

Document:-

A/CN.4/397 et Corr.1 & 2 et Add.1 & Corr.1

**Septième rapport sur la responsabilité des États, par M. Willem Riphagen,
Rapporteur spécial**

sujet:

Responsabilité des Etats

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

1986, vol. II(1)

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

RESPONSABILITÉ DES ÉTATS

[Point 2 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/397 ET ADD.1*

Septième rapport sur la responsabilité des États, par M. Willem Riphagen, rapporteur spécial

[Original: anglais]
[4 mars et 23 avril 1986]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
<i>Note</i>	2
<i>Sections</i>	
I. MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE ET RÉGLEMENT DES DIFFÉRENDS (TROISIÈME PARTIE DU PROJET D'ARTICLES).....	2
A. Texte des articles et de l'annexe de la troisième partie du projet	2
B. Commentaires des articles et de l'annexe de la troisième partie du projet	3
Commentaire général	3
Article premier	
Commentaire	4
Article 2	
Commentaire	4
Article 3	
Commentaire	5
Article 4	
Commentaire	5
Article 5	
Commentaire	5
Annexe	
Commentaire	6
II. PRÉPARATION DE LA DEUXIÈME LECTURE DE LA PREMIÈRE PARTIE DU PROJET D'ARTICLES (art. 1 à 35).....	7
<i>Paragraphe</i>	
A. Introduction	1-6 7
B. Observations écrites des gouvernements	7
Article premier. — Responsabilité de l'Etat pour ses faits internationalement illicites	7
Article 2. — Possibilité que tout Etat soit considéré comme ayant commis un fait internationalement illicite	8
Article 3. — Eléments du fait internationalement illicite de l'Etat	8
Article 6. — Non-pertinence de la position de l'organe dans le cadre de l'organisation de l'Etat.....	9
Article 7. — Attribution à l'Etat du comportement d'autres entités habilitées à l'exercice de prérogatives de la puissance publique	9
Article 8. — Attribution à l'Etat du comportement de personnes agissant en fait pour le compte de l'Etat	10
Article 10. — Attribution à l'Etat du comportement d'organes agissant en dépassement de leur compétence ou en contradiction avec les instructions concernant leur activité.....	11
Article 11. — Comportement de personnes n'agissant pas pour le compte de l'Etat	12
Article 12. — Comportement d'organes d'un autre Etat, <i>et</i>	
Article 13. — Comportement d'organes d'une organisation internationale.....	12
Article 14. — Comportement d'organes d'un mouvement insurrectionnel, <i>et</i>	
Article 15. — Attribution à l'Etat du fait d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement d'un Etat ou qui aboutit à la création d'un nouvel Etat	13

* Incorporant les documents A/CN.4/397/Corr.2 et A/CN.4/397/Add.1/Corr.1.

	<i>Pages</i>
Article 17. — Non-pertinence de l'origine de l'obligation internationale violée.....	14
Article 18. — Condition que l'obligation internationale soit en vigueur à l'égard de l'Etat	14
Article 20. — Violation d'une obligation internationale requérant d'adopter un comportement spécifiquement déterminé,	
Article 21. — Violation d'une obligation internationale requérant d'assurer un résultat déterminé,	
Article 23. — Violation d'une obligation internationale requérant de prévenir un événement donné,	
Article 24. — Moment et durée de la violation d'une obligation internationale réalisée par un fait de l'Etat ne s'étendant pas dans le temps,	
Article 25. — Moment et durée de la violation d'une obligation internationale réalisée par un fait de l'Etat s'étendant dans le temps, <i>et</i>	
Article 26. — Moment et durée de la violation d'une obligation internationale de prévenir un événement donné.....	16
Article 22. — Epuisement des recours internes	19

NOTE

Conventions multilatérales mentionnées dans le présent rapport :

	<i>Sources</i>
Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969), dénommée ci-après « Convention de Vienne de 1969 »	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1155, p. 331.
Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982)	<i>Documents officiels de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer</i> , vol. XVII (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.84.V.3), p. 157, doc. A/CONF.62/122.

I. — Mise en œuvre de la responsabilité internationale et règlement des différends (troisième partie du projet d'articles)

A. — Texte des articles et de l'annexe de la troisième partie du projet

Article premier

Un Etat qui désire invoquer l'article 6 de la deuxième partie des présents articles doit notifier sa prétention à l'Etat dont il est allégué qu'il a commis le fait internationalement illicite. La notification doit indiquer les mesures exigées et en donner les raisons.

Article 2

1. Si, après un délai qui, sauf en cas d'urgence particulière, ne saurait être inférieur à une période de trois mois à compter de la réception de la notification prescrite à l'article premier, l'Etat réclamant désire invoquer l'article 8 ou l'article 9 de la deuxième partie des présents articles, il doit notifier à l'Etat, dont il est allégué qu'il a commis le fait internationalement illicite, son intention de suspendre l'exécution de ses obligations à l'égard de cet Etat. La notification doit indiquer les mesures envisagées.

2. Si les obligations dont l'exécution doit être suspendue sont énoncées dans un traité multilatéral, la notification prescrite au paragraphe 1 doit être communiquée à tous les Etats parties à ce traité multilatéral.

3. Le fait qu'un Etat n'ait pas adressé la notification prescrite à l'article premier ne l'empêche pas de faire la notification prescrite dans le présent article en réponse à un autre Etat qui demande l'exécution des obligations visées dans cette notification.

Article 3

1. Si contre des mesures prises ou envisagées en vertu de l'article 8 ou de l'article 9 de la deuxième partie des présents articles une objection a été soulevée par l'Etat dont il est allégué qu'il a commis le fait internationalement illicite ou par un autre Etat qui se prétend lésé du fait de la suspension de l'exécution des obligations considérées, les Etats intéressés devront rechercher une solution par les moyens indiqués à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies.

2. Rien dans le paragraphe qui précède ne porte atteinte aux droits ou obligations des Etats découlant de toute disposition en vigueur entre eux concernant le règlement des différends.

Article 4

Si, dans les douze mois qui ont suivi la date à laquelle l'objection a été soulevée, il n'a pas été possible de parvenir à une solution conformément au paragraphe 1 de l'article 3, les procédures ci-après seront appliquées :

a) Toute partie à un différend concernant l'application ou l'interprétation de l'alinéa b de l'article 12 de la deuxième partie des présents articles peut, par une requête, le soumettre à la décision de la Cour internationale de Justice;

b) Toute partie à un différend concernant les droits et obligations supplémentaires visés à l'article 14 de la deuxième partie des présents articles peut, par une requête, le soumettre à la décision de la Cour internationale de Justice;

c) Toute partie à un différend concernant l'application ou l'interprétation des articles 9 à 13 de la deuxième partie des présents articles peut mettre en œuvre la procédure indiquée à l'annexe de la troisième partie des présents articles en adressant une demande à cet effet au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Article 5

Les dispositions de la troisième partie des présents articles n'admettent aucune réserve à l'exception d'une réserve excluant l'application de l'alinéa c de l'article 4 aux différends relatifs à des mesures prises ou envisagées en vertu de l'article 9 de la deuxième partie des présents articles par un Etat se prétendant lésé, lorsque le droit qui aurait été enfreint par la mesure considérée découle exclusivement d'un traité conclu avant l'entrée en vigueur des présents articles. Une telle réserve ne portera pas atteinte aux droits et obligations des Etats en vertu de tels traités ou de toutes dispositions en vigueur, autres que les présents articles, liant ces Etats en ce qui concerne le règlement des différends.

ANNEXE

1. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies dresse et tient une liste de conciliateurs composée de juristes qualifiés. A cette fin, tout Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies ou partie aux présents articles est invité à désigner deux conciliateurs, et les noms des personnes ainsi désignées composeront la liste. La désignation des conciliateurs, y compris ceux qui sont désignés pour remplir une vacance fortuite, est faite pour une période de cinq ans renouvelable. A l'expiration de la période pour laquelle ils auront été désignés, les conciliateurs continueront à exercer les fonctions pour lesquelles ils auront été choisis conformément au paragraphe suivant.

2. Lorsqu'une demande est soumise au Secrétaire général conformément à l'alinéa c de l'article 4 de la troisième partie des présents articles, le Secrétaire général porte le différend devant une commission de conciliation composée comme suit :

L'Etat ou les Etats constituant une des parties au différend nomment :

a) un conciliateur de la nationalité de cet Etat ou de l'un de ces Etats, choisi ou non sur la liste visée au paragraphe 1; et

b) un conciliateur n'ayant pas la nationalité de cet Etat ou de l'un de ces Etats, choisi sur la liste.

L'Etat ou les Etats constituant l'autre partie au différend nomment deux conciliateurs de la même manière.

Les quatre conciliateurs choisis par les parties doivent être nommés dans un délai de soixante jours à compter de la date à laquelle le Secrétaire général reçoit la demande.

Dans les soixante jours qui suivent la dernière nomination, les quatre conciliateurs en nomment un cinquième, choisi sur la liste, qui sera président.

Si la nomination du président ou de l'un quelconque des autres conciliateurs n'intervient pas dans le délai prescrit ci-dessus pour cette nomination, elle sera faite par le Secrétaire général dans les soixante jours qui suivent l'expiration de ce délai. Le Secrétaire général peut désigner comme président soit l'une des personnes inscrites sur la liste, soit un des membres de la Commission du droit international. L'un quelconque des délais dans lesquels les nominations doivent être faites peut être prorogé par accord des parties au différend.

Toute vacance doit être remplie de la façon spécifiée pour la nomination initiale.

3. Le fait pour une ou plusieurs parties de ne pas se soumettre à la procédure ne constitue pas un obstacle à la procédure.

4. En cas de contestation sur le point de savoir si une commission de conciliation constituée en vertu de la présente annexe est compétente, cette commission décide.

5. La commission de conciliation arrête elle-même sa procédure. La commission, avec le consentement des parties au différend, peut inviter tout Etat à lui soumettre ses vues oralement ou par écrit. Les décisions et les recommandations de la commission sont adoptées à la majorité des voix de ses cinq membres.

6. La commission peut signaler à l'attention des parties au différend toute mesure susceptible de faciliter un règlement amiable.

7. La commission entend les parties, examine les plaintes et les objections, et fait des propositions aux parties en vue de les aider à parvenir à un règlement amiable du différend.

8. La commission fait rapport dans les douze mois qui suivent sa constitution. Son rapport est déposé auprès du Secrétaire général et communiqué aux parties au différend. Le rapport de la commission, y compris toutes conclusions y figurant sur les faits ou sur les points de

droit, ne lie pas les parties et n'est rien de plus que l'énoncé de recommandations soumises à l'examen des parties en vue de faciliter un règlement amiable du différend.

9. Les honoraires et les frais de la commission sont à la charge des parties au différend.

B. — Commentaires des articles et de l'annexe de la troisième partie du projet¹

Commentaire général

1) Dans tout système juridique se pose la question de savoir ce qui doit arriver lorsque, concrètement, ses règles primaires de comportement ne sont pas observées. La réponse évidente est simplement qu'en pareil cas il doit y avoir un moyen de faire appliquer les règles primaires, un moyen d'arriver à une situation de fait aussi proche que possible de celle qui aurait résulté de l'observation volontaire de ces règles. L'un des moyens est de créer cette situation de fait; un autre consiste à obtenir l'observation volontaire par la menace des conséquences défavorables qu'entraînerait l'observation.

2) Le système juridique international comporte des limites intrinsèques à l'exécution forcée des règles primaires qui lient des Etats souverains et territorialement distincts. En l'absence d'un pouvoir central ayant sa propre infrastructure, il faut des techniques plus subtiles pour atteindre le résultat souhaité. Les nouvelles relations juridiques qu'un fait internationalement illicite crée entre des Etats constituent l'une de ces techniques. Cependant, une certaine forme d'« organisation » reste nécessaire; substituer un ensemble de relations juridiques à un autre n'aboutit qu'à poser le même problème, celui de l'exécution de cet autre ensemble de règles. De plus, l'ensemble « secondaire » des droits et obligations tend inévitablement à s'écarter encore davantage du résultat souhaité, tel qu'il est exprimé dans les règles primaires. Cela apparaît en particulier lorsque l'absence d'« organisation » conduit à admettre une réponse isolée à un fait (présupposé) illicite sur le plan international, c'est-à-dire des mesures de réciprocité, de représailles et même parfois d'autodéfense et de punition.

3) En outre, l'existence même d'un fait internationalement illicite dépend d'un ensemble de faits et d'un ensemble de règles primaires; sur ces deux points, il peut fort bien y avoir une véritable divergence d'opinions entre les Etats intéressés dans un cas concret.

4) L'Etat A, qui allègue être lésé par un fait internationalement illicite commis par l'Etat B, peut être amené à prendre des mesures qui, en soi, ne sont pas conformes à ses obligations primaires envers l'Etat B. L'Etat B, niant avoir commis un fait internationalement illicite, peut alors, de son côté, se dire lésé par un fait internationalement illicite de l'Etat A, et prendre lui-même des mesures qui, en soi, ne sont pas conformes à ses obliga-

¹ La première partie du projet d'articles (Origine de la responsabilité internationale), dont les articles 1 à 35 ont été adoptés en première lecture, figure dans *Annuaire... 1980*, vol. II (2^e partie), p. 29 et suiv.; la deuxième partie du projet d'articles (Contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale), dont les articles 1 à 5 ont été adoptés provisoirement par la Commission, et les articles 6 à 16, renvoyés au Comité de rédaction, figurent dans *Annuaire... 1985*, vol. II (2^e partie), p. 24 (art. 1 à 5), et p. 20 et 21, note 66 (art. 6 à 16).

tions. Ces mesures peuvent à leur tour provoquer des contre-mesures, et ainsi de suite. Les anciennes relations juridiques primaires risquent ainsi de se trouver, en fait, complètement anéanties par une telle escalade.

5) Seule une certaine forme d'« organisation », de procédure obligatoire de règlement des différends par une tierce partie peut aider à arrêter cette escalade.

6) Quelquefois, en créant des règles primaires qui les lient, les Etats envisagent aussi des situations (ou les allégations) d'inobservation de ces règles et prévoient un mécanisme pour aviser à ces situations, peut-être sous la forme d'une procédure obligatoire de règlement des différends par une tierce partie aboutissant à une décision définitive et obligatoire dans des cas concrets; il leur arrive même de prévoir un mécanisme pour aviser au cas où cette décision définitive et obligatoire ne serait pas exécutée. Le plus souvent cependant, un tel mécanisme n'est pas établi ni d'ailleurs exclu *a priori*.

7) Les présents articles de la troisième partie visent à fixer un minimum de règles et de procédures supplétives devant être appliquées quand les Etats intéressés n'ont pas accepté expressément d'autres mécanismes (cf. art. 2 de la deuxième partie). Ils s'inspirent des mécanismes prévus dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités et dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982.

Article premier

Un Etat qui désire invoquer l'article 6 de la deuxième partie des présents articles doit notifier sa prétention à l'Etat dont il est allégué qu'il a commis le fait internationalement illicite. La notification doit indiquer les mesures exigées et en donner les raisons.

Commentaire

1) Lorsqu'un fait internationalement illicite est allégué, il est évident que l'Etat ou les Etats qui se prétendent lésés exigent tout d'abord une réparation au sens large du terme, c'est-à-dire les mesures que l'Etat présumé auteur doit prendre pour rétablir une situation aussi proche que possible de celle qui aurait existé si la règle primaire avait été respectée, y compris, le cas échéant, des mesures destinées à prévenir le renouvellement du fait (v. art. 6 de la deuxième partie).

2) La notification visée à l'article 1^{er} doit indiquer les faits allégués et les règles qui n'auraient pas été observées.

3) Voir la procédure de notification prévue au paragraphe 1 de l'article 65 de la Convention de Vienne de 1969.

Article 2

1. Si, après un délai qui, sauf en cas d'urgence particulière, ne saurait être inférieur à une période de trois mois à compter de la réception de la notification prescrite à l'article premier, l'Etat réclamant désire invoquer l'article 8 ou l'article 9 de la deuxième partie des pré-

sents articles, il doit notifier à l'Etat, dont il est allégué qu'il a commis le fait internationalement illicite, son intention de suspendre l'exécution de ses obligations à l'égard de cet Etat. La notification doit indiquer les mesures envisagées.

2. Si les obligations dont l'exécution doit être suspendue sont énoncées dans un traité multilatéral, la notification prescrite au paragraphe 1 doit être communiquée à tous les Etats parties à ce traité multilatéral.

3. Le fait qu'un Etat n'ait pas adressé la notification prescrite à l'article 1 ne l'empêche pas de faire la notification prescrite dans le présent article en réponse à un autre Etat qui demande l'exécution des obligations visées dans cette notification.

Commentaire

1) Il convient, en principe, de donner à l'Etat présumé auteur un certain temps pour examiner la situation et réagir à la notification soit en soulevant des objections, soit en se déclarant prêt à prendre les mesures exigées.

2) Il peut cependant y avoir des cas d'urgence particulière où l'Etat lésé doit protéger immédiatement ses intérêts, éventuellement en prenant sur son territoire des mesures qui, en soi, ne sont pas conformes avec ses obligations internationales (cf. aussi art. 10, par. 2, al. a, de la deuxième partie). Toutefois, en pareil cas, une autre notification est requise (par. 1).

3) Ces mesures peuvent toucher aux intérêts d'Etats tiers, notamment si les obligations dont l'exécution doit être suspendue par l'Etat lésé sont énoncées dans un traité multilatéral (cf. art. 10 à 13 de la deuxième partie). Il convient que ces Etats tiers soient informés pour pouvoir soulever des objections (par. 2).

4) Le paragraphe 3 s'inspire du paragraphe 5 de l'article 65 de la Convention de Vienne de 1969. Il se peut qu'une mesure immédiate prise par un Etat, dont les intérêts sont atteints par le fait d'un autre Etat, soit d'abord considérée par le premier Etat comme une mesure de rétorsion (c'est-à-dire comme un acte qui n'est pas interdit en soi par le droit international). Si toutefois le deuxième Etat considère cette mesure comme un fait internationalement illicite, le premier Etat doit avoir la possibilité d'invoquer l'article 8 ou l'article 9 de la deuxième partie.

Article 3

1. Si contre des mesures prises ou envisagées en vertu de l'article 8 ou de l'article 9 de la deuxième partie des présents articles une objection a été soulevée par l'Etat dont il est allégué qu'il a commis le fait internationalement illicite ou par un autre Etat qui se prétend lésé du fait de la suspension de l'exécution des obligations considérées, les Etats intéressés devront rechercher une solution par les moyens indiqués à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies.

2. Rien dans le paragraphe qui précède ne porte atteinte aux droits ou obligations des Etats découlant de toute disposition en vigueur entre eux concernant le règlement des différends.

Commentaire

Une notification et une objection à une notification créent entre les Etats un différend qui devrait être réglé par des moyens pacifiques. Les paragraphes 1 et 2 de l'article 3 reprennent pour l'essentiel les paragraphes 3 et 4 de l'article 65 de la Convention de Vienne de 1969.

Article 4

Si, dans les douze mois qui ont suivi la date à laquelle l'objection a été soulevée, il n'a pas été possible de parvenir à une solution conformément au paragraphe 1 de l'article 3, les procédures ci-après seront appliquées :

a) Toute partie à un différend concernant l'application ou l'interprétation de l'alinéa b de l'article 12 de la deuxième partie des présents articles peut, par une requête, le soumettre à la décision de la Cour internationale de Justice;

b) Toute partie à un différend concernant les droits et obligations supplémentaires visés à l'article 14 de la deuxième partie des présents articles peut, par une requête, le soumettre à la décision de la Cour internationale de Justice;

c) Toute partie à un différend concernant l'application ou l'interprétation des articles 9 à 13 de la deuxième partie des présents articles peut mettre en œuvre la procédure indiquée à l'annexe de la troisième partie des présents articles en adressant une demande à cet effet au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Commentaire

1) L'article 4 s'inspire de l'article 66 de la Convention de Vienne de 1969 et fait, en conséquence, une distinction entre les types de règles de droit international dont l'application et l'interprétation sont en cause dans un différend.

2) L'alinéa a de l'article 4 traite de l'exception de *jus cogens* au regard de l'application de l'alinéa b de l'article 12 de la deuxième partie. Le propre d'une règle de *jus cogens* international est qu'elle ne peut être écartée qu'au profit d'une autre règle de *jus cogens* international (normalement ultérieure mais éventuellement contemporaine, comme dans l'hypothèse où la règle de *jus cogens* prévoit, dans le cas où elle est violée par un ou plusieurs Etats, sa propre suspension en tant que telle à l'égard des autres Etats). La situation dans laquelle un fait internationalement illicite commis par un Etat est invoqué par un autre Etat pour justifier des mesures de réciprocité ou de représailles, qui sont en soi contraires à une règle de *jus cogens* international, est comparable à la situation dans laquelle un Etat invoque un traité pour justifier des actes conformes à ses obligations en vertu du traité, mais contraires à une règle impérative du droit international général. La suprématie de cette dernière règle rend toutefois nécessaire d'établir sa nature particulière; s'il y a divergence d'opinions sur ce point entre des Etats, c'est « l'organe judiciaire principal des Nations Unies » qui est le plus qualifié pour trancher la question.

3) Bien qu'une conduite non conforme à une règle de *jus cogens* international ne constitue pas nécessairement

un crime international, il y a un lien évident entre les deux notions du seul fait que toutes deux impliquent la protection d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale et aussi la reconnaissance par l'ensemble de cette communauté qu'une telle protection exige une règle particulière qui l'emporte sur les autres règles internationales de conduite et entraîne certaines conséquences juridiques supplémentaires en cas de violation. C'est pourquoi, l'alinéa b de l'article 4 prévoit la même procédure de règlement définitif et obligatoire par la CIJ que l'alinéa a. Il ne se réfère pas à l'article 15 de la deuxième partie (conséquences juridiques supplémentaires de l'agression) parce que l'acte d'agression (allégué) et l'exception connexe de légitime défense doivent d'abord être traités conformément aux dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies. La question de savoir si la CIJ a un rôle à jouer dans ce domaine, et le cas échéant, dans quelle mesure et comment, relève de l'interprétation et de l'application de la Charte elle-même.

4) L'alinéa c de l'article 4 traite des cas où l'organisation d'une procédure de conciliation obligatoire vise principalement à empêcher le conflit de s'aggraver. Lorsqu'une objection a été soulevée contre une notification des mesures (envisagées) de réciprocité ou de représailles, et qu'aucune solution n'est possible par d'autres moyens pacifiques, l'intervention d'une tierce partie peut, même si elle n'aboutit pas à des décisions obligatoires, aider à rétablir autant que possible les relations juridiques initiales entre les Etats intéressés.

Article 5

Les dispositions de la troisième partie des présents articles n'admettent aucune réserve à l'exception d'une réserve excluant l'application de l'alinéa c de l'article 4 aux différends relatifs à des mesures prises ou envisagées en vertu de l'article 9 de la deuxième partie des présents articles par un Etat se prétendant lésé, lorsque le droit qui aurait été enfreint par la mesure considérée découle exclusivement d'un traité conclu avant l'entrée en vigueur des présents articles. Une telle réserve ne portera pas atteinte aux droits et obligations des Etats en vertu de tels traités ou de toutes dispositions en vigueur, autres que les présents articles, liant ces Etats en ce qui concerne le règlement des différends.

Commentaire

1) L'article 5 s'inspire de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 en ce qu'il reconnaît l'interaction et, par conséquent, le lien juridique qu'il y a entre le droit positif et les mécanismes internationaux destinés à régler les difficultés que leur application soulève inévitablement dans des cas concrets.

2) Cependant, les dispositions de la troisième partie restent des règles supplétives. Lorsqu'ils créent une règle primaire de conduite — ou, du moins, avant que la question de l'exécution effective ne donne lieu à controverses —, les Etats peuvent prévoir expressément un autre moyen de régler les controverses de cette nature qui pourraient se produire. Ils pourraient, en particulier, au moment de créer une règle de droit internatio-

nal, envisager que les éventuelles controverses touchant à son application soient réglées exclusivement par voie de consensus à la suite d'une négociation. Encore qu'une telle attitude porterait atteinte au caractère juridique de la règle elle-même et des droits et obligations qui en résultent, il est incontestable que les articles de la troisième partie (comme d'autres articles sur la mise en œuvre proposés par la CDI et/ou adoptés à des conférences des Nations Unies à propos d'autres sujets) contiennent un élément de développement progressif du droit international. Cette orientation apparaît d'ailleurs dans les autres parties des présents articles qui, dans une certaine mesure, s'écartent de l'« unilatéralisme » (admissibilité illimitée des contre-mesures) et du « bilatéralisme » (relations n'existant qu'entre l'Etat auteur et l'Etat directement touché), qui caractérisent les règles anciennes du droit international.

3) Il semble néanmoins qu'il y ait lieu d'admettre une réserve, celle qui a trait aux conséquences juridiques, prévues à l'alinéa c de l'article 4 de la troisième partie, de la violation d'un droit créé par un traité conclu avant la date d'entrée en vigueur des présents articles.

ANNEXE

1. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies dresse et tient une liste de conciliateurs composée de juristes qualifiés. A cette fin, tout Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies ou partie aux présents articles est invité à désigner deux conciliateurs, et les noms des personnes ainsi désignées composeront la liste. La désignation des conciliateurs, y compris ceux qui sont désignés pour remplir une vacance fortuite, est faite pour une période de cinq ans renouvelable. A l'expiration de la période pour laquelle ils auront été désignés, les conciliateurs continueront à exercer les fonctions pour lesquelles ils auront été choisis conformément au paragraphe suivant.

2. Lorsqu'une demande est soumise au Secrétaire général conformément à l'alinéa c de l'article 4 de la troisième partie des présents articles, le Secrétaire général porte le différend devant une commission de conciliation composée comme suit :

L'Etat ou les Etats constituant une des parties au différend nomment :

a) un conciliateur de la nationalité de cet Etat ou de l'un de ces Etats, choisi ou non sur la liste visée au paragraphe 1; et

b) un conciliateur n'ayant pas la nationalité de cet Etat ou de l'un de ces Etats, choisi sur la liste.

L'Etat ou les Etats constituant l'autre partie au différend nomment deux conciliateurs de la même manière.

Les quatre conciliateurs choisis par les parties doivent être nommés dans un délai de soixante jours à compter de la date à laquelle le Secrétaire général reçoit la demande.

Dans les soixante jours qui suivent la dernière nomination, les quatre conciliateurs en nomment un cinquième, choisi sur la liste, qui sera président.

Si la nomination du président ou de l'un quelconque des autres conciliateurs n'intervient pas dans le délai prescrit ci-dessus pour cette nomination, elle sera faite

par le Secrétaire général dans les soixante jours qui suivent l'expiration de ce délai. Le Secrétaire général peut désigner comme président soit l'une des personnes inscrites sur la liste, soit un des membres de la Commission du droit international. L'un quelconque des délais dans lesquels les nominations doivent être faites peut être prorogé par accord des parties au différend.

Toute vacance doit être remplie de la façon spécifiée pour la nomination initiale.

3. Le fait pour une ou plusieurs parties de ne pas se soumettre à la procédure ne constitue pas un obstacle à la procédure.

4. En cas de contestation sur le point de savoir si une commission de conciliation constituée en vertu de la présente annexe est compétente, cette commission décide.

5. La commission de conciliation arrête elle-même sa procédure. La commission, avec le consentement des parties au différend, peut inviter tout Etat à lui soumettre ses vues oralement ou par écrit. Les décisions et les recommandations de la commission sont adoptées à la majorité des voix de ses cinq membres.

6. La commission peut signaler à l'attention des parties au différend toute mesure susceptible de faciliter un règlement amiable.

7. La commission entend les parties, examine les plaintes et les objections, et fait des propositions aux parties en vue de les aider à parvenir à un règlement amiable du différend.

8. La commission fait rapport dans les douze mois qui suivent sa constitution. Son rapport est déposé auprès du Secrétaire général et communiqué aux parties au différend. Le rapport de la commission, y compris toutes conclusions y figurant sur les faits ou sur les points de droit, ne lie pas les parties et n'est rien de plus que l'énoncé de recommandations soumises à l'examen des parties en vue de faciliter un règlement amiable du différend.

9. Les honoraires et les frais de la commission sont à la charge des parties au différend.

Commentaire

1) Les paragraphes 1 et 2 de l'annexe reproduisent *mutatis mutandis* les paragraphes 1 et 2 de l'annexe de la Convention de Vienne de 1969. Les paragraphes 3 et 4 reprennent les articles 12 et 13 de l'annexe V de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982; le texte s'inspire de la notion de procédure de conciliation obligatoire.

2) Les paragraphes 5, 6, 7 et 8 sont repris des paragraphes 3 (en remplaçant la référence à « toute partie au traité » par une référence à « tout Etat »), 4, 5 et 6 de l'annexe de la Convention de Vienne de 1969. Le paragraphe 9 reproduit l'article 9 de l'annexe V de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. S'agissant de la responsabilité des Etats, cette règle semble préférable à celle contenue au paragraphe 7 de l'annexe de la Convention de Vienne de 1969, qui, dans le contexte de procédures apparemment moins fréquentes relatives à la validité d'un traité, met les dépenses à la charge de l'ONU.

II. — Préparation de la deuxième lecture de la première partie du projet d'articles (art. 1 à 35)

A. — Introduction

1. Dans leurs commentaires écrits et oraux sur les articles 1 à 35 de la première partie du projet d'articles, plusieurs gouvernements ont fait remarquer que leurs observations étaient provisoires et présentées sous réserve du contenu des deuxième et troisième parties du projet, dont ils n'avaient pas encore connaissance. Il est donc à prévoir que certains gouvernements au moins présenteront ultérieurement des commentaires écrits ou oraux sur ces articles à la lumière de l'ensemble du projet d'articles sur la responsabilité des Etats.

2. Il paraît néanmoins utile qu'après avoir adopté provisoirement les projets d'articles des deuxième et troisième parties la Commission commence la deuxième lecture de la première partie en tenant compte des commentaires et observations déjà reçus des gouvernements et peut-être aussi des publications consacrées aux travaux de la Commission dans ce domaine.

3. Il paraît souhaitable, à ce stade, de se concentrer sur les critiques qui ont été faites à propos de dispositions particulières d'articles 1 à 26 (chapitres I à III de la première partie du projet). En effet, tout l'historique des débats de la Sixième Commission de l'Assemblée générale sur les rapports successifs de la CDI portant sur le sujet donne l'impression que la Sixième Commission a, dans l'ensemble, approuvé la manière dont la CDI a abordé le sujet, ainsi que les divers projets d'articles qu'elle a adoptés provisoirement.

4. En conséquence, la présente section ne traitera pas des arguments avancés quelquefois par ceux qui mettent en doute la possibilité d'aboutir à un développement progressif et à une codification des règles du droit international sur la responsabilité des Etats, susceptibles d'être généralement acceptés sous la forme d'une convention des Nations Unies sur la responsabilité des Etats ou sous une autre forme.

5. Bien entendu, la Commission devra, au dernier stade de ses travaux sur le sujet, décider de ce qu'il convient de recommander à l'Assemblée générale pour la suite à donner à ces travaux, mais il semble d'ores et déjà que leur présentation sous forme de projet d'articles ne soit pas remise en question.

6. Dans la présente section, on s'attachera donc à résumer, concernant les articles des chapitres I à III de la première partie du projet, les suggestions qui ont été présentées en vue de leur amélioration — ou, le cas échéant, de leur suppression — dans les observations écrites reçues jusqu'à présent des gouvernements².

² Les observations écrites des gouvernements sur les articles de la première partie du projet, dont il est fait mention dans la présente section, ont été publiées comme suit :

B. — Observations écrites des gouvernements

Article premier. — Responsabilité de l'Etat pour ses faits internationalement illicites

Tout fait internationalement illicite d'un Etat engage sa responsabilité internationale.

Annuaire... 1980, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/328 et Add.1 à 4 :

	<i>Pages</i>	<i>Paragraphes</i>
Autriche		
Article 1	89	26
Article 3	89	32-33
Article 7	89	28-30, 34
Article 8	89-90	36
Article 13	90	37
Article 14	90	38
Article 18	90	39
Article 22	90	42
Article 23	90	44
Canada		
Article 7	91	2
Article 8	91	2-3
Article 18	91	4
Articles 20, 21 et 23	92	6
Article 22	92	7
Articles 24 à 26	92	8
Chili		
Article 10	95	14
Article 18	96	23
Mali		
Article 18	98	1
Article 22	98	3
Article 23	98	4
Pays-Bas		
Article 8	100	7
Article 10	100	8
Article 18	100	9
Articles 21 et 23	100	11
Article 22	100	12
Yougoslavie		
Article 6	103	11
Article 8	103	13-14
Article 10	103	12
Article 18	103	17

Annuaire... 1981, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/342 et Add.1 à 4 :

	<i>Pages</i>	<i>Paragraphes</i>
Allemagne, République fédérale d'		
Article 2	74	
Article 6	74	
Article 11	75	
Articles 12 et 13	74	
Article 17	75	
Article 20	76	
Article 22	76	
Mongolie		
Article 7	77	3
Suède		
Article 18	79	
Tchécoslovaquie		
Article 3	80	3
Article 7	80	5
Articles 14 et 15	80	6

Annuaire... 1982, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/542 et Add.1 à 3 :

	<i>Pages</i>	<i>Paragraphes</i>
Espagne		
Article 22	19	3

1) L'Autriche donne à entendre que le texte de l'article 1^{er} devrait indiquer plus clairement que « la responsabilité internationale n'est pas limitée aux faits internationalement illicites ». Elle note à ce sujet des remarques « apparemment contradictoires » dans le commentaire de la Commission relatif aux articles 1 et 2, en se référant notamment aux circonstances excluant l'illicéité.

2) De l'avis de l'actuel Rapporteur spécial, le texte de l'article 1^{er} peut rester inchangé. La relation entre l'article 1^{er}, de l'article 3, le chapitre II, le chapitre III et le chapitre V (en particulier l'article 35) ressort assez clairement des textes eux-mêmes. Il est vrai que l'article 35 est simplement une clause de sauvegarde, mais cela ne signifie pas que les « questions qui pourraient se poser à propos de l'indemnisation des dommages causés par ce fait » (c'est-à-dire par un fait dont l'illicéité est exclue par les dispositions — non limitatives — des autres articles du chapitre V) relèvent nécessairement du sujet de la « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international ». Cela paraît même exclu, puisqu'il a été suggéré de limiter en fait la portée de ce dernier sujet aux questions d'environnement. La question de savoir si les projets d'articles sur la responsabilité des Etats devraient, en quelque sorte, combler la lacune laissée par l'article 35 est tout autre, et la Commission ne s'est pas encore prononcée à ce sujet.

Article 2. — Possibilité que tout Etat soit considéré comme ayant commis un fait internationalement illicite

Tout Etat est susceptible d'être considéré comme ayant commis un fait internationalement illicite engageant sa responsabilité internationale.

1) La République fédérale d'Allemagne croit que le contenu de l'article 2 va de soi et suggère de le supprimer ou du moins d'en incorporer le contenu juridique dans l'article 1^{er}.

2) De l'avis de l'actuel Rapporteur spécial, cette dernière suggestion pourrait être acceptée. En effet, les articles 1 et 2 contiennent la même règle juridique envisagée de deux points de vue différents : celui de l'Etat lésé et celui de l'Etat auteur. Aucun changement de rédaction ne semble nécessaire : l'article 2 pourrait simplement devenir le paragraphe 2 de l'article 1^{er}.

3) Les observations de l'Autriche se rapportent à la position des Etats membres d'un Etat fédéral, il vaut donc mieux en traiter à propos de l'article 7.

Article 3. — Eléments du fait internationalement illicite de l'Etat

Il y a fait internationalement illicite de l'Etat lorsque

a) un comportement consistant en une action ou en une omission est attribuable d'après le droit international à l'Etat; et

b) ce comportement constitue une violation d'une obligation internationale de l'Etat.

1) L'Autriche se demande si l'on a eu raison de ne pas faire figurer la « faute » au nombre des éléments subjectifs et de ne pas inclure le « dommage » ou le « préjudice » dans les éléments objectifs du fait internationalement illicite.

2) La Tchécoslovaquie soulève la même question ainsi que celle de l'absence de référence à « l'existence d'un lien de causalité ».

3) Dans leurs observations écrites, ces deux gouvernements réservent leur position; leur avis définitif dépendra du texte complet du projet d'articles.

4) De l'avis du présent Rapporteur spécial, l'article 3 pourrait rester inchangé. Les éléments tant *subjectifs* qu'*objectifs* d'un fait internationalement illicite reposent inévitablement sur l'interprétation de la règle primaire en cause. Bien plus, un rapport juridique entre Etats, étant un rapport juridique entre des entités juridiques, exige que les notions juridiques soient traduites en faits (y compris le fait du lien de causalité) et *vice versa*, si l'on veut finalement aboutir au résultat désiré des règles primaires, qui est une situation de fait. Dans ce sens, les « abstractions » et les « fictions » (nées les unes et les autres de la séparation de ce qui est pertinent de ce qui ne l'est pas) entrent nécessairement dans la composition des règles juridiques primaires. Etant appelés à s'appliquer indépendamment de l'origine et du contenu des règles primaires en cause, les présents articles sur la responsabilité des Etats ne peuvent que s'élever à un plus haut niveau d'abstraction et de fiction.

5) Par conséquent, l'article 3 réduit à deux les éléments d'un fait internationalement illicite : la possibilité d'attribuer un comportement humain à l'Etat et la violation d'une obligation internationale. Un troisième élément — l'absence de « circonstances excluant l'illicéité » — a été ajouté au chapitre V, cependant qu'un quatrième élément — la condition que l'obligation internationale soit en vigueur à l'égard de l'Etat au moment où le fait a été accompli — a été ajouté à l'article 18 et développé dans les articles 24 à 26.

6) L'actuel Rapporteur spécial pense que le système des projets d'articles tient compte, d'une manière ou d'une autre, des trois éléments supplémentaires auxquels se réfèrent l'Autriche et la Tchécoslovaquie (c'est-à-dire la *faute*, le *lien de causalité* et le *dommage*).

7) La *faute* peut en réalité être assimilée à la « violation d'une obligation internationale » au sens de l'article 16 lorsque la règle primaire n'exige de l'Etat qu'un comportement qui peut être raisonnablement requis de lui. Cela est particulièrement vrai lorsque le comportement consiste en une omission (dans le cas d'une obligation de diligence). Pour déterminer dans quelle mesure il en est ainsi, il faut interpréter la règle primaire elle-même, compte tenu en particulier de son objet et de son but. Bien entendu, les circonstances excluant l'illicéité peuvent aussi jouer un rôle quand il s'agit de déterminer s'il y a faute de la part de l'Etat. D'autre part, l'élément d'imputabilité d'un comportement humain à l'Etat comporte un élément de faute de la part de l'Etat. Les articles le reconnaissent puisqu'ils admettent la possibilité d'attribuer à l'Etat le comportement de personnes qui sont des organes de l'Etat, mais agissent en dehors de leur compétence ou au mépris de leurs instructions, qu'ils admettent la possibilité d'attribuer à l'Etat le comportement de personnes qui ne sont pas des organes de l'Etat mais agissent « en fait pour le compte de l'Etat », et qu'ils admettent en outre qu'un « comportement qui est en rapport avec celui des personnes ou

groupes de personnes n'agissant pas pour le compte de l'Etat » peut engager la responsabilité de l'Etat.

8) Le *dommage*, en tant qu'élément possible d'un fait internationalement illicite, fait aussi appel à (l'interprétation de) la règle primaire en cause. Comme dans le cas de la faute, les articles 20, 21 et 23 de la première partie du projet sont ici pertinents. De même, mais en sens opposé, l'article 35 est pertinent. En outre, il va de soi qu'une compensation (pécuniaire) ne peut être réclamée que s'il y a un dommage (cf. aussi art. 6 de la deuxième partie).

9) Enfin, un *lien de causalité* en tant qu'élément possible du fait internationalement illicite est un lien entre une action ou omission et une situation de fait qui peut être qualifiée de « dommage ». Il est encore plus évident ici que l'interprétation de la règle primaire est en cause. Il existe en droit international des obligations qui, en soi, exigent un comportement spécifiquement déterminé, indépendamment des conséquences de fait que peut avoir un comportement non conforme à celui requis par l'obligation (comme le reconnaît l'article 20).

Article 6. — Non-pertinence de la position de l'organe dans le cadre de l'organisation de l'Etat

Le comportement d'un organe de l'Etat est considéré comme un fait de cet Etat d'après le droit international, que cet organe appartienne au pouvoir constituant, législatif, judiciaire ou autre, que ses fonctions aient un caractère international ou interne, et que sa position dans le cadre de l'organisation de l'Etat soit supérieure ou subordonnée.

1) La Yougoslavie et la République fédérale d'Allemagne suggèrent de supprimer l'article 6 parce que son contenu n'est plus contesté aujourd'hui.

2) L'actuel Rapporteur spécial estime qu'il serait utile de conserver l'article 6 tel quel. C'est un fait que, dans un Etat moderne, le pouvoir est décentralisé du point de vue fonctionnel, et que les organes de l'Etat sont souvent plus ou moins indépendants les uns des autres. En ce sens, considérer l'Etat comme une entité en quelque sorte monolithique équivaut à créer une fiction juridique. Il s'agit néanmoins d'un outil essentiel du droit international; c'est pourquoi l'article 6 — comme son homologue territorial, l'article 7 — mérite une place dans le présent projet d'articles. D'autre part, il faut noter à ce sujet que les règles du droit international reconnaissent quelquefois la décentralisation fonctionnelle du pouvoir dans l'Etat et la position relative des organes de l'Etat. Les articles 21 (par. 2) et 22 le montrent bien (cf. aussi art. 18, par. 5).

Article 7. — Attribution à l'Etat du comportement d'autres entités habilitées à l'exercice de prérogatives de la puissance publique

1. Est aussi considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'un organe d'une collectivité publique territoriale de cet Etat, pour autant que, en l'occurrence, il ait agi en cette qualité.

2. Est également considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'un organe d'une entité qui ne fait pas partie de la structure même de l'Etat ou d'une collectivité publique territoriale, mais qui est habilitée par le droit interne de cet Etat à exercer les prérogatives de la puissance publique, pour autant que, en l'occurrence, cet organe ait agi en cette qualité.

Paragraphe 1

1) L'Autriche se réfère aux questions qui se posent dans le cas des Etats membres d'un Etat fédéral qui ont gardé, dans certaines limites, une quelconque personnalité internationale.

2) On se souviendra que la Commission a traité de cette question d'abord dans le commentaire (par. 10 et 11) de l'article 7³, puis dans le commentaire (par. 18) de l'article 28⁴. Elle est arrivée à la conclusion suivante : a) « Quant aux cas [...] où les Etats fédérés gardent une personnalité internationale propre, [...] il paraît évident que les comportements de leurs organes sont [...] attribuables à l'Etat fédéral là où ces comportements constituent la violation d'obligations internationales de ce dernier⁵. »; b) « Au cas où [...] les agissements des organes d'un Etat fédéré constituent la violation d'une obligation internationale dont le titulaire est l'Etat fédéré, ces agissements sont attribuables à ce dernier et non à l'Etat fédéral⁶. »; et c) « L'Etat fédéral doit répondre des faits internationalement illicites attribuables à l'Etat membre, s'ils ont été commis dans un domaine d'activité soumis à un pouvoir de contrôle ou de direction de l'Etat fédéral⁷ » (en vertu du paragraphe 1 de l'article 28).

3) Il est à noter que, dans ses observations écrites, l'Autriche se réfère à une question tout à fait différente et donne à entendre « qu'un fait internationalement illicite commis par un Etat membre d'une union fédérale peut avoir des conséquences pour l'Etat fédéral, par exemple s'il entraîne l'obligation d'une réparation financière et que l'Etat membre n'a pas d'autonomie financière ».

4) De l'avis de l'actuel Rapporteur spécial, la Commission devrait réexaminer la question. La position de la Commission, telle qu'elle est exposée au paragraphe 2 ci-dessus, semble reposer sur une séparation stricte entre l'Etat membre qui, ayant gardé « une personnalité internationale propre », peut avoir ses propres obligations internationales, dont la violation par lui engage sa propre responsabilité internationale, et l'Etat fédéral, qui est en quelque sorte un Etat « tiers » à l'égard de la relation juridique entre l'Etat membre et un autre Etat et n'est donc responsable vis-à-vis de ce dernier que si le fait internationalement illicite de l'Etat membre a été « commis dans un domaine d'activité soumis à un pouvoir de contrôle ou de direction de l'Etat fédéral ». D'autre part, même si l'Etat membre a gardé « une personnalité internationale propre », il est considéré comme une « collectivité publique territoriale de l'Etat » (c'est-à-dire de l'Etat fédéral), et le comportement de ses organes est donc considéré comme un fait de l'Etat fédéral, que l'Etat membre ait agi ou non, d'après la Constitution de l'Etat fédéral, dans la sphère de sa propre « autonomie » (c'est-à-dire, dans un domaine d'activité non soumis à un pouvoir de contrôle ou de direction de l'Etat fédéral, autrement dit, sans que sa

³ *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 291, doc. A/9610/Rev.1.

⁴ *Annuaire... 1979*, vol. II (2^e partie), p. 110.

⁵ Par. 10 du commentaire de l'article 7 (v. *supra* note 3).

⁶ *Idem*.

⁷ Par. 18 du commentaire de l'article 28 (v. *supra* note 4).

« position » soit « subordonnée » au sens de l'article 6).

5) Le manque de symétrie est évident, mais il ne s'ensuit pas nécessairement que l'ensemble constitué par les articles 6, 7 (par. 1) et 28 (par. 1) soit inadapté au cas des unions fédérales. Il semble plutôt que, quel que soit le degré de « personnalité internationale » conservé par l'Etat membre, le territoire de cette collectivité publique territoriale fait en même temps partie du territoire de l'Etat fédéral. Cet aspect prend toute son importance lorsque l'on considère la question des nouveaux droits de l'Etat lésé. Si l'on admet que ces nouveaux droits comprennent le droit de l'Etat lésé de demander réparation *lato sensu* (en vertu du projet d'article 6 de la deuxième partie) et, dans certaines circonstances, son droit de suspendre l'exécution de ses obligations envers l'Etat auteur (en vertu des projets d'articles 8 et 9 de la deuxième partie), on peut se demander si la distinction qui est à la base du paragraphe 1 de l'article 28 est réaliste. Comme l'Autriche l'a noté (v. *supra* par. 3), l'Etat membre qui n'a pas commis le fait internationalement illicite « dans un domaine d'activité dans lequel cet Etat est soumis au pouvoir de direction ou de contrôle » de l'Etat fédéral peut simplement ne pas avoir lui-même les moyens (financiers ou autres) de remplir ses nouvelles obligations en vertu du projet d'article 6 de la deuxième partie. De plus, l'Etat membre peut ne pas être dans une situation qui lui permette de ne suspendre l'exécution des obligations qu'envers lui seul. Enfin, et cela est peut-être même plus important, toute mesure, même de simple rétorsion, prise par l'Etat lésé ne peut manquer d'affecter aussi les intérêts de l'Etat fédéral dans son ensemble.

6) La Commission pourrait donc envisager de simplifier les choses en mettant les Etats membres d'un Etat fédéral (pour autant, bien entendu, qu'il s'agisse d'un Etat) exactement sur le même pied que toute autre collectivité publique territoriale de l'Etat. Après tout, le fait qu'un Etat membre d'un Etat fédéral ait gardé (ce qui est en soi une notion plus historique que juridique) une certaine personnalité internationale a nécessairement un caractère assez limité du seul fait de la personnalité internationale pleine et entière de l'Etat fédéral.

7) Le présent Rapporteur spécial propose en conséquence : a) d'ajouter au paragraphe 1 de l'article 7, après les mots « de cet Etat », les mots « que cette collectivité ait ou non le pouvoir, d'après le droit interne dudit Etat, d'être sujette à des obligations internationales »; et b) d'éliminer, dans les commentaires des articles 7 et 28, toute référence à la situation des Etats membres d'un Etat fédéral, qui gardent un certain degré de personnalité internationale.

8) Cela signifierait, en substance, que, en ce qui concerne les règles (secondaires) de la responsabilité des Etats, les obligations internationales (primaires) d'un Etat membre d'un Etat fédéral sont assimilées aux obligations internationales de l'Etat fédéral (même si, pour leur contenu, elles se limitent bien entendu à l'Etat membre).

9) Les observations de la Tchécoslovaquie et de la Mongolie se rapportent aux points traités dans les paragraphes précédents.

Paragraphe 2

1) De l'avis du Canada, il y aurait lieu de définir de manière plus restrictive les conditions dans lesquelles un Etat peut être tenu responsable du comportement d'une entité qui ne fait pas partie de la structure même de l'Etat.

2) La Mongolie est d'avis que ces dispositions « ne doivent en aucun cas ni en aucune circonstance être considérées comme un motif pour attribuer à l'Etat des actes d'entités ne faisant pas partie de la structure même de l'Etat ».

3) De l'avis de l'actuel Rapporteur spécial, le paragraphe 2 de l'article 7 devrait rester inchangé; il constitue un maillon nécessaire dans la chaîne qui relie les articles 5, 6, 7 et 8. Comme la Commission le dit dans le commentaire (par. 18) de l'article 7 :

[...] La justification de l'attribution à l'Etat, d'après le droit international, du comportement d'un organe de l'une ou de l'autre des entités ici envisagées réside toujours, en dernière analyse, dans le fait que le droit interne de l'Etat a conféré à l'entité en question l'exercice de certaines prérogatives de la puissance publique. [. . .]^a.

En effet, l'Etat ne peut agir que par l'intermédiaire d'individus, et la manière dont il « organise » ces individus aux fins de l'exercice de la puissance publique n'influe pas sur sa responsabilité en droit international. A cet égard, le mode d'organisation le plus formel, dont traite l'article 5, peut être opposé au mode d'organisation le moins formel, visé à l'article 8.

4) Il ne semble pas non plus nécessaire ni souhaitable d'essayer de définir l'expression « prérogatives de la puissance publique ». Bien que les fonctions ou le rôle de l'Etat dans une société donnée varient, bien entendu, d'un Etat à l'autre, il est possible de distinguer nettement, en droit, l'exercice de la puissance publique des autres activités de l'Etat. De plus, dans les cas relevant du paragraphe 2 de l'article 7, il est facile de répondre à la question de savoir si le droit interne de l'Etat intéressé a ou non habilité une entité donnée à exercer des prérogatives de la puissance publique en comparant la nature des pouvoirs conférés à la nature des pouvoirs retenus par les organes de l'Etat (au sens de l'article 5) ou par les organes d'une collectivité publique territoriale (au sens du paragraphe 1 de l'article 7).

Article 8. — Attribution à l'Etat du comportement de personnes agissant en fait pour le compte de l'Etat

Est aussi considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes si

a) il est établi que cette personne ou ce groupe de personnes agissait en fait pour le compte de cet Etat; ou

b) cette personne ou ce groupe de personnes se trouvait exercer en fait des prérogatives de la puissance publique en cas de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui justifiaient l'exercice de ces prérogatives.

1) L'Autriche suggère de rédiger l'alinéa a, de telle sorte qu'il ne soit applicable qu'aux cas dans lesquels « il y a effectivement exercice de prérogatives de la puissance publique » ou, au moins, « qu'il ne s'applique pas aux transactions de droit privé ».

^a *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 293, doc. A/9610/Rev.1.

2) De l'avis des Pays-Bas, on pourrait supprimer l'alinéa *a* si les mots « en cas de carence des autorités officielles » étaient supprimés à l'alinéa *b*.

3) Selon le Canada, « il y aurait lieu de définir de manière plus restrictive les conditions dans lesquelles un Etat peut être tenu responsable pour de tels actes » (c'est-à-dire pour les actes décrits à l'alinéa *b*).

4) La Yougoslavie estime que, du point de vue logique, l'article 8 devrait figurer après les articles 9 et 10, et elle suggère d'introduire dans le projet d'articles une clause définissant notamment une « entité habilitée à exercer les prérogatives de la puissance publique ».

5) De l'avis de l'actuel Rapporteur spécial, il y a de bonnes raisons de traiter dans des articles distincts les cas visés à l'alinéa *a* et ceux qui sont visés à l'alinéa *b*. Comme la Commission le fait observer dans le commentaire (par. 1) de l'article 8⁹, il y a une distinction nette entre les deux groupes de cas selon que l'initiative appartient ou non à l'Etat. A cet égard, les cas visés à l'alinéa *a* de l'article 8 se situent entre la situation envisagée au paragraphe 2 de l'article 7 et celle envisagée au paragraphe 1 de l'article 11, alors que les cas visés à l'alinéa *b* de l'article 8 se situent plutôt entre la situation envisagée au paragraphe 2 de l'article 7 et celle envisagée à l'article 14; ce sont les gradations allant du pouvoir légal au pouvoir illégal.

6) L'alinéa *a* traite des agents officieux des entités d'Etat *lato sensu*. Il va de soi que le droit international ne peut admettre que l'on ait recours à de tels agents dans le but d'échapper à la responsabilité que l'Etat aurait encourue si le même comportement avait été celui d'un agent officiel. En utilisant un agent officieux, l'entité d'Etat, elle-même, commettrait au moins un fait connexe, au sens du paragraphe 2 de l'article 11. De même, il semble clair que dans de telles situations, les éléments objectifs et subjectifs du fait internationalement illicite sont inextricablement mêlés (comme c'est aussi le cas à l'article 27).

7) C'est pourquoi il est particulièrement difficile de formuler la règle en fonction du seul critère de l'« imputabilité ».

8) Bien qu'on puisse faire valoir à bon droit que les mots « agissait en fait pour le compte de cet Etat » soient assez vagues, on ne peut guère parler, à l'alinéa *a*, de l'« exercice effectif de prérogatives de la puissance publique », parce que ces termes impliquent une justification *prima facie* de cet exercice, du moins d'après le droit interne de l'Etat intéressé. Il serait plus difficile encore de combiner les alinéas *a* et *b* en une seule règle, comme le suggèrent les Pays-Bas, ne serait-ce que parce que la « carence des autorités officielles » est un élément essentiel dans les cas visés à l'alinéa *b*.

9) La Commission pourrait cependant envisager une autre solution qui consisterait à combiner la règle visée à l'alinéa *a* de l'article 8 avec celle prévue au paragraphe 1 de l'article 11, sous la forme d'une exception. Le paragraphe 1 de l'article 11 pourrait être alors ainsi conçu :

« 1. Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes n'agissant pas en tant qu'organe d'un Etat, d'une collectivité publique territoriale ou d'une entité habilitée à exercer les prérogatives de la puissance publique n'est pas considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international, sauf s'il est établi que cette personne ou ce groupe de personnes agissait de concert et à l'instigation d'un tel organe. »

Les mots « de concert et à l'instigation » sont tirés du commentaire (par. 5) de l'article 8¹⁰. Tout en traitant encore les cas visés à l'alinéa *a* de l'article 8 sous l'angle de la possibilité d'attribution, cette solution indiquerait peut-être mieux que ce n'est pas tant le fait que les personnes agissent pour le compte de l'Etat qui crée cette possibilité, c'est plutôt le fait que ces personnes n'étant que de simples agents *de facto* de l'Etat n'empêche pas l'Etat d'être responsable d'un fait internationalement illicite commis par ailleurs.

10) Si cette solution était adoptée, l'article 8 se limiterait à l'actuel alinéa *b*. Il s'agit ici, comme on l'a noté plus haut, d'une situation entièrement différente en ce sens que l'initiative appartient aux individus intéressés et non aux organes de l'Etat. Bien que les gouvernements n'aient pas encore présenté d'observations écrites au sujet de l'alinéa *b* de l'article 8, l'actuel Rapporteur spécial se permet de suggérer à la Commission de revoir s'il convient de maintenir le dernier membre de phrase : « et dans des circonstances qui justifiaient l'exercice de ces prérogatives ».

11) L'actuel Rapporteur spécial pense que ces mots ne sont pas nécessaires pour distinguer la situation envisagée à l'alinéa *b* de celle du « mouvement insurrectionnel », visée à l'article 14. D'autre part, du simple fait que, « en cas de carence des autorités officielles », une personne ou un groupe de personnes se substitue, de sa propre initiative, à ces autorités, son comportement — qui revient en fait à exercer des prérogatives de la puissance publique — est assimilé, au regard du droit international, au comportement des autorités officielles. De toute façon, c'est au regard du droit interne de l'Etat qu'il convient plutôt d'apprécier si les circonstances justifient ou non leur intervention. Il ne convient pas, semble-t-il, d'alourdir par de telles considérations l'application de règles de droit international relatives à la responsabilité des Etats.

12) Incidemment, en combinant l'alinéa *a* de l'article 8 et le paragraphe 1 de l'article 11, on donnerait suite en partie à la proposition de la Yougoslavie (v. *supra* par. 4) sur l'ordre à suivre dans la présentation des articles. Pour la définition des « prérogatives de la puissance publique », on peut se référer au paragraphe 4 du commentaire ci-dessus relatif au paragraphe 2 de l'article 7.

Article 10. — Attribution à l'Etat du comportement d'organes agissant en dépassement de leur compétence ou en contradiction avec les instructions concernant leur activité

Le comportement d'un organe de l'Etat, d'une collectivité publique territoriale ou d'une entité habilitée à l'exercice de prérogatives de la puissance publique, ledit organe ayant agi en cette qualité, est consi-

⁹ *Ibid.*, p. 294.

¹⁰ *Ibid.*, p. 295.

déré comme un fait de l'Etat d'après le droit international même si, en l'occurrence, l'organe a dépassé sa compétence selon le droit interne ou a contrevenu aux instructions concernant son activité.

1) Le Chili suggère de rédiger l'article 10 comme suit :
« Est également considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'un organe ou d'une entité, selon le cas, qui a dépassé sa compétence selon le droit interne ou a contrevenu aux instructions concernant son activité. »

2) Les Pays-Bas et la Yougoslavie font observer que l'article 10 devrait aussi s'appliquer à l'organe mentionné à l'article 9.

3) De l'avis de l'actuel Rapporteur spécial, le présent texte de l'article 10 est suffisamment clair pour être compris comme se référant à « une entité habilitée à l'exercice de prérogatives de la puissance publique » dans les situations visées tant au paragraphe 2 de l'article 7 qu'à l'article 10.

4) La suggestion du Chili pose le problème de la distinction entre le comportement d'un organe « agissant en cette qualité » et le comportement de la même personne agissant à titre individuel. Dans le commentaire (par. 29) de l'article 10¹¹, la Commission indique avoir introduit le membre de phrase « ledit organe ayant agi en cette qualité » — lequel ne figure pas dans le texte suggéré par le Chili — « pour indiquer que les comportements visés sont uniquement les actions et omissions accomplies par des organes dans l'exercice de leurs fonctions officielles, et non pas les actions et omissions accomplies par les individus ayant le statut d'organes dans le cadre de leur vie privée ». D'autre part, dans ce même commentaire, la Commission a examiné et rejeté toute restriction à la règle de la responsabilité des Etats énoncée à l'article 10, par exemple la condition que la personne intéressée ait du moins agi dans le cadre de sa « compétence générale » ou de sa « compétence apparente » ou qu'elle ait employé « les moyens de la fonction » (par. 22 à 25)¹², tout en reconnaissant par ailleurs (par. 26)¹³ « qu'il n'est pas toujours aisé d'établir dans un cas concret si la personne a agi en qualité d'organe ou en tant que particulier ».

5) De l'avis du présent Rapporteur spécial, la distinction entre le comportement d'une personne « agissant dans le cadre de l'accomplissement de sa fonction d'Etat » et le comportement de cette personne « dans sa vie privée » est à la fois assez artificielle et, dans la pratique, souvent difficile à faire. Il n'y a qu'un être humain qui agit et, dans bien des cas, lui-même ne sait probablement pas au juste si, lorsqu'il accomplit ou s'abstient d'accomplir certains actes, son mobile est de servir les intérêts de l'Etat ou de donner libre cours à ses préférences personnelles. D'autre part, pour la victime de son comportement, la distinction est sans aucune pertinence et c'est la question de la preuve qui devient capitale (cf. par. 18 du commentaire de l'article 10¹⁴). Par conséquent, la rédaction correcte de l'article 10 dépend de

la direction dans laquelle on veut orienter le droit sur la responsabilité des Etats par rapport au développement des règles primaires du droit international. Il paraît clair que les Etats hésitent à prendre le risque d'être tenus responsables d'actes de leurs organes — c'est-à-dire d'individus — inspirés par une prévention personnelle généralement interdite par le droit interne. Mais il y a au moins *culpa in eligendo* de la part de l'Etat et, par ailleurs, la protection efficace des intérêts des Etats lésés en droit international exige qu'on n'impose pas à ces Etats la tâche de prouver qu'une personne qui est un organe d'un autre Etat a réellement agi en l'occurrence « pour le compte » de cet Etat.

6) Tout bien pesé, l'actuel Rapporteur spécial est d'avis qu'en maintenant les mots « ledit organe ayant agi en cette qualité » à l'article 10 on risque de créer (involontairement) l'incertitude dans les relations internationales, car l'interprétation de ces mots pourrait conduire à invoquer l'argument — logique en soi — que l'organe, lorsqu'il « a contrevenu aux instructions concernant son activité » et à plus forte raison lorsqu'il « a dépassé sa compétence selon le droit interne », n'a pas agi en tant qu'« organe de l'Etat ». Le Rapporteur spécial propose, par conséquent, de suivre la suggestion du Chili (*supra* par. 1) pour la rédaction de l'article 10. Cela permettrait aussi de combiner l'alinéa *a* de l'article 8 et le paragraphe 1 de l'article 11 comme il a été proposé (cf. *supra* par. 9 du commentaire de l'article 8).

Article 11. — Comportement de personnes n'agissant pas pour le compte de l'Etat

1. N'est pas considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes n'agissant pas pour le compte de l'Etat.

2. Le paragraphe 1 est sans préjudice de l'attribution à l'Etat de tout autre comportement qui est en rapport avec celui des personnes ou groupes de personnes visés audit paragraphe et qui doit être considéré comme un fait de l'Etat en vertu des articles 5 à 10.

1) La République fédérale d'Allemagne indique que « le contenu de l'article 11 pourrait être incorporé à l'article 8 ».

2) L'actuel Rapporteur spécial souscrit quant au fond à cette proposition mais préférerait la méthode inverse proposée ci-dessus, au paragraphe 9 du commentaire de l'article 8.

Article 12. — Comportement d'organes d'un autre Etat

1. N'est pas considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement adopté sur son territoire ou sur tout autre territoire soumis à sa juridiction par un organe d'un autre Etat agissant en cette qualité.

2. Le paragraphe 1 est sans préjudice de l'attribution à un Etat de tout autre comportement qui est en rapport avec celui envisagé audit paragraphe et qui doit être considéré comme un fait de cet Etat en vertu des articles 5 à 10.

Article 13. — Comportement d'organes d'une organisation internationale

N'est pas considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'un organe, d'une organisation internationale agissant en cette qualité du seul fait que ledit comportement a été

¹¹ *Annuaire...* 1975, vol. II, p. 75, doc. A/10010/Rev.1.

¹² *Ibid.*, p. 72 à 75.

¹³ *Ibid.*, p. 74 et 75.

¹⁴ *Ibid.*, p. 72.

adopté sur le territoire de cet Etat ou sur tout autre territoire soumis à sa juridiction.

1) Selon la République fédérale d'Allemagne, « le contenu juridique des articles 12 et 13 paraît évident et ces dispositions pourraient être supprimées sans inconvénient ».

2) L'actuel Rapporteur spécial est d'avis qu'il convient de garder ces articles. En temps de paix, un organe d'un Etat agissant en cette qualité sur le territoire d'un autre Etat ne peut le faire qu'avec le consentement de cet autre Etat. Il paraît utile de prévoir, même implicitement, qu'un tel consentement, en soi, ne rend pas l'autre Etat responsable du comportement de l'organe en question. Il convient, pour des raisons analogues, de maintenir l'article 13.

3) L'Autriche fait observer, à propos de l'article 13, qu'il est douteux « que la décision de la Commission de ne pas inclure dans cet article un deuxième paragraphe correspondant aux dispositions des articles 11, 12 et 14 ait résolu la question de façon satisfaisante ».

4) L'actuel Rapporteur spécial estime que les raisons, invoquées par la Commission dans le commentaire (par. 13) de l'article 13¹⁵, pour ne pas introduire de clause correspondant au paragraphe 2 des articles 11, 12 et 14 ne sont pas particulièrement convaincantes. S'il est vrai que, comme il a été dit plus haut, le simple consentement de l'Etat territorial à ce que des organes d'une organisation internationale exercent des activités sur son territoire ne rend pas cet Etat responsable du comportement de cette organisation, la situation n'est pas fondamentalement différente de celle qu'envisage l'article 12. La Commission elle-même reconnaît, dans le même paragraphe du commentaire précité, que

[...] si l'Etat territorial s'associait à l'accomplissement par un organe de l'organisation d'une action constituant un fait internationalement illicite ou si, devant l'accomplissement de cette action, il ne réagissait pas dans les formes appropriées, il pourrait engager sa responsabilité internationale du fait de son propre comportement, comportement qui, en vertu des articles 5 à 10 du projet, lui serait toujours attribuable.

Les organisations internationales ayant généralement moins de pouvoir qu'un Etat, il paraît en fait plus probable que si cette organisation internationale commet un quelconque fait internationalement illicite, c'est qu'elle a reçu ou pourrait recevoir une certaine forme de soutien de la part de l'Etat territorial.

5) L'actuel Rapporteur spécial ne pense pas, contrairement à la Commission, que la formulation de la clause « poserait dans le cas de l'article 13 des problèmes particuliers dépassant la portée du présent projet ». Après tout, la clause se borne à rappeler que si, d'une part, la simple présence de l'organe d'un Etat étranger ou d'une organisation internationale sur le territoire d'un Etat ne suffit pas à engager la responsabilité de ce dernier, il se peut fort bien, d'autre part, que la situation de fait donne aussi lieu à un fait internationalement illicite de cet Etat territorial.

6) Il est donc proposé d'ajouter à l'article 13 un second paragraphe rédigé comme le paragraphe 2 de l'article 12.

Article 14. — Comportement d'organes d'un mouvement insurrectionnel

1. N'est pas considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'un organe d'un mouvement insurrectionnel établi sur le territoire de cet Etat ou sur tout autre territoire sous son administration.

2. Le paragraphe 1 est sans préjudice de l'attribution à un Etat de tout autre comportement qui est en rapport avec celui de l'organe du mouvement insurrectionnel et qui doit être considéré comme un fait de cet Etat en vertu des articles 5 à 10.

3. De même, le paragraphe 1 est sans préjudice de l'attribution du comportement de l'organe du mouvement insurrectionnel à ce mouvement dans tous les cas où une telle attribution peut se faire d'après le droit international.

Article 15. — Attribution à l'Etat du fait d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement d'un Etat ou qui aboutit à la création d'un nouvel Etat

1. Le fait d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement d'un Etat est considéré comme un fait de cet Etat. Toutefois, une telle attribution est sans préjudice de l'attribution à cet Etat d'un comportement qui aurait auparavant été considéré comme un fait de l'Etat en vertu des articles 5 à 10.

2. Le fait d'un mouvement insurrectionnel dont l'action aboutit à la création d'un nouvel Etat sur une partie du territoire d'un Etat préexistant ou sur un territoire sous son administration est considéré comme un fait de ce nouvel Etat.

1) L'Autriche est d'avis qu'« on ne voit pas clairement si le paragraphe 1 de l'article 14 s'applique au cas d'un mouvement insurrectionnel, reconnu par des Etats étrangers comme gouvernement *de facto*, qui ne parvient pas à s'établir selon l'une des manières prévues à l'article 15, mais dont au contraire les autorités centrales finissent par avoir raison ».

2) Selon l'actuel Rapporteur spécial, les articles 14 et 15 et les commentaires y relatifs sont suffisamment clairs sur ce point : que le mouvement insurrectionnel soit ou non reconnu par des Etats étrangers, son comportement n'est pas attribuable à l'Etat sur le territoire duquel il est établi.

3) La Tchécoslovaquie estime qu'il conviendrait que « la Commission accorde à la définition [de l'expression « mouvement insurrectionnel »] l'attention qu'elle mérite », et elle se réfère à ce sujet aux Protocoles additionnels de 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949.

4) L'actuel Rapporteur spécial rappelle que dans le commentaire (par. 29) de l'article 14¹⁶, ainsi que dans le commentaire (par. 22) de l'article 15¹⁷, la Commission a marqué que, dans son esprit, l'expression « mouvement insurrectionnel » était une expression neutre qui s'appliquait également aux mouvements de libération nationale. Aux fins des présents articles 14 et 15, il ne semble pas nécessaire de distinguer entre les deux types de mouvement. Cependant, si la Commission souhaitait, au

¹⁵ *Ibid.*, p. 97.

¹⁶ *Ibid.*, p. 106.

¹⁷ *Ibid.*, p. 113.

stade final, introduire dans l'ensemble des articles une définition des expressions (y compris l'expression « mouvement insurrectionnel »), il conviendrait, semble-t-il, dans ce contexte, de mentionner expressément les mouvements de libération nationale.

Article 17. — Non-pertinence de l'origine de l'obligation internationale violée

1. Le fait d'un Etat qui constitue une violation d'une obligation internationale est un fait internationalement illicite quelle que soit l'origine, coutumière, conventionnelle ou autre, de cette obligation.

2. L'origine de l'obligation internationale violée par un Etat est sans effet sur la responsabilité internationale engagée par le fait internationalement illicite de cet Etat.

1) La République fédérale d'Allemagne estime qu'il conviendrait d'envisager la possibilité d'introduire au paragraphe 1 de l'article 17 la notion contenue au paragraphe 1 de l'article 19, en ajoutant les mots « et quel que soit l'objet de l'obligation violée ».

2) L'actuel Rapporteur spécial serait porté à accepter cette suggestion, mais il pense qu'une décision à cet effet ne peut être prise qu'après l'examen de l'article 19 en deuxième lecture.

Article 18. — Condition que l'obligation internationale soit en vigueur à l'égard de l'Etat

1. Le fait de l'Etat qui n'est pas conforme à ce qui est requis de lui par une obligation internationale ne constitue une violation de cette obligation que si ce fait a été accompli à un moment où l'obligation était en vigueur à l'égard de cet Etat.

2. Toutefois, le fait de l'Etat qui, au moment où il a été accompli, n'était pas conforme à ce qui était requis de lui par une obligation internationale en vigueur à l'égard de cet Etat n'est plus considéré comme un fait internationalement illicite si, par la suite, un tel fait est devenu obligatoire en vertu d'une norme impérative du droit international général.

3. Si le fait de l'Etat qui n'est pas conforme à ce qui est requis de lui par une obligation internationale a un caractère de continuité, il n'y a violation de cette obligation qu'en regard de la période durant laquelle le fait se déroule pendant que l'obligation est en vigueur à l'égard de cet Etat.

4. Si le fait de l'Etat qui n'est pas conforme à ce qui est requis de lui par une obligation internationale est composé d'une série d'actions ou omissions relatives à des cas distincts, il y a violation de cette obligation si un tel fait peut être considéré comme constitué par les actions ou omissions accomplies pendant la période durant laquelle l'obligation est en vigueur à l'égard de cet Etat.

5. Si le fait de l'Etat qui n'est pas conforme à ce qui est requis de lui par une obligation internationale est un fait complexe constitué d'actions ou omissions du même organe ou d'organes différents de l'Etat par rapport à un même cas, il y a violation de cette obligation si le fait complexe non conforme à celle-ci commence par une action ou omission accomplie pendant la période durant laquelle l'obligation est en vigueur à l'égard de cet Etat, même si ce fait est complété après cette période.

1) Concernant le paragraphe 2 de l'article 18, l'Autriche est d'avis que « Les mots « n'est plus considéré comme un fait internationalement illicite si, par la suite » ne sont pas assez précis pour empêcher que ne se produisent les situations que, selon le commentaire, la Commission voulait justement écarter ».

2) Le Canada estime qu'« il convient de restreindre au maximum l'application » de la notion de rétroactivité, telle qu'est acceptée au paragraphe 2 de l'article 18.

3) Le Chili propose, concernant le paragraphe 2 de l'article 18, « d'indiquer que cette disposition ne serait applicable qu'entre le moment où l'infraction est commise et celui où il est fait appel aux mécanismes destinés à donner effet à la responsabilité internationale qui en découle ».

4) Selon les Pays-Bas : « On peut aussi reprocher au paragraphe 2 de l'article 18 tel qu'il est actuellement rédigé de ne pas indiquer assez clairement que c'est la norme primaire impérative du droit elle-même qui lui donne son effet : effet rétroactif ou effet immédiat. »

5) La Yougoslavie suggère d'« inclure [dans le paragraphe 2 de l'article 18] certains éléments du commentaire [de ce paragraphe], afin de rendre les dispositions proposées plus claires à la lecture du texte même ».

6) La Suède est d'avis que le paragraphe 2 de l'article 18 n'est « pas compatible avec les articles 64 et 71 de la Convention de Vienne sur le droit des traités » et observe : « On peut [...] avancer que le paragraphe 2 de l'article 18 traite de l'existence ou de l'inexistence d'une obligation [...] et que, par conséquent, il ne devrait pas figurer dans un instrument juridique visant à codifier uniquement des règles secondaires. »

7) Le Mali signale la relation existant entre l'article 18 et les articles 24 à 26, et propose en conséquence « de mettre en valeur cette liaison soit par un rapprochement des articles soit en indiquant des références ».

8) La Suède émet des doutes au sujet des paragraphes 4 et 5 de l'article 18, jugeant qu'« ils sont difficiles à comprendre et traitent de problèmes que le simple bon sens permettrait vraisemblablement de résoudre ».

9) De l'avis de l'actuel Rapporteur spécial, il est clair que le paragraphe 2 de l'article 18 traite d'une question dite de droit intertemporel (c'est-à-dire du conflit entre des règles primaires dans le temps). De telles questions se posent dans tout système juridique. En fait, chaque fois qu'une règle est établie, il appartient en tout premier lieu à ses auteurs d'indiquer la portée qu'ils entendent lui donner, notamment de préciser son effet par rapport à d'autres règles primaires, passées, présentes et futures.

10) Dans le système juridique international, on peut partir de l'idée qu'il existe, qu'il a probablement existé, et qu'en principe il continuera d'exister certaines règles de *jus cogens* international, expressément définies à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 comme « une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation* n'est permise et qui ne peut être modifiée* que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ».

11) En ce qui concerne l'effet d'une norme de *jus cogens* international par rapport aux normes établies par les traités, la Convention de Vienne de 1969 contient des dispositions particulières aux articles 53 (première phrase), 64, 71 et 66 (al. a). Toutes ces dispositions et la définition du *jus cogens* lui-même sont tournées vers l'avenir, en ce sens qu'elles indiquent quelles sont les

relations juridiques entre Etats depuis le moment où une norme de *jus cogens* entre en vigueur jusqu'au moment où une norme ultérieure de *jus cogens* la modifie.

12) Il va de soi que « la communauté internationale dans son ensemble » n'est elle-même tenue ni par la définition ni par les autres dispositions de la Convention de Vienne de 1969 relatives au *jus cogens*. Il est concevable, par exemple, que cette communauté, tout en acceptant et reconnaissant une certaine norme, déroge expressément à la stipulation *in fine* de l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 71, en décidant que cette norme ne porte pas atteinte à tels ou tels droits, obligations ou situations juridiques nés de l'exécution d'un traité donné avant qu'il ait pris fin du fait de l'entrée en vigueur de ladite norme.

13) La même observation vaut pour le paragraphe 2 de l'article 18 du présent projet d'articles sur la responsabilité des Etats. Il est concevable, par exemple, qu'en créant une norme de *jus cogens* international, la communauté internationale dans son ensemble décide expressément que cette norme n'aura pas l'effet rétroactif prévu au paragraphe 2 de l'article 18. En ce sens, l'observation des Pays-Bas (*supra* par. 4) est tout à fait pertinente, bien que, de l'avis de l'actuel Rapporteur spécial, elle ne rende pas nécessaire une modification du libellé de cet article.

14) D'autre part, il convient de rappeler que, en vertu du paragraphe 2 de l'article 18 du projet, l'effet rétroactif d'une norme de *jus cogens* est relativement limité. On pourrait même dire que, dans un certain sens, il n'y a pas d'effet rétroactif, puisque ce paragraphe vise plutôt le cas d'une procédure de règlement d'un différend entre Etats, engagée après l'entrée en vigueur d'une norme de *jus cogens*. Pour le règlement d'un tel différend, la norme de *jus cogens* sera prise en compte dans la mesure où le comportement requis (et pas seulement admis) par cette norme « n'est plus considéré », à compter de son entrée en vigueur, « comme un fait internationalement illicite ». Dans le commentaire (par. 18) de l'article 18¹⁸, la Commission a indiqué tout à fait clairement que « le fait de l'Etat n'est pas rétroactivement considéré comme licite *ab initio*, mais uniquement à partir du moment où la nouvelle règle de *jus cogens* est entrée en vigueur ». Ce qui est peut-être moins clair, c'est que l'application de la règle intertemporelle du paragraphe 2 de l'article 18 soulève la question du moment et de la durée d'une violation d'une obligation internationale, question traitée aux paragraphes 3, 4 et 5 de l'article 18 et aux articles 24, 25 et 26.

15) La conséquence normale (voir toutefois *supra* par. 12 et 13) découlant du fait que la norme de *jus cogens* prescrit un certain comportement est que, dès l'entrée en vigueur de cette norme, le comportement requis ne constitue plus une violation d'une obligation internationale. L'effet rétroactif du paragraphe 2 de l'article 18 tient alors à ce que, même si le comportement nouvellement requis a eu lieu avant l'entrée en vigueur de la norme pertinente de *jus cogens*, ce comportement n'est plus considéré comme un fait interna-

tionalement illicite après cette entrée en vigueur. Si on suit tout le raisonnement de la Commission sur ce sujet, à savoir qu'un fait internationalement illicite crée de nouvelles relations juridiques dès le moment où il se produit, l'analogie semble possible avec un traité qui crée — ou dont l'exécution crée — un nouveau rapport juridique entre Etats. On est dès lors enclin à chercher un principe d'action à l'alinéa *b in fine* du paragraphe 2 de l'article 71 de la Convention de Vienne de 1969. Cette règle s'inspire de la distinction bien connue entre la « création » d'une situation juridique et sa « manifestation continue » qui avait été faite par l'arbitre Max Huber dans l'affaire de l'*Ile de Palmas (Miangas)*¹⁹. Outre la difficulté intrinsèque, souvent signalée, que comporte une telle distinction²⁰, une autre difficulté tient à ce que certaines des conséquences juridiques découlant d'un fait internationalement illicite, conformément aux articles de la deuxième partie du projet, ne sont pas en soi en conflit avec la [nouvelle] règle de *jus cogens*. Ainsi, s'il est clair que l'Etat lésé par la violation d'une obligation internationale commise avant l'entrée en vigueur d'une norme de *jus cogens* ne peut prétendre, après cette entrée en vigueur, à une exécution tardive de l'obligation, le substitut à l'exécution consistant dans le paiement d'une somme d'argent, cela n'est certainement pas en soi en conflit avec la norme de *jus cogens*. Néanmoins, un tribunal international qui décide, après l'entrée en vigueur de la norme de *jus cogens*, qu'une telle prétention est valable, considère nécessairement à ce moment-là que le comportement passé constitue un fait internationalement illicite. De plus, si les Etats en cause parviennent à un accord, en vertu duquel l'Etat, qui a commis dans le passé le fait alors internationalement illicite, verse une somme d'argent à titre de réparation à l'Etat qui a alors été lésé, on peut présumer qu'un tel accord n'est pas nul *ab initio*, même s'il a été conclu après l'entrée en vigueur de la [nouvelle] norme de *jus cogens*.

16) En fait, il semble que l'intention, au paragraphe 2 de l'article 18, soit plutôt de signifier que, après l'entrée en vigueur d'une norme de *jus cogens*, les Etats sont tenus — pour reprendre les termes du paragraphe 1, al. *a*, de l'article 71 de la Convention de Vienne de 1969 — « d'éliminer [...] les conséquences » — dans ce contexte, les conséquences juridiques au sens de l'article 1^{er} de la deuxième partie du projet — d'un fait désormais requis par cette norme, étant entendu que les conséquences juridiques, déjà « accomplies » avant l'entrée en vigueur de ladite norme (telles qu'un règlement intervenu par voie de négociations ou autrement), demeurent.

17) Mais la Commission semble aller moins loin dans son commentaire en ce qu'elle fait une distinction entre la période qui précède l'entrée en vigueur de la norme de *jus cogens* et celle qui suit cette entrée en vigueur, indépendamment de la date de règlement des réclamations de l'Etat lésé, le fait internationalement illicite à l'ori-

¹⁹ Sentence arbitrale du 4 avril 1928, voir Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 829.

²⁰ Voir p. ex. P. Tavernier : *Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1970.

¹⁸ *Annuaire...* 1976, vol. II (2^e partie), p. 85.

gine le demeurant jusqu'à la date d'entrée en vigueur de la norme de *jus cogens*. Cela s'explique probablement par l'idée qu'un règlement prend habituellement du temps et que l'Etat originellement auteur de la violation ne doit pas profiter du revirement ultérieur d'opinion de « la communauté internationale des Etats dans son ensemble » quant au caractère illicite d'un certain comportement, en retardant le règlement de la réclamation originelle.

18) L'actuel Rapporteur spécial estime que tout dépend de l'objet et du but de la norme particulière de *jus cogens* en cause. En soi, il semble peu vraisemblable, sur le plan international, qu'un comportement, qui était considéré comme illicite, devienne soudain non seulement autorisé, mais même considéré comme obligatoire. Il semble beaucoup plus probable qu'il existe un stade intermédiaire (de gestation, en quelque sorte), pendant lequel le caractère initialement illicite devient contestable. Après tout, c'est le règlement d'un conflit entre les exigences d'une réglementation des relations entre Etats en tant que tels et les intérêts de l'humanité dans son ensemble qui constitue le plus souvent la raison d'être de l'apparition d'une norme de *jus cogens* international. En conséquence, une règle supplétive de droit intertemporel dans ce domaine devrait peut-être, sans toucher aux réclamations déjà réglées, réserver la possibilité d'indemniser le préjudice causé par un fait, qui était considéré auparavant comme internationalement illicite et qui est devenu ensuite obligatoire.

19) De cette façon, l'effet normal de l'apparition d'une norme de *jus cogens* international, rendant tel ou tel comportement obligatoire, ressortirait plutôt à une « circonstance excluant l'illicéité » de ce comportement spécifique dans le passé sans toutefois — par analogie avec l'article 35 de la première partie du projet — préjuger les « questions qui pourraient se poser à propos de l'indemnisation des dommages causés par ce fait ».

20) Avec cette réserve, le libellé de la règle actuellement énoncée au paragraphe 2 de l'article 18 pourrait sembler-t-il — sans préjudice de sa place dans le projet définitif — être maintenu, étant entendu toutefois que le commentaire devrait être modifié. En fait, le commentaire actuel est — comme l'ont relevé l'Autriche (v. *supra* par. 1) et la Yougoslavie (v. *supra* par. 5) dans leurs observations écrites — imparfaitement reflété dans le texte lui-même.

21) La réserve suggérée au paragraphe 19 ci-dessus irait dans le sens des observations écrites du Canada (v. *supra* par. 2).

22) La proposition faite par le Chili dans ses observations écrites (v. *supra* par. 3) ne permettrait pas, de l'avis de l'actuel Rapporteur spécial, de résoudre le problème. Il y a en fait trois dates pertinentes : a) la date où l'infraction est commise; b) la date de l'entrée en vigueur de la norme de *jus cogens* international; et c) la date où il est fait appel aux mécanismes destinés à donner effet à la responsabilité internationale qui en découle. Si, chronologiquement, la date c est antérieure à la date b, il n'y a apparemment pas de problème; normalement, on ne peut présumer que l'établissement d'une règle de *jus cogens* international vise à remettre en cause le règlement de la réclamation initiale, ni même un

règlement dont la procédure est officiellement engagée. Il va de soi qu'il n'y a pas non plus de problème si la date a est postérieure à la date b. Le seul cas où le problème se pose est celui où les dates a et b sont antérieures à la date c.

23) Les observations écrites de la Suède (v. *supra* par. 6) paraissent en soi tout à fait pertinentes. Certes, le paragraphe 2 de l'article 18 du projet vise à définir l'effet — dans le temps — de règles primaires particulières. Mais une telle définition semble inévitable dans le cadre du projet d'articles sur la responsabilité des Etats. Dès lors que la notion de *jus cogens* international a été acceptée, on ne peut ignorer son incidence sur les règles de la responsabilité des Etats. D'ailleurs, la Commission a reconnu la place particulière du *jus cogens* dans différents autres contextes de la responsabilité des Etats.

24) Les observations écrites du Mali (v. *supra* par. 7) sont tout à fait pertinentes (cf. *supra* par. 14) et posent la question de la place du paragraphe 2 de l'article 18 du projet et de la réserve qu'il est proposé d'y apporter (cf. *supra* par. 19) dans le texte définitif du projet d'articles. Le présent Rapporteur spécial est pleinement convaincu qu'il existe une relation étroite entre les paragraphes 1, 3, 4 et 5 de l'article 18 et les articles 24 à 26 du projet. L'effet de l'obligation et la détermination juridique du moment et de la durée de sa violation sont certainement deux faces de la même médaille. Ce rapprochement pourrait conduire en définitive la Commission à placer l'article 19, d'importance primordiale, immédiatement après l'article 17, et le paragraphe 2 de l'article 18, assorti de la réserve proposée, immédiatement après l'article 26, comme visant un aspect particulier du problème intertemporel.

25) Les doutes émis par la Suède (v. *supra* par. 8) ne portent que sur les paragraphes 4 et 5 de l'article 18; apparemment, les paragraphes 1 et 3 y échappent. De l'avis de l'actuel Rapporteur spécial, les paragraphes 1, 3, 4 et 5 de l'article 18 doivent être interprétés compte tenu des articles 24 à 26, lesquels sont eux-mêmes liés aux articles 20, 21 et 23, en ce qu'ils introduisent une typologie des obligations et des faits de l'Etat correspondants. C'est pourquoi, il est proposé d'examiner ensemble les observations écrites relatives à ces différentes dispositions.

Article 20. — Violation d'une obligation internationale requérant d'adopter un comportement spécifiquement déterminé

Il y a violation par un Etat d'une obligation internationale le requérant d'adopter un comportement spécifiquement déterminé lorsque le comportement de cet Etat n'est pas conforme à celui requis de lui par cette obligation.

Article 21. — Violation d'une obligation internationale requérant d'assurer un résultat déterminé

1. Il y a violation par un Etat d'une obligation internationale le requérant d'assurer, par un moyen de son choix, un résultat déterminé si, par le comportement adopté, l'Etat n'assure pas le résultat requis de lui par cette obligation.

2. Lorsqu'un comportement de l'Etat a créé une situation non conforme au résultat requis de lui par une obligation internationale, mais qu'il ressort de l'obligation que ce résultat ou un résultat équivalent peut néanmoins être acquis par un comportement ultérieur de

l'Etat, il n'y a violation de l'obligation que si l'Etat manque aussi par son comportement ultérieur à assurer le résultat requis de lui par cette obligation.

Article 23. — Violation d'une obligation internationale requérant de prévenir un événement donné

Lorsque le résultat requis d'un Etat par une obligation internationale est de prévenir, par un moyen de son choix, la survenance d'un événement donné, il n'y a violation de cette obligation que si, par le comportement adopté, l'Etat n'assure pas ce résultat.

Article 24. — Moment et durée de la violation d'une obligation internationale réalisée par un fait de l'Etat ne s'étendant pas dans le temps

La violation d'une obligation internationale par un fait de l'Etat ne s'étendant pas dans le temps se produit au moment où ce fait est accompli. La perpétration de cette violation ne s'étend pas au-delà dudit moment, même si les effets du fait de l'Etat se prolongent dans le temps.

Article 25. — Moment et durée de la violation d'une obligation internationale réalisée par un fait de l'Etat s'étendant dans le temps

1. La violation d'une obligation internationale par un fait de l'Etat ayant un caractère de continuité se produit au moment où ce fait commence. Toutefois, le temps de perpétration de la violation s'étend sur la période entière durant laquelle ce fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale.

2. La violation d'une obligation internationale par un fait de l'Etat composé d'une série d'actions ou omissions relatives à des cas distincts se produit au moment de la réalisation de celle des actions ou omissions de la série qui établit l'existence du fait composé. Toutefois, le temps de perpétration de la violation s'étend sur la période entière à partir de la première des actions ou omissions dont l'ensemble constitue le fait composé non conforme à l'obligation internationale et autant que ces actions ou omissions se répètent.

3. La violation d'une obligation internationale par un fait de l'Etat complexe, constitué par une succession d'actions ou omissions émanant des mêmes ou de différents organes étatiques intervenant dans une même affaire, se produit au moment de la réalisation du dernier élément constitutif dudit fait complexe. Toutefois, le temps de perpétration de la violation s'étend sur la période entière allant du comportement qui a amorcé la violation à celui qui l'a parachevée.

Article 26. — Moment et durée de la violation d'une obligation internationale de prévenir un événement donné

La violation d'une obligation internationale requérant de l'Etat de prévenir un événement donné se produit au moment où l'événement commence. Toutefois, le temps de perpétration de la violation s'étend sur la période entière durant laquelle l'événement continue.

1) Le Canada estime qu'il conviendrait de revoir les articles 20, 21 et 23 « en vue de s'assurer que la distinction qu'ils établissent est nécessaire et praticable ».

2) La République fédérale d'Allemagne estime que les articles 20 à 26 « revêtent un caractère très abstrait et théorique », et qu'il est en particulier nécessaire « de clarifier la relation » entre l'article 20 et l'article 23.

3) L'Autriche relève, à propos de l'article 23, que les expressions restrictives qui figurent dans le commentaire sont absentes dans le texte même de l'article.

4) Les Pays-Bas sont d'avis que la différence entre la règle énoncée au paragraphe 1 de l'article 21 et celle qui est énoncée à l'article 23 est « trop mince pour justifier un traitement distinct ».

5) De l'avis du Mali, l'article 23 « semble trop catégorique dans sa formulation actuelle » et, par ailleurs, le rapport entre cet article et le paragraphe 1 de l'article 21 doit être précisé.

6) Selon le Canada, il convient de se demander à propos des articles 24, 25 et 26 « si les détails et la complexité des règles que posent ces trois projets d'articles sont justifiés ».

7) De l'avis de l'actuel Rapporteur spécial, il y a deux raisons principales pour lesquelles la Commission a décidé d'établir une typologie des obligations et de leurs violations. L'une d'elles est liée à l'article 22, relatif à l'épuisement des recours internes, et sera étudiée sous cette rubrique. L'autre est le *facteur temps* (moment et durée) et ses incidences d'ordre juridique pour un certain nombre de questions qui se posent dans le contexte des deuxième et troisième parties du projet d'articles. Cette deuxième raison est exposée dans le commentaire (par. 5) de l'article 24²¹. Le facteur temps est naturellement aussi à prendre en compte en relation avec les limites de la durée pendant laquelle la règle de droit international imposant l'obligation qui a été violée est en vigueur (voir l'article 18).

8) Il convient de rappeler que les articles 3 (al. b) et 16 conçoivent l'élément objectif d'un acte internationalement illicite sous l'angle d'une « violation d'une obligation internationale de l'Etat ». De toute évidence, ce qui est requis d'un Etat par l'obligation internationale est une question qui a trait à [l'interprétation de] la règle primaire. On peut distinguer différents types d'exigences, mais il convient de déterminer jusqu'à quel point ces distinctions présentent de l'importance pour chacune des diverses questions indiquées dans le paragraphe précédent. Ainsi, comme on l'a déjà fait remarquer plus haut à propos du paragraphe 2 de l'article 18, l'effet d'une règle de droit international n'est pas nécessairement limité à des actes ou à des faits qui ont eu lieu ou à des situations qui ont commencé et cessé d'exister durant la période commençant avec l'entrée en vigueur de la règle et se terminant à l'expiration de cette règle.

9) La Commission a établi une distinction entre trois types d'exigences (l'adoption d'un comportement spécifiquement déterminé, le fait d'assurer un résultat déterminé et le fait de prévenir un événement donné), et quatre types de faits de l'Etat (fait ne s'étendant pas dans le temps; fait s'étendant dans le temps; fait composé; fait complexe). En réalité, pour ce qui est des articles de la première partie du projet adoptés en première lecture et des articles des deuxième et troisième parties adoptés en première lecture ou proposés, l'importance de ces distinctions est relativement limitée du point de vue juridique.

10) D'autre part, il existe nécessairement, en droit international, une grande variété d'obligations. En particulier, les obligations de comportement imposées par une règle de droit international sont normalement liées, de façon explicite ou implicite, à la protection d'intérêts particuliers d'un autre sujet de droit international, éven-

²¹ *Annuaire... 1978*, vol. II (2^e partie), p. 98.

tuellement par le biais « de l'objet et du but » de la règle²². La particularité du comportement, de même que la spécificité du résultat requis, n'a souvent pas un caractère propre. D'où, par exemple, les objections suscitées par le libellé de l'article 23 (v. *supra* par. 3 et 5).

11) En outre, en ce qui concerne les quatre types de faits de l'Etat, il faut reconnaître qu'il n'existe pas en réalité de « fait de l'Etat ne s'étendant pas dans le temps ». Il peut certes y avoir des obligations juridiques qui ne peuvent être remplies, ou violées, que par une série d'actes ou d'omissions se situant à différents moments consécutifs dans le temps, et constituant ainsi un comportement spécifiquement déterminé, ou produisant cumulativement un résultat déterminé. D'autre part, il peut certainement y avoir des obligations en soi pour lesquelles les effets (constituant le résultat) d'un comportement, s'ils ne sont pas conformes à ces exigences, sont sans intérêt. Lorsqu'on cherche à déterminer s'il y a ou non violation d'une obligation, il est très difficile de savoir s'il faut ou non, dans ce cas, tenir compte des faits ou des omissions, ou des résultats finals postérieurs à la période pendant laquelle l'obligation est en vigueur; c'est d'ailleurs une question qui, de l'avis du Rapporteur spécial, n'appelle pas nécessairement la même réponse en ce qui concerne toutes les conséquences juridiques d'une violation (v. *supra* par. 7, et *infra* par. 14).

12) A cet égard, les paragraphes 1, 3, 4 et 5 de l'article 18 qui se rapportent aux « faits » ne semblent pas être tout à fait conformes aux articles 24 à 26 qui traitent de « violations ». Si, apparemment, la première série de dispositions ne permet de prendre en considération que les faits se situant pendant la période durant laquelle l'obligation est en vigueur à l'égard de l'Etat concerné, la deuxième série de dispositions est conçue différemment et fixe, en ce qui concerne la violation, le moment où le fait commence et le moment de la réalisation. Dans le cas de l'article 24, ces deux moments sont censés coïncider (en effet, dans les exemples donnés — décès, destruction — le fait, du point de vue juridique, est aussi le résultat); dans le cas du paragraphe 1 de l'article 25, seul le moment où se produit le premier fait est à prendre en compte, bien que la durée de la violation ne puisse pas dépasser la période pendant laquelle l'obligation est en vigueur (« et reste non conforme à l'obligation internationale »); dans le cas du paragraphe 2 de l'article 25, seul le moment de la « réalisation » est à prendre en compte bien que la durée de la violation commence au moment du premier fait ou de la première omission (quel que soit le moment de l'entrée en vigueur de l'obligation ?); dans le cas du paragraphe 3 de l'article 25, la solution est la même que dans le cas du paragraphe 2. Enfin, dans le cas de l'article 26, le résultat requis étant l'absence d'un événement donné, seul le premier moment de l'événement est à prendre en compte, bien que la durée de la violation se poursuive (ici encore, quel que soit le moment où l'obligation cesse d'être en vigueur ?) jusqu'au moment où l'événement prend fin.

13) De l'avis de l'actuel Rapporteur spécial, en traitant : a) le fait que l'obligation est en vigueur (art. 18);

b) la teneur de l'obligation (art. 20, 21 et 23); c) le moment et la durée de la violation (art. 24, 25 et 26); et d) les conséquences juridiques de la violation (par. 5 du commentaire de l'article 24), comme des groupes de questions juridiques distincts (questions distinctes en tant que groupes et unifiées à l'intérieur de chaque groupe), on ne tient pas compte des relations mutuelles existant entre ces phases dans le processus global du droit et on crée, par conséquent, au niveau de son application, un risque de confusion et d'interprétations artificielles, même si le caractère supplétif des dispositions est admis (comme par exemple à l'article 28 de la Convention de Vienne de 1969). C'est peut-être ce qui permet d'expliquer les inquiétudes — assez vagues d'ailleurs — exprimées dans les observations écrites des gouvernements. Toutefois, on constate que, dans les ouvrages traitant du sujet, ces inquiétudes sont présentées de façon beaucoup plus explicite²³.

14) Un exemple permet d'illustrer ce qui précède. En premier lieu, il s'agit de savoir quel est le sens des termes « moment » et « durée » de la violation. Au premier abord, on serait enclin à penser que la « durée » est une séquence continue de moments, particulièrement lorsque ces mots sont associés à des termes tels que « commence », « continue », « réalisation », « amorcé », « parachevé » et sont reliés à ce qui est appelé « temps de perpétration » (art. 24, 25 et 26). La conséquence nécessaire, de ce point de vue, serait que tout moment du temps de perpétration serait un moment pendant lequel la violation se produit. Cette conclusion est toutefois incompatible avec la distinction faite aux articles 24 à 26. Apparemment, le moment et la durée d'une violation ne sont pas alors dans une relation d'équivalence. En fait, le terme « moment » semble plutôt viser la période pendant laquelle l'obligation est en vigueur, alors que le mot « durée » semble plutôt avoir de l'importance pour l'une des conséquences juridiques d'une violation, à savoir, selon les termes du commentaire (par. 5) de l'article 24²⁴ : « la détermination de l'étendue du préjudice causé par un fait internationalement illicite donné et, par conséquent, du montant de la réparation dû par l'Etat auteur du fait en question ». Or, en vertu de l'article 24, un fait de l'Etat « ne s'étendant pas dans le temps » n'a aucune durée; néanmoins, il est clair qu'il faut prendre en compte les effets d'un tel fait pour déterminer le montant de la réparation, et de tels effets doivent être évalués notamment en fonction de la durée de l'intérêt permanent affecté par la violation. D'autre part, comme il est indiqué dans le même paragraphe du commentaire de l'article 24 : « C'est toujours de la détermination du moment et de la durée de la violation d'une obligation internationale que dépendra la détermination du *moment** à partir duquel le délai de la prescription commencera à courir [...]. » Mais de quel moment s'agit-il : du premier ou du dernier

²² Voir p. ex. art. 31 de la Convention de Vienne de 1969.

²³ Voir p. ex. J. Combacau, « Obligations de résultat et obligations de comportement : quelques questions et pas de réponse », *Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, p. 181; J. Combacau et D. Alland, « 'Primary' and 'secondary' rules in the law of State responsibility: categorizing international obligations », *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, La Haye, vol. 16, p. 81; et J. J. A. Salmon, « Le fait étatique complexe : une notion contestable », *Annuaire français de droit international*, 1982, Paris, vol. 28, p. 709.

²⁴ Voir *supra* note 21.

moment du « temps de perpétration » (étendu), ou d'un moment se situant quelque part entre les deux ? Et pour prendre une autre phase encore du processus global du droit exposé dans le même paragraphe, le moment et la durée d'une violation peuvent être décisifs en ce qui concerne :

[...] la détermination de l'existence ou non de la compétence d'un tribunal international pour connaître du différend engendré par la violation par un Etat d'une obligation internationale, au cas où, dans les accords passés entre les Parties au différend se trouve insérée une clause limitant la compétence du tribunal institué ou mentionné par ces accords aux différends relatifs à des « faits » ou à des « situations » postérieurs à une date déterminée — ceci pour autant que les parties en question n'aient pas expressément prévu de critères spéciaux d'interprétation de cette clause [...].

On constatera à ce sujet que les derniers mots de cette citation soulignent le caractère supplétif des articles considérés ici. Quoi qu'il en soit, la Commission précise, dans le commentaire (par. 10) de l'article 24²⁵, que l'analyse de l'affaire des *Phosphates du Maroc*²⁶ est particulièrement instructive en raison de la distinction qui y est faite entre un « fait instantané aux effets continus » et un « fait continu » se prolongeant lui-même avec un caractère de permanence. Toutefois, cette affaire porte sur l'interprétation des mots « au sujet des situations ou des faits postérieurs à cette ratification » figurant dans l'instrument pertinent. En outre, dans le contexte de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme, la tendance mentionnée dans le commentaire de l'article 18 (par. 21)²⁷ a été plutôt d'accepter la compétence de l'organe judiciaire (ou quasi judiciaire) approprié, même si le fait du gouvernement — ayant pour effet de limiter ou de supprimer les libertés fondamentales d'un particulier (qui ont un caractère continu) — s'est produit à un moment antérieur à l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'Etat (ou des Etats) impliqué dans le différend. Il est certain que l'objet et le but du système institué par ladite convention ne sont pas sans rapport avec cette tendance.

15) Compte tenu des observations qui précèdent, l'actuel Rapporteur spécial est d'avis que la Commission devrait réexaminer la question de savoir s'il faut traiter du *facteur temps* dans le projet d'articles sur la responsabilité des Etats. Il ne fait pas de doute que le problème existe en soi, et qu'il faut le régler dans la pratique. Il s'agit simplement de savoir s'il est possible d'élaborer sur cette question des règles suffisamment claires et dénuées d'ambiguïté qui permettront de régler le problème. L'actuel Rapporteur spécial doute que cela soit possible. En fait, dans les systèmes juridiques nationaux de plusieurs pays, la jurisprudence a montré que les dispositions législatives d'ordre général existant dans ce domaine donnent rarement naissance à des directives facilement applicables qui tiennent compte de la grande variété de normes et de situations. Il n'y a là rien de surprenant, car, comme l'a souligné le célèbre écrivain argentin Jorge Luis Borges, le temps est un sujet indocile.

16) Toute norme juridique, toute relation juridique, tout statut juridique et toute obligation juridique a des

limites dans le temps, marquées par l'entrée en vigueur et l'expiration. Cela ne signifie pas que les faits se produisant au-delà de ces limites dans le temps soient *a priori* sans pertinence pour ce qui concerne la teneur de cette norme, de cette relation, de ce statut ou de cette obligation. Mais la mesure dans laquelle ils sont pertinents (et la manière dont ils le sont)²⁸ est une question de choix, choix qui doit être fait par ceux qui établissent la norme, la relation, le statut ou l'obligation. Souvent ce choix n'est pas fait, ou il l'est d'une manière plus ou moins ambiguë. Mais ces règles — ou plutôt ces « méta-règles » — sont inévitablement plus abstraites et laissent davantage le champ libre à la fiction que le choix fait par ceux qui établissent la norme, la relation, le statut ou l'obligation. Ces méta-règles tendent à devenir soit trop révolutionnaires, soit trop conservatrices. Cela est particulièrement vrai du droit international moderne, qui a notamment pour caractéristique de chercher à concilier les exigences de la coexistence des Etats souverains et celles de l'humanité.

Article 22. — Epuisement des recours internes

Lorsqu'un comportement d'un Etat a créé une situation non conforme au résultat requis de lui par une obligation internationale concernant le traitement à réserver à des particuliers étrangers, personnes physiques ou morales, mais qu'il ressort de l'obligation que ce résultat ou un résultat équivalent peut néanmoins être acquis par un comportement ultérieur de l'Etat, il n'y a violation de l'obligation que si les particuliers intéressés ont épuisé les recours internes efficaces leur étant disponibles sans obtenir le traitement prévu par l'obligation ou, au cas où cela n'était pas possible, un traitement équivalent.

1) L'Autriche juge « souhaitable de ne pas limiter l'application de l'article 22 aux obligations visées à l'article 21, mais d'inclure dans le premier membre de phrase de l'article 22 les obligations requérant l'adoption d'un comportement spécifiquement déterminé ».

2) Le Canada estime qu'il y aurait lieu de revoir l'article 22 compte tenu de l'exception à la règle de l'épuisement des recours internes « pour ce qui est des dommages causés à des particuliers étrangers ou à leurs biens en dehors du territoire de l'Etat en question ».

3) Le Mali estime que l'article 22 doit « tenir compte du fait que la violation d'une obligation peut advenir lorsque les recours internes traînent indéfiniment en longueur ».

4) Les Pays-Bas considèrent que la règle de l'épuisement des recours internes devrait s'appliquer uniquement aux cas dans lesquels la violation d'une obligation internationale dont un Etat est accusé a lieu dans les limites de la juridiction de ce dernier.

5) La République fédérale d'Allemagne « a toujours considéré cette règle comme étant une condition de *procédure* à l'exercice d'une réclamation consécutive à la violation d'une obligation internationale déjà établie quant au fond ».

6) L'Espagne fait observer que l'article 22 ne prévoit pas le type de situation où — comme c'est le cas en vertu de la Constitution espagnole de 1978 — le gouvernement peut, de sa propre initiative, prévenir ou réparer le

²⁵ *Annuaire...* 1978, vol. II (2^e partie), p. 100.

²⁶ Arrêt de la CPJI du 14 juin 1938, *C.P.J.I. série A/B n° 74*, p. 10.

²⁷ *Annuaire...* 1976, vol. II (2^e partie), p. 86 et 87, note 436.

²⁸ Cf. commentaire de l'article 18, *ibid.*, p. 86, note 433.

dommage résultant d'une violation du droit international par une collectivité publique territoriale.

7) De l'avis de l'actuel Rapporteur spécial, toutes ces observations écrites montrent que certains Etats ont des doutes quant à la manière dont la règle de l'épuisement des recours internes, prévue à l'article 22, doit être interprétée dans le cas visé au paragraphe 2 de l'article 21 et dans le cas d'un « fait complexe » (art. 18, par. 5, et art. 25, par. 3). En réalité, l'article 22 envisage un cas spécial d'application du paragraphe 2 de l'article 21, et la « succession d'actions ou omissions émanant des mêmes ou de différents organes étatiques intervenant dans une même affaire », qui peut se produire au cours de l'épuisement des recours internes, est l'exemple le plus caractéristique de la notion de fait complexe.

8) Il est évident que la question de savoir si — selon les termes du paragraphe 2 de l'article 21 et de l'article 22 — « il ressort de l'obligation que [le résultat requis] ou un résultat équivalent peut néanmoins être acquis par un comportement ultérieur de l'Etat » est là encore une question d'interprétation de la règle primaire elle-même. Selon l'article 22, c'est seulement dans le cas d'un « résultat requis [...] par une obligation internationale concernant le traitement à réserver à des particuliers étrangers » que les particuliers intéressés doivent prendre eux-mêmes l'initiative d'épuiser les recours internes « efficaces leur étant disponibles ». La violation de l'obligation n'est alors parachevée que si l'épuisement des recours internes n'aboutit pas au résultat requis ou à un résultat équivalent. Néanmoins, selon le paragraphe 5 de l'article 18, il y a violation de l'obligation, même si le « fait complexe » n'est complété qu'après la période durant laquelle l'obligation est en vigueur à l'égard de l'Etat intéressé. Cette disposition n'envisage pas le cas où, après l'expiration de la période durant laquelle l'obligation était en vigueur, l'acte complexe n'est pas complété, le résultat (qui n'est plus requis) ou un résultat équivalent ayant été atteint par l'épuisement des recours internes, ou autrement par des mesures prises par l'Etat de sa propre initiative.

9) On est ainsi amené à se demander pourquoi les obligations internationales « concernant le traitement à réserver à des particuliers étrangers » doivent faire l'objet d'un traitement spécial. La règle de l'épuisement des recours internes repose-t-elle sur l'idée que l'Etat n'a pas agi tant que tous ses organes compétents n'ont pas pris une position définitive ? Ou faut-il considérer le non-épuisement du recours interne comme une sorte de négligence de la part du particulier étranger ? Dans le premier cas, il semblerait qu'il n'y ait aucune raison de réserver un traitement spécial aux obligations concernant le traitement à accorder aux étrangers, car il suffirait de dire qu'il ressort de toute obligation de résultat que ce résultat ou un résultat équivalent peut être acquis

par un comportement ultérieur de l'Etat. Dans le second cas, on pourrait exiger que l'étranger lui-même prenne une initiative, mais cette obligation serait plutôt une condition qu'il devrait remplir pour pouvoir déléguer la défense de ses intérêts à son Etat sur le plan international, et elle ne devrait pas être absolue. C'est ce que suggèrent, en fait, les observations écrites de la République fédérale d'Allemagne (v. *supra* par. 5) et celles du Canada, du Mali et des Pays-Bas (v. *supra* par. 2, 3 et 4).

10) Il faut noter que, si la Commission adoptait l'alinéa *b* du paragraphe 1 du projet d'article 6 de la deuxième partie, il serait inutile d'introduire la notion d'obligation de résultat, qui n'est pas véritablement une obligation de résultat, mais plutôt l'obligation d'atteindre un résultat définitif équivalent à un moment non déterminé. En fait, l'introduction de cette notion semble avoir pour seul objet de suspendre l'application de contre-mesures ou d'empêcher l'Etat lésé de saisir un tribunal international pendant un laps de temps raisonnable, au cours duquel l'Etat auteur peut, par un résultat équivalent, légaliser la situation. L'obligation faite à l'étranger lui-même de prendre l'initiative d'épuiser les recours internes est fondée sur une raison entièrement différente, à savoir que la situation relève de la juridiction de l'Etat présumé auteur.

11) Pour les raisons susmentionnées, l'actuel Rapporteur spécial propose à la Commission :

- a) de supprimer le paragraphe 2 de l'article 21; et
- b) de modifier l'article 22 comme suit :

« Lorsque le comportement d'un Etat agissant dans les limites de sa juridiction n'est pas conforme à ce qui est requis de lui par une obligation internationale concernant le traitement à réserver à des particuliers étrangers, personnes physiques ou morales, il n'y a violation de l'obligation que si les particuliers intéressés ont épuisé les recours internes efficaces leur étant disponibles sans obtenir le traitement prévu par l'obligation ou, au cas où cela n'était pas possible, un traitement équivalent. »

12) Cette nouvelle formulation de l'article 22 irait aussi dans le sens de l'observation écrite de l'Autriche (v. *supra* par. 1). La remarque faite par l'Espagne (v. *supra* par. 6) n'exige pas d'autres modifications de l'article 22. La simple possibilité pour l'Etat « de prévenir ou de réparer le dommage » de sa propre initiative n'impose pas au particulier étranger l'obligation de réclamer une telle mesure. En fait, le cas mentionné par l'Espagne relève du paragraphe 1 de l'article 7 et de l'article 10 : un fait internationalement illicite a été commis et si le gouvernement intervient, il s'acquitte de l'obligation visée à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 6 de la deuxième partie, proposé par l'actuel Rapporteur spécial.