimer les mots «telle que le Rapporteur spécial l'avait formulée à l'origine».

50. M^{me} XUE (Rapporteur) dit que, tout en comprenant les préoccupations de M. Gaja, elle estime que les trois dernières phrases du paragraphe contiennent des éléments de fond qui doivent être communiqués au lecteur. Ayant entendu tous les points de vue exprimés, elle propose de supprimer la partie du texte qui commence par les mots «il est nécessaire», dans la quatrième phrase, et se termine par «et de déversement», et de conserver la suite du texte en supprimant le mot «donc» qui figure à l'avant-dernière phrase. La quatrième phrase se lirait donc comme suit: «Vu l'importance du mécanisme de réalimentation et de déversement pour le bon fonctionnement des aquifères, il a été décidé de retenir une obligation imposée à tous les États sur le territoire desquels se trouve une zone de réalimentation ou de déversement de coopérer avec les États de l'aquifère pour protéger l'aquifère.» La dernière phrase resterait en l'état.

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire du projet d'article 10, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Projet d'article 11 (Prévention, réduction et maîtrise de la pollution)

51. M. PELLET dit que, tout en étant conscient que la discussion ne porte pas sur le texte de l'article lui-même, il tient à appeler l'attention sur un problème important dans la version française et, apparemment, dans la version espagnole. L'expression «*a precautionary approach*», dans la version anglaise du projet d'article 11, est rendue par «une approche de précaution» dans le texte du projet d'article tel qu'il est reproduit à la section C, paragraphe 1, du document A/CN.4/L.694/Add.1 (p. 6 de la version française), mais par «une attitude prudente» dans le texte du projet d'article tel qu'il est reproduit à la section C, paragraphe 2 (p. 42 de la version française). Cette discordance est inexcusable. Des problèmes de traduction d'une gravité comparable sont apparus à plusieurs reprises pendant la session en cours, au point que la Commission ne peut plus tenir pour acquis que sa documentation est correctement traduite. M. Pellet tient à protester officiellement, et le plus vivement possible, contre cette situation qui suscite la confusion en plénière et entame profondément la crédibilité des travaux de la Commission.

52. Le PRÉSIDENT dit que dans toutes les versions linguistiques où cela est nécessaire, le libellé des articles du paragraphe 2, «Texte des projets d'article et des commentaires y relatifs», sera aligné sur celui du paragraphe 1, «Texte du projet d'articles».

Commentaire du projet d'article 11 (Prévention, réduction et maîtrise de la pollution)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

53. M. KATEKA fait observer que la neuvième phrase, qui se lit «[c]elle-ci indique qu'ils sont en général disposés à tolérer même des dommages significatifs dus à la pollution, à condition que l'État de l'aquifère qui est à l'origine de la pollution fasse de son mieux pour la ramener à un niveau mutuellement acceptable», donne l'impression que la Commission tolère ou encourage la pollution. Elle doit être supprimée.

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 3 à 5

Les paragraphes 3 à 5 sont adoptés.

Paragraphe 6

54. M^{me} ESCARAMEIA dit que la cinquième phrase semble suggérer que tous les membres de la Commission pensent qu'il serait préférable d'éviter des discussions «conceptuelles et difficiles» au sujet de l'expression «principe de précaution». Or, certains membres souhaitaient qu'un article sur le principe de précaution soit inclus, même si la Commission en a finalement décidé autrement. M^{me} Escarameia propose donc d'insérer les mots «La majorité des membres de la Commission ont considéré qu'» au début de la phrase, avant «il serait préférable».

Le paragraphe 6, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire du projet d'article 11, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 12 (Surveillance)

Paragraphe 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Paragraphe 3

55. M. KATEKA propose d'insérer l'année à laquelle chacun des instruments cités a été adopté.

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 4 à 9

Les paragraphes 4 à 9 sont adoptés.

Le commentaire du projet d'article 12, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 13 (Gestion)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1, tel que modifié par le document A/CN.4/L.694/Add.1/Corr.1, est adopté.

Paragraphe 2 à 6

Les paragraphes 2 à 6 sont adoptés.

Le commentaire du projet d'article 13, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 14 (Activités projetées)

Paragraphe 1

56. M. PELLET dit que la dernière phrase ne constitue pas une suite logique, et que l'on pourrait y remédier en insérant les mots « qu'il s'agisse ou non d'un État de l'aquifère », à la fin de l'avant-dernière phrase.

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 2 à 7

Les paragraphes 2 à 7 sont adoptés.

Paragraphe 8

57. Le PRÉSIDENT appelle l'attention sur un nouveau texte, proposé dans le document A/CN.4/L.694/Add.1/Corr.1 en remplacement des trois dernières phrases du paragraphe.

58. M. GAJA dit que le nouveau texte suggère que le projet d'article 6, qui concerne une obligation de prévention, ne couvre pas les activités qui «risquent» d'avoir des effets négatifs. Or, l'obligation de prévention concerne également les activités pouvant comporter des risques. M. Gaja propose donc qu'au lieu d'adopter cette modification, qui suppose une interprétation inacceptable de l'article 6, la Commission supprime simplement les trois dernières phrases du paragraphe 8.

59. M^{me} ESCARAMEIA dit que la deuxième phrase du paragraphe 8 doit être conservée car elle explique que le seuil de l'«effet négatif significatif» est inférieur à celui de «dommage significatif». Il ne faut supprimer que les deux dernières phrases.

Le paragraphe 8, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire du projet d'article 14, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 15 (Coopération scientifique et technique avec les États en développement)

Paragraphe 1 à 7

Les paragraphes 1 à 7 sont adoptés.

Paragraphe 8

Le paragraphe 8 est adopté avec une modification rédactionnelle de la version anglaise.

Le commentaire du projet d'article 15 est adopté.

La séance est levée à 18 h 5.

2906^e SÉANCE

Vendredi 4 août 2006, à 10 h 15

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kolodkin, M. Mansfield, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M^{me} Xue, M. Yamada.

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-huitième session (suite)

CHAPITRE VI. Ressources naturelles partagées (fin)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen de la section C du chapitre VI du projet de rapport, consacré aux ressources naturelles partagées. Il rappelle que le texte des dispositions a déjà été adopté et que la Commission doit uniquement se prononcer sur les commentaires y relatifs.

C. Texte du projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières adopté par la Commission en première lecture (suite) [A/CN.4/L.694/Add.1 et Add.1/Corr.1]

2. TEXTE DES PROJETS D'ARTICLE ET COMMENTAIRES Y RELATIFS (fin)

Commentaire de l'article 16 (Situations d'urgence)

Paragraphe 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Paragraphe 3

2. M. PELLET signale une erreur dans la dernière phrase: il s'agit des alinéas *a* et *b* du paragraphe 2, et non 3, de l'article 16.

3. Le PRÉSIDENT demande au secrétariat de veiller à ce que cette erreur soit rectifiée.

Le paragraphe 3 est adopté sous réserve de cette rectification.

Paragraphe 4 à 8

Les paragraphes 4 à 8 sont adoptés.

Paragraphe 9

4. M. PELLET estime que la cinquième phrase, soit «Dans le cas des cours d'eau, les États pourraient y répondre sans déroger à leurs obligations, du fait que la réalimentation du cours d'eau serait probablement suffisante», n'est pas claire: la réalimentation est-elle suffisante pour répondre aux besoins ou pour que l'aquifère s'autoentretienne?

5. M. YAMADA (Rapporteur spécial) explique qu'il s'agit de répondre aux «besoins de [l]a population en eau de boisson» mentionnés dans la phrase précédente.

Le paragraphe 9 est adopté.

Commentaire de l'article 17 (Protection en période de conflit armé)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2 et 3

6. M. PELLET dit que la deuxième et dernière phrase du paragraphe 2 laisse entendre que, s'il ne s'agissait pas d'un sujet important, le droit des conflits armés ne s'appliquerait pas. Elle met également en évidence l'inutilité de cette disposition, à laquelle lui-même a toujours été opposé. Il serait préférable d'en supprimer la majeure partie, de façon à dire seulement que: «La fonction de cet article n'est en tout état de cause que de servir de rappel à tous les États de l'applicabilité du droit des conflits armés aux aquifères transfrontières.»

7. M. MOMTAZ dit que cette même phrase donne à penser que les dispositions du droit international humanitaire concernant la protection des biens en période de conflit armé ont une origine conventionnelle. C'est ce qu'a conclu la CIJ dans son avis consultatif de 1996 sur *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*. La Cour a estimé notamment que l'article 54 du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève de 1949, auquel il est fait référence dans le paragraphe 3 du commentaire, avait un fondement conventionnel et non pas coutumier. La Commission doit donc se demander si elle veut vraiment suivre la Cour dans cette voie. M. Momtaz juge préférable de ne conserver que la fin de cette phrase problématique, comme le suggère M. Pellet. Quant à la clause Martens, énoncée dans le préambule de la Convention de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, mentionnée dans le paragraphe 3, elle ne concerne que les civils et les combattants, alors que ce sont les aquifères en tant qu'objectifs militaires qui sont visés dans l'article 17. En outre, il est dit dans la dernière phrase que «le même principe général», c'est-à-dire la clause Martens, est exprimé au paragraphe 2 du projet d'article 5; ce n'est pas le cas, puisque le paragraphe en question parle de la nécessité de tenir compte des besoins humains vitaux. Il vaudrait mieux supprimer toute référence à la clause Martens et au projet d'article 5.

8. M. YAMADA (Rapporteur spécial) explique que l'article 17 est identique à l'article 29 de la Convention de 1997. Il semblait donc logique de reprendre également à l'identique le commentaire de l'article 29³⁶⁷, qui contient les phrases problématiques signalées par MM. Pellet et Momtaz. Le Rapporteur spécial a estimé que modifier le commentaire reviendrait à manquer de cohérence et à reconnaître que la Commission a commis une erreur précédemment. C'est toutefois à la Commission de décider si l'avis rendu par la CIJ en 1996 l'oblige à modifier ou non sa position.

9. M^{me} ESCARAMEIA, contrairement à M. Momtaz, pense que l'article 17 ne s'applique pas uniquement aux aquifères. Cette disposition prévoit en effet que les aquifères ne seront pas utilisés en violation des principes et règles de protection; or, cette protection s'étend aussi

aux populations qui dépendent de l'aquifère, en particulier dans les situations d'urgence, et donc aux civils et aux combattants. Il semble utile de conserver la référence à la clause Martens dans le paragraphe 3, de même que la dernière phrase.

10. M. MOMTAZ souligne que la clause Martens s'applique en l'absence de toute règle de droit international humanitaire, ce qui n'est pas le cas en l'espèce puisque le commentaire rappelle au contraire toutes les règles existantes. En outre, la clause Martens concerne exclusivement les civils et les combattants. Par ailleurs, la référence au paragraphe 2 du projet d'article 5, dans la dernière phrase du paragraphe 3 du commentaire, est bel et bien déplacée puisque ce paragraphe 2 n'a aucun rapport avec la clause Martens.

11. Le PRÉSIDENT, intervenant en qualité de membre de la Commission, rappelle que le Rapporteur spécial a proposé d'ajouter «y compris diverses dispositions des conventions sur le droit international humanitaire pour autant que les États en question soient liés par elles» à la fin de la troisième phrase du paragraphe 3 (voir A/CN.4/L.694/Add.1/Corr.1). Il se demande si cet ensemble de références à des instruments ciblés ne suffirait pas pour remplacer la référence à la clause Martens.

12. M^{me} ESCARAMEIA convient que l'expression «le même principe général», dans la dernière phrase du paragraphe 3 du commentaire, peut faire indûment référence à la clause Martens, effectivement sans rapport avec le paragraphe 2 du projet d'article 5. Elle tient cependant à conserver une référence à ce paragraphe 2 car l'exigence qu'il mentionne – tenir compte des besoins humains vitaux – est particulièrement impérative en cas de conflit armé. Quant à évoquer la clause Martens, cela ne porte pas à conséquence et permettrait de couvrir les situations non prévues, ce qui est précisément la raison d'être de cette clause.

13. M. BROWNLIE dit qu'à son sens l'article 17 est une «clause sans préjudice», même s'il n'est pas rédigé comme tel. Il vise à rappeler que le projet d'articles est soumis à l'application du droit international humanitaire et autres dispositions connexes. Il serait inopportun, voire dangereux, que la Commission présente en quelques paragraphes une version du droit international humanitaire et du droit de la guerre applicables aux aquifères.

14. M. PELLET souscrit entièrement aux remarques de M. Brownlie mais ajoute qu'elles conduisent à la conclusion que c'est l'article 17 lui-même qui pose problème, précisément à cause des dangers qu'il implique. Cela étant, il n'est pas insensible à l'explication donnée par le Rapporteur spécial; et puisque la Commission s'est trompée une fois, autant aller jusqu'au bout et reproduire intégralement le commentaire de l'article 29 de la Convention de 1997, même si c'est absurde.

15. M. CHEE demande s'il est déjà arrivé que des eaux souterraines soient utilisées par des civils ou par des combattants. Si ce n'est pas le cas, l'article 17 ne vise pas une situation réaliste.

³⁶⁷ *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), p. 138.

16. M. MANSFIELD dit qu'au vu des explications du Rapporteur spécial, il vaudrait mieux laisser les choses en l'état, étant entendu qu'en seconde lecture, la Commission devra réexaminer la question de savoir si elle conserve ou non la clause. Au stade actuel, il semble difficile de réécrire le commentaire.

17. M. GAJA pense également qu'il faudrait d'une manière générale laisser les choses en l'état, avec toutefois quelques modifications puisque le paragraphe 2 du projet d'article 5 ne concerne effectivement pas la clause Martens. Supprimer quelque chose alors que l'ensemble du texte est calqué sur la Convention de 1997 donnerait l'impression que la Commission a changé d'avis.

18. Le PRÉSIDENT, à la demande de M. Candioti, récapitule les modifications retenues pour les paragraphes 2 et 3 du commentaire de l'article 17. La deuxième phrase du paragraphe 2 est remplacée par la suivante: «La principale fonction de ce projet d'article est de rappeler à tous les États que le droit des conflits armés s'applique aux aquifères transfrontières.» Dans le paragraphe 3, la troisième phrase est modifiée comme suit: «En pareils cas, le projet d'article 17 précise que les règles et principes régissant les conflits armés sont d'application, y compris diverses dispositions des conventions sur le droit international humanitaire pour autant que les États en question soient liés par elles.» La dernière phrase se lit comme suit: «Le paragraphe 2 du projet d'article 5 du présent projet d'articles dispose que, pour trancher entre les utilisations des aquifères transfrontières, il faut prêter une attention particulière à l'exigence des besoins humains vitaux.»

Les paragraphes 2 et 3, ainsi modifiés, sont adoptés.

Commentaire de l'article 18 (Données et informations relatives à la défense ou à la sécurité nationales)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

Le paragraphe 2 est adopté sous réserve du remplacement de la troisième phrase par le texte indiqué dans le document A/CN.4/L.694/Add.1/Corr.1.

Commentaire de l'article 19 (Accords et arrangements bilatéraux et régionaux)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

19. M. GAJA propose de supprimer la dernière phrase, qui lui semble superflue.

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

La section C dans son ensemble, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

A. Introduction (*fin*) [A/CN.4/L.694]

Paragraphe 1

20. M. YAMADA (Rapporteur spécial) rappelle qu'il avait été question d'ajouter à la fin du paragraphe 1 deux phrases qui se liraient comme suit: «Un groupe de travail a en outre été créé pour aider le Rapporteur spécial à définir l'orientation générale du sujet à la lumière du plan d'étude établi en 2000³⁶⁸. Le Rapporteur spécial a indiqué son intention de traiter des nappes transfrontières captives, du pétrole et du gaz dans le contexte du sujet, et a proposé d'adopter une approche progressive en commençant par les eaux souterraines.» M. Yamada propose par ailleurs de supprimer, dans la note de bas de page à la fin du premier paragraphe du document A/CN.4/L.694, la phrase qui commence par «Un groupe de travail...»

21. M. KATEKA dit qu'il faudrait supprimer, dans la première phrase ajoutée au paragraphe 1, les mots «en outre».

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 2

Le paragraphe 2 est adopté.

La section A, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

B. Examen du sujet à la présente session

Paragraphe 3 à 6 (*fin*)

Les paragraphes 3 à 6 sont adoptés.

22. Le PRÉSIDENT propose d'insérer à la fin de la section B du chapitre VI du rapport de la Commission un paragraphe qui se lirait comme suit:

«Lors de sa 2906^e séance, le 4 août 2006, la Commission a exprimé sa profonde gratitude pour la contribution exceptionnelle que le Rapporteur spécial, M. Chusei Yamada, a apportée au traitement du sujet, grâce à ses recherches approfondies et à sa vaste expérience. Cela a permis à la Commission d'achever la première lecture des projets d'article sur les aquifères transfrontières. La Commission a également rendu hommage au Groupe de travail sur les ressources naturelles partagées, présidé par M. Enrique Candioti, pour ses efforts inlassables et sa contribution aux travaux sur le sujet. La Commission a pu aussi bénéficier de séances d'information fort instructives, données par des experts en eaux souterraines provenant de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), de la Commission économique pour l'Europe (UNECE) et de l'Association internationale des hydrogéologues (AIH).»

Il en est ainsi décidé.

La section B, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

* Reprise des débats de la 2903^e séance.

³⁶⁸ *Annuaire... 2000*, vol. II (2^e partie), document A/57/10, annexe, p. 147.

Les documents A/CN.4/L.694 et Add.1, tels qu'ils ont été modifiés, sont adoptés.

Le chapitre VI du projet de rapport de la Commission, dans son ensemble, tel qu'il a été modifié, est adopté.

CHAPITRE IV. Protection diplomatique (A/CN.4/L.692 et Add.1)

A. Introduction (A/CN.4/L.692)

Paragraphes 1 à 7

Les paragraphes 1 à 7 sont adoptés.

La section A est adoptée.

B. Examen du sujet à la présente session

Paragraphes 8 à 10

Les paragraphes 8 à 10 sont adoptés.

Paragraphe 11

23. Le PRÉSIDENT indique que les dates et les numéros de séance seront ajoutés par le secrétariat.

Sous cette réserve, le paragraphe 11 est adopté.

Paragraphe 12

Le paragraphe 12 est adopté.

La section B est adoptée.

C. Recommandation de la Commission

D. Hommage au Rapporteur spécial

Paragraphes 13 et 14

24. Le PRÉSIDENT dit que les paragraphes 13 et 14 sont laissés en suspens pour le moment.

E. Texte du projet d'articles sur la protection diplomatique

1. TEXTE DES PROJETS D'ARTICLE

Paragraphe 15

Le paragraphe 15 est adopté.

Le document A/CN.4/L.692 est provisoirement adopté.

2. TEXTE DES PROJETS D'ARTICLE ET COMMENTAIRES Y RELATIFS (A/CN.4/L.692/Add.1)

25. M. DUGARD (Rapporteur spécial) fait observer que les commentaires en question sont le produit de l'examen de commentaires antérieurs formulés par les États. Il ajoute qu'il a reçu plusieurs suggestions fort utiles de M. Matheson, qui a participé très activement aux travaux du Comité de rédaction.

Commentaire général

Paragraphes 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Paragraphe 3

26. M. PELLET propose de remplacer, dans la troisième phrase, les mots «fondé en grande partie sur» par «fondé traditionnellement sur», afin de supprimer le caractère catégorique de l'affirmation faite dans cette phrase.

27. M. GAJA, faisant observer que la protection fonctionnelle peut également être exercée par un État, propose d'insérer, à la première phrase, les mots «un État ou» avant «une organisation internationale» et, à la quatrième phrase, les mots «ou d'un État» après «d'une organisation internationale».

28. Le PRÉSIDENT, intervenant en sa qualité de membre de la Commission, dit que le terme «agent» employé dans tout le paragraphe 3 est quelque peu restrictif, car dans le cadre de la protection diplomatique, l'État peut venir en aide à n'importe lequel de ses ressortissants, qu'il soit contractuel, fonctionnaire, haut fonctionnaire ou simple citoyen.

29. M. GAJA dit que cela est peut-être dû au fait que le mot français «agent» n'est pas, ici, une bonne traduction de l'anglais «agent» qui, lui, convient parfaitement dans ce contexte.

30. M. PELLET préférerait que l'idée de M. Gaja soit rendue, non pas par l'ajout de références à l'État dans le corps du commentaire, mais par l'insertion d'une note de bas de page qui se lirait comme suit: «Le fait que l'expression "protection fonctionnelle" soit généralement appliquée à la protection d'un de ses agents par une organisation internationale n'exclut pas qu'un État puisse protéger ses agents au titre de leurs fonctions.»

31. M. ECONOMIDES partage l'avis de M. Pellet mais pense que la note qu'il suggère d'ajouter prêterait autant à confusion que la proposition de M. Gaja. Il préconise donc de laisser le texte en l'état.

32. M. CANDIOTI est favorable au maintien du texte proposé par le Rapporteur spécial pour le paragraphe 3 du commentaire général. Il estime que traiter de la «protection fonctionnelle» dans le cadre de ce commentaire serait source de confusion.

33. M. GAJA dit qu'il retire sa proposition puisqu'elle ne semble pas recueillir l'adhésion d'autres membres mais il persiste à penser que c'est le libellé actuel du paragraphe 3 du commentaire qui est source de confusion. En effet, les articles considérés ne couvrent pas, par exemple, le cas où un fonctionnaire consulaire d'un État n'a pas la nationalité de cet État, qui serait alors habilité à exercer une protection fonctionnelle.

Le paragraphe 3 est adopté.

Le commentaire général est adopté.

Commentaire de l'article premier (Définition et champ d'application)

Paragraphes 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Paragraphe 3

34. M. DUGARD (Rapporteur spécial) signale que M. Matheson a proposé de remplacer dans la première phrase le mot «parfois» par «de longue date».

35. M. Sreenivasa RAO dit qu'il ne comprend pas très bien la signification du membre de phrase «cela n'a pas toujours été le cas» dans la dernière phrase de ce paragraphe.

36. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que ce membre de phrase est destiné à montrer que dans le passé le droit international ne conférait pas de droits primaires à l'individu alors qu'à l'heure actuelle des droits lui sont aujourd'hui conférés par de nombreux instruments et par le droit international coutumier.

37. M. ECONOMIDES dit que la dernière phrase du paragraphe 3 n'est pas nécessaire et devrait par conséquent être supprimée.

Le paragraphe 3, tel que modifié par M. Matheson et M. Economides, est adopté.

Paragraphe 4

38. M. PELLET dit que ce paragraphe lui pose beaucoup de problèmes. En premier lieu, la référence à «l'interdiction de l'esclavage» dans la deuxième phrase lui paraît être une affirmation très catégorique. Deuxièmement, il ne peut pas souscrire à l'idée exprimée à la cinquième phrase selon laquelle l'individu ne serait pas encore sujet de droit international à part entière. Enfin, à l'avant-dernière phrase, l'expression «peut-être» lui pose particulièrement problème. C'est pourquoi il souhaiterait que ce paragraphe soit supprimé. À défaut, il suggère qu'un groupe de travail soit institué en vue de le remanier.

39. M. GAJA propose de supprimer dans la cinquième phrase le membre de phrase «Bien qu'il ne soit pas encore sujet de droit international à part entière» et toute la neuvième phrase, à savoir «Ceci ne signifie pas que la fiction invoquée dans l'arrêt *Mavrommatis* peut être écartée.» Enfin, l'avant-dernière phrase pourrait être modifiée comme suit: «Si l'individu a des droits en droit international, peu de recours lui sont ouverts.»

40. M. Sreenivasa RAO propose de remplacer dans cette même phrase les mots «peu de recours lui sont ouverts» par «il a peu d'occasions de les faire valoir en cas de difficultés», ce qui permettrait selon lui de mieux traduire l'idée que souhaite exprimer le Rapporteur spécial selon laquelle, si l'individu est titulaire de droits en droit international, il lui est difficile de défendre ces droits lorsqu'ils sont remis en cause.

41. Le PRÉSIDENT informe les membres de la Commission que le Rapporteur spécial doit s'absenter et qu'il faudra par conséquent revenir sur ce paragraphe et poursuivre l'examen du chapitre IV du rapport à une séance ultérieure.

Actes unilatéraux des États (*fin**) [A/CN.4/560, sect. F, A/CN.4/569 et Add.1, et A/CN.4/L.703]

[Point 6 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL

42. M. PELLET (Président du Groupe de travail sur les actes unilatéraux), présentant le rapport du Groupe de travail (A/CN.4/L.703), explique qu'il consiste en un projet de conclusions et comporte deux sections. La première se présente sous la forme d'une note introductive retraçant l'historique du sujet et définissant le concept d'acte unilatéral des États; la seconde expose les principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques. Il précise que le Groupe de travail a privilégié l'étude des actes unilatéraux se traduisant par une manifestation expresse de la volonté de s'engager de la part de l'État qui en est l'auteur, tout en étant conscient qu'un État peut être engagé par des comportements autres que des déclarations formelles. Les projets de principe, qu'il est proposé à la Commission de faire siens à titre de conclusions sur le sujet des actes unilatéraux des États, se composent d'un préambule portant sur les actes unilatéraux dans une acception large, suivi des principes proprement dits (qui ne portent que sur les déclarations unilatérales) accompagnés de brefs commentaires – que l'on pourrait peut-être qualifier plus exactement de notes explicatives – qui ont été préparés par le Rapporteur spécial et le Président du Groupe de travail avec l'accord du Groupe de travail mais sans que celui-ci ait été appelé à les approuver. Par souci de concision et par manque de temps, ces notes explicatives font exclusivement référence à la jurisprudence de la CIJ et aux études de cas préparées en 2004 par un certain nombre de membres du Groupe de travail et qui ont été synthétisées par le Rapporteur spécial dans son huitième rapport³⁶⁹.

43. Le préambule des principes directeurs inclut quelques considérations d'ordre général. Il rappelle tout d'abord que les États pensent se trouver engagés par les comportements unilatéraux qu'ils adoptent au plan international et que ces comportements susceptibles d'engager juridiquement les États peuvent consister en des déclarations formelles ou se traduire par une simple conduite informelle, y compris le silence, sur lesquelles les autres États peuvent raisonnablement tabler. Le préambule rappelle ensuite le rôle des circonstances dans la détermination de la question de savoir si un comportement unilatéral de l'État lie celui-ci. Il souligne aussi que dans la pratique il est souvent difficile d'établir si les effets juridiques découlant du comportement unilatéral d'un État sont la conséquence de l'intention qu'il a exprimée ou dépendent des attentes que sa conduite a fait naître chez d'autres sujets du droit international. Finalement, il est expliqué que les principes directeurs ne portent que sur les actes unilatéraux *stricto sensu* revêtant la forme de déclarations formelles formulées par un État dans l'intention de produire des obligations en vertu du droit international.

* Reprise des débats de la 2888^e séance.

³⁶⁹ *Annuaire... 2005*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/557.

44. M. Pellet reprend ensuite un par un chacun des 10 principes directeurs qui figurent dans le rapport (A/CN.4/L.703) en précisant que le principe n° 1 est directement inspiré du *dictum* de la CIJ dans son arrêt de 1974 dans l'affaire des *Essais nucléaires*. Le principe directeur n° 2 affirme que tout État a la capacité d'assumer des obligations juridiques par des déclarations unilatérales. Le principe directeur n° 3 concerne la détermination des effets juridiques des déclarations unilatérales. Le principe n° 4 traite pour sa part de la question de la compétence de l'autorité de l'État dont émane la déclaration unilatérale et s'inspire de la jurisprudence constante de la CIJ, y compris la plus récente. Le principe n° 5 énonce la forme des déclarations unilatérales qui peuvent être écrites ou orales. Le principe n° 6 concerne quant à lui les destinataires des déclarations unilatérales. Le principe n° 7 traite de la question de la création d'obligations pour l'État qui a formulé la déclaration unilatérale; il s'inspire aussi de la jurisprudence de la CIJ et pose quelques éléments directeurs pour l'interprétation du contenu de ces déclarations. Le principe n° 8 rappelle qu'une déclaration unilatérale en conflit avec une norme impérative du droit international est nulle et s'inspire de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Le principe n° 9 traite de la question de la création d'obligations pour les États tiers par une déclaration unilatérale d'un État. Il n'est qu'une manifestation du principe bien établi en droit international selon lequel, en l'absence d'une norme d'habilitation, un État ne peut pas se voir imposer d'obligations sans son consentement. Le principe n° 10 concerne la révocation de la déclaration unilatérale qui ne saurait être arbitraire et s'inspire aussi de la jurisprudence de la CIJ. En ce qui concerne le changement fondamental des circonstances, il est entendu qu'elles sont gouvernées par les mêmes règles que celles énoncées à l'article 62 de la Convention de Vienne de 1969.

45. En conclusion, M. Pellet dit que le Groupe de travail recommande l'adoption par la Commission des 10 principes directeurs accompagnés par leurs commentaires. Il remercie non seulement le Rapporteur spécial pour son excellent esprit de coopération et ses suggestions constructives, mais aussi tous les membres du Groupe de travail pour leurs contributions et leur esprit de compromis.

46. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial) souligne que les principes directeurs présentés par le Président du Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États couronnent 10 années d'un travail difficile et devraient être, avec leurs commentaires, très utiles aux États dans leurs relations internationales s'agissant de déterminer la portée et les effets de leurs déclarations unilatérales.

47. M. KATEKA se félicite que le Groupe de travail ait pris soin d'accompagner les principes directeurs de commentaires qui viendront en éclairer le sens et la portée. Il estime par ailleurs que la référence au silence, qui figure au deuxième alinéa du préambule des principes directeurs, n'est pas réellement nécessaire.

48. M. GAJA estime que des modifications doivent être apportées au texte anglais des principes directeurs: au principe n° 1, les mots «*interested States*» devraient

être remplacés par «*States concerned*» et au principe n° 4, les mots «*have the capacity*» devraient être remplacés par «*are competent*»; enfin, au principe n° 7, la fin de la première phrase, «*clear and specific terms*», devrait être alignée sur le texte français.

49. M. BAENA SOARES dit qu'il approuve les principes directeurs, dont le texte espagnol ne pose aucun problème, et qu'il attend avec intérêt les commentaires annoncés.

50. M. MELESCANU fait observer, en ce qui concerne la deuxième phrase du principe n° 9, que dès lors qu'une déclaration unilatérale est clairement acceptée il ne s'agit plus d'un acte unilatéral mais d'un accord international conclu en forme simplifiée, par exemple oralement. Il y a rencontre de deux volontés, donc accord international. Sous cette réserve, les principes accompagnés de leurs commentaires constitueront une contribution importante de la Commission à la codification du droit international.

51. M. ECONOMIDES dit que les principes directeurs présentés par le Groupe de travail appellent trois observations préliminaires. Premièrement, s'agissant du titre, il conviendrait de préciser que les obligations juridiques visées sont créées «au plan international». En deuxième lieu, le préambule des principes directeurs semble trop ambitieux; seuls ses premier et dernier alinéas sont réellement nécessaires et on pourrait supprimer sans dommage les trois autres, notamment le deuxième. Enfin, les principes nos 1, 3 et 9 appellent des observations qui seront faites le moment venu.

52. M. Sreenivasa RAO se félicite que le Groupe de travail soit parvenu à terminer de manière aussi satisfaisante ses travaux et exprime l'espoir que les commentaires qui seront présentés seront aussi clairs que les principes eux-mêmes et en éclaireront les fondements. Il considère que la Commission devrait, comme pour le sujet de la fragmentation du droit international, prendre note des résultats des travaux, à savoir les principes directeurs et leurs commentaires.

53. M. KABATSI dit qu'il partage les réserves exprimées par M. Kateka en ce qui concerne la mention du silence au deuxième alinéa du préambule et par M. Melescanu pour ce qui est de la deuxième phrase du principe n° 9, même s'il peut concevoir que dans certaines situations les États concernés puissent se trouver engagés sans avoir noué de relations conventionnelles à proprement parler.

54. M. MANSFIELD dit que le rapport du Groupe de travail, y compris les principes directeurs qu'il contient, est un document qui a fait l'objet de négociations très dures et qu'il constitue un tout. Tous les alinéas du préambule des principes directeurs et tous les principes eux-mêmes étaient nécessaires, car l'absence d'un seul d'entre eux aurait entravé un consensus. Il espère donc que, comme le Groupe de travail, la Commission pourra les adopter dans leur ensemble par consensus.

55. M. PELLET (Président du Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États) demande à la Commission d'entendre M. Mansfield. Il a été très compliqué de parvenir à un consensus au Groupe de travail et la

Commission risque, si elle commence à vouloir apporter des modifications, de se lancer dans un débat interminable. La Commission peut par ailleurs très bien adopter ces principes directeurs avec les réserves de certains membres. En outre, les observations des membres pourront être reflétées dans les commentaires, dont la Commission sera saisie la semaine suivante.

56. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la Commission souhaite adopter le rapport du Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États (A/CN.4/L.703) par consensus.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 13 h 10.

2907^e SÉANCE

Lundi 7 août 2006, à 10 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Candioti, M. Chee, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Mansfield, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M^{me} Xue.

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-huitième session (*suite*)

CHAPITRE IV. *Protection diplomatique (suite)*

E. Texte du projet d'articles sur la protection diplomatique (*suite*) [A/CN.4/L.692/Add.1]

2. TEXTE DES PROJETS D'ARTICLE ET COMMENTAIRES Y RELATIFS (*suite*)

Commentaire de l'article premier (Définition et champ d'application) (suite)

Paragraphe 4 (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT rappelle qu'à la séance précédente quelques membres de la Commission, au départ minoritaires, ont proposé la suppression de ce paragraphe, mais que l'échange de vues qui a suivi a révélé la nécessité de mettre en évidence le fait que, sans être à l'instar de l'État un sujet à part entière du droit international, l'individu s'est vu reconnaître par celui-ci toute une batterie de droits. Quand bien même ces droits ne seraient pas exercés, mis en œuvre et défendus de la même façon que ceux qui sont inhérents à la souveraineté de l'État, il convient de modifier le paragraphe 4 pour qu'il rende cette réalité.

2. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que ce paragraphe doit être conservé, parce qu'il explique pourquoi, malgré d'importants progrès dans le domaine des droits de l'homme, la protection diplomatique

est encore nécessaire. Sans doute y a-t-il à présent beaucoup de règles primaires disponibles pour protéger l'individu, mais les recours sont peu nombreux. M. Gaja a proposé la suppression, en tête de la sixième phrase, de la proposition: «[b]ien qu'il ne soit pas encore sujet de droit international à part entière». Puisqu'elle soulève une question controversée et n'ajoute rien d'intéressant, le Rapporteur spécial peut en accepter l'élimination. Autre proposition utile de M. Gaja, à l'avant-dernière phrase, l'expression «peut-être» serait supprimée, formule plus juste à laquelle il peut se rallier. Il suggère que, moyennant ces deux amendements, le paragraphe soit maintenu.

3. M. PELLET dit que le nouveau texte représente un progrès par rapport à l'original, mais n'est pas encore entièrement satisfaisant. La mention, dans la deuxième phrase, de l'interdiction de l'esclavage est à la fois ambiguë et imprécise. L'esclavage a été interdit dans un passé relativement récent, et non pas «lorsque le droit international a pris naissance» ainsi qu'il est dit dans la phrase précédente. De fait, l'interdiction de la traite, comme d'ailleurs celle de la piraterie, est antérieure, et M. Pellet ne voit pas pourquoi on mettrait celle de l'esclavage en exergue. Aussi souhaiterait-il la suppression de cette deuxième phrase. Si, toutefois, elle était conservée, il faudrait en éliminer le membre de phrase «excepté peut-être celles qui découlaient de l'interdiction de l'esclavage» et y insérer le mot «guère», de manière à lire: «il n'y avait guère de règles primaires».

4. Le second problème, plus grave, concerne l'antépénultième phrase. Elle vient réintroduire la fiction Mavrommatis, que l'article premier a si adroitement réussi à contourner. Cette phrase n'ajoute rien, et l'on pourrait et même devrait s'en dispenser.

5. M. ECONOMIDES propose que le second membre de phrase de la deuxième phrase soit remplacé par «sauf quelques très rares exceptions».

6. M. CHEE dit que le fait d'avoir un droit de recours est une chose, mais l'exercer est très différent. Normalement, lorsqu'un individu se trouve mêlé à une affaire de caractère international, il vaut mieux que ce soit l'État qui demande réparation. Vu cette possibilité, il préférerait que l'on garde la référence à la fiction Mavrommatis. Toutefois, si une majorité des membres sont favorables à sa suppression, il ne s'y opposera pas.

7. M. DUGARD (Rapporteur spécial) indique que, pour les raisons invoquées par M. Pellet, il peut accepter la suppression de la deuxième phrase. Il n'est pas non plus marié à l'antépénultième et peut consentir à son élimination, si tel est le désir de la Commission. Néanmoins, la question de la fiction Mavrommatis n'est pas encore entièrement réglée: il subsiste une certaine tension entre les droits de l'individu et la fiction qu'un préjudice causé à un national est un préjudice causé à l'État lui-même.

Le paragraphe 4, tel que modifié par M. Gaja et le Rapporteur spécial, est adopté.

Paragraphe 5

8. M. DUGARD (Rapporteur spécial), répondant à une question de M. Gaja, donne lecture d'une proposition écrite laissée par M. Matheson, suivant laquelle la première phrase serait modifiée pour se lire ainsi: «L'article premier est formulé de manière à reconnaître que l'État qui exerce sa protection diplomatique agit au nom de son national aussi bien qu'en son nom propre.» Le Rapporteur spécial accepterait volontiers cette proposition.

9. M. PELLET dit que cette proposition change totalement le sens du paragraphe et s'y oppose vigoureusement. Elle donne à penser qu'un État qui exerce sa protection diplomatique agit simultanément en son nom propre et au nom de son national, alors que le texte initial est beaucoup plus nuancé, puisqu'il admet que l'on peut avoir affaire à l'un ou l'autre, ou aux deux scénarios.

Le paragraphe 5 est adopté sans amendement.

Paragraphe 6 et 7

Les paragraphes 6 et 7 sont adoptés.

Paragraphe 8

10. M. PELLET relève que la deuxième phrase du paragraphe 9 implique que les ambassadeurs et les diplomates sont des représentants politiques de l'État, ce qui n'est pas le cas, et suggère que les mots «diplomatiques ou» y soient insérés avant le mot «politiques».

11. M. GAJA souscrit à cette proposition. Il appelle l'attention sur une proposition écrite de M. Matheson, que le Rapporteur spécial a faite sienne, à savoir insérer au paragraphe 9, une deuxième phrase nouvelle se lisant comme suit: «La protection diplomatique n'englobe pas les démarches ou autres formes d'action diplomatique qui ne conduisent pas à l'invocation de la responsabilité juridique d'un autre État, telles que les demandes officielles de mesures correctives.»

12. M. PELLET, appuyé par M. MANSFIELD, approuve ce texte, mais suggère qu'il soit inséré à la fin du paragraphe 8, lequel traite des moyens d'exercer la protection diplomatique, au lieu du paragraphe 9, qui a trait à la distinction entre l'assistance consulaire et la protection diplomatique.

13. M. ECONOMIDES songe à une autre possibilité, qui consisterait à remplacer l'expression «par les représentants politiques» par «au nom des représentants politiques». La protection diplomatique a toujours un caractère officiel: c'est une demande de l'État, et non pas d'un simple consulat. Cela dit, il est prêt à accepter la proposition de M. Matheson.

Le paragraphe 8, tel que modifié, est adopté.

Paragraphe 9

14. M^{me} XUE (Rapporteur) observe que dans la deuxième phrase du paragraphe 9, toute l'énumération «— ambassadeurs, diplomates, ministres des affaires

étrangères ou ministres de la justice —» est superflue et peut être supprimée, de même que l'adjectif «politiques». Pour ce qui est de la dernière phrase, il ressort clairement de la discussion en plénière que l'assistance consulaire n'est pas seulement préventive mais possède aussi un aspect correctif, essentiellement à travers le recours aux procédures du droit interne pour obtenir réparation. La dernière phrase devrait refléter ce fait.

15. M. CHEE cite l'article 3, paragraphe 1, de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et l'article 5 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires comme exemples du chevauchement des fonctions de la protection diplomatique et de l'assistance consulaire. Établir entre elles une distinction très marquée va à l'encontre de la tendance récente à l'intégration des fonctions consulaires et diplomatiques. Il s'ensuit que la dernière phrase devrait être maintenue telle qu'elle.

16. M. DUGARD (Rapporteur spécial) précise que l'emploi de l'expression «en grande partie» visait à répondre à la remarque de M^{me} Xue. Si toutefois cela ne suffit pas, les mots «en faisant appel aux voies de recours internes» pourraient être ajoutés à la fin de la phrase.

17. M. KATEKA propose que l'expression «en grande partie préventive» soit remplacée par «à la fois préventive et correctrice».

18. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que la modification proposée par M. Kateka impliquerait que l'aspect correctif constitue l'une des principales fonctions de l'assistance consulaire. Or, la Commission est convenue d'un commun accord que la fonction consulaire est en grande partie préventive, encore qu'elle présente bien un élément correctif. Le Rapporteur spécial suggère donc que l'adverbe «principalement» soit inséré après le verbe «vise».

19. M. PELLET observe qu'on ne peut à la fois dire une chose et son contraire: si le but est en grande partie préventif, le préventif et le correctif ne peuvent pas être mis sur le même plan. La Commission est d'accord pour considérer que l'assistance consulaire est partiellement correctrice mais principalement préventive. M. Pellet souscrit entièrement à la proposition du Rapporteur spécial d'insérer «principalement» après «vise» dans la dernière phrase. Il serait possible aussi, soit de remplacer le membre de phrase «l'assistance consulaire, quant à elle, est en grande partie préventive» par «l'assistance consulaire présente quant à elle des aspects à la fois préventifs et correctifs», soit d'ajouter, à la fin de la phrase: «; elle a également une fonction correctrice». Toutes ces variantes sont logiques, la formulation «à la fois préventive et correctrice», elle, ne l'est pas.

20. M. ECONOMIDES estime, comme M. Chee, que la phrase devrait être adoptée en l'état; toutefois, il peut aussi accepter la proposition du Rapporteur spécial d'insérer l'adverbe «principalement».

21. M^{me} ESCARAMEIA indique qu'elle aussi souscrit à la proposition du Rapporteur spécial d'ajouter l'adverbe «principalement» après le verbe «vise». Néanmoins, cela laisse de côté la question du recours aux mesures

internes évoquée par M^{me} Xue. Reprenant la suggestion de M. Pellet, M^{me} Escameia propose l'insertion du membre de phrase «elle a également une fonction correctrice, qui s'exerce par l'intermédiaire des remèdes internes». Cette formule répondrait à toutes les préoccupations, en disant que l'assistance consulaire est en grande partie préventive, mais qu'elle est aussi correctrice et que lorsqu'elle est correctrice, elle revêt principalement la forme de remèdes internes.

22. M. KATEKA indique que l'assistance consulaire qu'il a eue personnellement à offrir à ses concitoyens dans un certain nombre de pays n'était pas préventive: elle a été fournie après coup, une fois que le mal était fait. Il ne voit pas comment il serait possible d'affirmer que l'assistance consulaire est préventive.

23. M. PELLET dit qu'il ne s'agit pas de rouvrir le débat entre de vieilles positions, mais de décider comment les refléter dans un rapport. Cela dit, il est troublé par la proposition de M^{me} Escameia d'ajouter les mots «qui s'exerce par l'intermédiaire des remèdes internes» à la suite de sa propre proposition. La fonction consulaire ne consiste pas principalement à saisir les tribunaux, elle consiste à assister les personnes qui ont été traduites devant les tribunaux. Si l'on entre dans les détails, on risque de formuler des assertions approximatives et inexactes.

24. M. Sreenivasa RAO considère que la remarque de M. Kateka est très juste et ne rouvre pas le débat. Cette formulation particulière, apparue à propos des faits illicites, est acceptable dans le contexte des fonctions consulaires. L'intervenant se rallie à la proposition du Rapporteur spécial d'insérer le mot «principalement» et à la suggestion de M. Pellet, mais il serait utile qu'à un moment ou un autre le Rapporteur spécial puisse ajouter une note de bas de page indiquant ce que l'on regarde traditionnellement comme les fonctions consulaires en dehors du contexte des faits illicites.

25. M. MELESCANU estime qu'il ne convient pas de modifier radicalement le texte. L'insertion du mot «principalement» répondrait aux préoccupations de ceux qui songent à une fonction correctrice de la protection consulaire. À essayer d'aller plus loin, on ne ferait que rouvrir un débat qui ne mènera nulle part. L'intervenant appuie donc la proposition du Rapporteur spécial d'insérer le mot «principalement», qui rend clairement l'idée qu'il existe une fonction préventive, mais qu'une fonction correctrice n'est pas exclue pour autant. Le reste du paragraphe devrait rester tel quel.

Ainsi modifié, le paragraphe 9 est adopté.

Paragraphe 10

26. M. GAJA dit que la première partie de la note de bas de page visant à expliciter la zone indéfinie entre protection diplomatique et assistance consulaire paraît laisser entendre que la CIJ a été confuse dans son raisonnement. Ce commentaire n'est pas juste, et ce n'est pas non plus quelque chose que la Commission puisse se permettre de dire. La référence aux affaires *Avena* et *LaGrand* n'éclaire pas plus. Le texte de la note pourrait simplement mentionner le Traité établissant une

Constitution pour l'Europe, lequel renvoie à quelque chose qui, en réalité, est probablement l'assistance consulaire, bien qu'il se rapporte à l'assistance diplomatique. M. Gaja propose la suppression des deux premières phrases et, dans la troisième phrase, la suppression des mots «encore plus» et le remplacement, dans la version anglaise, du mot «*distinction*» par «*the grey area*». De plus, dans l'avant-dernière phrase, il conviendrait d'insérer «et de l'assistance consulaire» après «l'exercice de la protection diplomatique»: s'il est vrai que, en ce qui concerne l'assistance consulaire, un État ne s'y opposerait peut-être pas si facilement, M. Gaja ne voit pas comment on pourrait affirmer que le consentement de l'État à l'encontre duquel s'exerce l'assistance consulaire n'est pas nécessaire quand il s'agit du national d'un pays tiers.

27. M. ECONOMIDES estime que la référence à la protection «des autorités diplomatiques et consulaires» correspond à une mauvaise interprétation du texte de l'Union européenne, car ce n'est pas ici la protection diplomatique qui est visée, c'est la protection des nationaux par les autorités diplomatiques ou par les autorités consulaires – et l'on est toujours ainsi dans le domaine de l'assistance consulaire. Tel quel, le texte paraît suggérer que l'Union européenne a commis un erreur patente, ce qui n'est pas vrai. Aussi M. Economides propose-t-il que la citation du texte de l'Union européenne soit éliminée. La protection offerte par les autorités diplomatiques est toujours une protection consulaire, même si elle est fournie en fait par les bureaux des ambassades. Il ne s'agit pas de la protection diplomatique à proprement parler.

28. M. PELLET relève que le membre de phrase «cette assistance étant fournie avant la commission d'un fait internationalement illicite», à la fin de la troisième phrase du paragraphe 10, est inexact. Ce n'est pas toujours le cas, et il faudrait par conséquent insérer «en général» pour lire: «étant en général fournie».

29. M. CANDIOTI se dit d'accord avec M. Economides sur la nécessité de supprimer de la note la citation du Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Il craint que les commentaires de l'article premier n'amènent le lecteur à conclure que la protection diplomatique est une notion qui présente quantité de zones grises. Il n'y a pas de zone grise entre la protection diplomatique, telle qu'elle est définie à l'article premier, et les activités des diplomates et des consuls qui défendent leurs compatriotes; il s'agit de deux choses fort différentes. La protection diplomatique, au sens de l'article premier, est un moyen d'invoquer la responsabilité d'un État pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite au national d'un autre État, tandis que les activités diplomatiques et consulaires sont clairement définies dans les Conventions de Vienne de 1961, sur les relations diplomatiques, et de 1963, sur les relations consulaires. Le commentaire ne doit pas amener l'Assemblée générale à conclure qu'il existe une zone grise. La Commission risque de réintroduire une imprécision dans la notion de protection diplomatique. Il ne faut pas qu'elle confonde l'invocation et la mise en œuvre de la responsabilité avec les activités des ambassadeurs, diplomates et consuls, qui protègent leurs compatriotes et dont les fonctions sont très clairement définies. Il suffirait donc que la note mentionne seulement les Conventions de Vienne de 1961 et 1963.

30. M. VALENCIA-OSPINA, évoquant la proposition de supprimer les deux premières phrases de la note de bas de page à l'avant-dernière phrase, dit qu'il serait curieux de la part de la Commission d'ignorer les deux affaires portées récemment devant la CIJ dans lesquelles tant l'assistance consulaire que la protection diplomatique étaient invoquées par les demandeurs. La Commission n'est pas en train d'affirmer que la Cour a statué sur ces questions, elle dit seulement que les demandeurs invoquaient les deux. En gardant cette référence, elle montrerait qu'elle est au fait des travaux de la Cour, et cette référence ne serait d'ailleurs pas non plus discourtoise, parce qu'elle ne commente pas ce que la Cour a dit, mais uniquement ce que les demandeurs ont dit. Il suffirait d'indiquer que dans les affaires *LaGrand* et *Avena*, les deux demandeurs invoquaient à la fois l'assistance consulaire et la protection diplomatique.

31. Le PRÉSIDENT dit que cette proposition traduit plus exactement ce qui s'est réellement passé.

32. M. PELLET n'est pas de cet avis. Les deux États en question, l'Allemagne et le Mexique, se plaignaient de ne pas avoir pu exercer leur assistance consulaire. C'était cela l'objet du litige. La zone grise ou l'incertitude ne se situe pas entre protection diplomatique et assistance consulaire, elle réside en ce qu'on ne sait pas, en lisant les arrêts *LaGrand* et *Avena*, si la CIJ a admis que les États-Unis d'Amérique ou le Mexique exerçaient en même temps leur protection diplomatique et leur droit de voir respecter les dispositions de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, mais ce sont deux choses complètement différentes. Il n'est pas question d'assistance consulaire permettant de saisir la Cour: cela n'a pas de sens. M. Gaja a raison de dire qu'il se pose un problème de zone grise dans ces arrêts de la Cour, mais pas entre l'assistance consulaire et la protection diplomatique. La protection diplomatique était peut-être en cause, mais on ne le sait pas à lire ces arrêts. Elle était peut-être en cause au niveau de la saisine de la Cour. L'objet de cette saisine, c'était le refus d'une assistance consulaire. La zone grise existe bien, mais elle ne relève pas du paragraphe 10.

33. M^{me} XUE (Rapporteur) propose la suppression de la note de bas de page en question et de la dernière phrase du paragraphe 10. Il n'est pas nécessaire d'ajouter un autre élément.

34. M. DUGARD (Rapporteur spécial) rappelle que dans son septième rapport (A/CN.4/567), il suggérait à la Commission d'insérer à l'article premier une disposition consacrée à l'assistance consulaire, mais qu'il a été décidé que toute la question était trop ambiguë et qu'il ne fallait pas s'en occuper. M. Valencia-Ospina a absolument raison: la Commission ne peut pas s'abstenir de mentionner les deux arrêts de la CIJ, parce que même si la situation est très claire pour M. Pellet, le fait est que de nombreux commentateurs des deux arrêts ont donné dans une grande confusion à ce sujet, et si la Commission omet de les évoquer, elle laissera simplement l'impression de ne pas être au courant du débat qu'ils ont suscité. De même, il se peut fort bien que lui-même ait mal interprété la Constitution européenne, comme M. Economides l'a suggéré, mais, là encore,

il n'y en a pas moins un grand débat en doctrine sur ces dispositions. Peut-être serait-il possible d'éviter le problème en citant dans la note les articles sur le sujet parus dans les revues de droit. La Commission ne peut pas se contenter de faire semblant de ne pas être au courant des deux arrêts. Il en va de même de la dernière phrase: la distinction entre fonctions diplomatiques et consulaires a disparu dans de nombreuses ambassades, et le Rapporteur spécial ne voit pas pourquoi le texte devrait passer la chose sous silence.

35. M. PELLET indique qu'un certain nombre d'autres commentateurs disent, à juste titre, que, dans les deux affaires en question, la CIJ n'arrive pas à se décider sur le point de savoir s'il s'agit de la protection diplomatique ou d'un recours direct. Si le Rapporteur spécial peut citer des auteurs qui ont mis la protection consulaire sur le même plan que la protection diplomatique dans leurs commentaires, c'est à ces auteurs, qui l'ont introduite dans la doctrine, qu'il faut attribuer la confusion. Ce n'est pas parce qu'il y a une confusion chez certains auteurs que la Commission doit commettre une erreur qui est assez grossière.

36. M^{me} XUE (Rapporteur) relève que les conventions sur les relations consulaires et sur les relations diplomatiques ne font pratiquement pas de distinction entre fonctions diplomatiques et consulaires. Telle est la pratique. La phrase en question ne fait que créer davantage de confusion, parce que même lorsqu'une ambassade exerce la protection consulaire, ce n'est toujours pas de la protection diplomatique. Il n'est pas besoin de mentionner la protection consulaire, parce qu'il ne s'agit ici que de la protection diplomatique et du droit international. La zone grise entre la protection diplomatique et l'assistance consulaire n'est pas pertinente, et cette phrase devrait être supprimée.

37. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit qu'il se rallie volontiers à la proposition de M^{me} Xue. Il suggère que la note de bas de page se borne à mentionner les affaires *Avena* et *LaGrand*, sans aller plus loin.

38. M. ECONOMIDES relève que le paragraphe 10 renferme un certain nombre d'inexactitudes. La troisième phrase, par exemple, dit ceci: «À l'évidence, il n'est pas besoin d'épuiser les recours internes dans le contexte de l'assistance consulaire, cette assistance étant fournie avant la commission d'un fait internationalement illicite.» Voilà qui est très étrange, car, comme M. Kateka l'a noté, l'assistance consulaire est généralement exercée après la commission de l'acte. M. Economides propose de réduire le paragraphe au strict minimum. Les deux premières phrases resteraient inchangées, et la troisième et dernière phrase se lirait alors comme suit: «À l'évidence, il n'est pas besoin d'épuiser les recours internes dans le contexte de l'assistance consulaire, alors que cette condition est exigée pour l'exercice de la protection diplomatique, sous réserve des exceptions décrites à l'article 15.» Le reste du paragraphe serait supprimé. Ce qu'il faut conserver, c'est la différence entre les deux domaines sur le critère de l'épuisement des recours internes. Tout le reste est dangereux et n'est pas entièrement exact.

39. Le PRÉSIDENT, répondant à une demande d'éclaircissements de M. Gaja, confirme qu'une proposition soumise par écrit par M. Matheson n'a pas été reprise et que les deux notes de bas de page de ce paragraphe doivent être supprimées.

40. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que la proposition de M. Economides ne tient pas compte du fait que, dans ses débats, la Commission a exprimé des doutes au sujet des affaires *Avena* et *LaGrand* et qu'elle a eu un long échange de vues à propos de la Constitution de l'Union européenne. Il lui paraît très étrange que toutes les références à ces deux questions doivent disparaître, mais, si tel est le vœu de la Commission, il s'inclinera, non sans protester.

Le paragraphe 10, tel que modifié, est adopté.

Paragraphe 11

Le paragraphe 11 est adopté.

Paragraphe 12

41. M. PELLET observe, à propos du membre de phrase «et non de la protection accordée par les organisations internationales à leurs agents, qui a été reconnue par la Cour internationale de Justice», que ce n'est pas la protection qui a été reconnue, mais la compétence des organisations internationales pour protéger leurs agents. Il suggère que ce membre de phrase soit remplacé par le suivant: «et non de la protection accordée par les organisations internationales à leurs agents, dont la compétence à cette fin a été reconnue par la Cour internationale de Justice».

Le paragraphe 12, tel que modifié, est adopté.

Paragraphes 13 et 14

Les paragraphes 13 et 14 sont adoptés.

Le commentaire de l'article premier, tel que modifié, est adopté.

Commentaire de l'article 2 (Droit d'exercer la protection diplomatique)

Paragraphes 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Paragraphe 3

42. M. DUGARD (Rapporteur spécial), s'inspirant d'une proposition écrite de M. Matheson, suggère que la dernière phrase soit modifiée pour se lire comme suit: «Le pouvoir discrétionnaire de l'État d'exercer sa protection diplomatique doit donc s'entendre à la lumière de l'article 19, où il est recommandé aux États d'exercer ce pouvoir dans les cas appropriés.»

43. M. PELLET dit qu'à l'instar de ce qu'il a fait dans la note de bas de page concernant les décisions judiciaires en donnant des exemples de jurisprudence, le Rapporteur spécial devrait citer dans la note précédente des exemples de législation, au lieu de se borner à renvoyer à son premier rapport³⁷⁰.

³⁷⁰ *Annuaire...* 2000, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/506 et Add.1.

44. M. DUGARD (Rapporteur spécial) explique que si, dans ladite note, il s'est référé à son premier rapport, c'est dans un souci de commodité, car on y trouve une analyse détaillée de l'abondante et complexe législation existante. Il n'en ajoutera pas moins volontiers davantage de renseignements à la note concernant les législations nationales afin qu'elle corresponde à celle concernant les décisions judiciaires.

Le paragraphe 3, tel que modifié, est adopté.

Paragraphe 4

Le paragraphe 4 est adopté.

Le commentaire de l'article 2, tel que modifié, est adopté.

Commentaire de l'article 3 (Protection par l'État de la nationalité)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

45. M. PELLET dit que, dans sa rédaction actuelle, ce commentaire risque de susciter une interprétation extensive, suivant laquelle la protection diplomatique pourrait s'exercer au bénéfice de non-nationaux dans un certain nombre de circonstances, le cas des apatrides et réfugiés n'en constituant qu'une parmi d'autres. Or, l'article 8 est limitatif, il réduit l'exception à ce cas, et le libellé devrait le préciser. M. Pellet suggère donc que le paragraphe soit remanié pour se lire ainsi: «Le paragraphe 2 renvoie à l'exception prévue par l'article 8.»

Le paragraphe 2, tel que modifié, est adopté.

Le commentaire de l'article 3, tel que modifié, est adopté.

Commentaire de l'article 4 (État de nationalité d'une personne physique)

Paragraphes 1 à 4

Les paragraphes 1 à 4 sont adoptés.

Paragraphe 5

46. M. PELLET demande au Rapporteur spécial s'il accepterait de supprimer la note de bas de page à la fin du paragraphe.

La note de bas de page est supprimée.

Le paragraphe 5 ainsi modifié est adopté, avec en outre un amendement d'ordre rédactionnel dans la version anglaise.

Paragraphes 6 et 7

Les paragraphes 6 et 7 sont adoptés.

Paragraphe 8

47. M. PELLET dit que le paragraphe 8 aurait plus sa place dans le commentaire de l'article 5 que dans celui de l'article 4, car il traite de la question du changement de nationalité plutôt que du droit à une nationalité.

48. M^{me} ESCARAMEIA considère que ce paragraphe relève du commentaire de l'article 4, parce qu'il ne se rapporte pas à l'article 5 et à la continuité de la nationalité, mais au fait qu'une femme mariée risque de se trouver obligée d'acquérir la nationalité de son époux en vertu de tel ou tel droit interne, quand bien même cette acquisition serait incompatible avec le droit international.

49. M. DUGARD (Rapporteur spécial) indique que le problème a été très longuement discuté au Comité de rédaction et qu'il a été décidé de classer ce paragraphe dans le commentaire de l'article 4.

Le paragraphe 8 est adopté.

Le commentaire de l'article 4, tel que modifié, est adopté.

Commentaire de l'article 5 (Continuité de la nationalité d'une personne physique)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

50. M. DUGARD (Rapporteur spécial) donne lecture d'une proposition écrite de M. Matheson suivant laquelle la dernière phrase serait remaniée pour se lire comme suit: «La continuité est présumée si cette nationalité existait à ces deux dates, mais cette présomption est, bien entendu, réfragable.» Il serait pour sa part tout à fait prêt à accepter cette modification.

51. M. GAJA suggère que, pour plus de clarté, l'amendement proposé soit précédé du membre de phrase suivant: «Vu qu'il est difficile de la prouver».

52. Pour répondre à M. KATEKA qui s'en inquiète, M. DUGARD (Rapporteur spécial) confirme que l'amendement proposé par M. Matheson ne fait que préciser qu'il ne saurait y avoir de solution de continuité dans la nationalité entre les deux dates évoquées dans ce paragraphe.

Le paragraphe 2, tel que modifié, est adopté.

Paragraphe 3 à 9

Les paragraphes 3 à 9 sont adoptés.

Paragraphe 10

53. M. DUGARD (Rapporteur spécial) donne lecture d'une proposition écrite de M. Matheson visant à la suppression du dernier membre de phrase («liées à la réclamation»), proposition qu'il peut accepter.

54. M. GAJA observe que la modification proposée contredit le texte de l'article.

Le paragraphe 10 est adopté sans amendement.

Paragraphe 11 à 14

Les paragraphes 11 à 14 sont adoptés.

Le commentaire de l'article 5, tel que modifié, est adopté.

Commentaire de l'article 6 (Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État tiers)

Paragraphe 1 à 4

Les paragraphes 1 à 4 sont adoptés.

Le commentaire de l'article 6 est adopté.

Commentaire de l'article 7 (Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État de nationalité)

Paragraphe 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Paragraphe 3

55. M. MOMTAZ considère que ce paragraphe met trop l'accent sur la question de la nationalité dominante, étant donné que l'article lui-même est consacré à la pluralité des nationalités et à la réclamation à l'encontre d'un État de nationalité. Tout ce qui est ici nécessaire, c'est de souligner que la jurisprudence de la Commission d'indemnisation des Nations Unies est conforme à l'article 7. De même, les références au troisième rapport sur la responsabilité des États³⁷¹ ou au rapport de M. Orrego Vicuña à l'Association de droit international³⁷² ne sont pas nécessaires. Ni l'une ni l'autre ne sont pertinentes au regard des dispositions de l'article 7.

56. M. GAJA voit pour sa part une difficulté dans l'insertion de la référence à la Commission d'indemnisation des Nations Unies, qui vise aussi la pluralité des nationalités plutôt que la nationalité dominante. En conséquence, il faudrait sans doute supprimer les deux phrases renvoyant à la Commission d'indemnisation.

57. M. DUGARD (Rapporteur spécial) précise que le commentaire affirme seulement que les références en question viennent étayer le principe de la nationalité dominante.

58. M. GAJA répond que le principe appliqué par la Commission d'indemnisation est seulement qu'un double national peut se prévaloir de bonne foi d'une nationalité.

59. M. DUGARD (Rapporteur spécial) indique qu'il ne s'opposera pas à la suppression des deux phrases relatives à la Commission d'indemnisation. Il éprouve en revanche de sérieuses réticences à supprimer les références au troisième rapport sur la responsabilité des États ou au rapport de M. Orrego Vicuña figurant dans les notes de bas de page, qui ont pour la première fois évoqué un peu longuement le problème de la nationalité effective. Il concède toutefois que le mot «dominant» n'a été employé ni dans un cas ni dans l'autre.

60. M. MOMTAZ dit qu'il n'est pas contre cette référence à la Commission d'indemnisation, dans la

³⁷¹ *Annuaire... 1958*, vol. II, document A/CN.4/111.

³⁷² *Report of the Sixty-ninth Conference held in London 25–29th July*, «Interim report on the “changing law of nationality of claims” by Professor Francisco Orrego Vicuña», p. 631.

mesure où il s'agit d'une réclamation à l'encontre d'un autre État de nationalité, qui est l'Iraq. Le Rapporteur spécial paraît penser que la question dont la Commission avait à connaître était la nationalité dominante, mais ce n'est pas le cas. De son côté, la référence au troisième rapport de M. García Amador sur la responsabilité des États est fondée sur la seule question de la nationalité dominante.

Le paragraphe 3, tel que modifié par M. Gaja, est adopté.

Paragraphe 4 et 5

61. M. PELLET dit que la première phrase du paragraphe 5 laisse entendre que les mots «effectif» et «dominant», employés à propos de la nationalité, ont un sens identique, alors qu'ils sont manifestement différents, le mot «dominant» impliquant une comparaison.

62. Le PRÉSIDENT suggère qu'une explication de la distinction soit insérée dès le paragraphe 4.

63. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que la doctrine emploie en effet ces termes comme s'ils étaient interchangeable, bien qu'ils aient un sens différent. C'est pour cette raison qu'il a préféré le terme «prépondérant», pour insister sur la part de relativité.

64. M. PELLET suggère que soit inséré au début du paragraphe 5 le membre de phrase suivant: «Bien que les deux notions soient distinctes, la doctrine utilise indifféremment les termes “effectif” ou “dominant”...»

65. M. GAJA observe que le paragraphe 4 est incompatible avec la nouvelle rédaction du paragraphe 5 et devrait donc être supprimé.

Le paragraphe 4 est supprimé.

Le paragraphe 5, tel que modifié, est adopté.

Paragraphe 6 à 8

Les paragraphes 6 à 8 sont adoptés.

Le commentaire de l'article 7, tel que modifié, est adopté.

Commentaire de l'article 8 (Apatrides et réfugiés)

Paragraphe 1 à 7

Les paragraphes 1 à 7 sont adoptés.

Paragraphe 8

66. M. DUGARD (Rapporteur spécial) donne lecture d'une proposition de M. Matheson visant à la suppression de la dernière phrase, proposition qu'il fait sienne.

67. M^{me} ESCARAMEIA dit que ce paragraphe a fait l'objet d'un long débat, au cours duquel il a été admis que la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et son Protocole de 1967 ne correspondaient plus à la pratique courante. C'est la raison pour laquelle la dernière phrase a été insérée dans le commentaire. Si elle était supprimée,

le commentaire n'expliquerait pas en quoi consistent les «critères internationalement acceptés». Cette expression risquerait alors d'être entendue comme une référence à la Convention de 1951, alors que bien des membres de la Commission estiment que les nombreuses conventions ultérieures sur le sujet ont institué des critères plus évolués. M^{me} Escarameia est donc contre la suppression de la dernière phrase.

68. Après un échange de vues sur la rédaction du texte auquel participent M. RODRÍGUEZ CEDEÑO, M. KATEKA, M. MANSFIELD, M^{me} XUE (Rapporteur), le PRÉSIDENT et M. CHEE, il est proposé que la dernière phrase se lise comme suit: «Cette expression souligne que ce sont les normes contenues dans différentes conventions et d'autres instruments internationaux qui s'appliquent au même titre que les règles juridiques qui figurent dans la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et son Protocole de 1967.»

Le paragraphe 8, tel que modifié, est adopté.

Paragraphe 9 à 12

Les paragraphes 9 à 12 sont adoptés.

Le commentaire de l'article 8, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire de l'article 9 (État de nationalité d'une société)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

69. M^{me} ESCARAMEIA observe que, dans un grand nombre de pays, le capital des sociétés qui sont des entreprises à but lucratif et à responsabilité limitée n'est pas toujours représenté par des actions. Elle propose par conséquent l'insertion du mot «généralement» avant le mot «représenté», par souci de cohérence avec le paragraphe 1 du commentaire de l'article 13.

70. M. PELLET propose que l'adjectif «anonymes», dans la première phrase de la version française, soit supprimé, parce que l'article s'applique aussi aux autres formes de société. Dans la même phrase de la version française, le mot «représenté» devrait être remplacé par «constitué».

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 3

71. M. GAJA note, à propos de la deuxième citation de l'affaire de la *Barcelona Traction* figurant dans ce paragraphe, que la Cour avait «déclaré» (dans un *obiter dictum*), et non pas «décidé», que le droit international attribuait le droit d'exercer la protection diplomatique d'une société à l'État sous les lois duquel elle s'était constituée et sur le territoire duquel elle avait son siège. Il faudrait ajouter une note pour indiquer que la Cour avait dit que d'autres éléments pouvaient eux aussi être pertinents. Dans la phrase citant l'affaire *Nottebohm*, l'expression «refusé d'exiger» est trop forte. Il serait plus juste de dire

que la Cour n'avait «pas réaffirmé le critère du lien de rattachement effectif...», car elle avait examiné des éléments assez proches d'un tel lien.

72. Après un échange de vues sur la rédaction du paragraphe, auquel M. DUGARD (Rapporteur spécial), M. GAJA, le PRÉSIDENT et M. PELLET prennent part, il est proposé que la phrase en question se lise ainsi: «Bien qu'elle n'ait pas réaffirmé le critère du "lien de rattachement effectif" tel que celui qu'elle avait appliqué dans l'affaire *Nottebohm...*» Dans la phrase commençant par «Comme les lois de la plupart des États...», il est suggéré que le mot «imposture» soit remplacé par le mot «fiction».

73. M. PELLET fait sienne la proposition de M. Gaja d'insérer une note après la deuxième référence à l'affaire de la *Barcelona Traction* et indique que, dans la première partie de la même phrase, après les mots «*Barcelona Traction*», il faudrait lire: «lorsqu'elle a déclaré notamment...», car la Cour a aussi pris position sur un certain nombre d'autres facteurs.

Le paragraphe 3, tel que modifié, est adopté.

Paragraphe 4

74. M. DUGARD (Rapporteur spécial) donne lecture d'une proposition de M. Matheson, suivant laquelle la deuxième phrase du paragraphe 4 serait remaniée pour se lire comme suit: «Il prévoit cependant une exception dans le cas particulier où il n'existe pas d'autres liens ni d'autres éléments de rattachement entre l'État où elle est constituée et la société elle-même et où il existe certains éléments de rattachement substantiels avec un autre État, auquel cas c'est ce dernier qui sera considéré comme l'État de la nationalité aux fins de la protection diplomatique.» Le Rapporteur spécial accepte volontiers cette proposition.

75. M. GAJA appuie la proposition de M. Matheson et suggère aussi la suppression de la dernière phrase de ce paragraphe.

Le paragraphe 4, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 5 et 6

Les paragraphes 5 et 6 sont adoptés.

Le commentaire de l'article 9, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire de l'article 10 (Continuité de la nationalité d'une société)

Paragraphe 1

76. M. GAJA propose que la troisième phrase soit modifiée pour dire que «... les sociétés ne changent généralement de nationalité qu'en étant formées ou constituées à nouveau...» et que la dernière phrase soit remaniée comme suit: «Le cas le plus fréquent où une société change de nationalité sans changer de personnalité morale, c'est celui de la succession d'États», en vue de tenir compte de la possibilité, qui existe en droit international privé, de voir une société changer de nationalité sans nécessairement être constituée à nouveau.

Le paragraphe 1, tel que modifié, est adopté.

Paragraphe 2 à 6

Les paragraphes 2 à 6 sont adoptés.

Le commentaire de l'article 10, tel que modifié, est adopté.

Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission (A/CN.4/560, sect. I et A/CN.4/L.704)

[Point 12 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU GROUPE DE PLANIFICATION

77. M. GAJA (Président du Groupe de planification) présente le rapport du Groupe de planification (A/CN.4/L.704). Celui-ci a consacré trois séances à l'examen des questions inscrites à son ordre du jour, à savoir le projet de cadre stratégique concernant le sous-programme 3, Développement progressif et codification du droit international, le rapport du Groupe de travail sur le programme de travail à long terme de la Commission, la question de la documentation de la Commission, la tenue d'une réunion avec des experts des droits de l'homme de l'ONU et les dates et lieu de la cinquante-neuvième session de la Commission.

78. Sur le premier point, le projet de cadre stratégique pour la période 2008-2009, le Groupe de planification recommande à la Commission de prendre note du sous-programme 3, qui porte sur le développement progressif et la codification du droit international.

79. Le Président du Groupe de travail sur le programme de travail à long terme de la Commission a présenté un rapport au Groupe de planification. Après l'avoir débattu à fond, ce dernier recommande à la Commission d'inscrire à son programme de travail à long terme les cinq sujets énumérés au paragraphe 4 du rapport. Au paragraphe 7 figure la liste des sujets recommandés durant les trois derniers quinquennats. Au paragraphe 8, le Groupe de planification rend hommage au secrétariat pour la part qu'il a prise à l'élaboration de certaines des notes examinées par le Groupe de travail sur le programme à long terme.

80. Les paragraphes 9 à 14 sont consacrés aux vues et recommandations du Groupe de planification sur la documentation de la Commission. Le Groupe a aussi examiné la question de la convocation d'une réunion avec des experts de l'ONU en matière de droits de l'homme, y compris ceux des organes de suivi des traités de droits de l'homme, pour un échange de vues sur les questions relatives aux réserves aux traités de droits de l'homme. Une recommandation dans ce sens figure au paragraphe 15.

81. Enfin, le Groupe de planification recommande que la cinquante-neuvième session de la Commission se tienne à Genève, du 7 mai au 8 juin et du 9 juillet au 10 août 2007. Si la Commission les accepte, les recommandations du Groupe de planification seront reprises dans son rapport sur les travaux de sa cinquante-huitième session, dont elles constitueront le chapitre XIII, sous réserve des ajustements qui se révéleraient nécessaires.

82. M. DUGARD rappelle qu'il était naguère de coutume d'évoquer la question des honoraires dans le rapport du Groupe de planification. Tout en étant conscient qu'il n'y a guère de possibilité de voir rétablir les honoraires, il estime que la Commission devrait faire état du mécontentement que lui inspire la situation actuelle.

83. M. VALENCIA-OSPINA appelle l'attention sur une coquille, au paragraphe 2 de la version anglaise du rapport, qui devrait elle aussi mentionner les paragraphes 6, 7, 8, 13 et 16 du rapport de la Commission du droit international.

84. M. GAJA (Président du Groupe de planification), appuyé par M. PELLET, indique qu'il ne sera pas possible d'intégrer la proposition de M. Dugard au rapport, du fait que le Groupe de planification ne s'est pas occupé de la question des honoraires. La Commission pourra toujours la soulever lorsqu'elle en sera à l'adoption du chapitre XIII de son rapport.

La Commission prend note du rapport du Groupe de planification et des modifications d'ordre rédactionnel qui ont été recommandées.

La séance est levée à 13 heures.

2908^e SÉANCE

Lundi 7 août 2006, à 15 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Mansfield, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M^{me} Xue.

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-huitième session (suite)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen du chapitre IV du projet de rapport de la Commission.

CHAPITRE IV. Protection diplomatique (suite)

E. Texte du projet d'articles sur la protection diplomatique (suite) [A/CN.4/L.692/Add.1]

2. TEXTE DES PROJETS D'ARTICLE ET COMMENTAIRES Y RELATIFS (suite)

Commentaire de l'article 11 (Protection des actionnaires)

Paragraphe 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Paragraphe 3

2. M. PELLET dit que l'expression «et c'est ce qu'ils devraient faire» qui figure dans la dernière phrase est

maladroite et qu'il soumettra au secrétariat un texte plus proche de l'anglais.

Le paragraphe 3 est adopté sous réserve de la modification proposée par M. Pellet pour le texte français.

Paragraphe 4

3. M. DUGARD (Rapporteur spécial) indique que M. Matheson a proposé de supprimer la dernière phrase du paragraphe 4, et qu'il propose pour sa part de remplacer la première phrase de la note par une phrase se lisant comme suit: «Les règles de la pratique du Royaume-Uni protègent ces investisseurs.»

4. M. PELLET estime que la dernière phrase du paragraphe 4 constitue une clarification utile et qu'il faut la conserver.

Le paragraphe 4 est adopté moyennant modification de la note de bas de page.

Paragraphe 5 à 11

Les paragraphes 5 à 11 sont adoptés.

Paragraphe 12

5. M. DUGARD (Rapporteur spécial) indique que M. Matheson a fait une proposition relative aux paragraphes 9 à 12 et estime que l'on pourrait répondre à ses préoccupations en insérant une nouvelle note de bas de page dont l'appel figurerait après le mot «coutumier» à la fin de la deuxième phrase. Cette note serait libellée comme suit: «Voir les commentaires et observations des États-Unis en ce sens dans le document A/CN.4/561³⁷³.»

6. M. PELLET estime qu'en l'absence d'illustration les deux dernières phrases du paragraphe 12 sont sibyllines. Il se demande si le Rapporteur spécial ne pourrait pas trouver un ou deux exemples.

7. M. GAJA dit que le sens de la dernière phrase serait plus clair si le terme anglais «*compulsion*» était rendu comme il se doit par «contrainte», et non par «obligation».

Le paragraphe 12 est adopté avec les modifications proposées par M. Dugard, au nom de M. Matheson, et M. Gaja.

Le commentaire de l'article 11, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire de l'article 12 (Atteinte directe aux droits des actionnaires)

Paragraphe 1 à 4

Les paragraphes 1 à 4 sont adoptés.

Le commentaire de l'article 12 est adopté.

Commentaire de l'article 13 (Autres personnes morales)

Paragraphe 1 à 4

Les paragraphes 1 à 4 sont adoptés.

³⁷³ Document reproduit dans l'*Annuaire... 2006*, vol. II (1^{re} partie).

Paragraphe 5

8. M. PELLET dit que l'affirmation qui figure dans la cinquième phrase est valide dans le cas d'une action judiciaire mais non dans celui d'une action diplomatique. Il propose donc d'en remanier comme suit le début: «Il faudra que les autorités compétentes ou une juridiction examinent...»

Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire de l'article 13, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire de l'article 14 (Épuisement des recours internes)

Paragraphe 1

9. M. CANDIOTI estime que l'affirmation qui figure dans la première phrase du paragraphe 14 est beaucoup trop générale et qu'il conviendrait d'en modifier la fin comme suit: «comme condition préalable à l'exercice de la protection diplomatique».

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 2

10. M. GAJA estime que dans la première phrase, la proposition «quand elle accomplit des *acta jure gestionis*» renvoie plus aux immunités qu'à la protection diplomatique et semble évoquer quelque chose dont la majorité des membres de la Commission n'admettent pas l'existence, à savoir la protection fonctionnelle des États. Il propose donc de la supprimer.

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 3

11. M. GAJA estime que sur les «deux raisons» données dans les troisième et quatrième phrases, la première n'en est pas une et la seconde aborde la question très délicate de la charge de la preuve que la Commission avait pourtant décidé de ne pas aborder. Il est indiqué en outre qu'il incombe à l'État défendeur de prouver que des recours sont disponibles mais, selon l'alinéa *a* de l'article 15, les recours internes n'ont pas à être épuisés s'il n'y a pas de recours internes raisonnablement «disponibles» et c'est à l'État demandeur qu'il appartient cette fois de le prouver. M. Gaja propose donc de ne conserver que la première phrase du paragraphe 3.

12. M. PELLET dit qu'il approuve totalement la proposition de M. Gaja, mais pour une raison beaucoup plus simple: en deuxième lecture, la Commission n'a pas à indiquer dans un commentaire les raisons de ses hésitations ou ses états d'âme.

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 4

13. M. CANDIOTI estime que, comme au paragraphe 1, et pour la même raison, il conviendrait de remplacer dans la première phrase les mots «avant qu'une réclamation puisse être formulée» par «avant que la protection diplomatique puisse être exercée».

14. M. PELLET dit que dans la note de bas de page dont l'appel se trouve à la fin du paragraphe et dans d'autres notes, par exemple celle dont l'appel se trouve à l'avant-dernière phrase du paragraphe 5, il conviendrait d'indiquer si les décisions mentionnées sont des décisions de la Commission ou de la Cour européenne des droits de l'homme.

15. Le PRÉSIDENT indique que le secrétariat s'en chargera.

Le paragraphe 4 est adopté avec les modifications proposées par M. Candiotti et M. Pellet.

Paragraphe 5

16. M. PELLET dit que l'affirmation selon laquelle les recours internes ne comprennent pas les recours gracieux, qui figure au début de la troisième phrase du paragraphe, pose problème car il est des pays dans lesquels le recours gracieux est le préalable indispensable d'un recours contentieux. Il propose donc de modifier cette phrase comme suit: «Les recours internes ne comprennent pas ceux dont “le but est d'obtenir une faveur et non de faire valoir un droit” ni les recours gracieux, sauf si ceux-ci constituent un préalable indispensable à la recevabilité de recours contentieux ultérieurs.»

Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 6

Le paragraphe 6 est adopté.

Paragraphe 7

17. M. GAJA relève que, contrairement à ce qui est énoncé à la première phrase du paragraphe 7, ce n'est pas le «plaideur étranger» mais l'État demandeur qui doit présenter les éléments de preuve dont il dispose pour étayer sa demande dans le cadre de l'épuisement des recours internes. Il propose donc de remplacer l'expression «Le plaideur étranger» par «L'État demandeur». Par voie de conséquence, la seconde phrase de ce paragraphe se lirait comme suit: «Il ne peut se servir du recours international offert par la protection diplomatique pour compenser la mauvaise préparation ou la mauvaise présentation de la demande au niveau national.»

Le paragraphe 7, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 8

18. M. PELLET propose d'ajouter à la fin du paragraphe 8 la phrase suivante: «Les objections à la validité de la “clause Calvo” au regard du droit international général sont certainement moins convaincantes dès lors que l'on admet que les droits protégés dans le cadre de la protection diplomatique sont ceux de la personne protégée et non ceux de l'État protecteur.» Il propose en outre d'ajouter une note de bas de page qui renverrait au paragraphe 5 du commentaire de l'article premier où il est expliqué que la protection diplomatique n'est pas forcément exercée dans le cadre de la fiction Mavrommatis.

19. M. GAJA appuie la proposition de M. Pellet et suggère de fondre les deux dernières phrases de ce paragraphe en

une seule phrase qui se lirait comme suit: «Il est difficile de concilier la “clause Calvo” et le droit international si l’on doit l’interpréter comme un renoncement absolu au recours à la protection internationale en ce qui concerne une action de l’État hôte qui constituerait un fait internationalement illicite (par exemple un déni de justice), ou si le dommage subi par l’étranger intéressait directement l’État de nationalité de ce dernier.» M. Gaja suggère en outre de renvoyer à une note de bas de page la référence à l’affaire *North American Dredging Company* contenue dans le passage ainsi supprimé.

20. M. ECONOMIDES demande s’il est opportun d’insérer dans le cadre d’un projet d’articles adopté en seconde lecture une note de bas de page telle que la note dont l’appel se trouve à la fin du paragraphe dans laquelle il est expliqué qu’une proposition faite par le Rapporteur spécial n’a pas été adoptée par la Commission.

Le paragraphe 8, tel que modifié, est adopté.

Paragraphe 9

Le paragraphe 9 est adopté.

Paragraphe 10

21. M. PELLET propose que dans la note au début de la troisième phrase, seule l’affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* soit mentionnée. Il conviendrait en outre d’ajouter une note de bas de page supplémentaire dont l’appel figurerait à la fin de ce paragraphe, concernant l’affaire *Avena et autres ressortissants mexicains*, dans laquelle on inclurait la phrase supprimée de la note susmentionnée relative à l’affaire *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*. On saurait ainsi d’où vient la citation «l’interdépendance des droits de l’État et des droits individuels».

22. M. DUGARD (Rapporteur spécial) propose, pour faire suite à la demande de précision de M. Pellet, de supprimer la référence à l’arrêt *Avena et autres ressortissants mexicains* dans la note.

23. M. PELLET remercie le Rapporteur spécial mais dit qu’il souhaiterait néanmoins obtenir des précisions sur le paragraphe de l’arrêt *Avena et autres ressortissants mexicains* dont est extraite la citation «interdépendance des droits de l’État et des droits individuels».

24. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit qu’il précisera l’origine de cette citation en note de bas de page.

Le paragraphe 10, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 11

Le paragraphe 11 est adopté.

Paragraphe 12

25. M. PELLET propose d’ajouter dans la dernière phrase, après l’expression «agent diplomatique», les mots «ou un gouvernant» et une nouvelle note dans laquelle il serait fait référence à l’arrêt *Mandat d’arrêt du 11 avril*

2000 (Yerodia). Il propose en outre d’ajouter dans cette même phrase après «pour le compte de son national» les mots «en tant que personne privée».

26. M. MELESCANU se demande s’il ne vaudrait pas mieux insérer les mots «un gouvernant» avant «agent diplomatique» afin de mieux respecter l’ordre des priorités.

Le paragraphe 12, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 13

Le paragraphe 13 est adopté.

Paragraphe 14

27. M. GAJA propose de modifier le libellé de la deuxième phrase du paragraphe 14 qui se lirait comme suit: «Cela n’exclut pas la possibilité que l’épuisement des recours internes résulte du fait qu’une autre personne a présenté la même réclamation quant au fond devant une juridiction de l’État défendeur.»

Le paragraphe 14, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire de l’article 14, tel qu’il a été modifié, est adopté.

Commentaire de l’article 15 (Exceptions à la règle de l’épuisement des recours internes)

Paragraphe 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Paragraphe 3

Le paragraphe 3 est adopté moyennant des modifications de forme proposées par M. Candioti et M. Melescanu.

Paragraphe 4

28. M. FOMBA propose d’ajouter dans la troisième phrase l’expression «de l’espèce» après le mot «circonstances» afin de l’harmoniser avec la première phrase du paragraphe 11.

Le paragraphe 4, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 5 et 6

Les paragraphes 5 et 6 sont adoptés.

Paragraphe 7

29. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que M. Matheson a proposé de remplacer dans la dernière partie de l’avant-dernière phrase les mots: «dont l’espace aérien a été violé accidentellement» par «lors du survol normal ou accidentel du territoire d’un autre État».

30. M. GAJA souscrit à cette proposition, un avion pouvant être abattu par erreur, auquel cas on ne pourrait exiger l’épuisement des recours internes. Il vaudrait donc mieux ne pas parler de violation de l’espace aérien.

31. M. ECONOMIDES estime pour sa part qu'il faudrait totalement supprimer l'exemple donné dans ce membre de phrase car, même s'il y a viol de l'espace aérien, aucun État n'a le droit d'abattre un avion. Il ne faudrait pas donner l'impression que, lorsqu'il y a viol de l'espace aérien, le fait d'abattre un avion serait autorisé.

32. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que ce membre de phrase était destiné à tenir compte de l'exemple de l'incident aérien auquel il est fait référence au paragraphe 8 et qui est toujours donné à l'appui du principe exposé à l'alinéa c. Il reconnaît que de tels accidents sont fâcheux mais, malheureusement, ils existent bel et bien dans la réalité et on ne peut les ignorer.

33. M. CHEE partage l'avis de M. Economides et rappelle que le fait pour un État d'abattre un avion qui viole accidentellement son espace aérien est interdit par la Convention relative à l'aviation civile internationale.

34. M. DUGARD (Rapporteur spécial) comprend qu'une telle interdiction existe en droit international mais demande ce qu'il adviendrait du droit de l'État de nationalité des passagers ayant trouvé la mort dans de telles circonstances d'exercer la protection diplomatique à leur profit.

35. M. MANSFIELD propose de retenir le texte proposé par le Rapporteur spécial en le libellant d'une manière plus concise comme suit: «dans le cas où elle se trouve à bord d'un aéronef abattu par un État alors qu'il survolait le territoire de cet État».

36. M. MELESCANU se demande s'il ne faudrait pas préciser que les aéronefs dont il est fait état sont des aéronefs civils, car il ne pense pas que ce principe soit applicable à tous les aéronefs.

37. M. PELLET dit qu'il n'est pas d'accord avec M. Melescanu. Il estime que le problème se pose dans les mêmes termes en ce qui concerne les aéronefs militaires, et la proposition de M. Mansfield lui paraît pleine de bon sens.

38. M. CHEE ne partage pas l'avis de M. Pellet. Il faut faire une distinction entre les aéronefs civils et les aéronefs militaires et le nouvel article 8 bis de la Convention relative à l'aviation civile internationale interdit expressément aux États d'abattre des avions civils qui survolent, sans titre, leur territoire.

39. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que le libellé proposé par M. Mansfield lui semble de nature à répondre à l'ensemble des préoccupations exprimées par les membres de la Commission.

40. M. KABATSI dit qu'il n'a pas d'objection quant à la teneur de la proposition de M. Mansfield. Il signale toutefois que l'expression «abattu par un État» n'est pas appropriée car l'État n'est pas l'auteur d'un tel fait mais il en est responsable.

41. M. PELLET dit qu'il suffirait alors de dire «abattu par les forces armées d'un État».

42. M. MANSFIELD propose, afin de tenir compte de la remarque faite par M. Kabatsi, que le dernier membre de phrase se lise comme suit «dans le cas où elle se trouve à bord d'un aéronef abattu alors que celui-ci survolait le territoire d'un autre État».

Le paragraphe 7 est adopté avec la modification proposée par M. Mansfield.

Paragraphe 8

43. M. GAJA propose de remplacer, dans la dernière phrase du commentaire, les mots «peut être» par «serait» pour indiquer que la Commission ne prend pas position d'autant que cette idée est critiquée dans le paragraphe qui suit.

Le paragraphe 8, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 9 à 11

Les paragraphes 9 à 11 sont adoptés.

Paragraphe 12

44. M. GAJA propose de supprimer le paragraphe 12 qui lui semble superflu.

Le paragraphe 12 est supprimé.

Paragraphe 13 à 18

Les paragraphes 13 à 18 sont adoptés.

Le commentaire de l'article 15, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire de l'article 16 (Actions ou procédures autres que la protection diplomatique)

Paragraphe 1

45. M. PELLET propose de supprimer la première phrase dans laquelle il est affirmé que les règles de la protection diplomatique ont le même objet que les règles relatives à la protection des droits de l'homme. D'une part, cette affirmation lui semble contredire le paragraphe 4 aux termes duquel «des droits individuels en vertu du droit international peuvent aussi naître en dehors du cadre des droits de l'homme» et, d'autre part, il ne voit pas comment cette phrase peut être combinée avec l'article 17 (Règles spéciales du droit international). Si la première phrase est supprimée, le paragraphe 1 pourrait alors commencer par: «L'article 16 a pour objet d'indiquer clairement...»

46. M. MOMTAZ pense que cette référence aux droits de l'homme se justifie dans la mesure où l'article 18 relatif à la protection des équipages des navires insiste sur la protection des membres de l'équipage.

47. M^{me} ESCARAMEIA propose, pour répondre à la préoccupation de M. Pellet, de raccourcir la première phrase pour qu'elle se termine par «et les principes les plus récents régissant la protection des droits de l'homme les complètent».

48. M^{me} XUE souhaiterait également que l'on supprime la première phrase, mais pour une autre raison, à savoir qu'elle ne lui paraît pas refléter la véritable évolution du droit.

49. M. ECONOMIDES pense que dans ce contexte, le lien entre la protection diplomatique et la protection des droits de l'homme a une certaine raison d'être. On pourrait toutefois l'énoncer d'une manière plus neutre et dire ce qui suit: «Les règles du droit international coutumier sur la protection diplomatique et les règles régissant la protection des droits de l'homme se complètent. C'est pourquoi les présents articles doivent indiquer clairement...»

50. M. PELLET approuve la proposition de M. Economides.

51. M. CANDIOTI fait remarquer qu'à la troisième phrase, dans la version française, il faut remplacer «telles que les organisations non gouvernementales» par «engagées dans la protection des droits de l'homme».

52. M. MELESCANU dit qu'il faut également insérer les mots «ou morales» après «personnes physiques».

Le paragraphe 1 est adopté avec les modifications proposées par M. Economides, M. Candiotti et M. Melescanu.

Paragraphe 2

53. M. PELLET juge excessif que l'on dise, à l'avant-dernière phrase, que la décision de la CIJ dans les affaires du *Sud-Ouest africain*, selon laquelle un État ne peut engager une instance judiciaire pour protéger les droits de non-nationaux, a été expressément répudiée par la Commission dans son projet d'articles sur la responsabilité de l'État³⁷⁴. Il ne voit pas comment une position aussi absolue pourrait être conciliée avec le paragraphe 1 de l'article 3, où il est dit que l'État ne peut intervenir que pour protéger ses nationaux.

54. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit qu'à propos de la note 725 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État³⁷⁵, la Commission s'est demandé pendant deux jours si elle devait répudier l'arrêt en question dans son projet d'articles et il est désormais entendu qu'elle l'a fait. Il pense qu'il est important de se référer à l'article 48, paragraphe 1, alinéa b, car la Commission a été critiquée pour n'avoir pas, en première lecture, bien précisé que le projet d'articles sur la protection diplomatique ne contredisait pas cette disposition.

55. M. PELLET est d'accord pour répudier l'avis de la Cour en principe, mais pense que l'on ne peut pas en tirer la conclusion *a contrario* qu'un État peut protéger les droits de non-nationaux. Il propose de dire qu'on ne saurait admettre aujourd'hui qu'un État ne peut en aucune circonstance engager une instance judiciaire pour protéger les droits de non-nationaux, que la décision en ce sens de la CIJ dans les affaires du *Sud-Ouest africain* a été expressément répudiée par la Commission dans son projet d'articles sur la responsabilité de l'État, et que la possibilité d'ester en justice pour protéger les droits de non-nationaux est ouverte à un État en cas de texte le prévoyant ou dans l'hypothèse de l'article 48, paragraphe 1, alinéa b du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, qui autorise un État autre que l'État lésé à invoquer la responsabilité d'un

autre État si l'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble³⁷⁶.

56. M. DUGARD (Rapporteur spécial) propose de remplacer l'avant-dernière phrase du paragraphe 2 par la suivante: «L'avis rendu par la Cour internationale de Justice dans les affaires du *Sud-Ouest africain* (1966), selon lequel un État ne peut engager une instance judiciaire pour protéger les droits de non-nationaux, doit être nuancé par les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.»

57. M. VALENCIA-OSPINA dit qu'il faudrait ajouter les mots «à la lumière des» après «nuancé».

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 3

58. M^{me} ESCARAMEIA dit que dans la note à la fin du paragraphe, qui a trait au droit d'adresser une requête à un organe international de suivi des traités relatifs aux droits de l'homme, il faudrait mentionner également le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes.

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 4 à 6

59. M. PELLET dit que les paragraphes 4, 5 et 6 lui posent de gros problèmes. Certes, des droits individuels peuvent naître en dehors du cadre des droits de l'homme, comme cela est indiqué au paragraphe 4. Mais on parle, au paragraphe 5, de «traités sur la protection des investissements» et, au paragraphe 6, «d'autres sujets comme la protection de l'investissement étranger». Étant donné que l'investissement est traité à l'article 17, les paragraphes 4, 5 et 6 n'ont pas leur place dans le commentaire de l'article 16. La distinction entre les articles 16 et 17 étant déjà relativement floue, cela ne fait qu'aggraver la confusion.

60. Le PRÉSIDENT propose de transférer les paragraphes 4, 5 et 6 dans le commentaire de l'article 17.

61. M. GAJA reconnaît que les paragraphes 5 et 6 peuvent créer une confusion, même s'ils ne sont pas dénués de tout fondement. Il propose de les supprimer et de compléter le commentaire de l'article 17 pour mieux expliquer pourquoi la protection des investissements fait l'objet d'une disposition distincte.

62. Le PRÉSIDENT, intervenant en sa qualité de membre de la Commission, souscrit à la proposition de M. Gaja.

63. M. ECONOMIDES dit qu'il est clair que l'article 16 couvre tous les traités, essentiellement ceux relatifs aux droits de l'homme, sauf ceux qui ont trait à la protection des investissements, qui sont visés à l'article 17. Il pense qu'il faut conserver le paragraphe 4 et combiner les paragraphes 5 et 6 en les remplaçant par la phrase suivante: «Les actions ou procédures visées à l'article 16

³⁷⁴ *Annuaire...* 2001, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26, par. 76.

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 136.

³⁷⁶ *Ibid.*, p. 135.

comprennent celles qui sont prévues par les traités relatifs aux droits de l'homme tant universels que régionaux ainsi que par tout autre traité pertinent, en dehors de certains traités concernant la protection des investissements, qui sont visés à l'article 17.»

64. M. PELLET dit qu'il n'est pas très convaincu par l'interprétation que fait M. Economides de la distinction entre les articles 16 et 17, mais qu'il est disposé à s'accommoder de sa proposition, à condition qu'on supprime également la deuxième phrase du paragraphe 6. Il pense qu'il faudrait par ailleurs ajouter un chapeau au projet d'article 17 expliquant pourquoi celui-ci traite de la protection des investissements.

65. M. DUGARD (Rapporteur spécial) propose de supprimer, à la première phrase du paragraphe 5, les mots «par exemple plusieurs traités sur la protection des investissements», de supprimer le paragraphe 6, et d'ajouter un chapeau au projet d'article 17 comme l'a suggéré M. Pellet.

Le paragraphe 4 est adopté.

Le paragraphe 5 est adopté sous réserve de la modification proposée par le Rapporteur spécial.

Le paragraphe 6 est supprimé.

Paragraphe 7

Le paragraphe 7 est adopté.

Paragraphe 8

66. M. PELLET est d'avis qu'il faudrait supprimer la dernière phrase de la note à la fin du paragraphe, car il n'est pas du tout prouvé que les Pays-Bas, dans l'affaire *Selmouni*, auraient pu à la fois intervenir devant la Cour européenne des droits de l'homme et exercer leur protection diplomatique. M. Pellet rappelle qu'il a maintes fois exhorté la Commission à examiner la question de savoir si la protection diplomatique pouvait être exercée lorsqu'il y a un recours individuel. À défaut de l'avoir fait, elle ne peut maintenant traiter cette question à la légère dans une note de bas de page.

67. M. ECONOMIDES appuie cette proposition car il s'agit d'une simple supposition.

68. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit qu'il voulait juste donner un exemple mais qu'il est prêt à supprimer cette phrase si certains membres lui prêtent un caractère spéculatif.

69. M. GAJA propose de supprimer toute la note car l'exemple – qui n'est d'ailleurs pas nécessaire – n'a plus de sens sans la dernière phrase.

70. M. PELLET, se référant à la deuxième phrase du paragraphe, dit qu'il serait prudent de préciser que «lorsqu'un État a recours à de telles procédures, il n'abandonne pas nécessairement son droit d'exercer la protection diplomatique...»

Le paragraphe 8 est adopté avec les deux modifications proposées par M. Gaja et M. Pellet.

Le commentaire de l'article 16, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire de l'article 17 (Règles spéciales du droit international)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

71. Le PRÉSIDENT dit que, conformément à ce qui a été suggéré précédemment, le Rapporteur spécial proposera un paragraphe introductif destiné à précéder le paragraphe 1. Étant donné que ce nouveau paragraphe est lié au paragraphe 2, l'examen de ce dernier est reporté à la séance suivante.

Il en est ainsi décidé.

Paragraphe 3

Le paragraphe 3 est adopté.

Paragraphe 4

Le paragraphe 4 est adopté.

Commentaire de l'article 18 (Protection des équipages des navires)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

72. M. FOMBA propose de supprimer la dernière phrase car l'idée qu'elle exprime est mieux précisée au paragraphe 7.

73. M^{me} ESCARAMEIA estime qu'au contraire elle doit être maintenue car le paragraphe fait référence à plusieurs choses, non seulement aux considérations de principe, mais aussi à la pratique des États, à la jurisprudence, à la doctrine, qui sont reprises individuellement dans les paragraphes suivants.

74. M. ECONOMIDES pense également que cette phrase doit être maintenue et propose d'ajouter un renvoi au paragraphe 7 entre parenthèses. Il juge par ailleurs trop faible l'expression «dans une certaine mesure» qui qualifie le verbe «confirmer» à la première phrase.

75. M. MOMTAZ estime que cette expression est justement bien choisie car la pratique des États, la jurisprudence et la doctrine en ce qui concerne la protection des équipages ne sont pas nettes.

Le paragraphe 2 est adopté.

Paragraphe 3

76. M. MOMTAZ dit qu'il y a contradiction entre le paragraphe 3 et la communication faite par les États-Unis à la Commission en mai 2003³⁷⁷. Il vaudrait mieux supprimer ce paragraphe car les États-Unis ont renoncé à la pratique qui y est décrite.

³⁷⁷ Communication du 20 mai 2003 à la Commission du droit international (archives de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques, Organisation des Nations Unies). Voir aussi l'*Annuaire...* 2004, vol. I, 2795^e séance, p. 31, par. 2.

77. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que cela soulève une question intéressante, celle de savoir à quoi l'on doit faire référence lorsqu'un État, après avoir suivi régulièrement une ligne de conduite, dans sa pratique comme dans sa jurisprudence, désavoue cette ligne de conduite. La règle à l'étude étant largement fondée sur la pratique des États-Unis, il n'a pas jugé opportun d'ignorer celle-ci au motif qu'un gouvernement, à un moment donné, pour des raisons politiques, avait pris un engagement différent. La Commission pourrait tout au plus faire référence à la communication des États-Unis dans une note de bas de page.

78. M. MOMTAZ relève que le paragraphe 3, très affirmatif, donne à penser que les États-Unis poursuivent cette pratique alors que ce n'est pas le cas depuis très longtemps.

79. M. CANDIOTI estime que la Commission doit considérer avec prudence l'idée de consigner dans une note une opinion récente des États-Unis, qui pourraient changer d'avis l'année suivante. Il suffirait de décrire leur pratique passée et de supprimer l'expression «toujours» dans la deuxième phrase.

80. M. PELLET approuve cette suppression mais insiste sur la nécessité d'indiquer que les États-Unis semblent avoir renié leur pratique, ce qui est d'ailleurs leur droit. Il propose d'ajouter à la première phrase une note de bas de page faisant référence à leur communication.

81. M. CHEE rappelle que les marins en mer n'ont pas de passeport mais une carte d'enregistrement. Une fois à bord, ils sont considérés comme un groupe et, quelle que soit leur nationalité, ils sont protégés par l'État du pavillon, qui peut exercer sa protection diplomatique. C'est ce qu'a estimé le Tribunal international du droit de la mer dans l'*Affaire du navire «Saïga»*, et c'est la pratique que suivent les États-Unis.

82. M. DUGARD (Rapporteur spécial) propose de modifier le paragraphe 3 en disant tout d'abord que la pratique traditionnelle des États-Unis confirme en particulier cette règle, puis en décrivant cette pratique, et en ajoutant ensuite à la dernière phrase que des doutes ont été exprimés y compris par les États-Unis, en incluant à cet endroit un renvoi à la communication de ce pays. Il présentera une nouvelle version du paragraphe 3 à la séance suivante.

83. Le PRÉSIDENT croit comprendre que les membres de la Commission acceptent la proposition du Rapporteur spécial.

Il en est ainsi décidé.

Paragraphe 4

Le paragraphe 4 est adopté.

Paragraphe 5

84. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit qu'il faut supprimer l'expression «mais non sans ambiguïté» dans la première phrase.

Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 6

85. M. PELLET, faisant référence à la première phrase, dit qu'il faudrait parler d'affaire de protection diplomatique «des membres de l'équipage», voire d'«affaire de protection des membres de l'équipage» sans mentionner le terme «diplomatique».

86. M. DUGARD (Rapporteur spécial) insiste sur le fait que le Tribunal international du droit de la mer a vu dans l'*Affaire du navire «Saïga»* un rapport avec la protection diplomatique. Il faudrait donc dire quelque chose comme «une affaire apparentée à la protection diplomatique mais distincte de celle-ci».

87. M. PELLET insiste sur la nécessité de parler avant tout de la protection des membres de l'équipage. Il propose le libellé suivant pour la version française: «[le Tribunal] y a également vu une affaire de protection des membres de l'équipage s'apparentant à la protection diplomatique sans se confondre avec celle-ci».

Le paragraphe 6, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 7

Le paragraphe 7 est adopté.

Paragraphe 8

88. M. MOMTAZ dit que la troisième phrase est en contradiction avec les articles 2 et 3 en ce qu'elle dit qu'aucun des deux États n'a la priorité. Il y a bien une priorité au bénéfice de l'État de nationalité des membres de l'équipage, qui a le droit, conformément aux articles 2 et 3, d'exercer la protection diplomatique en faveur de ses nationaux. Il serait donc préférable de supprimer la dernière partie de la phrase.

89. M^{me} ESCARAMEIA est opposée à la suppression de cette phrase, qui reflète la conclusion d'un long débat au terme duquel la Commission a décidé qu'il n'y aurait pas de priorité. L'argument du droit énoncé aux articles 2 et 3 n'est pas valable puisque l'article 18 énonce de la même façon le droit de l'État du pavillon.

90. Le PRÉSIDENT, intervenant en qualité de membre de la Commission, dit qu'à son sens le point essentiel est que les deux actions possibles soient reconnues. On pourrait donc s'en tenir là.

91. M. CHEE appuie la position de M^{me} Escarameia.

92. Le PRÉSIDENT dit que, faute de temps, la Commission poursuivra l'examen du paragraphe 8 du commentaire de l'article 18 à la séance suivante.

La séance est levée à 18 h 9.

2909^e SÉANCE

Mardi 8 août 2006, à 10 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Mansfield, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M^{me} Xue.

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-huitième session (*suite*)

CHAPITRE IV. *Protection diplomatique (fin)*

E. Texte du projet d'articles sur la protection diplomatique (*fin*)

2. TEXTE DES PROJETS D'ARTICLE ET COMMENTAIRES Y RELATIFS (*fin*) [A/CN.4/L.692/Add.1]

Commentaire de l'article 18 (Protection des équipages des navires)
[suite]

Paragraphe 8 (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT rappelle qu'au cours du débat de la veille au sujet du paragraphe 8, il avait été envisagé de supprimer la troisième phrase du paragraphe.

2. M. ECONOMIDES dit que le membre de phrase «sans que l'un ou l'autre ne se voie accorder la priorité» à la troisième phrase n'est pas tout à fait exact, dans la mesure où il implique que la protection diplomatique exercée par l'État de nationalité et celle exercée par l'État du pavillon devraient être reconnues, alors que celle exercée par l'État de nationalité l'est déjà. La phrase vise à traduire l'idée que la protection diplomatique exercée par l'État du pavillon devrait être reconnue au même titre que celle traditionnellement exercée par l'État de nationalité. Étant donné que la Commission ne doit pas établir de priorité entre les deux, il serait préférable de rédiger la phrase comme suit: «La protection diplomatique exercée par l'État du pavillon qui demande réparation au nom de l'équipage devrait être reconnue au même titre que la protection diplomatique exercée par l'État de nationalité, laquelle peut être exercée dans tous les cas et qui en est la forme traditionnelle.» Les deux États peuvent alors décider lequel exercera la protection diplomatique, à supposer qu'ils souhaitent le faire. Traditionnellement, c'est l'État du pavillon qui l'exerce, mais il n'est pas inconcevable que ce soit l'État de nationalité de l'équipage qui le fasse.

3. Le PRÉSIDENT demande à M. Economides s'il convient de conserver l'adjectif «diplomatique» au début de la phrase.

4. M. ECONOMIDES indique que, la Commission ayant décidé la veille qu'il fallait s'efforcer d'éviter l'adjectif «diplomatique», ce terme pouvait être supprimé dans l'amendement qu'il avait proposé.

5. M. MANSFIELD précise que la version anglaise du texte avait été soigneusement rédigée afin que la distinction existant entre la protection diplomatique exercée par l'État de nationalité et le droit de l'État du pavillon de demander réparation soit clairement établie. Il n'est donc pas favorable à la formulation proposée par M. Economides, qui donne à penser que la notion de protection diplomatique s'applique également au droit de demander réparation au nom de l'équipage par l'État du pavillon. Cette question a été longuement examinée et débattue dans le Groupe de travail et le Comité de rédaction. Le membre de phrase est correctement rédigé et reflète la situation réelle. M. Mansfield est donc un partisan convaincu du texte d'origine.

6. M. DUGARD (Rapporteur spécial) approuve la position de M. Mansfield. Il ressort clairement du débat en plénière et des observations des États qu'une distinction claire devrait être établie entre la protection diplomatique et le droit de l'État du pavillon de demander réparation au nom de l'équipage. L'expression «protection diplomatique» ne devrait pas être utilisée pour qualifier ce dernier cas de figure. M. Dugard s'est délibérément abstenu d'utiliser l'expression «protection diplomatique», ou même «protection», dans ce paragraphe afin d'éviter toute confusion. L'énoncé a été soigneusement élaboré. Il est aussi essentiel d'indiquer qu'aucune priorité n'est accordée à l'une ou l'autre forme de protection, ce que M. Dugard s'est attaché à faire dans cette phrase, qui est le fruit d'un examen attentif.

7. M^{me} ESCARAMEIA déclare elle aussi appuyer la position de M. Mansfield. Le libellé de cette phrase a fait l'objet d'un débat approfondi au Comité de rédaction, lequel est parvenu à un accord sur le fond. La Commission ne devrait donc pas rouvrir le débat, et la phrase devrait être conservée telle quelle.

8. M. MOMTAZ indique que, dans la pratique, si un État de nationalité est disposé à exercer la protection diplomatique, l'État du pavillon s'abstient de le faire. L'hypothèse de la protection de l'équipage par l'État du pavillon se justifie lorsque celui-ci est disposé à apporter une telle protection, et que l'État de nationalité, pour une raison ou pour une autre, n'est pas en mesure d'exercer la protection diplomatique. La suppression de la phrase en question constituerait une solution de compromis. Il n'est pas nécessaire que la Commission adopte une position. Dans le type de situation envisagée dans le projet d'article 18, c'est l'État de nationalité qui a la priorité sur l'État du pavillon. Le raisonnement qui sous-tend le projet d'article est que, si l'État de nationalité ne souhaite pas, pour une raison quelconque, exercer la protection diplomatique, l'État du pavillon est habilité à le faire. M. Momtaz est disposé à laisser la phrase telle qu'elle est, mais elle n'est pas conforme à la pratique des États.

9. M^{me} XUE (Rapporteur) dit que, pour des raisons d'orientation, elle comprend le point de vue de M. Momtaz. L'objet du paragraphe est de démontrer que les deux types de protection sont complémentaires, et non contradictoires. Dans la pratique, si un ou plusieurs membres d'équipage de la même nationalité subissent un dommage, c'est certainement l'État de nationalité qui est prioritaire pour exercer la protection diplomatique.

La jurisprudence confirme amplement ce point de vue. Toutefois, si l'ensemble de l'équipage est victime d'un acte internationalement illicite, et si les membres de l'équipage ont un grand nombre de nationalités différentes, il serait difficile de faire valoir que les États de nationalité ont la priorité, car cela donnerait lieu à la présentation de multiples réclamations. Il serait alors préférable de suivre le précédent établi dans l'*Affaire du navire «Saïga»*, dans laquelle un État avait exercé une protection globale en faveur de l'équipage dans son ensemble. Le débat n'a pas porté sur le fond mais sur la manière de libeller la notion afin qu'il ressorte clairement que l'objectif était de fournir une protection maximale aux membres d'équipage. M^{me} Xue a donc proposé que la fin de la phrase soit rédigée comme suit: «... devrait être considéré comme complémentaire». Le reste de l'argumentation énoncée dans le paragraphe serait alors logique.

10. M. ECONOMIDES dit qu'il retire l'amendement qu'il a proposé, dans la mesure où la suggestion de M^{me} Xue permet d'atteindre le même but en supprimant toute allusion à la priorité et en mettant les deux formes de protection possibles sur un pied d'égalité.

11. M. FOMBA propose que la phrase se termine par le terme «reconnu». La clarification apportée par M. Momtaz en ce qui concerne la pratique est, toutefois, importante et devrait être prise en compte dans une note de bas de page.

12. M. DUGARD (Rapporteur spécial) souligne que le libellé de la phrase est celui qui figure dans le commentaire en première lecture. C'est lui qui a été transmis aux États et qu'ils ont approuvé. Pour nombre d'entre eux, l'article 18 constitue une disposition extrêmement controversée, qu'ils ont finalement appuyée en grande partie parce que le commentaire a été rédigé avec prudence. C'est pourquoi, M. Dugard souhaite que le membre de phrase «sans que l'un ou l'autre ne se voie accorder la priorité» soit conservé.

13. M. BROWNLIE dit que, sur le plan de la forme, cela reviendrait à dénaturer un texte adopté en seconde lecture, qui a été vu par les gouvernements, que de le modifier à un stade ultérieur, sur proposition d'un ou deux membres. Si elle procédait à une telle modification, la Commission bouleverserait sa procédure.

14. M. KATEKA approuve le maintien du texte en l'état.

Le paragraphe 8 est adopté.

Paragraphe 9

Le paragraphe 9 est adopté.

Paragraphe 3

15. M. DUGARD (Rapporteur spécial) propose de libeller le paragraphe 3 comme suit:

«La pratique des États-Unis à ses débuts corrobore, en particulier, cette règle coutumière. En droit américain, les gens de mer étrangers ont toujours eu droit à la protection des États-Unis lorsqu'ils servaient à bord de navires américains. Dans l'optique américaine, dès

qu'un marin prenait du service à bord d'un navire, la seule nationalité pertinente était celle de l'État du pavillon. Les États-Unis ont traditionnellement réaffirmé ce statut unique des étrangers servant à bord de navires américains dans leurs communications diplomatiques et leurs règlements consulaires. Des doutes ont néanmoins été exprimés, y compris par les États-Unis, sur le point de savoir si cette pratique constituait la preuve de l'existence d'une règle coutumière.»

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire de l'article 18, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire de l'article 17 (Règles spéciales du droit international)

Paragraphe 1

16. M. DUGARD (Rapporteur spécial) présente une nouvelle version du paragraphe 1, qui se lit comme suit:

«Un certain nombre de traités, en particulier ceux relatifs à la protection des investissements étrangers, comportent des règles spéciales sur le règlement des différends, qui excluent les règles régissant la protection diplomatique ou s'en écartent considérablement. Ces traités délaissent ou assouplissent les conditions d'exercice de la protection diplomatique, en particulier les règles relatives à la nationalité des réclamations et à l'épuisement des recours internes. Les traités bilatéraux d'investissement et la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États en constituent de parfaits exemples.»

Il fait observer que si ce paragraphe était adopté, il faudrait supprimer le paragraphe 2, dont le contenu figurerait dans le paragraphe 1.

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

Le paragraphe 2 est supprimé.

Le commentaire de l'article 17, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire de l'article 19 (Pratique recommandée)

Paragraphe 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Paragraphe 3

17. M. DUGARD (Rapporteur spécial) indique que M. Matheson a proposé que la dernière phrase de ce paragraphe se lise comme suit: «Si le droit coutumier international n'a pas encore atteint ce stade de développement, alors l'alinéa a de l'article 19 peut être considéré comme une recommandation susceptible de se transformer à l'avenir en droit coutumier.»

18. M. KATEKA, M. FOMBA et M^{me} ESCARAMEIA s'opposent à cette modification de la dernière phrase du paragraphe 3 du commentaire, car ils estiment que l'alinéa a de l'article 19 relève du développement progressif et ne constitue pas une simple recommandation.

Le paragraphe 3 est adopté.

Paragraphe 4

19. M. DUGARD (Rapporteur spécial) note que M. Matheson a proposé de supprimer la deuxième phrase qui se lit comme suit: «Comme l'alinéa a de l'article 19, cette disposition est dans la zone grise qui sépare la codification du développement progressif.»

20. M^{me} XUE (Rapporteur) dit que le rapport de la Commission devrait refléter fidèlement les débats du Groupe de travail et de la plénière. Seule une idée acceptée par les membres au cours de ces débats peut être ajoutée. Le paragraphe en question a été examiné de manière approfondie, plusieurs membres ayant soulevé cette question à plusieurs reprises. L'article renvoie à la pratique recommandée. Prétendre qu'il doit être considéré comme relevant du développement progressif ne rendrait pas compte de manière honnête des travaux de la Commission.

21. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que, bien que l'article 19 constitue une recommandation, il contient néanmoins certains éléments relevant de la codification et du développement progressif. C'est pour cette raison que M. Matheson a préféré le présenter comme une recommandation plutôt que comme une disposition représentant un développement progressif. Personnellement, M. Dugard n'a aucune position arrêtée sur le sujet bien que, comme l'indique l'intitulé de l'article, la Commission traite essentiellement d'une recommandation. La modification proposée mérite donc d'être examinée plus avant.

22. M^{me} ESCARAMEIA se déclare favorable au texte tel qu'il est. La question a donné lieu à des débats importants. La formulation de l'article sous forme de recommandation constitue déjà une concession de la part des membres qui considèrent qu'en réalité il codifie la pratique. Il est donc exact d'affirmer que cette disposition se situe dans la zone grise, entre codification et développement progressif. Dans la pratique, il est difficile d'imaginer qu'un État adopterait des mesures sans tenir compte des avis des personnes lésées, sauf peut-être en cas de réclamations de masse. Le commentaire devrait indiquer que certains membres de la Commission estiment que l'article en question constitue une codification de la pratique existante.

23. M. GAJA dit que le paragraphe contient deux affirmations au sujet du développement progressif. Un compromis pourrait être trouvé en supprimant la deuxième phrase et en conservant la dernière, qui est semblable à la dernière phrase du paragraphe 3, et exprime l'ambiguïté qui existe entre codification et développement progressif.

24. M^{me} XUE (Rapporteur) dit que l'article 19 constitue en soi un compromis important dans la mesure où il transforme un droit en obligation. Il a été inclus pour des raisons de principes, mais on est en train d'affirmer qu'il constitue un développement progressif. Même si la deuxième phrase était supprimée, on trouverait toujours une référence au développement progressif dans la dernière phrase, laquelle devrait par conséquent être supprimée ou atténuée.

25. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en tant que membre de la Commission, dit que la deuxième phrase représente un commentaire dans le commentaire, et n'apporte aucune précision particulière au texte de l'article. Il propose donc qu'elle soit supprimée.

Le paragraphe 4, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 5

26. M. MOMTAZ dit que la note de bas de page dont l'appel suit le mot «coutumier» devrait renvoyer à la note dont l'appel suit également le mot «coutumier» au paragraphe 4 et non à celle qui réfère à l'arrêt *Mavrommatis*.

27. M. DUGARD (Rapporteur spécial) note que M. Matheson a proposé de remplacer le membre de phrase «Ceci va à l'encontre de» au début de la deuxième phrase par: «Cette recommandation vise à encourager un comportement responsable des États à la lumière de». Il n'a pas d'objection à cette proposition.

28. En réponse à une question du Président, il indique que le terme «responsable» est approprié dans ce contexte: en effet, l'intention est d'encourager les États à agir de manière responsable, conformément aux recommandations énoncées à l'article 19.

Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 6

29. M. GAJA souligne que l'expression «décisions judiciaires» dans la première phrase ne rend pas correctement compte de la décision de l'arbitre de la Commission mixte de réclamations dans la *Décision administrative n° V*. Il propose donc de la remplacer par le terme «avis».

30. M. DUGARD (Rapporteur spécial) approuve la proposition, qui constitue selon lui une formulation plus large et plus judicieuse.

Le paragraphe 6, ainsi modifié, est adopté.

Nouveau paragraphe 6 bis

31. M. DUGARD (Rapporteur spécial) donne lecture d'une proposition de M. Matheson en faveur de l'insertion d'un nouveau paragraphe 6 bis, qui se lit comme suit:

«Il est précisé à l'alinéa c qu'il ne serait pas inapproprié qu'un État déduise une somme raisonnable de l'indemnisation accordée à la personne lésée. La justification la plus évidente de cette déduction serait de permettre à l'État de recouvrer les frais engagés pour obtenir une indemnisation en faveur de ses ressortissants, ou le coût des biens ou des services fournis par l'État à leur profit.»

Le paragraphe 6 bis est adopté.

Paragraphe 7

32. M. MOMTAZ dit que la dernière phrase, «Bien qu'il relève du développement progressif, il est étayé par la pratique des États», est contradictoire dans la mesure où un développement progressif ne saurait être, par définition, appuyé par la pratique des États. Elle est également en contradiction avec l'affirmation «... ceci ne constitue probablement pas une pratique établie» qui apparaît à la première phrase. M. Momtaz propose que le membre de phrase «étayé par la pratique des États» soit supprimé.

33. M^{me} ESCARAMEIA propose, pour sa part, que la dernière phrase se lise simplement comme suit: «Il est étayé par la pratique des États et l'équité.»

34. M. CANDIOTI, appuyé par M. BROWNLIE, dit qu'il existe effectivement une certaine pratique en ce domaine. Il propose de remplacer les termes «il est étayé par la pratique des États» par l'expression «il est appuyé par une certaine pratique». Il n'y aurait alors pas de contradiction entre la dernière et la première phrases, dans la mesure où une pratique peut être embryonnaire avant d'être confirmée.

35. M. MANSFIELD dit qu'il appuie cette proposition, tout en modifiant quelque peu l'ordre des termes. La dernière phrase se lirait comme suit: «Bien qu'il relève du développement progressif, il est étayé par l'équité et une certaine pratique des États.»

Le paragraphe 7, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire de l'article 19, tel qu'il a été modifié, est adopté.

La section E dans son ensemble, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

C. Recommandation de la Commission (*fin*^{*}) (A/CN.4/L.692)

36. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le texte d'un projet de recommandation qui constituerait le paragraphe 13 de la section C du chapitre IV, libellé comme suit:

«À sa 2909^e séance, le 8 août 2006, la Commission a décidé conformément à l'article 23 de son Statut, de recommander à l'Assemblée générale l'élaboration d'une convention sur la base du projet d'articles sur la protection diplomatique.»

37. M. CANDIOTI souligne que le projet d'articles constitue un sous-ensemble du droit de la responsabilité de l'État. Il demande au secrétariat d'indiquer quelle avait été la recommandation de la Commission au sujet de la forme que devait prendre le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite lorsqu'elle l'a adopté en 2001³⁷⁸. Si la Commission n'a pas recommandé que le projet d'articles sur la responsabilité de l'État prenne la forme d'une convention, elle ne devrait

pas faire une telle recommandation s'agissant du projet d'articles sur la protection diplomatique, puisque celui-ci constituait un chapitre du droit de la responsabilité de l'État.

38. M. KATEKA dit que, bien que la responsabilité de l'État constitue un sujet très vaste, les travaux de la Commission sur la protection diplomatique sont importants et peuvent constituer un ensemble autonome. Le sort du projet d'articles ne devrait pas être tributaire de celui du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, qui est important en tant que tel et est déjà largement et fréquemment cité, bien qu'il ne soit pas encore consacré dans une convention. M. Kateka appuie l'idée de recommander à l'Assemblée générale l'élaboration d'une convention sur la protection diplomatique.

39. M. ECONOMIDES approuve cette position. Établir un lien entre le projet d'articles sur la responsabilité de l'État et celui sur la protection diplomatique ne reviendrait qu'à minimiser le premier et ralentir le progrès du second. La meilleure solution est de recommander l'élaboration d'une convention sur la protection diplomatique.

40. Le PRÉSIDENT indique que les arguments que M. Economides vient d'exposer rendent compte des débats tenus au sein du bureau élargi au sujet du projet de recommandation. S'il n'y a pas d'objection, il considérera que la Commission souhaite l'adopter.

Il en est ainsi décidé.

La section C est adoptée.

D. Hommage au Rapporteur spécial (A/CN.4/L.692)

41. Le PRÉSIDENT dit que, la Commission ayant achevé l'examen du projet d'articles sur la protection diplomatique en seconde lecture, il souhaite exprimer à titre personnel sa gratitude au Rapporteur spécial. Il invite la Commission à examiner le projet suivant, qui constitue le texte d'un hommage à insérer au paragraphe 14 de la section D du chapitre IV, libellé comme suit:

«*La Commission du droit international,*

«Ayant adopté le projet d'articles sur la protection diplomatique,

«Exprime à M. Christopher John Robert Dugard, Rapporteur spécial, sa profonde gratitude et ses sincères félicitations pour sa contribution remarquable à l'élaboration du projet d'articles, fruit de ses efforts inlassables et de son travail assidu, ainsi que pour les résultats qu'il a obtenus dans l'établissement du projet d'articles sur la protection diplomatique.»

«La Commission exprime également sa vive appréciation au précédent Rapporteur spécial, M. Mohammed Bennouna, pour sa précieuse contribution aux travaux sur le sujet.»

L'hommage au Rapporteur spécial est adopté par acclamation.

La section D est adoptée.

* Reprise des débats de la 2906^e séance.

³⁷⁸ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 25, par. 72 et 73.

Le chapitre IV du projet de rapport de la Commission, tel qu'il a été modifié, est adopté.

42. M. DUGARD (Rapporteur spécial) remercie le Président et les membres de la Commission pour leur chaleureux hommage. Il a guidé certes les débats de la Commission, mais il s'agit avant tout d'un travail d'équipe, dont le résultat final appartient à la Commission. Il remercie le Président en particulier, qui a contribué à l'aboutissement du projet.

CHAPITRE V. Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses) [A/CN.4/L.693 et Add.1]

43. Le PRÉSIDENT invite la Commission à commencer l'examen du chapitre V du projet de rapport et il appelle l'attention sur les sections A à D du chapitre qui figurent dans le document A/CN.4/L.693.

A. Introduction

Paragraphes 1 à 8

Les paragraphes 1 à 8 sont adoptés.

La section A est adoptée.

B. Examen de la question à la présente session

Paragraphes 9 à 12

Les paragraphes 9 à 12 sont adoptés, étant entendu que les dates qui figurent au paragraphe 11 seront complétées par le secrétariat.

La section B est adoptée.

44. Le PRÉSIDENT appelle l'attention sur la section E du chapitre V figurant dans le document A/CN.4/L.693/Add.1.

E. Texte des projets de principe sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses

1. TEXTE DES PROJETS DE PRINCIPE

Paragraphe 16

45. Le PRÉSIDENT fait observer que les projets de principe, énoncés au paragraphe 16 du chapitre V, ont déjà été adoptés.

2. TEXTE DES PROJETS DE PRINCIPE ET COMMENTAIRES Y RELATIFS

Paragraphe 17

46. M. GAJA fait observer que la version anglaise présente un problème: l'expression «*transboundary harm*» est utilisée dans le titre, alors que dans le reste du texte ce sont les termes «*transboundary damage*» qui apparaissent. Il serait préférable de modifier le titre afin qu'il soit en conformité avec le reste des projets de principe.

47. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que la proposition est on ne peut plus acceptable, dès lors qu'elle ne présente pas de difficultés technologiques majeures.

Le titre de ce sous-point a été adopté il y a longtemps, avant que la distinction entre «*damage*» et «*harm*» n'ait été établie.

48. M. MANSFIELD dit que la proposition semble sensée, mais toutes les conséquences de celle-ci n'étant pas facilement prévisibles, il serait préférable que la Commission reporte sa décision jusqu'à ce qu'elle ait achevé l'examen des commentaires des projets de principe.

49. M. GAJA dit qu'il n'a pas d'objection à ce qu'une décision sur cette question soit différée.

Commentaire général

Paragraphes 1 à 3

Les paragraphes 1 à 3 sont adoptés.

Paragraphe 4

50. M. MOMTAZ estime qu'il serait préférable de placer le paragraphe 4, qui est très court, à la fin du paragraphe 3.

Le paragraphe 4 est intégré au paragraphe 3.

Paragraphes 5 et 6

Les paragraphes 5 et 6 sont adoptés.

Paragraphe 7

51. M. GAJA dit que l'expression «*complying with*» dans la version anglaise devrait être remplacée par «*infringement of*».

Le paragraphe 7, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 8

Le paragraphe 8 est adopté.

Paragraphe 9

52. M. BROWNLIE dit que la première phrase est difficile à comprendre. Il ne voit pas pourquoi il est nécessaire de préciser que la responsabilité de l'État est une exception. Cela semble une curieuse manière de caractériser la responsabilité de l'État, que la Commission considère comme un projet en tant que tel³⁷⁹. Le début de la deuxième phrase, qui tire une conclusion à partir du fait que la responsabilité de l'État est une exception, est également illogique.

53. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit qu'il étudiera un nouveau libellé. Les deux premières phrases rendent compte du fait que la responsabilité de l'État a constitué un thème majeur tout au long de l'examen du sujet.

54. M^{me} ESCARAMEIA partage l'avis de M. Brownlie, et espère que le Rapporteur spécial examinera les points qu'il a soulevés. Elle aurait souhaité que le commentaire

³⁷⁹ Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 26, par. 76.

général mette davantage l'accent sur le principe fondamental selon lequel ceux qui ont subi un dommage ou une perte ne devraient pas être les seuls à en supporter le fardeau.

55. M. MANSFIELD reconnaît que le principe est très important mais, étant mentionné au paragraphe 3, c'est-à-dire très tôt dans le commentaire général, il est convaincu que l'attention voulue lui a été accordée.

56. M^{me} XUE (Rapporteur) dit que la première phrase reflète simplement l'état actuel des régimes juridiques de responsabilité. Pour tenir compte des préoccupations soulevées par M. Brownlie, elle propose de supprimer les termes «une exception» dans la première phrase et l'expression «en conséquence» dans la deuxième, et d'ajouter «avant tout» avant «à l'exploitant».

57. M. MANSFIELD appuie les modifications proposées par M^{me} Xue.

58. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que la proposition de M^{me} Xue est utile et qu'elle tient compte des préoccupations de M. Brownlie.

Le paragraphe 9, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 10 à 12

Les paragraphes 10 à 12 sont adoptés.

Paragraphe 13

59. M. MOMTAZ se demande si l'affirmation selon laquelle l'harmonisation des législations et des systèmes juridiques nationaux est vraisemblablement irréalisable ne risque pas de décourager tout effort d'harmonisation à l'avenir. Le terme «irréalisable» pourrait être remplacé par l'adjectif «difficile».

60. M. MANSFIELD n'est pas aussi optimiste que M. Momtaz. Rappelant les débats sur ce point, il précise que l'intention réelle de la Commission avait été de dire que, si elle n'avait pas opté pour des principes non contraignants, elle aurait dû s'efforcer d'harmoniser la législation en matière de responsabilité délictuelle, ce qui est effectivement une tâche extrêmement difficile. M. Mansfield est disposé à accepter la proposition de M. Momtaz, mais la Commission doit être réaliste: l'harmonisation de la législation en matière de responsabilité délictuelle est probablement un objectif irréalisable.

61. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) propose de reformuler la phrase comme suit: «aurait l'avantage de ne pas nécessiter l'harmonisation des législations et des systèmes juridiques nationaux, qui présente des difficultés considérables».

Le paragraphe 13, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 14

Le paragraphe 14 est adopté avec un changement rédactionnel mineur.

Le commentaire général, ainsi modifié, est adopté.

Commentaire du projet de préambule

Paragraphe 1 à 3

Les paragraphes 1 à 3 sont adoptés.

Paragraphe 4

62. M. MOMTAZ dit que les termes «est sans incidence sur», dans la version française, laissent à penser que les projets de principe n'auront aucun rôle futur à jouer en matière de responsabilité.

63. Le PRÉSIDENT indique que le problème peut être réglé en utilisant l'expression «n'affecte pas».

Le paragraphe 4 est adopté avec ce changement rédactionnel dans la version française.

Paragraphe 5

Le paragraphe 5 est adopté.

Le commentaire du projet de préambule, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire du projet de principe 1 (Champ d'application)

Paragraphe 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Paragraphe 3

64. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que le terme «could», à la troisième phrase de la version anglaise, devrait être remplacé par «might».

Le paragraphe 3 est adopté avec cette modification rédactionnelle mineure.

Paragraphe 4

65. M. KATEKA dit que, par égard pour le lecteur, la note de bas de page devrait préciser, parmi les accords multilatéraux environnementaux mentionnés, quels sont ceux qui sont en vigueur. D'une manière plus générale, il serait utile que les titres soient cités dans leur intégralité dans les notes de bas de page, plutôt que de manière abrégée ou sous forme d'acronymes. Par ailleurs, un certain nombre de notes de bas de page ont été répétées intégralement, alors que des renvois auraient suffi.

66. M^{me} ESCARAMEIA dit que certains projets de principe ont été rédigés dans un langage normatif, et qu'il existe ainsi une obligation, même si cela n'est pas précisé dans les accords multilatéraux, régionaux ou bilatéraux. Elle propose donc d'ajouter l'expression «en outre» après le verbe «indiquer», à la première ligne, afin d'éviter de donner l'impression que, si une activité cause un problème, un État n'est pas tenu, malgré l'existence des principes, de le notifier ou de respecter les autres obligations, à moins qu'un accord multilatéral, régional ou bilatéral ne le prévoie.

67. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que le secrétariat tiendra compte des observations de M. Kateka concernant les notes de bas de page et les abréviations.

S'agissant de l'autre point, le statut des conventions n'est pas précisé car elles ont été utilisées comme modèle et comme source, indépendamment du fait qu'elles soient ou non en vigueur. En fait, la plupart des conventions citées ne sont pas en vigueur et ne le seront peut-être jamais; en distinguant celles qui le sont et celles qui ne le sont pas la Commission risque de donner au lecteur une fausse impression.

68. En ce qui concerne l'observation de M^{me} Escarameia, l'objet du paragraphe 4 n'est pas de traiter la question des obligations qui incombent à l'État en vertu des principes. Il se borne à indiquer que, dans leurs accords multilatéraux, régionaux ou bilatéraux, les États qui le souhaitent peuvent préciser quelles activités relèvent du champ d'application des principes.

69. M^{me} ESCARAMEIA se demande alors, lorsque les États ne précisent pas quelles sont ces activités dans leurs accords multilatéraux, régionaux ou bilatéraux, si les principes sont inutiles ou bien si certains aspects de ces principes s'appliquent quand même. L'objet de sa proposition, tendant à ce que les États précisent «en outre» de telles activités, était de faire en sorte qu'au minimum les activités en général soient couvertes, car il semblerait autrement que les principes n'ont aucune portée sans accords multilatéraux, régionaux ou bilatéraux. Si les États souhaitent déroger à ces principes ou les préciser dans de tels accords, ils peuvent le faire.

70. M. MANSFIELD partage les préoccupations de M^{me} Escarameia, mais il interprète le paragraphe 4 de façon totalement différente, à savoir que les projets de principe s'appliquent au dommage transfrontière causé, effectivement, par toutes les activités dangereuses qui ne sont pas interdites par le droit international. Il est précisé dans le commentaire pour quelles raisons la Commission a décidé de ne pas énumérer toutes ces activités. Le paragraphe 4 prévoit simplement que, s'ils l'estiment nécessaire, les États peuvent préciser les activités spécifiques qui sont couvertes, mais en fait les principes s'appliquent à toutes les activités dangereuses, et toutes les obligations qui découlent de ces principes s'appliquent à l'égard de ces activités. Certaines d'entre elles feront l'objet d'accords particuliers, d'autres ne le feront pas. Les États peuvent les préciser eux-mêmes dans leur propre législation. M. Mansfield estime que le paragraphe 4 est logique et qu'il peut demeurer en l'état.

71. M. BROWNLIE estime que le paragraphe 4 formule une évidence. Il aurait très bien pu être ignoré, mais ce qu'il énonce mérite d'être dit, et il fournit en outre une bonne articulation qui permet d'amener les informations importantes figurant dans la note de bas de page. M. Brownlie est donc favorable à ce que le paragraphe 4 soit conservé en l'état. Il ne partage pas l'interprétation négative qu'en a donné M^{me} Escarameia.

72. M. MELESCANU dit que l'idée qui sous-tend le paragraphe 4 ressortirait plus clairement si celui-ci venait à la fin du paragraphe 3.

Le paragraphe 4 est intégré au paragraphe 3.

Paragraphes 5 à 13

Les paragraphes 5 à 13 sont adoptés.

Le commentaire du projet de principe 1, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire du projet de principe 2 (Termes employés)

Paragraphes 1 à 6

Les paragraphes 1 à 6 sont adoptés.

Paragraphe 7

73. M. BROWNLIE dit que les termes «concernent davantage les», dans la première phrase, ne sont pas clairs et devraient être remplacés par «sont plus étroitement liés aux».

Le paragraphe 7, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 8

74. M. GAJA dit que, d'après lui, la troisième phrase à partir de la fin ne semble pas suivre celle qui précède. En outre, la distinction établie entre la perte de revenus, qui figure dans cette phrase, et la perte économique pure, abordée à l'avant-dernière phrase, ne lui apparaît pas clairement. Il demande des précisions au Rapporteur spécial.

75. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que la perte de revenus est parfois expressément réglementée; des traités ou des lois nationales peuvent même la rejeter en tant que perte en vertu de leurs régimes d'indemnisation, et prévoir d'autres arrangements. Par exemple, les pertes subies par des ouvriers dans l'industrie sont parfois exclues, parce qu'elles sont expressément prévues ailleurs. Lorsque ces traités ou ces lois n'excluent pas l'indemnisation pour perte de revenus, lorsqu'ils ne la prévoient pas par ailleurs, ou lorsqu'ils ne disent rien sur cette question, il est raisonnable de prévoir que si un accident lié à une activité dangereuse est la cause directe d'une perte de revenus la victime peut prétendre à une indemnisation. Par ailleurs, il faut établir une distinction entre la perte économique pure, qui n'est pas liée à une lésion personnelle ou à un dommage aux biens, et la perte de revenus résultant d'une lésion personnelle ou d'un dommage aux biens.

76. M. MANSFIELD dit qu'en remplaçant le membre de phrase «la victime ait le droit d'être indemnisée de sa perte» par «des efforts soient faits pour veiller à ce que la victime reçoive une indemnisation» dans la troisième phrase avant la fin, on pourrait contribuer à clarifier l'idée.

77. M. CANDIOTI dit que la proposition de M. Mansfield a pour effet de modifier l'idée principale de la phrase, qui doit demeurer, selon lui, inchangée. L'avant-dernière phrase devrait plutôt être rédigée comme suit: «En revanche, d'autres pertes économiques peuvent se produire qui ne sont pas liées aux dommages corporels ou aux dommages aux biens.»

78. M. GAJA dit que la logique du paragraphe a été améliorée, mais qu'elle peut l'être davantage encore. Étant donné que la troisième phrase avant la fin se rapporte à la perte économique pure, la pénultième et l'antépénultième phrases devraient être inversées, en incorporant

les propositions de M. Candioti et de M. Mansfield. La dernière phrase du paragraphe devrait être supprimée puisqu'elle s'applique à un paragraphe ultérieur.

Le paragraphe 8, tel que modifié, est adopté.

Paragraphe 9

79. M. MOMTAZ s'interroge sur la nécessité de faire état des «sites et éléments naturels ainsi que [des] formations géologiques et physiques» dans le contexte du patrimoine naturel d'un pays.

80. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit qu'il songeait à des sites naturels tels que le Grand Canyon aux États-Unis.

Le paragraphe 9 est adopté.

Paragraphe 10 à 14

Les paragraphes 10 à 14 sont adoptés.

Paragraphe 15

81. M. GAJA dit qu'il est préoccupé par le contenu de la note dont l'appel se situe après «droit interne» à l'avant-dernière phrase. Le paragraphe 15 traite de la remise en état, mais la note en question se rapporte pour l'essentiel à l'affaire du naufrage du «Patmos» qui, s'il a bien compris, ne concerne pas la remise en état. Il serait peut-être possible de mentionner l'affaire ailleurs dans le commentaire.

82. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) prend note de la justesse de cette remarque. Il peut effectivement être plus approprié de relier le texte de ladite note au débat sur les décisions récentes de la Commission d'indemnisation des Nations Unies. L'idée était d'indiquer que les dommages environnementaux en tant que tels ont été reconnus sur le plan judiciaire.

Le paragraphe 15 est adopté, sous réserve du déplacement du texte de la note dont l'appel se trouve après «droit interne» à l'avant-dernière phrase.

Paragraphe 16 à 25

Les paragraphes 16 à 25 sont adoptés.

Paragraphe 26

83. M. GAJA met l'accent sur une coquille importante à la troisième phrase de la version anglaise, qui devrait se lire: «... *territory, jurisdiction or control by a State*».

Le paragraphe 26, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 27

84. M. BROWNLIE dit que le terme «*demarcate*», dans la version anglaise, devrait être remplacé par «*identify*».

Le paragraphe 27, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 28 à 34

Les paragraphes 28 à 34 sont adoptés.

Le commentaire du projet de principe 2, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire du projet de principe 3 (Objectifs)

Paragraphe 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Paragraphe 3

85. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) propose de supprimer la fin de la première phrase («*and should in fact be compensated*»), qui n'apparaît pas dans la version française.

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 4 et 5

Les paragraphes 4 et 5 sont adoptés.

Paragraphe 6

86. M. BROWNLIE dit que, dans la deuxième phrase, le membre de phrase «d'envisager la protection» devrait être remplacé par «de reconnaître protection».

Le paragraphe 6, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 7 à 12

Les paragraphes 7 à 12 sont adoptés.

Paragraphe 13

87. M. GAJA propose de supprimer la phrase ci-après, dans la note dont l'appel se trouve à la fin du paragraphe après le mot «indemnisation»: «Elle s'apprête également à mettre en œuvre la Directive européenne de 2004 qui impose la responsabilité objective et le principe du pollueur-payeur en cas de dommage environnemental...» Il est inutile de préciser que l'Irlande s'apprête à mettre en œuvre la Directive, puisque celle-ci s'applique à tous les États membres de l'Union européenne.

Le paragraphe 13, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 14 et 15

Les paragraphes 14 et 15 sont adoptés.

Paragraphe 16

88. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que, dans la première phrase, les termes «pose aussi la question du» devraient être remplacés par «est liée au».

Le paragraphe 16, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 17

89. M. GALICKI dit que les intitulés figurant dans le commentaire devraient être cohérents. Ainsi, dans la version anglaise, on cite, au paragraphe 16, l'affaire *Factory at Chorzów* qui devient *Chorzów Factory (Usine de Chorzów)* au paragraphe 17. Il lui semble que cette dernière appellation est la plus commune.

90. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) indique qu'il a proposé d'ajouter davantage de références détaillées dans la note dont l'appel se trouve après l'adjectif «punitif» à la sixième phrase, plutôt que de simplement renvoyer le lecteur au rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-troisième session³⁸⁰.

Le paragraphe 17 est adopté, sous réserve du développement de ladite note.

Paragraphe 18

91. M. GAJA dit que la référence à des tribunaux internationaux, dans la première phrase, et à des décisions, dans la dernière, devrait s'accompagner de notes de bas de page précisant quelles sont les juridictions et les décisions en question.

92. M. BROWNLIE dit que l'ordre des termes devrait être modifié à la fin de la première phrase, laquelle devrait se lire «par la Cour internationale de Justice et les tribunaux internationaux».

93. M. MANSFIELD dit que, dans la dernière phrase de la version anglaise, le terme «fuller» devrait être remplacé par «full».

Le paragraphe 18, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 19 et 20

Les paragraphes 19 et 20 sont adoptés.

Le commentaire du projet de principe 3, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire du projet de principe 4 (Indemnisation prompte et adéquate)

Paragraphe 1

94. M. MANSFIELD propose que le membre de phrase «priver le principe d'une indemnisation prompte et adéquate de son objectif essentiel», à l'avant-dernière phrase (c), soit remplacé par le membre de phrase suivant: «aller à l'encontre de l'objectif du principe d'une indemnisation prompte et adéquate».

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 2

Le paragraphe 2 est adopté.

Paragraphe 3

95. M^{me} ESCARAMEIA propose d'insérer, à la deuxième phrase, l'adverbe «nécessairement» dans le membre de phrase «n'est pas [nécessairement] tenu».

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 4 à 12

Les paragraphes 4 à 12 sont adoptés.

³⁸⁰ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, art. 36 (Indemnisation) et commentaire y relatif, p. 105.

Paragraphe 13

96. M. BROWNLIE et M. MANSFIELD proposent des modifications rédactionnelles mineures.

Le paragraphe 13, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 14 et 15

Les paragraphes 14 et 15 sont adoptés.

Paragraphe 16

97. M. GAJA dit que l'expression «test foreseeability», à l'avant-dernière phrase de la version anglaise, devrait être remplacée par «foreseeability test».

Le paragraphe 16, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 17 à 22

Les paragraphes 17 à 22 sont adoptés.

Paragraphe 23

98. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial), en réponse à une question de M. MOMTAZ, dit qu'à la dernière phrase de la note de bas de page concernant les droits de tirage spéciaux à l'avant-dernière phrase, le terme «reçoivent» a le sens de «important», et peut donc être utilisé à la place du premier.

Le paragraphe 23, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 24 à 37

Les paragraphes 24 à 37 sont adoptés.

Paragraphe 38

99. M^{me} ESCARAMEIA dit qu'à la deuxième phrase de la version anglaise, l'expression «make every effort to» devrait être supprimée, afin que le commentaire soit conforme aux dispositions du paragraphe 5 du principe 4.

Le paragraphe 38, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 39

Le paragraphe 39 est adopté.

Le commentaire du projet de principe 4, ainsi modifié, est adopté.

Commentaire du projet de principe 5 (Mesures d'intervention)

Paragraphe 1

100. M. GAJA dit que, étant donné que le rôle de l'exploitant est secondaire en ce qui concerne les mesures d'intervention, il conviendrait de modifier l'idée-force de la quatrième phrase, en la reformulant comme suit: «Deuxièmement, il devrait veiller à ce que des mesures appropriées soient prises dans le cadre...»

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 2

101. M. GAJA dit que, par souci de clarté, il conviendrait d'ajouter après la première phrase, une nouvelle phrase qui se lirait comme suit: «La notification doit faire état de toutes les informations pertinentes dont dispose l'État d'origine.»

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 3 et 4

Les paragraphes 3 et 4 sont adoptés.

Paragraphe 5

102. M. BROWNLIE dit que la dernière phrase devrait être remaniée.

103. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que l'idée que le commentaire s'efforce de faire passer est que certains États peuvent avoir besoin d'un certain type d'assistance mais pas d'un autre, tandis que d'autres États peuvent avoir besoin d'une assistance non pas immédiate mais ultérieure. L'assistance devrait donc être adaptée aux besoins de chaque État. M. Sreenivasa Rao propose de remanier la dernière phrase comme suit: «Ce faisant, les États concernés peuvent rechercher, s'ils le souhaitent et s'ils en ont besoin, l'assistance des organisations internationales compétentes...»

Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 6

104. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) propose quelques modifications rédactionnelles mineures: à la deuxième phrase (dans la version française), le terme «principes» devrait être remplacé par «principe». À la troisième phrase (dans la version française), le terme «également» devrait être ajouté après le verbe «importe». À l'avant-dernière phrase de la version anglaise, il convient de remplacer le terme «including» par l'expression «which includes».

Le paragraphe 6, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 7

Le paragraphe 7 est adopté.

Paragraphe 8

105. M. GAJA dit que, afin d'éviter un recours excessif au terme «nécessaire», la seconde moitié de l'avant-dernière phrase devrait être modifiée comme suit: «... l'État d'origine devrait prendre les dispositions qu'exige la situation».

106. M^{me} ESCARAMEIA indique que, dans la même phrase de la version anglaise, le terme «should» devrait être remplacé par «shall», conformément aux dispositions de l'alinéa b du projet de principe 5.

Le paragraphe 8, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 9

107. M. BROWNLIE dit que, dans la version anglaise, l'expression «viewed» devrait être remplacée par le terme «considered».

Le paragraphe 9, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 10

108. M. BROWNLIE dit que, pour assurer la cohérence avec d'autres parties du texte, le terme «juridiction», à la troisième phrase, devrait être suivi de l'expression «et contrôle».

109. M. GAJA précise qu'il serait préférable de dire «ou contrôle».

Le paragraphe 10, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 11

Le paragraphe 11 est adopté.

Le commentaire du projet de principe 5, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire du projet de principe 6 (Recours internes et internationaux)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

110. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que la quatrième phrase devrait être remaniée et scindée en deux, comme suit:

«L'article 3 de la Convention prévoit un droit d'accès dans des conditions d'égalité à toute personne lésée ou pouvant être lésée par des activités nuisibles à l'environnement effectuées dans un autre État. Le droit de saisir le tribunal ou l'autorité administrative compétente de cet État s'exerce "dans la même mesure et dans les mêmes conditions que pour une entité dotée de la personnalité juridique de l'État où lesdites activités sont réalisées".»

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 3

Le paragraphe 3 est adopté avec une modification rédactionnelle mineure.

Paragraphe 4

Le paragraphe 4 est adopté.

Paragraphe 5

111. M^{me} ESCARAMEIA dit que l'expression «première obligation», à l'avant-dernière phrase, est source de confusion, dans la mesure où elle semble laisser entendre qu'il y aurait une autre obligation dans le cadre du principe de non-discrimination, et que cette autre obligation ne serait qu'«essentiellement»

procédurale. Elle propose que la première partie de la phrase soit modifiée comme suit: «L'aspect procédural de cette obligation signifie que...»

112. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) indique qu'il avait souhaité insister sur le fait que le principe de non-discrimination avait un aspect à la fois procédural et de fond.

113. M^{me} XUE (Rapporteur) suggère la rédaction suivante: «En ce qui concerne l'aspect procédural, cela signifie que...»

Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

La séance est levée à 13 h 10.

2910^e SÉANCE

Mardi 8 août 2006, à 15 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Mansfield, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M^{me} Xue.

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-huitième session (suite)

CHAPITRE V. Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses) [fin] (A/CN.4/L.693 et Add.1)

E. Texte des projets de principe sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses [fin]

2. TEXTE DES PROJETS DE PRINCIPE ET COMMENTAIRES Y RELATIFS (fin)

Commentaire du projet de principe 6 (Recours internes et internationaux) [fin]

Paragraphe 6

1. M. MANSFIELD propose, au vu des modifications apportées au paragraphe 5 du commentaire lors de la séance précédente, de modifier comme suit la première phrase du paragraphe 6: «Les aspects de fond du principe soulèvent en revanche...»

2. M. ECONOMIDES s'interroge sur la signification de la dernière phrase du paragraphe 6 où il est dit: «Il se peut qu'un certain nombre d'États en soient encore au stade de l'élaboration de normes de fond minimales dans le cadre de leurs lois et procédures nationales.»

3. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que dans ce paragraphe, il s'est efforcé de faire preuve d'optimisme

en rendant compte du fait que si tous les États ne sont pas dotés de normes de fond minimales dans le cadre de leurs lois et procédures nationales, certains d'entre eux sont en train de modifier leur législation en ce sens.

4. M. BROWNLIE dit que c'est l'emploi de l'expression «il se peut» qui pose problème dans la dernière phrase du paragraphe 6 et suggère de la remplacer par le mot «sont» afin de donner à cette phrase un caractère plus affirmatif.

Le paragraphe 6 est adopté avec les modifications proposées par M. Mansfield et M. Brownlie.

Paragraphe 7

5. M. MANSFIELD suggère de remplacer à la troisième ligne de la version anglaise de ce paragraphe le verbe «deliver» par «the delivery of».

Le paragraphe 7, ainsi modifié dans sa version anglaise, est adopté.

Paragraphe 8

6. M. GAJA propose d'ajouter, dans la dernière phrase de ce paragraphe, un nouvel alinéa *a* libellé comme suit: «l'acte ou l'omission à l'origine du dommage se sont produits» et de renuméroter en conséquence les autres alinéas. C'est en ce sens que la Cour de justice des Communautés européennes a interprété la Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

Le paragraphe 8, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 9

7. M^{me} XUE souhaiterait que dans la première phrase de la note de bas de page dont l'appel se trouve à la fin du paragraphe, où il est indiqué que «le principe de la loi la plus favorable» a été adopté dans plusieurs pays d'Europe, le Venezuela et la Tunisie, voire même peut-être par la Chine, cette référence à la Chine soit supprimée car elle ne correspond pas tout à fait à la pratique.

Le paragraphe 9, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 10

8. M. GAJA propose de remanier la deuxième phrase de la note dont l'appel se situe après «règlement amiable» qui se lirait comme suit: «Il a essayé d'obtenir une indemnisation en s'adressant tout d'abord aux tribunaux des États-Unis mais son action n'a pas abouti pour motif de *forum non conveniens*. L'affaire a ensuite été portée devant les tribunaux indiens.»

9. M. MOMTAZ dit que la note de bas de page concernant la possibilité d'un «règlement amiable» lui pose problème. Dans les deux affaires qui y sont évoquées, à savoir, la réparation par les États-Unis des dommages causés à des pêcheurs japonais par des essais nucléaires en 1954 à proximité des îles Marshall³⁸¹ et l'affaire de l'*Incident aérien du 3 juillet 1988*, les indemnités versées par les États-Unis aux victimes ont été payées *ex gratia*, sans qu'il y ait reconnaissance d'une quelconque responsabilité. Un État peut donc

³⁸¹ Voir «Compensation to Japanese for damage resulting from nuclear test», *Department of State Bulletin*, vol. 32 (1955), p. 90 et 91.

être amené à verser une indemnité *ex gratia* sans reconnaître sa responsabilité et M. Momtaz souhaiterait que cet aspect de la question soit reflété dans la note de bas de page susmentionnée. À cette fin, il propose soit de supprimer purement et simplement les deux exemples concernés soit d'indiquer expressément que dans certains cas, les victimes sont dédommagées par un État sur une base *ex gratia* sans reconnaissance de la part de cet État de sa responsabilité.

10. M. GALICKI fait remarquer que la référence à l'indemnité versée au Canada par l'URSS à la suite de l'accident de Cosmos 954, qui figure également dans ladite note de bas de page, ne lui semble pas appropriée car, en l'espèce, l'indemnité a elle aussi été payée *ex gratia*. Il préférerait que cet exemple soit supprimé.

11. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) propose, pour répondre aux préoccupations exprimées par M. MOMTAZ et M. GALICKI, d'ajouter à la fin de la cinquième phrase du paragraphe 10, le membre de phrase suivant «..., laquelle est parfois versée *ex gratia* et sans attribuer de responsabilité ou imposer d'obligation de réparer».

12. M^{me} XUE dit que c'est la question de la répartition des pertes qui est traitée dans le paragraphe 10 et elle estime que le fait d'introduire les notions de responsabilité et d'obligation de réparer est de nature à compliquer les choses. Elle propose donc, afin de donner au paragraphe 10 la cohérence souhaitable, de supprimer dans la première phrase l'expression «aux victimes de dommages transfrontières».

13. Le PRÉSIDENT dit qu'il lui semble difficile de supprimer la référence aux victimes dans la première phrase du paragraphe 10 et propose le libellé suivant: «Le paragraphe 4 met en évidence un autre aspect du processus tendant à garantir aux victimes l'existence d'autres moyens de recours et notamment la possibilité d'obtenir réparation *ex gratia*.»

14. M. MOMTAZ dit que le texte proposé par le Rapporteur spécial lui convient car il permet de montrer que le dédommagement *ex gratia* est une procédure parmi d'autres.

15. M^{me} XUE estime qu'il n'est pas pertinent d'évoquer la question du dédommagement *ex gratia* dans le cadre du paragraphe 10 puisque celui-ci renvoie au paragraphe 4 du principe 6, lequel ne traite pas de responsabilité mais énonce simplement que les États peuvent prévoir le recours à des procédures internationales de règlement des réclamations, qui soient rapides et entraînent le minimum de frais.

16. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) propose, afin de concilier les positions de M^{me} Xue et de M. Momtaz, d'ajouter à la quatrième phrase du paragraphe 10, après «négocier et arrêter le montant de l'indemnisation» le membre de phrase suivant: «..., ou procéder à un règlement *ex gratia*».

Le paragraphe 10 est adopté ainsi modifié par le Rapporteur spécial.

Paragraphe 11

17. M. GAJA propose de supprimer, dans la note de bas de page y relative, la référence à la création du Tribunal des différends irano-américains. L'exemple fourni ne lui semble pas pertinent en tant que modèle sur lequel s'appuyer pour établir certaines des procédures envisagées au paragraphe 4 du principe 6. Il faudrait un exemple plus approprié.

Le paragraphe 11 est adopté, sous réserve de la modification proposée par M. Gaja.

Paragraphe 12 et 13

Les paragraphes 12 et 13 sont adoptés avec de légères modifications de forme dans la version anglaise.

Paragraphe 14

Le paragraphe 14 est adopté.

Paragraphe 15

Le paragraphe 15 est adopté avec une légère modification de forme dans la version anglaise.

Paragraphe 16

18. À l'issue d'un échange de vues entre M. GAJA et M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial), il est décidé de remanier la deuxième phrase comme suit: «Cette reconnaissance et cette exécution seraient essentielles pour permettre aux victimes, lorsque les décisions ont été rendues dans un pays où le défendeur ne possède pas d'actifs suffisants, d'obtenir le paiement de l'indemnité accordée dans un pays où de tels actifs sont disponibles.»

Le paragraphe 16, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire du projet de principe 6, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire du projet de principe 7 (Élaboration de régimes internationaux spécifiques)

Paragraphe 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Paragraphe 3

19. M. GAJA relève que l'essentiel du paragraphe 3 a trait aux travaux antérieurs de la Commission et a un caractère général. Il propose en conséquence de transférer le texte qui figure après la première phrase qui cite le postulat de départ des travaux de la Commission au début du commentaire général, peut-être dans une note de bas de page.

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire du projet de principe 7, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire du projet de principe 8 (Mise en œuvre)

Paragraphe 1

20. M^{me} ESCARAMEIA propose, au début du paragraphe, de remplacer les mots «Le principe 8» par «Le

paragraphe 1», car c'est bien le paragraphe 1 du projet de principe 8 qui est visé et non l'ensemble de ce principe.

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 2

21. M^{me} ESCARAMEIA propose, à la deuxième ligne, de remplacer «devraient» par «doivent».

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 3

Le paragraphe 3 est adopté.

Le commentaire du projet de principe 8, tel qu'il a été modifié, est adopté.

C. Recommandation de la Commission (A/CN.4/L.693)

22. Le PRÉSIDENT rappelle que la Commission avait laissé en suspens deux sections du document A/CN.4/L.693, à savoir la section C, Recommandation de la Commission, et la section D, Hommage au Rapporteur spécial, M. Pemmaraju Sreenivasa Rao. Pour ce qui est de la première, la recommandation de la Commission pourrait être ainsi libellée:

«À sa 2910^e séance, le 8 août 2006, la Commission a rappelé que lors de sa quarante-neuvième session (1997), elle avait décidé de subdiviser l'examen du sujet en deux parties³⁸²; qu'à sa cinquante-troisième session (2001), elle avait complété la première partie de ses travaux sur le sujet³⁸³ et recommandé à l'Assemblée générale l'élaboration d'une convention sur la base des projets d'article sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses³⁸⁴. Cette recommandation était basée sur l'avis de la Commission selon lequel, en tenant compte de la pratique étatique existante, la première partie du sujet se prêtait à la codification et au développement progressif au moyen d'une convention. L'adoption par la Commission des projets de principe sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses complète la seconde partie du traitement du sujet, concluant par là le travail de la Commission sur le sujet "Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international". Conformément à l'article 23 de son Statut, la Commission, en ce qui concerne cette seconde partie du traitement du sujet, recommande à l'Assemblée générale d'entériner les projets de principe sous la forme de directives et de prier instamment les États d'agir aux niveaux national et international afin de mettre en œuvre lesdits principes.»

23. M^{me} ESCARAMEIA dit que si la recommandation dont le Président vient de donner lecture renvoie à l'article 23 du Statut de la Commission, elle ne correspond à aucun des alinéas du paragraphe 1 de cette

disposition. Elle propose donc, pour remédier au moins en partie à ce problème, de remplacer dans la dernière phrase les mots «sous la forme de directives» par «dans une résolution».

24. Le PRÉSIDENT dit qu'en l'absence d'objections, il considérera que la Commission souhaite insérer le texte dont il a donné lecture, tel que modifié, dans le chapitre V de son rapport en tant que section C.

Il en est ainsi décidé.

La section C, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

D. Hommage au Rapporteur spécial (A/CN.4/L.693)

25. Le PRÉSIDENT propose, en ce qui concerne la section D, d'insérer dans le chapitre V du rapport un hommage au Rapporteur spécial ainsi libellé:

«À sa 2910^e séance, le 8 août 2006, la Commission, après avoir adopté le texte du projet de préambule et des projets de principe sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses, a adopté la résolution suivante par acclamation:

"La Commission du droit international,

"Ayant adopté le projet de préambule et les projets de principe sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses,

"Exprime à M. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Rapporteur spécial, sa profonde gratitude et ses chaleureuses félicitations pour la contribution exceptionnelle qu'il a apportée, grâce à son dévouement et à ses efforts inlassables, à l'élaboration du projet de préambule et des projets de principe, et pour les résultats qu'il a obtenus dans l'élaboration du projet de préambule et des projets de principe sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses."

«La Commission a aussi exprimé sa profonde gratitude aux précédents Rapporteurs spéciaux, M. Robert Q. Quentin Baxter et M. Julio Barboza, pour leur contribution exceptionnelle aux travaux sur ce sujet.»

26. Il dit qu'en l'absence d'objection, il considérera que la Commission désire insérer ce texte dans le chapitre V du rapport en tant que section D.

Il en est ainsi décidé.

La section D est adoptée.

27. M. Sreenivasa RAO exprime ses remerciements et sa gratitude à tous les membres de la Commission qui l'ont aidé au fil des ans à achever les travaux sur un sujet qui aura occupé la Commission pendant 27 ans.

Le document A/CN.4/L.693, tel qu'il a été modifié, est adopté.

³⁸² *Annuaire... 1997*, vol. II (2^e partie), p. 60, par. 165 à 167.

³⁸³ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie), p. 157, par. 97.

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 156, par. 94.

Le chapitre V du projet de rapport de la Commission, dans son ensemble, tel qu'il a été modifié, est adopté.

CHAPITRE VII. Responsabilité des organisations internationales (A/CN.4/L.695 et Corr.1, A/CN.4/L.695/Add.1 et Corr.1, et A/CN.4/L.695/Add.2)

28. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à examiner le chapitre VII du projet de rapport, consacré à la responsabilité des organisations internationales (A/CN.4/L.695 et Corr.1, A/CN.4/L.695/Add.1 et Corr.1 et Add.2), en commençant par le document A/CN.4/L.695 et Corr.1.

A. Introduction

Paragraphes 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Paragraphe 3

29. M. PELLET dit qu'il conviendrait de rappeler la signification du chiffre placé entre crochets et il propose pour ce faire d'insérer dans la note de bas de page dont l'appel se trouve à la fin du paragraphe la précision qui figure dans la note de bas de page dont l'appel se trouve section C, à l'article 15.

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

La section A, ainsi modifiée, est adoptée.

B. Examen du sujet à la présente session

Paragraphes 4 à 11

Les paragraphes 4 à 11 sont adoptés.

La section B est adoptée.

30. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à examiner la section C.2 du chapitre VII du projet de rapport de la Commission (Texte des projets d'article sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa cinquante-huitième session).

C. Texte des projets d'article sur la responsabilité des organisations internationales adoptés à ce jour par la Commission

2. TEXTE DES PROJETS D'ARTICLE ET COMMENTAIRES Y RELATIFS ADOPTÉS PAR LA COMMISSION À SA CINQUANTE-HUITIÈME SESSION (A/CN.4/L.695/Add.2)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Commentaire général

31. M. GAJA (Rapporteur spécial) fait observer que l'intitulé précédant le paragraphe 1 devrait être «Commentaire général».

32. Le PRÉSIDENT dit que le secrétariat apportera la modification requise.

Paragraphes 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Le commentaire général est adopté.

Commentaire du projet d'article 17 (Consentement)

Paragraphes 1 à 5

Les paragraphes 1 à 5 sont adoptés.

Le commentaire du projet d'article 17 est adopté.

Commentaire du projet d'article 18 (Légitime défense)

Paragraphes 1 à 5

Les paragraphes 1 à 5 sont adoptés.

Le commentaire du projet d'article 18 est adopté.

Commentaire du projet d'article 20 (Force majeure)

Paragraphes 1 à 3

Les paragraphes 1 à 3 sont adoptés.

Paragraphe 4

33. M. PELLET dit qu'il croit se souvenir que la responsabilité des organisations internationales en vertu de leur droit interne avait été exclue du projet. Or, le paragraphe 4 ainsi d'ailleurs que le 5 invoquent la jurisprudence de tribunaux administratifs internationaux, et il souhaiterait que le Rapporteur spécial fournisse une explication.

34. M. GAJA (Rapporteur spécial) dit que lorsqu'elle a examiné la question des règles de l'organisation, la Commission n'est pas parvenue à une conclusion arrêtée sur le point de savoir si elles faisaient partie du droit international. Ces règles relèvent de l'étude dans la mesure où elles font partie du droit international, mais comme les opinions divergent sur ce point, une ambiguïté subsiste. Néanmoins, même si les règles de l'organisation ne font pas partie du droit international, elles sont pertinentes parce qu'elles sont révélatrices de la pratique. Il propose d'insérer après la première phrase du paragraphe 4 une phrase renvoyant au débat qui a eu lieu sur ce point.

Le paragraphe 4 est adopté sous réserve de la modification proposée par le Rapporteur spécial.

Paragraphes 5 et 6

Les paragraphes 5 et 6 sont adoptés.

Le commentaire du projet d'article 20, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 21 (Détresse)

Paragraphes 1 à 5

Les paragraphes 1 à 5 sont adoptés.

Le commentaire du projet d'article 21 est adopté.

Commentaire du projet d'article 22 (État de nécessité)

Paragraphes 1 à 7

Les paragraphes 1 à 7 sont adoptés.

Le commentaire du projet d'article 22 est adopté.

Commentaire du projet d'article 23 (Respect de normes impératives)

Paragraphes 1 à 4

Les paragraphes 1 à 4 sont adoptés.

Le commentaire du projet d'article 23 est adopté.

Commentaire du projet d'article 24 (Conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité)

Paragraphe 1 à 3

Les paragraphes 1 à 3 sont adoptés.

Le commentaire du projet d'article 24 est adopté.

L'ensemble du document A/CN.4/L.695/Add.2 est adopté.

2. TEXTE DES PROJETS D'ARTICLE ET COMMENTAIRES Y RELATIFS ADOPTÉS PAR LA COMMISSION À SA CINQUANTE-HUITIÈME SESSION (A/CN.4/L.695/Add.1)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Commentaire général

Paragraphe 1 à 4

Les paragraphes 1 à 4 sont adoptés.

Paragraphe 5

35. M. PELLET, faisant référence à la dernière phrase, rappelle que la question de la responsabilité d'entités autres que des États ou des organisations internationales qui sont également membres d'une organisation internationale a fait l'objet d'un vif débat au sein de la Commission. Il aurait souhaité que l'on précise que si les questions liées à cette responsabilité sont au-delà du champ du présent projet, c'est malgré la position contraire d'un grand nombre de membres.

36. M. GAJA (Rapporteur spécial) répond que dans l'article premier, qui définit le champ d'application, il n'est question que de la responsabilité des organisations internationales et des États. En outre, traiter de la responsabilité d'autres entités suppose d'entamer un nouveau chapitre. Même si quelques membres étaient effectivement partisans de le faire, cela ne semble pas une tâche à entreprendre pour l'instant.

37. M. PELLET propose de remplacer dans l'avant-dernière phrase les mots «Avec l'adoption des projets d'articles 28 et 29...» par «Outre les projets d'articles 28 et 29...»

38. M. GAJA (Rapporteur spécial) pense qu'il vaudrait mieux s'aligner sur la version anglaise et dire: «À la suite de l'adoption».

39. M. PELLET approuve de remplacer le début de la phrase par «À la suite des projets d'articles 28 et 29...», mais sans le terme «adoption».

Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 6

40. M. PELLET, faisant référence à la dernière phrase, dit qu'il faudrait préciser pourquoi le titre de la première partie devrait être modifié. Il suppose que c'est parce

que l'on y inclurait la responsabilité des organisations internationales qui sont membres d'une autre organisation.

41. M. GAJA (Rapporteur spécial) dit que le titre actuel de la première partie est «Le fait internationalement illicite d'une organisation internationale» et ne devrait pas couvrir la responsabilité de l'État. Comme il reste nombre de points à examiner, dont certains en rapport avec la responsabilité de l'État, il lui a toutefois paru prématuré d'arrêter une solution définitive. Il est toutefois disposé à ajouter une note de bas de page rappelant le titre actuel et expliquant pourquoi il devrait éventuellement être modifié.

Le paragraphe 6 est adopté sous réserve de l'ajout proposé par le Rapporteur spécial.

Le commentaire général tel qu'il a été modifié est adopté.

Commentaire du projet d'article 25 (Aide ou assistance d'un État dans la commission d'un fait internationalement illicite par une organisation internationale)

Paragraphe 1

42. M^{me} ESCARAMEIA estime que l'emploi de «correspond» à la première phrase implique une relation entre les projets d'articles 25 et 12. Elle propose de dire plutôt que l'article 25 traite d'une situation parallèle à celle visée par l'article 12.

43. Le PRÉSIDENT suggère au Rapporteur spécial de reformuler le paragraphe en conséquence et de soumettre la nouvelle version au secrétariat.

Le paragraphe 1 est adopté sous réserve de cette modification.

Paragraphe 2 à 4

Les paragraphes 2 à 4 sont adoptés.

Paragraphe 5

44. M. PELLET pense qu'il faudrait préciser qu'il s'agit de l'article 16 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite³⁸⁵, même si cela est dit au paragraphe précédent. À la lecture du paragraphe, on peut penser qu'il s'agit de l'article 16 du projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales. Il faudrait dire en outre que le titre a été, non pas modifié, mais adapté aux fins de la disposition. Les mêmes remarques valent pour les paragraphes 4 des commentaires des articles 26 et 27.

45. Le PRÉSIDENT prie le Rapporteur spécial de modifier le texte en conséquence et d'en communiquer la nouvelle version au secrétariat.

Le paragraphe 5 est adopté sous réserve de cette modification.

Le commentaire du projet d'article 25, tel qu'il a été modifié, est adopté.

³⁸⁵ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 27.

Commentaire du projet d'article 26 (Direction et contrôle exercés par un État sur la commission d'un fait internationalement illicite par une organisation internationale)

Paragraphe 1 à 3

Les paragraphes 1 à 3 sont adoptés.

Paragraphe 4

46. Le PRÉSIDENT prie le Rapporteur spécial de modifier le paragraphe 4 de la même façon que le paragraphe 5 du commentaire de l'article précédent.

Le paragraphe 4 est adopté sous réserve de cette modification.

Le commentaire du projet d'article 26, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 27 (Coercition exercée sur une organisation internationale par un État)

Paragraphe 1 à 3

Les paragraphes 1 à 3 sont adoptés.

Paragraphe 4

47. Le PRÉSIDENT prie le Rapporteur spécial de modifier le paragraphe 4 comme précédemment.

Le paragraphe 4 est adopté sous réserve de cette modification.

Le commentaire du projet d'article 27, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 28 (Responsabilité internationale en cas d'attribution de compétence à une organisation internationale)

Paragraphe 1

48. M. PELLET, se référant à la première phrase, suggère de remplacer «une situation qui se rapproche dans une certaine mesure de...» par «une situation qui constitue en quelque sorte la situation symétrique de...»

49. M. GAJA (Rapporteur spécial) dit que le terme «symétrique» n'est pas tout à fait exact. Il vaudrait mieux dire «similaire».

50. M. BROWNLIE suggère le terme «analogue».

Le paragraphe 1 est adopté moyennant cette modification ainsi que celle qui figure dans le document A/CN.4/L.695/Add.1/Corr.1.

Paragraphe 2

51. M. PELLET juge la dernière phrase incompréhensible.

52. M. GAJA (Rapporteur spécial) relève qu'il y a une erreur dans la version française, l'expression «*abusing its rights*» ayant été traduite par «exerçant ses droits».

53. Le PRÉSIDENT propose de remplacer «exerçant» par «abusant de».

Le paragraphe 2 est adopté avec cette correction dans la version française.

Paragraphe 3 à 8

Les paragraphes 3 à 8 sont adoptés.

Le commentaire du projet d'article 28, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 29 (Responsabilité d'un État membre d'une organisation internationale à raison du fait internationalement illicite de cette organisation)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

54. M. PELLET souhaiterait ajouter la précision suivante au début de la deuxième phrase: «Malgré l'opinion contraire de certains membres, la Commission a considéré que...»

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 3 à 5

Les paragraphes 3 à 5 sont adoptés.

Paragraphe 6

Le paragraphe 6 est adopté avec, dans la version anglaise uniquement, la modification figurant dans le rectificatif A/CN.4/L.695/Add.1/Corr.1.

Paragraphe 7 à 9

Les paragraphes 7 à 9 sont adoptés.

Paragraphe 10

55. M. PELLET, se référant à l'avant-dernière phrase, trouve que l'expression «de manière globale» n'est pas assez précise. Il se demande s'il faut envisager le facteur en question dans le contexte global de l'affaire, en tenant compte de tous les aspects de la situation.

56. M. GAJA (Rapporteur spécial) explique que la question du nombre de membres doit être envisagée conjointement avec tous les autres facteurs pertinents.

57. M. PELLET propose le libellé suivant: «Les facteurs pertinents, parmi lesquels le petit nombre de membres, doivent être envisagés de manière globale.»

58. À l'issue d'un débat auquel participent M. PELLET, M. GAJA (Rapporteur spécial) et M^{me} XUE, le PRÉSIDENT prie le Rapporteur spécial de soumettre au secrétariat une nouvelle version de la phrase qui tienne compte des observations formulées.

Le paragraphe 10 est adopté sous réserve de cette modification.

Paragraphe 11 et 12

Les paragraphes 11 et 12 sont adoptés.

Paragraphe 13

59. M. PELLET, faisant référence à la fin de la dernière phrase, dit qu'il n'est pas d'accord pour que l'on qualifie la «responsabilité subsidiaire» de «forme mineure de la responsabilité». Il propose de supprimer ce membre de phrase.

60. M. GAJA (Rapporteur spécial) dit qu'il faut tout de même expliquer que les États, en consentant à une responsabilité subsidiaire, se limitent à accepter une responsabilité moindre. Il est cependant ouvert à toute proposition de formulation plus adéquate.

61. À l'issue d'un débat auquel participent MM. PELLET, MOMTAZ et CANDIOTI et le PRÉSIDENT, il est décidé de remplacer les mots «qui est une forme mineure de la responsabilité» par «qui n'a qu'un caractère supplétif».

Le paragraphe 13 est adopté avec cette modification ainsi que celle figurant dans le document A/CN.4/L.695/Add.1/Corr.1.

Le commentaire du projet d'article 29, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire du projet d'article 30 (Effet du présent chapitre)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

62. M. PELLET dit qu'il a eu beaucoup de mal à comprendre ce paragraphe, d'ailleurs très long. Si c'est à l'article 16 du projet d'articles à l'examen qu'il est fait référence, il faudrait le préciser.

63. M. GAJA (Rapporteur spécial) dit qu'il est fait référence à l'article 19 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite³⁸⁶. Lui-même n'était pas en faveur de l'article 30 mais comme la Commission a décidé de l'inclure, il a jugé utile d'expliquer pourquoi cette disposition avait été rédigée.

64. M. PELLET estime qu'il faudrait tout de même rappeler que l'article 30 est le pendant, pour les États, de l'article 16 du présent projet d'articles, en renvoyant à cet article et à son commentaire. Le Rapporteur spécial pourrait soumettre au secrétariat une phrase allant dans ce sens, sans qu'il soit nécessaire de revenir dessus en séance plénière.

65. M. ECONOMIDES juge lui aussi le paragraphe 2 difficile à comprendre, en particulier la première phrase.

66. Le PRÉSIDENT propose que le Rapporteur spécial soumette une nouvelle version du paragraphe.

67. M. GAJA (Rapporteur spécial) estime qu'il est très clair que le paragraphe 2 renvoie à ce qui est dit au

paragraphe 1. En outre, on sait qu'il s'agit d'un chapitre sur la responsabilité de l'État. Cela étant, il est disposé à revenir sur ce paragraphe si M. Economides a une formulation à proposer.

68. M. ECONOMIDES dit qu'il n'a pas de proposition précise à faire à ce stade, mais que l'on pourrait dire à peu près qu'une disposition «sans préjudice» analogue à celle qui figure dans le projet sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite semble moins nécessaire pour les organisations internationales, et que comme dans le cas des États, on a préservé la responsabilité des États, on estime sage, pour des raisons de symétrie, de préserver aussi, même si c'est moins utile, la responsabilité des organisations internationales. L'idée est que si l'on omettait complètement l'article 19, il faudrait expliquer pourquoi, d'autant que cet article peut se révéler utile dans la pratique mais elle est peut-être mal exprimée.

69. Après un échange de vues auquel participent le PRÉSIDENT, M. GAJA (Rapporteur spécial), M. MELESCANU et M. PELLET, le PRÉSIDENT propose que M. Economides communique sa proposition au secrétariat par écrit et que la Commission adopte le paragraphe 2 du commentaire de l'article 30 ultérieurement.

Il en est ainsi décidé.

Paragraphe 3

70. M. GAJA (Rapporteur spécial) dit qu'il faut remplacer «16» par «19».

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

Le document A/CN.4/L.695/Add.1 est adopté, sous réserve du paragraphe 2 du commentaire du projet d'article 30.

Le chapitre VII du projet de rapport de la Commission, dans son ensemble, tel qu'il a été modifié, est adopté, sous réserve du paragraphe 2 du commentaire du projet d'article 30.

CHAPITRE X. Effets des conflits armés sur les traités (A/CN.4/L.698)**A. Introduction**

Paragraphe 1 à 3

Les paragraphes 1 à 3 sont adoptés.

La section A est adoptée.

B. Examen du sujet à la présente session

Paragraphe 4

Le paragraphe 4 est adopté.

1. OBSERVATIONS GÉNÉRALES SUR LE SUJET

Paragraphe 5 et 6

Les paragraphes 5 et 6 sont adoptés.

³⁸⁶ Ibid.

Paragraphe 7

71. M^{me} ESCARAMEIA se dit extrêmement surprise que le résumé du débat soit aussi succinct. Beaucoup d'autres questions ont été examinées, en particulier celle des critères permettant de déterminer si un traité est applicable ou non en cas de conflit armé.

72. M. MOMTAZ dit qu'il partage l'avis de M^{me} Escarameia. Il pense par ailleurs qu'il faudrait supprimer les mots «le droit de la guerre» car cette expression est synonyme de «droit international humanitaire», qui figure également dans la phrase.

73. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial), répondant à M^{me} Escarameia, dit que le paragraphe 7 ne renvoie qu'aux paragraphes 5 et 6 qui précèdent, et qu'un résumé du débat figure après chacun des articles. C'est pourquoi les questions qui ont été abordées ne sont pas toutes mentionnées au paragraphe 7.

74. M. PELLET dit que l'observation de M^{me} Escarameia n'est fondée que si l'on prend au pied de la lettre l'intitulé du 1 (Observations générales sur le sujet), et note que le débat sur la question des critères est dûment résumé au paragraphe 25. Quant à l'expression «droit de la guerre», elle renvoie à la fois au *jus ad bellum* et au *jus in bello*, et qu'il ne faut pas supprimer cette référence, d'autant que la question du droit à la guerre, c'est-à-dire du droit du recours à la force, a été laissée de côté, comme l'ont regretté plusieurs membres. M. Pellet propose d'employer l'expression «droit des conflits armés» ou «droit du recours à la force dans les relations internationales».

75. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial) propose de remplacer les mots «droit de la guerre» par «*jus ad bellum*».

76. M. GALICKI est d'accord pour employer les mots «droit des conflits armés», qui ont en outre l'avantage de renvoyer au titre du sujet.

77. Le PRÉSIDENT, intervenant en sa qualité de membre de la Commission, souscrit à cette proposition.

78. Après un échange de vues auquel participent M. MELESCANU, M. ECONOMIDES, M. GALICKI, M. PELLET et M. BROWNLIE (Rapporteur spécial), M. PELLET propose que le paragraphe 7 se lise comme suit:

«Il a été redit qu'il était impossible d'établir une stricte séparation entre le droit des traités et d'autres branches du droit international comme les règles relatives à l'interdiction du recours à la force armée dans les relations internationales, le droit international humanitaire et la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, qui intéressaient également le sujet.»

Le paragraphe 7, ainsi modifié, est adopté.

La séance est levée à 18 h 5.

2911^e SÉANCE

Mercredi 9 août 2006, à 10 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Mansfield, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M^{me} Xue.

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-huitième session (suite)

CHAPITRE X. Effets des conflits armés sur les traités (fin)
[A/CN.4/L.698]

B. Examen du sujet à la présente session (fin)

1. OBSERVATIONS GÉNÉRALES SUR LE SUJET (fin)

Paragraphe 8

Le paragraphe 8 est adopté.

2. ARTICLE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION

Paragraphe 9 à 11

Les paragraphes 9 à 11 sont adoptés.

3. ARTICLE 2. EMPLOI DES TERMES

Paragraphe 12 et 13

Les paragraphes 12 et 13 sont adoptés.

Paragraphe 14

1. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial) dit que dans la version anglaise, le libellé maladroit de l'avant-dernière phrase serait amélioré s'il était remplacé par: «*such as the regime based upon the Oslo Accords*».

Le paragraphe 14, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 15

2. M. GAJA dit que le paragraphe traite de deux questions entièrement différentes: la définition du conflit armé et la manière dont il faudrait, dans le rapport, aborder la question des conflits internes. Il serait donc préférable de le diviser en deux, en effectuant la séparation entre la deuxième et la troisième phrase.

3. M. MOMTAZ dit que, puisque la référence, dans la deuxième phrase, aux «conflits n'impliquant aucun État», s'applique aux groupes rebelles qui combattent entre eux, il serait plus approprié de reformuler la fin de la phrase, après la référence à la définition employée dans l'affaire *Tadić*, pour qu'elle se lise comme suit: «parce qu'elle incluait les conflits internes dans lesquels les forces gouvernementales n'étaient pas impliquées».

Le paragraphe 15, ainsi modifié, et le nouveau paragraphe 15 bis sont adoptés.

Paragraphe 16

Le paragraphe 16 est adopté.

Paragraphe 17

4. M. ECONOMIDES dit que le mot «redit» ne reflète pas correctement le débat de la Commission sur un aspect crucial du sujet. Il propose d'insérer à la fin du paragraphe la phrase suivante: «Tel était l'avis de la majorité des membres de la Commission.»

Le paragraphe 17, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 18 à 20

Les paragraphes 18, 19 et 20 sont adoptés.

4. ARTICLE 3. EXTENSION OU SUSPENSION DE L'APPLICATION *IPSO FACTO*

Paragraphe 21

Le paragraphe 21 est adopté.

Paragraphe 22

5. M^{me} ESCARAMEIA dit que la dernière phrase est trompeuse; les membres en question ont exprimé plus que des doutes à propos de la modification rédactionnelle proposée. Elle suggère donc de remplacer cette phrase par: «D'autres membres étaient contre la modification rédactionnelle proposée et préféraient conserver l'expression "*ipso facto*" pour indiquer que la survenue d'un conflit armé n'avait pas automatiquement pour conséquence l'extinction ou la suspension de l'application du traité.»

Le paragraphe 22, ainsi modifié, est adopté.

5. ARTICLE 4. LES INDICES DE PRÉDISPOSITION DES TRAITÉS À L'EXTENSION OU À LA SUSPENSION DE LEUR APPLICATION EN CAS DE CONFLIT ARMÉ

Paragraphe 23

6. M. PELLET dit qu'il trouve étrange que le Rapporteur spécial affirme ouvertement dans le rapport partager le scepticisme qui a été exprimé à propos d'un aspect central du sujet, éliminant ainsi toute justification des travaux qu'il a entrepris.

7. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial) dit que le paragraphe rend bien compte du fait qu'un profond scepticisme a été exprimé à la séance en question, sentiment qu'il partage. Il ne voit pas pourquoi il chercherait d'autres mots.

Le paragraphe 23 est adopté.

Paragraphe 24

Le paragraphe 24 est adopté.

Paragraphe 25

8. M. PELLET suggère d'ajouter à la fin de la première phrase les mots suivants: «du fait de l'affermissement du principe de l'interdiction du recours à la force armée dans les relations internationales».

9. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial) dit qu'une telle modification ne rendrait pas compte fidèlement du déroulement du débat. M. Koskeniemi et d'autres membres ont fait des observations valables sur la difficulté de prouver l'intention, et M. Pellet a également exprimé ses vues, mais aucun lien n'a été fait entre cela et l'interdiction du recours à la force.

10. M. PELLET dit que M. Brownlie se trompe. Lui-même a établi un tel lien, de même que M. Economides, comme l'indiquent ses propres notes sur le débat.

11. M. MELESCANU dit qu'en fait plusieurs intervenants ont souligné qu'ils ne pouvaient pas accepter le critère de l'intention, étant donné que depuis l'adoption de la Charte des Nations Unies, les parties ne peuvent conclure un traité avec l'intention de recourir à la force débouchant sur un conflit armé. Il y a un lien entre l'intention et le régime relatif à l'emploi de la force; ce lien a bien été établi lors du débat à la Commission. Par ailleurs, il faudrait renforcer l'avant-dernière phrase. M. Melescanu suggère de supprimer les mots «[o]n a également mentionné» et d'ajouter à la fin de la phrase les mots suivants «ont été considérés par de nombreux intervenants comme essentiels pour l'application et le fonctionnement de l'article».

12. M^{me} ESCARAMEIA suggère de commencer cette phrase par: «Plusieurs membres se sont également référés au critère de l'objet et du but...» Cela indiquerait que plus d'un intervenant préféraient ces critères au critère de l'intention.

13. M. ECONOMIDES dit que la raison pour laquelle le critère de l'intention a perdu de l'importance après la Seconde Guerre mondiale est l'adoption de la Charte des Nations Unies, qui a rendu la guerre illégale.

14. M^{me} ESCARAMEIA dit qu'elle est d'accord, mais qu'elle pense que tous les membres ne partagent pas cet avis. Elle suggère d'insérer après la première phrase la phrase suivante: «Certains pensaient que cela était dû au principe de l'interdiction du recours à la force.»

15. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial) dit qu'il est tout à fait disposé à accepter cette modification. En revanche, il juge inacceptable la suggestion selon laquelle l'ensemble du débat a établi un lien entre l'intention et l'interdiction du recours à la force, alors que l'essentiel de ce débat portait sur la viabilité technique du critère de l'intention, en particulier les difficultés qu'il y avait à prouver l'intention. Certes, certains intervenants ont relié les deux; mais c'était simplement parce qu'ils pensaient que l'ensemble du sujet concernait le recours à la force alors qu'en fait il concernait le droit des traités.

16. Le PRÉSIDENT, notant que de nombreux membres semblent partager l'avis que la question du critère de l'intention est liée à l'interdiction du recours à la force, suggère que, si le Rapporteur spécial est d'accord, la modification de la première phrase proposée par M. Pellet et celle de l'avant-dernière phrase proposée par M^{me} Escarameia soient adoptées.

Le paragraphe 25, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 26

Le paragraphe 26 est adopté.

6. ARTICLE 5. DISPOSITIONS EXPRESSES SUR L'APPLICATION DES TRAITÉS

Paragraphe 27 et 28

Les paragraphes 27 et 28 sont adoptés.

7. ARTICLE 6. TRAITÉS RELATIFS À LA SITUATION QUI A OCCASIONNÉ LE RECOURS AU CONFLIT ARMÉ

Paragraphe 29 et 30

Les paragraphes 29 et 30 sont adoptés.

8. ARTICLE 7. APPLICATION DES TRAITÉS DONT L'OBJET ET LE BUT IMPLIQUENT NÉCESSAIREMENT QU'ILS SONT APPLICABLES

Paragraphe 31 à 33

Les paragraphes 31, 32 et 33 sont adoptés.

La section B, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

Le chapitre X du projet de rapport de la Commission, dans son ensemble, tel qu'il a été modifié, est adopté.

CHAPITRE XII. Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international (A/CN.4/L.700)

A. Introduction

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

17. M. PELLET dit qu'il faudrait au moins ajouter une note de bas de page indiquant le nom des auteurs des cinq études mentionnées au paragraphe 2.

18. M^{me} ESCARAMEIA dit que le Groupe d'étude a examiné le document sur la «Clause de déconnexion» de la même manière que les cinq autres études. Elle suggère donc que cela ne soit pas mentionné séparément dans la dernière phrase du paragraphe, mais plutôt à la fin de la phrase précédente, qui se lirait alors «... en tant que règles de conflit et f) un document informel sur la "Clause de déconnexion"».

19. Après un débat sur la forme auquel participent le PRÉSIDENT, M^{me} XUE et M^{me} ESCARAMEIA, M. GAJA appelle l'attention sur le fait que le paragraphe 2 est aligné sur le paragraphe 442 du rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-septième session³⁸⁷, dans lequel le document informel sur la «Clause de déconnexion» faisait l'objet d'une phrase séparée à la fin du paragraphe, sans que les auteurs ne soient mentionnés.

Le paragraphe 2 est adopté.

Paragraphe 3 et 4

Les paragraphes 3 et 4 sont adoptés.

La section A est adoptée.

B. Examen du sujet à la présente session

Paragraphe 5

20. M. GAJA dit que la dernière phrase laisse entendre que les conclusions du Groupe d'étude sont obscures. Il propose donc qu'elle se lise «... ces conclusions devraient être lues à la lumière de l'étude analytique...», pour exprimer l'idée que bien qu'elle soit importante, l'étude analytique n'est pas la clef de la compréhension du rapport parfaitement intelligible qu'a établi le Groupe d'étude.

21. M. PELLET suggère qu'il serait plus simple et plus rationnel de supprimer les mots «pour être pleinement comprises».

22. M. GAJA note que la version anglaise se lirait alors «... these conclusions should be read in connection with the analytical study...»

Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 6

Le paragraphe 6 est adopté.

Paragraphe 7

23. M. PELLET dit qu'il serait bon d'indiquer au paragraphe 7 que la Commission a demandé que l'étude analytique finalisée par le Président du Groupe d'étude soit affichée sur le site Internet de la Commission et publiée dans l'*Annuaire*.

24. Le PRÉSIDENT dit que cet ajout donnerait l'impression erronée que c'est la première fois qu'une telle procédure est suivie.

25. M. PELLET dit que, dans ce cas, après la parenthèse «(sect. D.2 ci-dessous)» il faudrait ajouter les mots «et demandé que, selon l'usage, l'étude analytique du Président du Groupe de travail soit rendue accessible sur le site Internet de la Commission et publiée dans la première partie du volume II de l'*Annuaire de la Commission*».

26. M. MIKULKA (Secrétaire de la Commission) demande instamment à la Commission d'être prudente, car un tel libellé pourrait être mal interprété et laisser croire qu'en l'absence d'une demande explicite et d'une autorisation expresse de la Commission, le Secrétariat n'est pas autorisé à publier des études dépassant un certain nombre de pages dans l'*Annuaire*. L'étude sera bien entendu publiée dans l'*Annuaire*.

27. M. CANDIOTI dit que les lecteurs du rapport souhaiteront savoir où ils peuvent trouver l'étude, ce qui est très important. C'est pourquoi il approuve l'idée d'ajouter une note de bas de page indiquant que l'étude sera publiée en temps voulu dans l'*Annuaire* et affichée sur le site Internet de la Commission.

28. En réponse à une suggestion de M. GAJA, M. MIKULKA (Secrétaire de la Commission) dit que l'étude analytique sera certainement distribuée aux membres de la Sixième Commission et aux personnes qui participent à ses séances.

³⁸⁷ *Annuaire...* 2005, vol. II (2^e partie), document A/60/10, p. 84.

29. M. PELLET dit que, dans ce cas, il serait utile d'indiquer dans une note de bas de page que l'étude sera distribuée aux membres de la Sixième Commission. En outre, étant donné qu'il est plutôt cavalier de simplement prendre note du rapport très bien conçu qu'a établi le Groupe d'étude, il maintient sa proposition antérieure, plutôt que celle de M. Candioti, afin de souligner le fait que la Commission souhaite diffuser le rapport.

30. M. GAJA dit qu'il serait peut-être utile pour le secrétariat que le rapport de la Commission contienne une recommandation tendant à ce que l'étude analytique soit distribuée aux membres de la Sixième Commission. De plus, ce serait un moyen de reconnaître officiellement la contribution de M. Koskenniemi.

31. M. BROWNLIE dit qu'il appuie fermement la proposition de M. Pellet, car le sujet de la fragmentation a suscité un très grand intérêt dans les universités et ailleurs. La réputation de la Commission se trouverait donc renforcée si le rapport était aisément accessible.

32. M. ECONOMIDES demande s'il est conforme à la pratique habituelle de la Commission de faire référence, dans le rapport, à une proposition d'un membre qui a été rejetée. Lui-même a présenté une proposition écrite et orale tendant à ce que la Commission examine la fragmentation «positive» et «négative», suggestion qui n'a pas emporté l'adhésion du Groupe d'étude ni de la Commission réunie en plénière.

33. M. PELLET propose d'écrire: «La proposition d'un membre selon laquelle il conviendrait de distinguer la fragmentation "positive" et la fragmentation "négative" n'a pas été endossée par la Commission.»

Le paragraphe 7, ainsi modifié, est adopté.

La section B, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

34. Le PRÉSIDENT annonce que le chapitre XII du projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-huitième session sera complété par une section C contenant un hommage au Groupe d'étude et à son Président et une section D reprenant le contenu de la section B (Historique) et de la section C (Conclusions des travaux du Groupe d'étude) du document A/CN.4/L.702.

35. Il considère que la Commission souhaite inclure le texte ci-après dans le chapitre XII du rapport sur les travaux de sa cinquante-huitième session:

«À sa 2911^e séance, le 9 août 2006, la Commission a adopté la résolution suivante par acclamation:

“La Commission du droit international,

“Ayant pris note du rapport et des conclusions du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international,

“Exprime au Groupe d'étude et à son Président, M. Martti Koskenniemi, sa profonde gratitude et ses chaleureuses félicitations pour la contribution exceptionnelle qu'ils ont apportée à l'élaboration du rapport

sur la “Fragmentation du droit international” et pour les résultats qu'ils ont obtenus dans l'élaboration des conclusions et de l'étude jointe sur la “Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international”, qui ont été finalisées par le Président”.»

Il en est ainsi décidé.

Les nouvelles sections C et D sont adoptées.

Le chapitre XII du projet de rapport de la Commission, dans son ensemble, tel qu'il a été modifié, est adopté.

CHAPITRE VIII. Les réserves aux traités (A/CN.4/L.696 et Corr.1 et Add.1 à 3)

36. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à commencer l'examen du chapitre VIII du rapport et appelle l'attention sur les parties du chapitre figurant dans les documents A/CN.4/L.696 et Corr.1.

A. Introduction

Paragraphe 1 à 9

Les paragraphes 1 à 9 sont adoptés.

La section A est adoptée.

B. Examen du sujet à la présente session

Paragraphe 10 (A/CN.4/L.696/Corr.1)

Le paragraphe 10, tel que modifié par le document A/CN.4/L.696/Corr.1, est adopté.

Paragraphe 11 et 12

Les paragraphes 11 et 12 sont adoptés, étant entendu qu'ils seront complétés par le secrétariat.

Paragraphe 13 et 14

Les paragraphes 13 et 14 sont adoptés.

Paragraphe 15

Le paragraphe 15 est adopté, étant entendu qu'il sera complété par le secrétariat.

Paragraphe 16

Le paragraphe 16 est adopté.

C. Texte des projets de directive concernant les réserves aux traités adoptés provisoirement à ce jour par la Commission

1. TEXTE DES PROJETS DE DIRECTIVE

Paragraphe 17

Le paragraphe 17 est adopté.

37. M. KATEKA dit qu'il souhaite saluer la sagesse dont le Rapporteur spécial a fait preuve en reproduisant le texte de toutes les directives qui ont été adoptées provisoirement. Cela est très utile au lecteur.

La partie du chapitre VIII figurant dans le document A/CN.4/L.696 et Corr.1, dans son ensemble, telle que modifiée, est adoptée, sous réserve de l'ajout des numéros et dates de séances aux paragraphes 11, 12 et 15.

38. Le PRÉSIDENT appelle l'attention des membres sur la partie du chapitre VIII figurant dans le document A/CN.4/L.696/Add.1.

B. Examen du sujet à la présente session (A/CN.4/L.696/Add.1)

1. PRÉSENTATION DE LA DEUXIÈME PARTIE DU DIXIÈME RAPPORT PAR LE RAP- PORTEUR SPÉCIAL

Paragraphe 18

39. M. GAJA dit que, dans la version anglaise, les mots «*had not been able to be*» doivent être remplacés par «*could not be*».

Le paragraphe 18, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 19

Le paragraphe 19, tel que modifié par le document A/CN.4/L.696/Add.1/Corr.1 en anglais, arabe, chinois, espagnol, et russe est adopté.

Paragraphes 20 à 22

Les paragraphes 20 à 22 sont adoptés.

Paragraphe 23

40. M. GAJA dit que les mots «se renforcent» doivent être remplacés par «s'appuient».

Le paragraphe 23, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 24

41. M. GAJA dit que, dans la version anglaise, le mot «*non-validity*» doit être remplacé par «*invalidity*».

Le paragraphe 24, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 25

42. M. GAJA dit que les mots «une certaine partie de la doctrine» doivent être remplacés par «certains auteurs».

Le paragraphe 25, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 26 à 28

Les paragraphes 26 à 28 sont adoptés.

2. RÉSUMÉ DU DÉBAT

Paragraphe 29

43. M. GAJA dit que dans la deuxième phrase, les mots «relève plutôt de la finalité» doivent être remplacés par «consiste en l'objectif» et les mots «que de ceux-ci» par «qu'en ceux-ci».

Le paragraphe 29, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 30

Le paragraphe 30, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 31

44. M. GAJA dit que le mot «remaniée» doit être remplacé par «révisée».

Le paragraphe 31, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 32

Le paragraphe 32 est adopté.

Paragraphe 33

45. M^{me} ESCARAMEIA dit qu'à la fin de la dernière phrase, il faudrait insérer les mots «*, qui constituait un élément d'interprétation essentiel selon l'article 31 des Conventions de Vienne sur le droit des traités*».

46. M. PELLET (Rapporteur spécial) propose une modification rédactionnelle de la version française.

Le paragraphe 33, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 34 à 39

Les paragraphes 34 à 39 sont adoptés.

Paragraphe 40

47. M^{me} ESCARAMEIA dit que la dernière phrase est inexacte et qu'il faudrait la modifier en supprimant les mots «comprenaient ceux» et en ajoutant, à la fin, les mots «pouvaient se prononcer sur la légalité des réserves formulées par les États, même si une telle compétence n'était pas expressément prévue par le traité».

48. M. PELLET (Rapporteur spécial) propose une modification rédactionnelle de la version française.

Le paragraphe 40, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 41

49. M^{me} ESCARAMEIA propose d'ajouter une seconde phrase qui se lirait comme suit: «D'autres membres ont émis l'avis contraire.»

Le paragraphe 41, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 42

50. M^{me} ESCARAMEIA propose une modification découlant de celle apportée au paragraphe précédent: dans la première phrase, les mots «Dans le même sens» doivent être remplacés par «Quelques membres ont estimé que».

51. M. GAJA dit que dans la deuxième phrase de la version anglaise, le mot «*raised*» doit être remplacé par «*made*».

52. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit que dans la version française, le texte de la dernière phrase doit être aligné sur celui de la version anglaise. Les mots «au fond» doivent être remplacés par «au cœur» et les mots «autour de» par «relative à».

Le paragraphe 42, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 43 et 44

Les paragraphes 43 et 44 sont adoptés.

Paragraphe 45

53. M. GAJA dit que dans la version anglaise, les mots «*have the effect*» doivent être remplacés par «*entail the risk*» et que les mots «*in order*» doivent être insérés entre «*use*» et «*to criticize*».

54. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit qu'il faut modifier la version française en conséquence et remplacer le mot «comporter» par «entraîner» et «de les utiliser» par «qu'ils soient utilisés».

Le paragraphe 45, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 46

55. M. PELLET (Rapporteur spécial) propose de remplacer les mots «à savoir ce qui se passe si» par «au cas où» et d'ajouter les mots «ou sa validité» après «la qualification de la réserve».

Le paragraphe 46, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 47

56. M. PELLET (Rapporteur spécial) propose de remplacer le mot «rappelé» par «dit».

Le paragraphe 47, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 48

57. M. ECONOMIDES dit que dans la deuxième phrase de la version française, le mot «constitution» doit être remplacé par «proposition». Dans la même phrase, les mots «ne semble pas être compatible avec le droit de la responsabilité internationale et» doivent être insérés après le mot «proposition».

58. M^{me} XUE (Rapporteur), appuyée par M. PELLET, propose de différencier la deuxième phrase, qui exprime l'avis d'un membre, de la première, qui exprime l'avis de plusieurs membres. Les mots «une telle proposition» devraient être précédés de «Il a été dit qu'».

Le paragraphe 48, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 49 et 50

Les paragraphes 49 et 50 sont adoptés.

Paragraphe 51

59. M. GAJA dit que dans la version anglaise, le mot «*arbiter*» doit être remplacé par «*arbitrator*».

Le paragraphe 51, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 52

60. M. PELLET (Rapporteur spécial) propose une modification rédactionnelle de la version française.

Le paragraphe 52 est adopté avec cette modification.

Paragraphe 53

61. M. GAJA propose que dans la première phrase, les mots «la lacune normative de la Convention de Vienne ne permettait pas de répondre à la question de savoir si» par «la Convention de Vienne n'indiquait pas si».

Le paragraphe 53, ainsi modifié, est adopté.

La partie du chapitre VIII figurant dans le document A/CN.4/L.696/Add.1, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

62. Le PRÉSIDENT appelle l'attention des membres sur la partie du chapitre VIII figurant dans le document A/CN.4/L.696/Add.2.

B. Examen du sujet à la présente session (suite)

3. CONCLUSIONS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (A/CN.4/L.696/Add.2)

Paragraphe 54 à 57

Les paragraphes 54 à 57 sont adoptés.

Paragraphe 58

63. M. GAJA dit que dans la version anglaise, le mot «*start*» doit être remplacé par «*beginning*», qui évoque une période plus longue dans la vie d'un traité.

Le paragraphe 58, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 59 à 68

Les paragraphes 59 à 68 sont adoptés.

La partie du chapitre VIII, figurant dans le document A/CN.4/L.696/Add.2, telle que modifiée, est adoptée.

CHAPITRE VII. Responsabilité des organisations internationales (fin) [A/CN.4/L.695 et Corr.1 et Add.1 et Corr.1 et Add.2]

C. Texte des projets d'article sur la responsabilité des organisations internationales adopté à ce jour à titre provisoire par la Commission (suite)

2. TEXTE DES PROJETS D'ARTICLE ET COMMENTAIRES Y RELATIFS ADOPTÉ PAR LA COMMISSION À SA CINQUANTE-HUITIÈME SESSION (suite)

Commentaire de l'article 30 (Effet du présent chapitre) [suite]

Nouveau paragraphe 1

64. M. GAJA (Rapporteur spécial) propose d'insérer un nouveau paragraphe 1 qui se lirait comme suit:

«Le présent projet d'article trouve un parallèle au projet d'article 16, selon lequel le chapitre sur la responsabilité d'une organisation internationale à raison du fait d'un État ou d'une autre organisation internationale est "sans préjudice" de la responsabilité internationale de l'État ou de l'organisation internationale qui commet le fait en question, ou de tout autre État ou organisation internationale.»

Les paragraphes suivants seraient renumérotés en conséquence.

Le nouveau paragraphe 1 est adopté.

65. Le PRÉSIDENT rappelle que le paragraphe 1 initial, qui doit devenir le paragraphe 2, a été adopté à la séance précédente.

Paragraphe 2 initial

66. M. GAJA (Rapporteur spécial) lit une proposition élaborée avec l'assistance de M. Economides. Dans la première phrase, le mot «comparable» serait remplacé par «analogue». La troisième phrase serait remplacée par les deux phrases ci-après: «En revanche, une disposition "sans préjudice" analogue à celle de l'article 19 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite³⁸⁸ aurait une certaine raison d'être si elle concernait les organisations internationales. L'absence dans le chapitre d'une disposition comparable à l'article 19 aurait pu susciter des doutes.» Le reste du paragraphe demeurerait en l'état.

Le paragraphe 2 initial, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 3 initial

67. M. PELLET dit que pour aligner la version française sur la version anglaise, il faudrait remplacer dans tout le paragraphe le mot «article» par «projet d'article».

Le paragraphe 3 initial est adopté avec cette modification apportée à la version française.

Le commentaire de l'article 30, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Le chapitre VII du projet de rapport de la Commission, dans son ensemble, tel qu'il a été modifié, est adopté.

CHAPITRE I. Introduction (A/CN.4/L.689)

Paragraphe 1 à 12

Les paragraphes 1 à 12 sont adoptés.

Le chapitre I du projet de rapport de la Commission, dans son ensemble, est adopté.

CHAPITRE II. Résumé des travaux de la Commission à sa cinquante-huitième session (A/CN.4/L.690)

Paragraphe 1

68. M. PELLET fait observer qu'il faut compléter le paragraphe avant de pouvoir l'adopter. Il tient à ce qu'il soit consigné dans le compte rendu de la séance qu'il désapprouve la décision de la Commission de recommander l'élaboration d'une convention sur la base des projets d'article sur la protection diplomatique. Comme M. Candiotti, il ne pense pas que cette décision soit logique; le sujet aurait dû connaître le même sort que le projet d'articles sur la responsabilité de l'État.

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2 et 3

Les paragraphes 2 et 3 sont adoptés.

Paragraphe 4

69. M. GAJA note que la Commission a adopté 14 projets d'article relatifs aux circonstances excluant l'illicéité et à la responsabilité de l'État à raison du fait d'une organisation internationale, et non 13 comme indiqué.

Le paragraphe 4, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 5

Le paragraphe 5 est adopté.

Paragraphe 6

70. M. PELLET dit que dans la deuxième phrase, les crochets doivent être supprimés et le texte doit se lire «[L]a Commission a adopté 10 principes directeurs...»

71. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO dit qu'en fait, le texte doit se lire «La Commission a adopté 10 principes directeurs et les commentaires y relatifs.»

72. M. PELLET fait observer qu'il serait prématuré d'affirmer que les commentaires seront adoptés le lendemain.

L'adoption du paragraphe 6 est reportée.

Paragraphe 7

Le paragraphe 7 est adopté.

Paragraphe 8

73. M. GALICKI (Rapporteur spécial) fait observer que «*judicare*» a été orthographié tout au long de l'examen du sujet avec un «j» et non avec un «i».

Le paragraphe 8 est adopté avec cette correction.

Paragraphe 9

74. M^{me} ESCARAMEIA dit qu'à son avis, il faudrait conserver le texte placé entre crochets. La Commission devrait également prendre note de la vaste étude analytique sur la fragmentation du droit international, sans quoi l'on pourrait penser que cette étude n'existe pas.

75. M. PELLET dit qu'il approuve la suggestion de M^{me} Escarameia sur le fond. Cependant, la Commission vient d'adopter le document A/CN.4/L.700, où il est affirmé, au paragraphe 7, que la Commission a décidé de simplement prendre note des conclusions du Groupe d'étude; il ne serait donc pas logique d'aller plus loin que cela dans le résumé.

76. M^{me} ESCARAMEIA dit que le texte pourrait au moins indiquer que la Commission était saisie des deux documents, de manière à reconnaître l'existence du vaste document analytique, et qu'elle a examiné le rapport et en a pris note. Il n'est pas nécessaire d'en dire plus sur le document analytique, puisque la Commission ne l'a pas examiné.

77. M. MANSFIELD suggère d'inverser l'ordre des deux parties du paragraphe, qui se lirait alors comme suit: «... le Groupe d'étude a ainsi complété

³⁸⁸ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 27.

son travail de synthèse (2003-2006) sur la base d'un rapport final établi par son Président (A/CN.4/L.682), et la Commission a pris note de ce rapport et du rapport du Groupe d'étude contenant un ensemble de 42 conclusions (chap. XII)».

78. M. ECONOMIDES dit que dans la version française, les mots «en s'appuyant» n'ont pas de sens et doivent être corrigés. Bien que le Président ait présenté le document, le Groupe d'étude l'a adopté et a examiné et adopté toutes les recommandations. Il s'agit donc du travail du Groupe d'étude, qui a été accompli sur la suggestion du Président. M. Economides pense aussi qu'il faudrait faire référence à la vaste étude analytique de M. Koskenniemi; malheureusement, elle n'est pas encore disponible en français. Il demande au secrétariat si la version française du document sera prête avant la fin de la session.

79. M. CANDIOTI dit qu'il faudrait remanier le paragraphe 9 de manière à présenter les choses dans l'ordre chronologique. Premièrement, il faudrait faire mention du volumineux rapport analytique établi par le Président. Il ne voit pas pourquoi il est qualifié de «final» – il serait préférable de parler de «l'étude analytique exhaustive réalisée par le Président». On parlerait ensuite du rapport du Groupe de travail puis des conclusions, dont la Commission a simplement pris note.

80. M. PELLET pense, comme M. Mansfield et M. Candiotti, que le paragraphe devrait suivre l'ordre chronologique des événements. Bien qu'il soit très regrettable que la vaste étude analytique n'ait pas encore été traduite, le Groupe d'étude a, après tout, travaillé sur la base de l'original. Quoiqu'il en soit, le secrétariat a indiqué que la traduction dans d'autres langues serait disponible très rapidement. Le texte devrait en outre relier le travail du Groupe de planification et l'étude analytique et non parler de l'étude analytique dans le contexte des travaux de la Commission, laquelle ne l'a pas examinée. La dernière phrase devrait indiquer que la Commission, et non le Groupe d'étude, a ainsi achevé ses travaux de fond sur le sujet.

81. Le PRÉSIDENT suggère que le paragraphe se lise: «... la Commission a examiné le rapport du Groupe d'étude contenant un ensemble de 42 conclusions établi sur la base de l'étude analytique élaborée par le Président du Groupe d'étude».

82. M. MANSFIELD suggère de revenir à la question ultérieurement avec un nouveau texte. L'étude analytique a en effet été réalisée par le Président, mais celui-ci a tenu compte du travail d'autres membres du Groupe d'étude.

83. M. PELLET approuve et souligne que le nouveau paragraphe devrait suivre étroitement la formulation des paragraphes 5 et 7 du document A/CN.4/L.700.

L'adoption du paragraphe 9 est reportée.

Paragraphe 10

L'adoption du paragraphe 10 est reportée.

Paragraphe 11

84. M. PELLET dit qu'il serait normal de placer la CIJ au début de la liste des organismes avec lesquels la Commission a poursuivi ses échanges traditionnels d'informations.

Le paragraphe 11, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 12

Le paragraphe 12 est adopté.

Paragraphe 13

Le paragraphe 13 est adopté, sous réserve de l'ajout des dates et du numéro de section qui conviennent.

CHAPITRE III. Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission (A/CN.4/L.691)

85. M. PELLET fait observer que certaines parties du document A/CN.4/L.691 ont été rédigées en français et qu'il faudrait donc indiquer que les langues originales sont l'anglais et le français.

86. Le PRÉSIDENT dit que le secrétariat apportera la correction nécessaire.

A. Ressources naturelles partagées

La section A est adoptée.

B. Responsabilité des organisations internationales

87. M. PELLET dit que dans la version française, à l'alinéa *a* du deuxième paragraphe, les mots «la partie lésée» doivent être remplacés par «la personne lésée».

88. M. CANDIOTI, se référant également à l'alinéa *a*, dit que l'indemnisation n'est qu'une forme de réparation; il serait préférable d'employer un terme plus général. Il propose donc que les mots «sont-ils tenus d'indemniser la personne lésée» soient remplacés par «sont-ils tenus à la réparation».

89. M. PELLET dit qu'il n'est pas d'accord: la question ne se pose que dans le cas de l'indemnisation; elle ne se pose pas en cas de *restitutio in integrum* et certainement pas en cas de satisfaction.

90. M. GAJA (Rapporteur spécial) dit que la proposition de M. Pellet tendant à remplacer «la partie lésée» par «la personne lésée» ne concerne que la version française.

91. Quant à la proposition de M. Candiotti, il lui semble que la question doit être centrée sur l'indemnisation, qui est l'hypothèse la plus réaliste. Il est vrai qu'une organisation internationale ne verse pas nécessairement une indemnisation, mais il s'agit de savoir si les États membres d'une organisation internationale qui ne sont pas responsables sont tenus de verser des fonds ou de payer la partie lésée directement. En introduisant l'idée de réparation, on soulèverait de nouveau la question de la responsabilité subsidiaire, que la Commission a déjà traitée dans le projet d'article 29.

92. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO dit que bien que l'observation de M. Candioti concernant la réparation soit fondée, il apprécie également l'explication de M. Gaja. À son avis, la version espagnole, qui emploie le mot «*reparación*», devrait être alignée sur la version française («*indemniser*»).

La section B est adoptée avec les modifications proposées pour la version française et la version espagnole.

C. Les réserves aux traités

La section C est adoptée.

D. L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)

93. M. PELLET, se référant aux alinéas *c* et *d* du premier paragraphe, dit que le fait de demander aux États des informations concernant à la fois la compétence universelle et l'obligation *aut dedere aut judicare* risque de prêter à confusion. Il serait préférable de supprimer les mots «*du principe de compétence universelle*», sans quoi la Commission s'engagerait à adopter une approche du sujet qui a été contestée lors du débat, ce qui risque de susciter des attentes vaines et dangereuses.

94. M. GALICKI (Rapporteur spécial) dit que, comme M. Pellet l'a sans doute remarqué, il a éliminé des alinéas *a* et *b* toute référence à la compétence universelle. Son intention, dans les alinéas *c* et *d*, était d'inciter les États à répondre, mais si une telle incitation est jugée inutile, il est disposé à appuyer la proposition de M. Pellet tendant à supprimer la référence à la compétence universelle.

95. M. MOMTAZ dit que plus de 100 États ont prévu la compétence universelle dans leur législation, et que seul un petit nombre d'entre eux l'ont actuellement mise en œuvre. Il serait utile de connaître la raison de cette hésitation.

96. M. GAJA dit que la compétence universelle ne fait pas encore partie du sujet et n'en fera peut-être jamais partie. Il serait trompeur de la mentionner, car cela donnerait l'impression que le sujet a été élargi, ce qui est une possibilité, mais ni le Rapporteur spécial ni la Commission n'ont encore décidé de le faire. Il serait préférable de se concentrer sur l'obligation *aut dedere aut judicare*, comme l'a suggéré M. Pellet.

97. M. CANDIOTI est d'accord avec M. Gaja et M. Pellet. Il se demande toutefois si le sujet de l'alinéa *d* n'est pas déjà inclus dans l'alinéa *b*.

98. M. GALICKI (Rapporteur spécial) dit que M. Candioti a raison dans une certaine mesure. Cependant, il tient tout particulièrement à obtenir une réponse directe à la question formulée à l'alinéa *d*, car si la Commission doit, sur la base de la pratique, limiter l'obligation à certains types de crimes ou infractions, elle aura besoin de savoir quels crimes ou infractions sont acceptables pour chaque État. Cela étant, il serait également utile d'obtenir des États les informations plus vastes demandées à l'alinéa *b* et relatives, non seulement aux crimes et infractions, mais aussi aux procédures pénales concernant l'obligation d'extrader ou de poursuivre. Le Rapporteur spécial a séparé les deux questions car en

répondant à la demande d'informations plus générales formulée à l'alinéa *b*, les États risquent de ne pas fournir les informations spécifiques demandées à l'alinéa *d*.

La section D, ainsi modifiée, est adoptée.

E. Autres décisions et conclusions de la Commission

La section E est adoptée.

Le chapitre III du projet de rapport de la Commission, dans son ensemble, tel qu'il a été modifié, est adopté.

La séance est levée à 13 h 5.

2912^e SÉANCE

Jeudi 10 août 2006, à 10 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Koskeniemi, M. Mansfield, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M^{me} Xue.

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-huitième session (*suite*)

CHAPITRE VIII. *Les réserves aux traités (suite)* [A/CN.4/L.696 et Corr.1, Add.1 à 3]

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen du document A/CN.4/L.696/Add.3.

C. Texte des projets de directive concernant les réserves aux traités adoptés provisoirement à ce jour par la Commission

2. TEXTE DES PROJETS DE DIRECTIVE ET COMMENTAIRES Y RELATIFS ADOPTÉS PAR LA COMMISSION À SA CINQUANTE-HUITIÈME SESSION

3. LA VALIDITÉ DES RÉSERVES ET DES DÉCLARATIONS INTERPRÉTATIVES

Commentaire

Paragraphe 1

2. M. BROWNLIE dit qu'à la deuxième ligne de la version anglaise il faut ajouter le mot «*of*».

Le paragraphe 1, ainsi modifié dans le texte anglais, est adopté.

Paragraphe 2 à 8

Les paragraphes 2 à 8 sont adoptés.

Commentaire du projet de directive 3.1 (Validité matérielle d'une réserve)

Paragraphe 1 à 4

Les paragraphes 1 à 4 sont adoptés.

Paragraphe 5

3. M^{me} ESCARAMEIA, très surprise que la première phrase, qui figurait déjà dans le rapport du Rapporteur spécial et qui a été vivement critiquée pendant le débat, apparaisse de nouveau dans le commentaire, propose que la deuxième partie de cette phrase se lise comme suit: «... même si la Convention part d'une présomption en faveur de la possibilité de formuler des réserves».

4. M. PELLET (Rapporteur spécial) serait d'accord pour supprimer les mots «sans aucun doute» mais pas pour modifier la fin de la phrase. Il propose d'insérer entre la première et la deuxième phrase une nouvelle phrase qui se lirait comme suit: «Certains membres ont contesté l'existence d'une telle présomption.»

Le paragraphe 5, tel que modifié par le Rapporteur spécial, est adopté.

Paragraphe 6 et 7

Les paragraphes 6 et 7 sont adoptés.

Paragraphe 8

5. M^{me} ESCARAMEIA propose de supprimer les mots qui figurent entre parenthèses, c'est-à-dire «et, par suite, de la présomption de sa validité».

Le paragraphe 8, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 9

6. M. GAJA, jugeant étrange que l'on dise qu'une convention «ne s'est pas non plus préoccupée», propose que la dernière phrase se termine après les mots «la Convention de Vienne».

7. M. PELLET (Rapporteur spécial) propose de remplacer les mots «qui ne s'est pas non plus préoccupée de cet inconvénient» par «qui a laissé subsister cet inconvénient».

Le paragraphe 9, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 10

Le paragraphe 10 est adopté.

Le commentaire du projet de directive 3.1, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire du projet de directive 3.1.1 (Réserves expressément interdites par le traité)

Paragraphe 1

8. M^{me} ESCARAMEIA propose de remplacer la deuxième phrase, qu'elle juge trop catégorique, par une phrase qui se lirait comme suit: «Cela ne semble pas être le cas.»

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 2 à 5

Les paragraphes 2 à 5 sont adoptés.

Paragraphe 6

9. M^{me} ESCARAMEIA souhaiterait qu'à la dernière phrase les mots «très grand libéralisme» soient remplacés par une formulation moins catégorique.

10. M. BROWNLIE propose de remplacer «au très grand libéralisme» par «à la relative souplesse».

Le paragraphe 6, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 7 à 12

Les paragraphes 7 à 12 sont adoptés.

Le commentaire du projet de directive 3.1.1, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire du projet de directive 3.1.2 (Définition des réserves déterminées)

Paragraphe 1

11. M. GAJA propose de remplacer, à la cinquième ligne de la version anglaise, les mots «details» par «elements».

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 2

Le paragraphe 2 est adopté.

Paragraphe 3

12. M. GAJA propose, d'une part, d'insérer avant la dernière phrase une phrase qui se lirait comme suit: «Une telle réserve peut également faire l'objet d'autres objections.» D'autre part, il suggère de déplacer la dernière phrase qui, pour lui, concerne plutôt le projet de directive 3.1.4.

13. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit qu'il ne voit pas d'inconvénient à la première proposition de M. Gaja, mais pense qu'il faudrait préciser la fin de la phrase proposée pour qu'elle se lise comme suit: «Une telle réserve peut également faire l'objet d'une objection reposant sur un autre motif.» Pour éviter la répétition du mot «telle», la phrase suivante commencerait par: «C'est la raison pour laquelle...» En revanche, M. Pellet est radicalement hostile à la proposition de M. Gaja tendant à déplacer la dernière phrase du paragraphe 3, car elle porte sur un terme qui figure dans le projet de directive 3.1.2.

Le paragraphe 3 est adopté moyennant l'ajout proposé par M. Gaja.

Paragraphe 4 à 9

Les paragraphes 4 à 9 sont adoptés.

Paragraphe 10

14. M. GAJA propose de ne conserver, dans les notes dont les appels se trouvent, respectivement, après «objecter» et «autorisées», que la première phrase, car les suivantes contiennent des explications qui sont répétées plus loin. Il propose en outre, pour nuancer le texte du commentaire, de supprimer le mot «expressément», dans la deuxième phrase, et d'ajouter le mot «relativement» avant «ouvert», dans la troisième phrase.

Le paragraphe 10, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 11 à 13

Les paragraphes 11 à 13 sont adoptés.

Le commentaire du projet de directive 3.1.2, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire du projet de directive 3.1.3 (Validité des réserves non interdites par le traité)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

15. M. GAJA propose de supprimer le mot «éminent» à la note dont l'appel se trouve après «relativisme radical».

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 4 et 5

Les paragraphes 4 et 5 sont adoptés.

Paragraphe 6

16. M. GAJA propose de remanier comme suit le début de la phrase après le second tiret, «[i]l en va de même pour les réserves déterminées qui sont expressément autorisées par le traité avec un contenu précisé:», le reste de la phrase étant conservé en l'état.

Le paragraphe 6, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 7 à 10

Les paragraphes 7 à 10 sont adoptés.

Le commentaire du projet de directive 3.1.3, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire du projet de directive 3.1.4 (Validité des réserves déterminées)

Paragraphe 1 à 6

Les paragraphes 1 à 6 sont adoptés.

Le commentaire du projet de directive 3.1.4 est adopté.

Commentaire du projet de directive 1.6 (Portée des définitions)

Paragraphe 1

17. M. GAJA prie le Rapporteur spécial de clarifier la dernière phrase.

18. M. PELLET (Rapporteur spécial) propose de reformuler cette phrase comme suit: «... de préciser la portée de l'ensemble des projets de directives relatives à la définition de toutes les déclarations unilatérales qui y sont envisagées, pour bien mettre en évidence leur objet particulier».

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 2 à 7

Les paragraphes 2 à 7 sont adoptés.

Le commentaire du projet de directive 1.6, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire de la directive 2.1.8 [2.1.7 bis]³⁸⁹ (Procédure en cas de réserves manifestement non valides)

Paragraphe 1 à 4

Les paragraphes 1 à 4 sont adoptés.

Paragraphe 5

19. M^{me} ESCARAMEIA propose, dans un souci de clarté, d'ajouter ce qui suit au début de la dernière phrase: «La majorité a considéré que ces procédures s'appliquaient à tous les alinéas, et la Commission a donc estimé qu'il n'était pas justifié...»

Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 6 et 7

Les paragraphes 6 et 7 sont adoptés.

Le commentaire du projet de directive 2.1.8 [2.1.7 bis], tel qu'il a été modifié, est adopté.

La section C, dans son ensemble, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

L'ensemble du chapitre VIII du projet de rapport de la Commission, tel qu'il a été modifié, est adopté.

CHAPITRE XI. L'obligation d'extrader ou de poursuivre (aut dedere aut judicare) [A/CN.4/L.699]

20. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à examiner le chapitre XI du projet de rapport, consacré à l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) [A/CN.4/L.699].

A. Introduction

Paragraphe 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

La section A est adoptée.

B. Examen du sujet à la présente session

1. PRÉSENTATION PAR LE RAPPORTEUR SPÉCIAL

Paragraphe 3 à 5

Les paragraphes 3 à 5 sont adoptés.

Paragraphe 6

21. M. MOMTAZ, se référant à la dernière phrase qui mentionne la possibilité qu'un État veuille remplir les deux termes de l'obligation, demande comment un État pourrait à la fois extrader et juger.

22. M. GALICKI (Rapporteur spécial) explique qu'un État peut juger une personne puis l'extrader pour l'exécution de la peine. Cela arrive souvent dans la pratique et c'est même prévu dans certains traités. Il faudrait peut-être dire «livrer» plutôt qu'«extrader», mais c'est une question qui ne peut être ignorée.

³⁸⁹ Les numéros entre crochets indiquent le numéro de ce projet de directive dans le rapport du Rapporteur spécial ou, le cas échéant, le numéro originel d'un projet de directive figurant dans le rapport du Rapporteur spécial qui a été incorporé au projet de directive final.

23. M. CANDIOTI rappelle que la Commission n'a pas encore défini ce que couvre l'obligation *aut dedere aut judicare*. Lui-même est d'avis qu'il n'y a qu'une seule obligation: poursuivre à défaut d'extrader. Il serait donc préférable d'adopter une formulation plus neutre.

24. M. Sreenivasa RAO, appuyé par M. MOMTAZ, fait observer que l'exécution de la peine ne relève pas de l'extradition.

25. M^{me} ESCARAMEIA dit qu'au contraire nombre de législations nationales prévoient l'extradition pour le jugement et pour l'exécution de la peine. Elle propose de reformuler la phrase comme suit: «On ne pouvait toutefois exclure la possibilité qu'il souhaite juger puis extradier aux fins de l'exécution de la peine.»

26. Sur la proposition de M. GALICKI (Rapporteur spécial) appuyée par M. Sreenivasa RAO et M^{me} XUE, le PRÉSIDENT dit que la dernière phrase est supprimée en attendant que le Rapporteur spécial développe davantage la question dans son prochain rapport.

Le paragraphe 6, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 7

27. M. MELESCANU rappelle que certains membres étaient d'avis qu'il n'y a pas de troisième terme à l'alternative, laquelle consiste à juger ou à déférer à une autre juridiction – que ce soit celle d'un autre État ou une instance internationale. Il propose de supprimer ce paragraphe, d'autant qu'en parlant de compétence exercée «parallèlement» par les juridictions internationales, on donne à penser qu'une personne peut être jugée deux fois pour la même infraction.

28. Le PRÉSIDENT fait observer que le paragraphe 7 relève de la présentation par le Rapporteur spécial, c'est-à-dire ce que le Rapporteur spécial a dit, et non du résumé des débats, qui commence au paragraphe 9.

29. M. CANDIOTI souligne que, dans ce cas, la Commission n'aurait pas dû supprimer la dernière phrase du paragraphe précédent.

30. M. ECONOMIDES estime que la remarque de M. Melescanu est néanmoins fondée en ce que le terme «parallèlement» est mal choisi. Il propose de le remplacer par «à la place de».

31. M. MANSFIELD propose de reformuler la phrase comme suit: «... mais qu'il y avait un autre point à prendre en considération, la compétence juridictionnelle qui pourrait être exercée par une instance pénale internationale».

32. M. GALICKI (Rapporteur spécial) propose de supprimer «parallèlement» à la fin de la phrase, de façon à dire: «... une compétence juridictionnelle parallèle qui serait exercée par un tribunal pénal international».

Le paragraphe 7 est adopté tel que modifié par le Rapporteur spécial.

Paragraphe 8

Le paragraphe 8 est adopté.

2. RÉSUMÉ DU DÉBAT

Paragraphe 9

33. M^{me} ESCARAMEIA, faisant référence à la dernière phrase, suggère que l'on parle de «crimes qui sont uniquement prévus par les législations nationales», plutôt que de «crimes relevant des législations nationales». En effet, nombre de législations nationales sanctionnent des crimes relevant du droit international.

34. M. GAJA suggère, dans le même esprit, de dire: «les crimes qui ne sont pas des crimes internationaux». Par ailleurs, à propos de la phrase antérieure, il indique qu'il faudrait supprimer «*conventional*» dans la version anglaise, car «*treaty instruments*» suffit.

Le paragraphe 9 est adopté moyennant la proposition de M^{me} Escarameia pour la dernière phrase et celle de M. Gaja pour la version anglaise.

Paragraphe 10

Le paragraphe 10 est adopté.

Paragraphe 11

35. M. PELLET fait observer que la deuxième phrase du paragraphe 11 est sans rapport avec ce qui précède et ce qui suit, et il propose donc de la déplacer à la fin du paragraphe 14.

Il en est ainsi décidé.

36. M. MOMTAZ estime que la première phrase est difficilement compréhensible et que des explications seraient nécessaires.

37. M. GAJA dit que le problème tient en partie à la traduction française et que le mot anglais «*gaps*», notamment, doit être rendu par «lacunes» et non par «déséquilibres».

38. M. Sreenivasa RAO demande si le système de contrôle mentionné à la fin de la première phrase concerne l'exécution des peines.

39. M^{me} XUE dit que l'utilisation du mot «*possible*» dans la troisième phrase du texte anglais est étrange et qu'elle voit mal le sens du terme.

40. M. GAJA propose, en réponse à M. Rao, d'ajouter les mots «en ce qui concerne le respect de l'obligation de poursuivre» à la fin de la première phrase. Il propose en outre, en réponse à M^{me} Xue, de remplacer, dans le texte anglais, le mot «*possible*» par les mots «*question of the existence of a*».

Le paragraphe 11, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 12

41. M^{me} ESCARAMEIA dit qu'afin de rendre compte d'une opinion qu'elle et plusieurs autres membres ont émise, il conviendrait d'ajouter à la fin du paragraphe une phrase ainsi libellée: «Certains membres estimaient quant à eux que l'obligation d'extrader ou de poursuivre avait acquis un caractère coutumier, au moins en ce qui concerne les crimes de droit international.»

Le paragraphe 12, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 13

42. M. MOMTAZ dit qu'il ne voit pas pourquoi, comme l'énonce la dernière phrase du paragraphe, les limitations auxquelles l'extradition est assujettie seraient inapplicables dans le cas des crimes internationaux.

43. M. PELLET estime que la phrase en question est correcte puisque certaines limitations, par exemple les règles permettant de ne pas extrader les nationaux ou celles qui accordent l'immunité aux gouvernants, pourraient ne pas s'appliquer. Il propose, pour répondre à la préoccupation de M. Momtaz, de remplacer les mots «nombre des» par «certaines des».

Le paragraphe 13, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 14

44. M. CANDIOTI dit qu'il reconnaît au paragraphe 14 une opinion qu'il a lui-même exprimée. Il propose, pour en rendre compte plus exactement, de modifier comme suit la troisième phrase: «Le sujet et la signification précise de la maxime latine *aut dedere aut judicare* avaient ceci de caractéristique que, à défaut d'extradition, une obligation de poursuivre naissait.» En outre, pour plus de clarté, il conviendrait d'ajouter les mots «de poursuivre» à la fin du paragraphe.

45. M. PELLET dit qu'également pour la clarté l'ordre des phrases constituant le paragraphe 14 devrait être modifié, à savoir: première phrase, puis troisième phrase, puis quatrième phrase, puis deuxième phrase, et enfin phrase transférée du paragraphe 11.

Le paragraphe 14, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 15

Le paragraphe 15 est adopté.

Paragraphe 16

46. M. MOMTAZ dit que, compte tenu du débat, il serait préférable de terminer le paragraphe après les mots *lex specialis*.

47. M. ECONOMIDES propose d'ajouter, pour rendre compte d'une opinion exprimée, la phrase suivante à la fin du paragraphe: «Selon un autre avis, il fallait favoriser dans toute la mesure possible cette troisième voie.»

Le paragraphe 16, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 17 et 18

Les paragraphes 17 et 18 sont adoptés.

3. CONCLUSIONS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

Paragraphe 19

48. M. MOMTAZ dit qu'à la dernière ligne du paragraphe, il conviendrait de supprimer le mot «parallèle»: en effet, la compétence en question peut aussi être exclusive ou supplétive.

Le paragraphe 19, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 20

49. M. GALICKI (Rapporteur spécial), estimant que le paragraphe 20 ne reflète pas fidèlement ses conclusions, indique que l'avant-dernière phrase du paragraphe devrait se terminer après les mots «droits de l'homme» et qu'une nouvelle phrase devrait s'insérer avant la dernière phrase, qui serait ainsi libellée: «De plus, il a souscrit à l'idée que l'ensemble de l'entreprise devait être axé sur l'élaboration de règles secondaires.» La dernière phrase du paragraphe demeurerait inchangée.

Le paragraphe 20, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 21

Le paragraphe 21 est adopté.

La section B, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

Le chapitre XI du rapport de la Commission, dans son ensemble, tel qu'il a été modifié, est adopté.

CHAPITRE II. Résumé des travaux de la Commission à sa cinquante-huitième session (suite) [A/CN.4/L.690]

50. Le PRÉSIDENT rappelle que le paragraphe 9 du chapitre II du rapport de la Commission avait été laissé en suspens pour permettre à M. Mansfield d'en établir le texte. Ce texte est le suivant:

«En ce qui concerne le sujet "Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international", la Commission a examiné le rapport du Groupe d'étude et a pris acte de ses 42 conclusions (chap. XII). Le rapport et ses conclusions ont été préparés sur la base d'une étude analytique finalisée par le Président du Groupe d'étude, qui a résumé et analysé le phénomène de fragmentation en tenant compte des études préparées par divers membres du Groupe d'étude ainsi que du débat au sein du Groupe d'étude lui-même (A/CN.4/L.682). La Commission a demandé que l'étude analytique soit disponible sur son site Internet et publiée dans son *Annuaire*.»

51. M. KOSKENNIEMI (Président du Groupe d'étude), qu'appuient M. KATEKA, M. CANDIOTI, M^{me} ESCARAMEIA et M. MANSFIELD, dit qu'il souhaiterait qu'au paragraphe 9, dont le texte vient d'être lu, la Commission ne se contente pas de «prendre acte» des 42 conclusions du Groupe d'étude, si elle veut faire comprendre qu'elle attache à la fragmentation du droit international l'importance que chacun de ses membres lui a reconnue. Il propose donc d'ajouter les mots «et a fait siennes» après les mots «pris acte» à la troisième ligne du paragraphe.

52. M. PELLET dit que la Commission ne saurait «faire siennes» des conclusions qu'elle n'a pas examinées en détail et auxquelles aucun membre n'a pu apporter de modification en plénière.

53. Après un débat auquel participent M. CHEE, M. BROWNLIE, M. RAO, M. GAJA et M. MANSFIELD, M. VALENCIA-OSPINA propose d'insérer dans le nouveau texte du paragraphe 9 les mots «qu'elle recommande à l'attention de l'Assemblée générale» après le mot «conclusions» qui figure à la troisième ligne.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 9, ainsi modifié, est adopté.

Le chapitre II du projet de rapport de la Commission, dans son ensemble, tel qu'il a été modifié, est adopté.

La séance est levée à 12 h 25.

2913^e SÉANCE

Vendredi 11 août 2006, à 10 heures

Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M. Economides, M^{me} Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Koskeniemi, M. Mansfield, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Valencia-Ospina, M^{me} Xue.

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-huitième session (fin)

CHAPITRE VIII. Les réserves aux traités (fin) [A/CN.4/L.696 et Corr.1, Add.1 à 3]

B. Examen du sujet à la présente session (fin)

1. Le PRÉSIDENT propose d'insérer à la section B du chapitre VIII un paragraphe se lisant comme suit: «La Commission était saisie du onzième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet des réserves aux traités (A/CN.4/564). Elle a décidé d'examiner ce rapport à sa prochaine session en 2007.»

Le nouveau paragraphe est adopté.

La section B, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

Le chapitre VIII du projet de rapport de la Commission, dans son ensemble, tel qu'il a été modifié, est adopté.

CHAPITRE IX. Actes unilatéraux des États (A/CN.4/L.697, Add.1 et Corr.1 et Add.2, A/CN.4/L.703)

2. Le PRÉSIDENT appelle l'attention des membres sur la section A du chapitre IX, figurant dans le document A/CN.4/L.697.

A. Introduction

Paragraphe 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Paragraphe 3

3. M. PELLET dit que, conformément à la pratique habituelle, il serait préférable de compléter la première référence au Groupe de travail en indiquant que celui-ci est à composition non limitée.

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 4 à 7

Les paragraphes 4 à 7 sont adoptés.

La section A, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

4. Le PRÉSIDENT appelle l'attention des membres sur la partie du chapitre IX figurant dans les documents A/CN.4/L.697/Add.1 et Corr.1.

B. Examen du sujet à la présente session

Paragraphe 8

Le paragraphe 8 est adopté.

Paragraphe 9 à 12

5. Le PRÉSIDENT note que, conformément au rectificatif 1, le titre «1. Présentation par le Rapporteur spécial de son neuvième rapport» est supprimé et les paragraphes 9 à 12 remplacés par un paragraphe unique.

Le texte du document A/CN.4/697/Add.1/Corr.1 est adopté, remplaçant les paragraphes 9 à 12.

Paragraphe 13

Le paragraphe 13 est adopté.

La partie du chapitre IX figurant dans les documents A/CN.4/L.697/Add.1 et Corr.1, tels que modifiés, est adoptée.

6. Le PRÉSIDENT appelle l'attention des membres sur la partie du chapitre IX figurant dans le document A/CN.4/L.697/Add.2.

B. Examen du sujet à la présente session (suite)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2 à 5

7. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial) fait observer que, parmi les paragraphes du document A/CN.4/L.697/Add.2, seuls 1 et 5 appartiennent à la section B. Les paragraphes 2 à 4, qui reproduisent les paragraphes 2 à 4 du rapport du Groupe de travail (A/CN.4/L.703), relèvent de la section C.

8. M. PELLET dit qu'il faudrait alors remplacer le membre de phrase «Au bénéfice de ces remarques, la Commission adopte», figurant au début de l'actuel paragraphe 5, par «À l'issue de cet examen, la Commission adopte», puisque ce paragraphe viendrait directement après le paragraphe 1, sans les observations qui figurent actuellement entre les deux.

9. M. MOMTAZ dit qu'il serait préférable d'inverser l'ordre des mots «difficulté» et «utilité» au paragraphe 2.

10. M. PELLET fait observer que le texte des paragraphes 2 et 4 a déjà été adopté lorsque la Commission a adopté le rapport du Groupe de travail (A/CN.4/L.703) à sa 2906^e séance et qu'il n'est pas souhaitable de rouvrir la discussion à ce sujet.

11. M. BROWNLIE dit que dans la version anglaise du paragraphe 3, le mot «*behaviour*» semble étrange dans ce contexte et devrait être corrigé.

12. Le PRÉSIDENT dit que le secrétariat apportera les corrections nécessaires.

C. Texte des principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques adoptés par la Commission à sa cinquante-huitième session

1. TEXTE DES PRINCIPES DIRECTEURS

13. Le PRÉSIDENT note que le contenu du paragraphe 6 a déjà été adopté.

2. TEXTE DES PRINCIPES DIRECTEURS ET COMMENTAIRES Y RELATIFS ADOPTÉS PAR LA COMMISSION À SA CINQUANTE-HUITIÈME SESSION

Paragraphe 7

14. M. GAJA relève une divergence entre la version anglaise et la version française en ce qui concerne la numérotation des notes de bas de page. Supposant par ailleurs que le mot «commentaires» a été employé pour rehausser le statut du document, il dit qu'il s'agit plutôt de remarques explicatives.

15. M^{me} ESCARAMEIA dit que, bien que la remarque de M. Gaja soit pertinente et que les textes en question s'apparentent à des notes de bas de page ne tenant pas compte du débat, elle préfère le mot «commentaires» qui a été adopté par le Groupe de travail. Le fait de ramener les commentaires au rang de notes explicatives amoindrirait leur importance.

16. M. GAJA dit que parler de commentaires en pareil cas créerait une confusion pour le lecteur. Il s'agit de textes très brefs dans lesquels l'emploi des termes n'est pas expliqué.

17. M. PELLET dit que sans avoir de préférence marquée, il tend à partager l'avis de M. Gaja. Les principes directeurs représentent un exercice nouveau pour la Commission, et plus grande sera la distinction établie avec l'exercice habituel, mieux ce sera. Il n'y a rien de péjoratif dans l'expression «notes explicatives».

18. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial) dit que la remarque de M. Gaja est pertinente, mais

que M^{me} Escarameia a raison de souligner qu'il y a eu un accord sur l'emploi du mot «commentaires». On pourrait insérer une note de bas de page au paragraphe 7 expliquant que, conformément à la décision prise par le Groupe de travail, il ne s'agit pas de commentaires au sens strict, mais plutôt de notes explicatives, et que le mot «commentaires» ne doit pas être entendu de la manière dont il l'est habituellement à la Commission.

19. M. PELLET propose d'insérer à la fin du paragraphe une note de bas de page qui se lirait comme suit: «Les commentaires constituent des notes explicatives exclusivement fondées sur la jurisprudence de la CIJ et les cas pratiques qui ont fait l'objet d'une analyse synthétique dans le huitième rapport du Rapporteur spécial³⁹⁰.»

20. Le PRÉSIDENT considère que la Commission souhaite insérer les notes de bas de page proposées par le Rapporteur spécial et M. Pellet.

Il en est ainsi décidé.

Le chapeau du paragraphe 7, ainsi modifié, est adopté.

Commentaire du projet de principe directeur 1

Paragraphe 1

21. M. ECONOMIDES, notant l'absence de commentaire sur le préambule, se demande si elle est délibérée. Il propose d'ajouter à la fin du paragraphe 1 une phrase qui se lirait comme suit: «Par conséquent, une telle intention doit être claire et sans ambiguïté à tous points de vue.»

22. M. PELLET désapprouve la proposition de M. Economides. La Commission a seulement décidé que les commentaires seraient quelque peu différents qu'à l'accoutumée, et la raison en est que ces notes explicatives sont fondées uniquement sur la jurisprudence de la CIJ et les études de cas pratiques résumées dans le huitième rapport du Rapporteur spécial. Il ne serait pas prudent d'aller plus loin en faisant de véritables commentaires. De plus, ce que M. Economides vient de dire est expressément affirmé plus loin, dans le principe directeur 7.

23. M. ECONOMIDES retire sa proposition.

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

Le paragraphe 2 est adopté.

Le commentaire du projet de principe directeur 1 est adopté.

Commentaire du projet de principe directeur 2

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Le commentaire du projet de principe directeur 2 est adopté.

³⁹⁰ *Annuaire... 2005*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/557.

Commentaire du projet de principe directeur 3

Paragraphe 1 à 3

Les paragraphes 1 à 3 sont adoptés.

Le commentaire du projet de principe directeur 3 est adopté.

Commentaire du projet de principe directeur 4

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

24. M. GAJA dit qu'au début de la deuxième phrase, la référence aux «deux cas» donne l'impression qu'il n'y a eu que deux cas de ce type, alors qu'en réalité, il s'agit simplement des seuls qui ont été cités. Il propose donc de modifier ce membre de phrase pour qu'il se lise comme suit: «Dans les deux cas examinés...»

Le paragraphe 2, ainsi modifié est adopté.

Paragraphe 3

Le paragraphe 3 est adopté.

Le commentaire du projet de principe directeur 4, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet de principe directeur 5

Paragraphe 1 à 3

Les paragraphes 1 à 3 sont adoptés.

Le commentaire du projet de principe directeur 5 est adopté.

Commentaire du projet de principe directeur 6

Paragraphe 1

25. M. GAJA dit que dans la première phrase, le mot «ainsi» devrait être supprimé et les mots «ont donc l'autre État pour seul destinataire» remplacés par «ont donc un autre État pour seul destinataire».

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 2

26. M^{me} ESCARAMEIA suggère de remplacer la phrase à la fin du paragraphe, qui se lit «et à l'Organisation de libération de la Palestine (OLP)», par «et à une autre entité, l'Organisation de libération de la Palestine (OLP)», afin d'éviter toute confusion au sujet des autres entités concernées. Dans la version anglaise du texte, dans la troisième phrase, il faudrait remplacer «they» par «the latter» pour indiquer clairement qu'il n'est fait référence qu'aux déclarations françaises.

27. M. BROWNLIE dit que d'autres États sont intervenus dans l'affaire des *Essais nucléaires*. Il suggère

donc, dans l'avant-dernière phrase, d'insérer les mots «ainsi que certains États limitrophes» après «Nouvelle-Zélande». Fidji en faisait partie, et d'autres peut-être.

28. M. PELLET suggère d'énumérer l'État ou les États concernés dans une note de bas de page.

Le paragraphe 2, tel que modifié, est adopté.

Le commentaire du projet de principe directeur 6, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire du projet de principe directeur 7

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

29. M^{me} ESCARAMEIA dit que le libellé de ce paragraphe, en particulier dans la version anglaise, est trop restrictif. Elle propose de remplacer les premiers mots, «Afin de déterminer», par «En cas de doute concernant» et, dans la dernière phrase, «doit» par «devrait».

30. M. PELLET dit que cet extrait de l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire des *Essais nucléaires* montre qu'une déclaration unilatérale doit être interprétée de manière restrictive. Il paraîtrait étrange d'ignorer ici l'arrêt de la Cour alors que tout le commentaire est fondé sur ces arrêts.

31. M^{me} ESCARAMEIA rappelle que la question a été examinée par le Groupe de travail. La portée d'une déclaration unilatérale n'est pas toujours clairement définie et ne devrait pas toujours être interprétée de manière restrictive. Le projet de principe lui-même emploie les mots «en cas de doute».

32. M. PELLET dit qu'il approuve la proposition tendant à modifier le début de la phrase, mais qu'il importe de conserver le mot «doit».

Le paragraphe 2, tel que modifié, est adopté.

Paragraphe 3

Le paragraphe 3 est adopté.

Le commentaire du projet de principe directeur 7, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet de principe directeur 8

Le commentaire du projet de principe directeur 8 est adopté.

Commentaire du projet de principe directeur 9

Paragraphe 1

33. M. ECONOMIDES dit que la Commission n'a guère été en mesure de commenter la disposition en détail, malgré son importance. Deux notes explicatives devraient être ajoutées. Premièrement, il faudrait préciser que les dispositions de la première phrase du principe directeur ne s'appliquent qu'aux actes unilatéraux fondés

uniquement sur la volonté de l'État qui fait une déclaration unilatérale. Elles ne s'appliquent pas aux cas où l'État agit unilatéralement en vertu du droit international, du droit conventionnel ou du droit coutumier ou conformément à la décision d'une organisation internationale. Par exemple, un État peut étendre ses eaux territoriales conformément au droit international. Il s'agit d'un acte unilatéral, mais de nature juridique, et les autres États sont tenus de l'accepter qu'ils le souhaitent ou non.

34. M. PELLET dit que la question soulevée par M. Economides est réglée par la note de bas de page dont l'appel se trouve après «déclaration unilatérale rwandaise» dans le commentaire du projet de principe 8, qui renvoie également le lecteur à la note introductive dont l'appel se trouve après «droit international» dans le deuxième paragraphe de l'introduction (A/CN.4/L.697/Add.2).

35. M. ECONOMIDES dit qu'il aurait préféré un langage plus catégorique tant dans le commentaire que dans la note de bas de page, mais qu'au moins, le fond y est. En ce qui concerne la deuxième phrase du projet de principe directeur, il faudrait préciser que l'acceptation signifie l'acceptation de l'acte unilatéral en tant que tel et ne constitue pas une réponse établissant une relation conventionnelle. Il suggère d'ajouter une note explicative qui pourrait se lire comme suit: «L'acceptation mentionnée dans la deuxième phrase du projet de principe directeur 9 signifie l'acceptation d'un acte unilatéral et ne constitue pas le résultat du processus conventionnel.»

36. M^{me} ESCARAMEIA dit que la première phrase du paragraphe n'est pas strictement exacte: en vertu du *jus cogens*, des obligations peuvent être imposées à un État sans son consentement. Elle propose donc de remanier la dernière partie de la phrase pour qu'elle se lise comme suit: «... un État ne peut pas se voir imposer d'obligations par un autre État sans son consentement». Cela serait plus conforme au projet de principe directeur concerné.

37. M. PELLET dit qu'il appuie pleinement l'amendement proposé par M^{me} Escarameia. Quant à celui de M. Economides, il le juge trop audacieux. Il propose une solution moins radicale pour répondre à ses préoccupations: remplacer, à la fin de la dernière phrase du paragraphe, les mots «ces obligations» par «des obligations résultant de cet acte», en référence à l'«acte unilatéral». En réponse aux préoccupations exprimées à une séance précédente par M. Melescanu et M. Kabatsi, qui ont fait observer que, sur le plan juridique, les États ne sont pas liés par la déclaration unilatérale originelle mais par leur acceptation de celle-ci, M. Pellet propose d'ajouter à la fin du paragraphe une phrase qui se lirait comme suit: «Dans une telle hypothèse, le ou les États destinataires sont, à vrai dire, engagés par leur propre déclaration.»

38. M. GAJA dit que le dernier mot de la proposition de M. Pellet, «déclaration», devrait être remplacé par «acceptation» puisque l'acceptation ne prend pas nécessairement la forme d'une déclaration.

39. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial) dit qu'il appuie pleinement les modifications proposées par M. Gaja, M^{me} Escaramareia et M. Pellet.

Le paragraphe 1, tel que modifié, est adopté.

Paragraphe 2

40. M. MOMTAZ dit qu'il faudrait indiquer la date de la Déclaration Truman du 28 septembre 1945³⁹¹ au début du paragraphe et non au milieu de celui-ci. Deuxièmement, il propose, dans la troisième phrase, de remplacer les mots «la déclaration a été reprise» par «le contenu de la déclaration a été repris».

41. M. Sreenivasa RAO dit que le projet de principe directeur s'explique de lui-même. Cependant, la référence à la Déclaration Truman n'est pas une bonne illustration du principe, alors qu'elle fait l'objet de tout le commentaire. Il ne demandera pas sa suppression mais tient à ce que son avis soit consigné.

Le paragraphe 2, tel que modifié, est adopté.

Le commentaire du projet de principe directeur 9, dans son ensemble, tel que modifié, est adopté.

Commentaire du projet de principe directeur 10

Paragraphe 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Paragraphe 3

42. M. GAJA dit que le principe directeur a trait à la révocation arbitraire; or, lorsque la déclaration elle-même établit les circonstances dans lesquelles son auteur peut y mettre fin, la révocation n'est pas nécessairement arbitraire. Il considère donc qu'il faudrait supprimer le début du paragraphe ou ajouter les mots «lorsque ces circonstances ne sont pas avérées» après «y mettre fin».

43. M. ECONOMIDES dit qu'une telle modification risque de compliquer les choses.

44. M. GAJA répond qu'il serait peut-être plus simple de supprimer le tout.

45. M. PELLET dit que bien que M. Gaja ait raison de relever que, dans le cas exposé au paragraphe 3, la révocation n'est pas strictement arbitraire, le projet de principe directeur vise à illustrer les trois catégories de critères permettant de déterminer si une révocation est arbitraire. Il suggère donc que la modification proposée par M. Gaja apparaisse dans une note de bas de page.

46. M^{me} ESCARAMEIA dit qu'il faudrait aligner la dernière phrase du texte anglais sur celle du texte français en remplaçant le mot «radical» par «fundamental» et les mots «in the direction and within the strict limits» par «within the meaning and the strict limits».

Le paragraphe 3, tel que modifié, est adopté.

Le commentaire du projet de principe directeur 10, tel que modifié, est adopté.

Les commentaires du projet de principes directeurs, dans son ensemble, tel qu'il a été modifié, sont adoptés.

³⁹¹ *United States Statutes at Large, 1945*, vol. 59, 2^e partie, p. 884, proclamation n° 2667.

47. M. CANDIOTI dit que la Commission, ayant adopté les principes directeurs relatifs aux actes unilatéraux, devrait recommander à l'Assemblée générale d'en informer les États, afin de montrer qu'elle s'est acquittée du mandat qui lui avait été confié pour ce sujet.

48. M. PELLET approuve la proposition de M. Candiotti et propose que la Commission adopte la même formulation que pour le sujet de la fragmentation du droit international.

49. Le PRÉSIDENT suggère qu'il soit tenu compte de la proposition de M. Candiotti au paragraphe 5 du document A/CN.4/L.697/Add.2.

Il en est ainsi décidé.

La partie du chapitre IX figurant dans le document A/CN.4/L.697/Add.2, tel qu'elle a été modifiée, est adoptée.

Hommage au Rapporteur spécial

50. Le PRÉSIDENT considère que la Commission souhaite insérer le texte ci-après dans le chapitre IX du rapport avant la section présentant le projet de principes directeurs et les commentaires y relatifs:

«À sa 2913^e séance, le 11 août 2006, la Commission, après l'adoption du texte des principes directeurs, a adopté la résolution ci-après par acclamation:

“La Commission du droit international,

“Ayant adopté les principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, ainsi que les commentaires y relatifs,

“Exprime au Rapporteur spécial, M. Víctor Rodríguez Cedeño, sa profonde gratitude et ses chaleureuses félicitations pour la contribution exceptionnelle qu'il a apportée à l'élaboration des principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, par son dévouement et ses efforts inlassables, et pour les résultats qu'il a obtenus dans l'élaboration des principes.”

«La Commission a également exprimé sa profonde gratitude au Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États, présidé par M. Alain Pellet, pour ses efforts inlassables et sa contribution aux travaux sur le sujet.»

L'hommage au Rapporteur spécial est adopté par acclamation.

Le chapitre IX du projet de rapport de la Commission, dans son ensemble, tel qu'il a été modifié, est adopté.

CHAPITRE XIII. Autres décisions et conclusions de la Commission (A/CN.4/L.701 et Add.1)

51. Le PRÉSIDENT invite la Commission à commencer l'examen du chapitre XIII du rapport et appelle l'attention des membres sur la partie du chapitre figurant dans le document A/CN.4/L.701.

A. Expulsion des étrangers

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

B. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission

Paragraphe 2 à 4

Les paragraphes 2 à 4 sont adoptés.

1. PROGRAMME DE TRAVAIL À LONG TERME

Paragraphe 5 à 10

Les paragraphes 5 à 10 sont adoptés.

2. DOCUMENTATION ET PUBLICATIONS

Paragraphe 11 à 16

Les paragraphes 11 à 16 sont adoptés.

3. RÉUNION AVEC DES EXPERTS DES DROITS DE L'HOMME DE L'ONU

Paragraphe 17

Le paragraphe 17 est adopté.

C. Dates et lieu de la cinquante-neuvième session de la Commission

Paragraphe 18

Le paragraphe 18 est adopté.

D. Coopération avec d'autres organismes

Paragraphe 19 et 20

Les paragraphes 19 et 20 sont adoptés.

Paragraphe 21

52. M. GAJA dit qu'il faudrait préciser les fonctions de M. Jean-Paul Hubert, Vice-Président du Comité juridique interaméricain.

53. Le PRÉSIDENT suggère d'insérer au paragraphe 21 la phrase ci-après: «La Commission a décidé d'exprimer au Comité ses félicitations à l'occasion de son centième anniversaire et de se faire représenter à la cérémonie commémorative par M. João Baena Soares.»

54. Il considère que la Commission souhaite insérer cette phrase dans le paragraphe 21.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 21, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 22

55. M. GAJA dit qu'il faudrait préciser les fonctions de M. Guy De Vel, Directeur général des affaires juridiques du Conseil de l'Europe.

56. M. PELLET dit que le paragraphe devrait aussi mentionner le nom de M. Rafael Benítez, qui a également pris la parole devant la Commission.

Le paragraphe 22, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 23

57. M. GAJA propose de supprimer le paragraphe 23.

Le paragraphe 23 est supprimé.

E. Représentation à la soixante et unième session de l'Assemblée générale

Paragraphe 24

58. M. PELLET propose d'ajouter une deuxième phrase qui se lirait comme suit: «La Commission regrette qu'en raison de contraintes budgétaires un rapporteur ne puisse prendre part aux travaux de la soixante et unième session de l'Assemblée générale.»

Le paragraphe 24, ainsi modifié, est adopté.

F. Séminaire de droit international

Paragraphe 25 à 39

Les paragraphes 25 à 39 sont adoptés.

B. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission (suite)

4. HONORAIRES

59. M. MANSFIELD rappelle aux membres qu'après la date à laquelle les membres actuels de la Commission ont été désignés l'Assemblée générale a adopté la résolution 56/272 du 27 mars 2002, par laquelle elle a décidé de réduire les honoraires payables auxdits membres et à ceux de certains autres organes. Cette année-là et celles qui ont suivi, la Commission, dans son rapport, a appelé l'attention sur cette décision et a noté qu'elle avait été prise en contradiction directe avec les conclusions et recommandations formulées dans le rapport du Secrétaire général sur l'étude d'ensemble de la question des honoraires versés aux membres d'organes et d'organes subsidiaires de l'Organisation des Nations Unies³⁹², indiquant que le montant des honoraires n'avait pas été révisé depuis 1981. La Commission a également noté que la décision de l'Assemblée générale avait été prise sans consultation de la Commission et a considéré que cette décision n'était conforme, ni dans la forme ni sur le fond, aux principes d'équité sur la base desquels l'ONU conduit ses activités ni au sens du service public avec lequel les membres de la Commission donnaient de leur temps et abordaient leurs travaux. La Commission a souligné en outre que la résolution susvisée affectait particulièrement les rapporteurs spéciaux, en particulier ceux de pays en développement, en ce qu'elle compromettrait le financement de leurs travaux de recherche. M. Mansfield estime qu'à la fin du quinquennat la Commission devrait de nouveau appeler l'attention de l'Assemblée générale sur l'impact de sa

décision sur les rapporteurs spéciaux, en particulier ceux de pays en développement. C'est pourquoi il propose d'ajouter le paragraphe ci-après:

«La Commission a de nouveau réaffirmé les vues qu'elle avait exprimées dans les précédents rapports à propos de la question des honoraires suite à l'adoption par l'Assemblée générale de sa résolution 56/272 du 27 mars 2002. La Commission a une fois de plus souligné que la résolution affecte particulièrement les rapporteurs spéciaux, notamment ceux des pays en développement, en ce qu'elle compromet le financement de leurs travaux de recherche. La Commission prie instamment l'Assemblée générale de réexaminer la question, en vue de rétablir, à ce stade, les honoraires des rapporteurs spéciaux.»

60. Le PRÉSIDENT suggère d'insérer ce paragraphe à l'endroit habituel et de modifier la numérotation des paragraphes suivants en conséquence.

Il en est ainsi décidé.

La partie du chapitre XIII figurant dans le document A/CN.4/L.701, tel que modifié, est adoptée.

Le chapitre XIII du projet de rapport de la Commission, dans son ensemble, tel que modifié, est adopté.

CHAPITRE II. Résumé des travaux de la Commission à sa cinquante-huitième session (fin) [A/CN.4/L.690]

61. Le PRÉSIDENT invite la Commission à reprendre l'examen du chapitre II du projet de rapport et appelle l'attention des membres sur la partie du chapitre figurant dans le document A/CN.4/L.690.

Paragraphe 6

62. M. PELLET propose d'insérer les mots «a adopté» à l'endroit indiqué par les crochets dans la deuxième phrase.

63. M. CANDIOTI propose d'insérer les mots «un ensemble de 10» avant «principes directeurs».

Le paragraphe 6, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 10

64. Le PRÉSIDENT suggère de remplacer, dans la deuxième phrase, les mots «entreprene l'élaboration de» par «établit».

Le paragraphe 10, ainsi modifié, est adopté.

Le chapitre II du projet de rapport de la Commission, dans son ensemble, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Le rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-huitième session, dans son ensemble, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Remarques finales

65. Le PRÉSIDENT rend hommage au secrétariat pour son extraordinaire compétence et son sens aigu des responsabilités. En ce qui le concerne, pendant les

³⁹² A/53/643.

12 semaines de la session de la Commission, il a découvert les possibilités et les limites du rôle de président. Il a appris que l'exercice du pouvoir et de l'autorité était une fiction: c'est en réalité une responsabilité envers les autres. Après tout, la Commission n'est qu'un intermédiaire entre la communauté internationale et le droit, et ses travaux ne lui appartiennent pas tout à fait car elle est au service du monde.

66. M. KOSKENNIEMI dit qu'au moment où le quinquennat touche à sa fin, de même que son propre mandat à la Commission, il tient à exprimer sa gratitude pour cette expérience de collaboration avec les autres membres de la Commission. Elle a transformé sa manière de voir le droit international, l'ONU et leur interaction. Il souhaiterait exposer brièvement ce qu'il considère comme les possibilités et les limites de la Commission et de l'ONU.

67. Les possibilités sont énormes. La sagesse collective acquise au sein de la Commission est unique. Sa recherche de nouveaux sujets et de nouvelles méthodes de travail reflète l'évolution de la situation juridique internationale. C'est un organe international sans équivalent qui sert de cadre à ce qui est le contraire de la fragmentation: l'universel peut y être exprimé et entendu. De l'extérieur, l'Assemblée générale est souvent vue comme un parlement mondial; même si ce n'est pas le cas, la Commission peut être vue comme le ministre mondial de la justice, chargé d'élaborer une législation destinée à une application universelle. Disposer d'une telle institution est un atout énorme, et la communauté internationale ferait preuve de légèreté si elle l'écartait.

68. Les limites aux activités de la Commission peuvent être classées en cinq catégories. Premièrement, le travail de fond nécessaire à l'élaboration d'une législation fait souvent défaut. Pour que la Commission joue véritablement le rôle d'un ministre mondial de la justice, elle a besoin de ressources humaines et financières largement accrues. Deuxièmement, la Commission a tendance à considérer l'élaboration d'une législation internationale comme un exercice collectif qui consisterait à écrire des manuels juridiques. Cela l'empêche de réagir aux changements qui surviennent dans le monde ou de considérer ses travaux comme une réponse à des besoins effectifs. Troisièmement, il faudrait prendre en considération les intérêts spécifiques et faire appel à des compétences spécialisées. Les travaux sur les aquifères transfrontières dans le contexte des ressources naturelles partagées marquent un pas dans la bonne direction, et il faudrait renouveler ce type d'exercice.

69. Quatrièmement, les États n'ont pas toujours adhéré aux résultats des travaux de la Commission, loin s'en faut. Cependant, il n'y a pas de recette toute faite pour les convaincre, ainsi que les autres acteurs, d'y participer plus activement. Cinquièmement, les procédures de la Commission sont une source de préoccupation constante. Les prochains membres continueront sans aucun doute à examiner ces questions.

70. Un grand nombre des possibilités et des limites qui caractérisent les travaux de la Commission sont influencées par le monde extérieur, et la Commission n'a aucun contrôle sur eux. Aujourd'hui, le monde extérieur est plus injuste, violent et dangereux qu'il ne l'était cinq

ans auparavant, au début du quinquennat en cours. La Commission n'a pas beaucoup contribué à atténuer les problèmes à l'origine de ces injustices et de ces dangers. Il lui incombe à présent de s'y atteler et d'aider à faire en sorte que le monde soit moins injuste, moins violent et moins dangereux dans le prochain quinquennat. M. Koskeniemi lui souhaite d'y parvenir.

71. M. Sreenivasa RAO, s'exprimant en tant que doyen des membres de la Commission, dit que, s'il est difficile de résumer 20 années d'expérience, il peut dire, au moment où il la quitte, qu'aucun organe juridique n'est mieux placé que la Commission pour contribuer à construire un monde meilleur fondé sur les principes de la justice, de l'équité et du bien commun. La primauté du droit, pour laquelle l'ONU travaille et lutte, ne peut être assurée sans les travaux de la Commission. Les comptes rendus analytiques des séances de la Commission, ses conclusions finales et ses commentaires aux instruments qu'elle adopte ont une utilité intrinsèque et leur propre rôle à jouer dans le développement du droit international. Ce n'est pas sans raison que le Président de la Cour internationale de Justice, organe juridique suprême de l'ONU, cite fréquemment les travaux de la Commission comme base des conclusions de la Cour sur nombre de questions difficiles.

72. S'appuyant sur ses années d'expérience, M. Sreenivasa Rao conseille à la Commission de ne pas se hâter de formuler trop de propositions idéalistes. Les bonnes idées doivent être digérées par les États et les autres acteurs à petites doses. Assurer la primauté du droit est un objectif à long terme qui doit être poursuivi par petites étapes, de manière judicieuse, constructive et progressive. La Commission doit éviter d'aborder un trop grand nombre de questions délicates sur le plan politique sous peine d'être prise entre deux feux.

73. Les succès de la Commission sont toujours le fruit d'un effort collectif. Ceux de la présente session, où ont été parfois abordés des sujets très difficiles, ne font pas exception à cette règle. La force de la Commission réside dans la collaboration entre anciens et nouveaux membres dont le zèle et l'enthousiasme lui permettent de se dépasser à chaque quinquennat. Ce mélange, qui fusionne en permanence dans les travaux de la Commission, constitue véritablement son plus grand atout.

74. M. PELLET, s'exprimant en tant que vice-doyen, félicite le Président pour sa conduite avisée des travaux de la session et son aptitude particulière à diminuer les tensions. Il tient à rendre un hommage spécial aux membres qui vont quitter la Commission. Il remercie en particulier M. Sreenivasa Rao pour sa sagesse et sa bonne humeur et dit qu'il sera beaucoup regretté.

Clôture de la session

75. Après l'échange habituel de remerciements, le PRÉSIDENT prononce la clôture de la cinquante-huitième session de la Commission du droit international.

La séance est levée à 12 h 35.

