

Document:-  
**A/CN.4/454**

**Schémas établis par des membres de la Commission sur divers sujets de  
droit international**

sujet:  
**Programme de travail**

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-  
**1993, vol. II(1)**

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

# PROGRAMME, PROCÉDURES, MÉTHODES DE TRAVAIL ET DOCUMENTATION DE LA COMMISSION

[Point 6 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/454

## Schémas établis par des membres de la Commission sur divers sujets de droit international

[Original : anglais/français]  
[9 novembre 1993]

### TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Note .....	219
INTRODUCTION .....	224
SCHÉMAS ÉTABLIS PAR DES MEMBRES DE LA COMMISSION SUR DIVERS SUJETS DE DROIT INTERNATIONAL	
La condition juridique des investissements de capitaux et les accords y relatifs, par M. Mohammed Bennouna .....	225
Propriété et protection des épaves au-delà des limites de la juridiction maritime nationale, par M. Derek William Bowett .....	227
<i>Jus cogens</i> , par M. Andreas J. Jacovides .....	230
Succession d'États et nationalité des personnes physiques et morales et succession d'États et qualité de membre des organisations internationales, par M. Vaclav Mikulka .....	237
Droit relatif aux migrations internationales, par M. Guillaume Pambou-Tchivounda .....	242
Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités, par M. Alain Pellet .....	246
Application extraterritoriale de la législation nationale, par M. Pemmaraju Sreenivasa Rao .....	255
Droit des eaux souterraines (captives) internationales, par M. Alberto Szekely .....	260
L'indivis mondial, par M. Christian Tomuschat .....	263
Droits et obligations des États en matière de protection de l'environnement, par M. Chusei Yamada .....	266

### NOTE

#### Accords bilatéraux et multilatéraux mentionnés dans le présent document

##### ACCORDS BILATÉRAUX

##### *Sources*

Traité frontalier définitif entre la France et l'Espagne (Elissonde, 27 août 1785)	G. F. de Martens, <i>Recueil des principaux Traités</i> , 2 <sup>e</sup> éd., vol. IV, p. 26.
Traité de limites entre les Pays-Bas et le Hanovre (Mappen, 2 juillet 1824)	Nations Unies, <i>Textes législatifs...</i> , traité n° 205.
Procès-verbal de délimitation entre la France et le canton de Neuchâtel (Neufchâtel, 4 novembre 1824)	Ibid., traité n° 195.

## Sources

- Convention entre l'Italie et la Suisse sur le règlement du conflit de frontière entre la Lombardie et le canton du Tessin (Lugano, 5 octobre 1861)  
G. F. de Martens, *Nouveau Recueil général de Traités*, t. XX, p. 186.
- Traité entre l'Autriche et la Bavière, concernant le régime de la frontière et d'autres relations territoriales entre la Bohême et la Bavière (24 juin 1862)  
Nations Unies, *Textes législatifs...*, traité n° 135.
- Traité de limites entre l'Espagne et le Portugal (Lisbonne, 29 septembre 1864)  
Ibid., traité n° 241.
- Accord entre les Gouvernements de la Grande-Bretagne et de la France concernant la Côte somalie (Londres, 2 et 9 février 1888)  
BFSP, 1890-1891, vol. 83, p. 672, et Nations Unies, *Textes législatifs...*, traité n° 16.
- Traité entre la Suisse et l'Autriche-Hongrie pour le redressement du Rhin dès l'embouchure de l'Ill, en amont, jusqu'à l'entrée du fleuve dans le lac de Constance, en aval (Vienne, 30 décembre 1892)  
BFSP, 1891-1892, vol. 84, p. 690, et Nations Unies, *Textes législatifs...*, traité n° 141.
- Échange de notes entre la France et le Royaume-Uni concernant la frontière entre la Côte d'Or et le Soudan français (Londres, 8 avril 1904)  
Voir BFSP, 1902-1904, vol. 97, p. 31.
- Accord relatif à la détermination de la frontière entre la Perse et la Turquie (Téhéran, 21 décembre 1913)  
*The Consolidated Treaty Series*, C. Parry, éd., vol. 215, 1911-1912, p. 138.
- Dispositions relatives à la frontière commune à la Belgique et à l'Allemagne, établies par une commission de délimitation composée de représentants de l'Empire britannique, de la France, de l'Italie, du Japon, de la Belgique et de l'Allemagne, en exécution des clauses du Traité de Versailles du 28 juin 1919, concernant cette frontière (Aix-la-Chapelle, 6 novembre 1922)  
Nations Unies, *Textes législatifs...*, traité n° 118.
- Protocole entre la France et la Grande-Bretagne déterminant la frontière entre l'Afrique équatoriale française et le Soudan anglo-égyptien (Londres, 21 janvier 1924)  
BFSP, 1924, 1<sup>re</sup> partie, vol. 119, p. 354; voir aussi Nations Unies, *Textes législatifs...*, traité n° 25.
- Accord entre l'Égypte et l'Italie concernant l'établissement des frontières entre la Cyrénaïque et l'Égypte (sur le puits de Ramla) [Le Caire, 6 décembre 1925]  
BFSP, 1930, 2<sup>e</sup> partie, vol. 133, p. 976; voir aussi Nations Unies, *Traités législatifs...*, traité n° 6.
- Échange de notes constituant un accord entre les Gouvernements britannique et italien concernant la réglementation de l'utilisation des eaux de la rivière Gâch (Rome, 12 et 15 juin 1925)  
SDN, *Recueil des Traités*, vol. XXXVIII, p. 200.
- Traité entre l'Allemagne et la France portant délimitation de la frontière (Paris, 14 août 1925)  
Ibid., vol. LXXV, p. 104.
- Convention entre les Gouvernements de l'Union des Républiques socialistes soviétiques et de la Perse relative à l'utilisation commune des eaux et fleuves limitrophes (Achkhabad, 20 février 1926)  
Nations Unies, *Textes législatifs...*, traité n° 103.
- Arrangement entre l'Allemagne et la Belgique concernant la frontière commune (Aix-la-Chapelle, 7 novembre 1929)  
SDN, *Recueil des Traités*, vol. CXXI, p. 328; voir aussi Nations Unies, *Textes législatifs...*, traité n° 150.
- Traité de paix, d'amitié et d'arbitrage entre la République dominicaine et la République d'Haïti (Saint-Domingue, 20 février 1929)  
SDN, *Recueil des Traités*, vol. CV, p. 216; voir aussi Nations Unies, *Textes législatifs...*, traité n° 68.
- Accord entre la Perse et la Turquie concernant la fixation de la ligne frontière (Téhéran, 23 janvier 1932)  
BFSP, 1932, vol. 135, p. 671; voir aussi Nations Unies, *Textes législatifs...*, traité n° 101.
- Arrangement entre la Belgique et le Royaume-Uni concernant les droits relatifs à l'usage des eaux à la frontière entre le Tanganyika et le Ruanda-Urundi (Londres, 22 novembre 1934)  
SDN, *Recueil des Traités*, vol. CXC, p. 103.
- Accord entre le Gouvernement fédéral autrichien et le Gouvernement de l'État de Bavière concernant le détournement des eaux du Rissbach, de la Dürrach et de la Walchen (16 octobre 1950)  
Nations Unies, *Textes législatifs...*, traité n° 136.

## Sources

- Convention entre le Grand-Duché de Luxembourg et l'État rhéno-palatin de la République fédérale d'Allemagne concernant la construction d'une centrale hydroélectrique sur la Sûre (Trèves, 25 avril 1950) Ibid., traité n° 201.
- Accord entre la République de Syrie et le Royaume hachémite de Jordanie relatif à l'utilisation des eaux du Yarmouk (Damas, 4 juin 1953) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 184, p. 25.
- Accord entre le Gouvernement de la République populaire fédérative de Yougoslavie et le Gouvernement de la République populaire hongroise relatif au régime des eaux (Belgrade, 8 août 1955) Nations Unies, *Textes législatifs...*, traité n° 228.
- Accord entre le Gouvernement de la République populaire fédérative de Yougoslavie et le Gouvernement de la République populaire d'Albanie relatif au régime des eaux (Belgrade, 5 décembre 1955) Ibid., traité n° 128. Voir aussi Yougoslavie, *Federativne Narodne Republike Jugoslavije, Medunarodni Ugovori*, 1957, n° 74, p. 16.
- Convention entre la République fédérale d'Allemagne et la République française sur l'aménagement du cours supérieur du Rhin entre Bâle et Strasbourg (Luxembourg, 27 octobre 1956) Nations Unies, *Textes législatifs...*, traité n° 180.
- Accord entre le Gouvernement de la République italienne et le Gouvernement de la République populaire fédérative de Yougoslavie concernant l'alimentation en eau de la commune de Gorizia (Nova Gorica, 18 juillet 1957) Ibid., traité n° 236.
- Procès-verbal de la réunion des délégations de la République populaire fédérative de Yougoslavie et du Royaume de Grèce qui a eu lieu du 26 août au 1<sup>er</sup> septembre 1957 pour élaborer le mode et le plan de collaboration concernant les études hydroéconomiques du bassin d'écoulement du lac de Doiran (1<sup>er</sup> septembre 1957) Ibid., traité n° 223.
- Accord entre la Tchécoslovaquie et la Pologne relatif à l'hydroéconomie des eaux frontières (Prague, 21 mars 1958) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 538, p. 89.
- Accord relatif aux questions d'hydroéconomie entre le Gouvernement de la République populaire fédérative de Yougoslavie et le Gouvernement de la République populaire de Bulgarie (Sofia, 4 avril 1958) Ibid., vol. 367, p. 104.
- Convention entre le Grand-Duché de Luxembourg et l'État rhéno-palatin de la République fédérale d'Allemagne concernant l'aménagement d'installations hydroélectriques sur l'Our (Trèves, 10 juillet 1958) Nations Unies, *Textes législatifs...*, traité n° 202.
- Déclaration d'Évian (Algérie-France) [Évian, 19 mars 1962] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 507, p. 34 et 36.
- Convention entre la France et la Suisse concernant la protection des eaux du lac Léman contre la pollution (Paris, 16 novembre 1962) Ibid., vol. 922, p. 49.
- Accord entre la Pologne et l'Union soviétique relatif à l'hydroéconomie des eaux frontières (Varsovie, 17 juillet 1964) Ibid., vol. 552, p. 175.
- Convention entre la République française et la République fédérale d'Allemagne sur l'aménagement du Rhin entre Strasbourg/Kehl et Lauterbourg/Neuburgweier (Paris, 4 juillet 1969) Ibid., vol. 760, p. 305.
- Australie/Pays-Bas : accord concernant les épaves d'anciens navires hollandais Australie, *Treaty Series*, n° 18, 1972, p. 17.
- Accord entre la Finlande et la Suède relatif aux fleuves frontières (Stockholm, 15 décembre 1971) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 825, p. 191.

## Sources

- Accord de 1973 (Minute n° 242) de la Commission internationale des frontières et des eaux (États-Unis d'Amérique et Mexique) concernant les problèmes de salinité du Colorado (Mexico et Tlatelolco, 30 août 1973) Ibid., vol. 915, p. 203.
- Accord sur l'intervention des organes chargés de la lutte contre la pollution accidentelle des eaux par les hydrocarbures ou autres substances pouvant altérer les eaux et reconnus comme tels dans le cadre de la Convention franco-suisse du 16 novembre 1962 concernant la protection des eaux du lac Léman contre la pollution (Berne, 5 mai 1977) Ibid., vol. 1080, p. 155.
- Accord de 1978 entre le Canada et les États-Unis d'Amérique relatif à la qualité de l'eau dans les Grands Lacs (Ottawa, 22 novembre 1978) *United States Treaties and Other International Agreements, 1978-79*, vol. 30-2.
- Accord entre l'Autriche et la Tchécoslovaquie en vue de régler certaines questions d'intérêt commun en matière de centrales nucléaires (Vienne, 18 novembre 1982) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1365, p. 273.
- Accord entre l'Espagne et la France concernant l'admission d'étrangers illégaux aux postes frontières (26 décembre 1987) RGDIP, vol. 92, 1988, p. 392.
- Convention entre la France et l'Espagne concernant l'immigration clandestine (8 janvier 1988) Ibid., p. 696 et 697.

## ACCORDS MULTILATÉRAUX

## Sources

- Convention pour l'unification de certaines règles en matière d'assistance et de sauvetage maritimes (Bruxelles, 23 septembre 1910) G. F. de Martens, *Nouveau Recueil général de Traités*, 3<sup>e</sup> série, Leipzig, 1913, t. VII.
- Traité de Versailles (28 juin 1919) Ibid., 1923, t. XI, p. 323 et suiv.
- Convention sur la nationalité (Montevideo, 26 décembre 1933) M. O. Hudson, *International Legislation*, Washington (D.C.), vol. VI (1932-1934), p. 589.
- Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Rome, 4 novembre 1950) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 213, p. 221.
- Convention relative au statut des réfugiés (Genève, 28 juillet 1951) Ibid., vol. 189, p. 137.
- Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (La Haye, 14 mai 1954) Ibid., vol. 249, p. 215.
- Convention instituant une organisation internationale de métrologie légale (Paris, 12 octobre 1955) Ibid., vol. 560, p. 3.
- Convention sur la haute mer (Genève, 29 avril 1958) Ibid., vol. 450, p. 11.
- Convention unique sur les stupéfiants (New York, 30 mars 1961) Ibid., vol. 520, p. 151.
- Convention sur la réduction des cas d'apatridie (New York, 30 août 1961) Ibid., vol. 989, p. 175.
- Traité interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau (Moscou, 5 août 1963) Ibid., vol. 480, p. 43.
- Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Washington, 18 mars 1965) Ibid., vol. 575, p. 158.
- Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes (Moscou, Londres et Washington, 27 janvier 1967) Ibid., vol. 610, p. 205.
- Protocole relatif au statut des réfugiés (New York, 31 janvier 1967) Ibid., vol. 606, p. 267.

## Sources

- Protocole portant modification de la Convention pour l'unification de certaines règles en matière d'assistance et de sauvetage maritimes, signée à Bruxelles le 23 septembre 1910 (Bruxelles, 27 mai 1967)
- Convention africaine pour la conservation de la nature et des ressources naturelles (Alger, 15 septembre 1968)
- Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969)
- Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels (Paris, 14 novembre 1970)
- Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale (La Haye, 1<sup>er</sup> février 1971)
- Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 14 juin 1974)
- Protocole portant amendement de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961 (Genève, 25 mars 1972)
- Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel (Paris, 16 novembre 1972)
- Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités (Vienne, 23 août 1978)
- Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance (Genève, 13 novembre 1979)
- Accord régissant les activités des États sur la Lune et les autres corps célestes (New York, 5 décembre 1979)
- Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982)
- Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État (Vienne, 8 avril 1983)
- Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone (Vienne, 22 mars 1985)
- Convention européenne sur les infractions visant des biens culturels (Delphes, 23 juin 1985)
- Convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (Séoul, 11 octobre 1985)
- Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Vienne, 21 mars 1986)
- Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (Montréal, 16 septembre 1987)
- Convention internationale sur l'assistance (Londres, 28 avril 1989)
- Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres des Communautés européennes (Dublin, 15 juin 1990)
- Ministère des affaires étrangères, du commerce extérieur et de la coopération au développement de Belgique, Direction des Traités, *Conventions de droit maritime (Conventions de Bruxelles)*. — *Textes*, 1<sup>er</sup> avril 1982, p. 127.
- Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1001, p. 3.
- Ibid., vol. 1155, p. 331.
- Ibid., vol. 823, p. 231.
- Ibid., vol. 1144, p. 258.
- Nations Unies, *Annuaire juridique 1974*, p. 99.
- Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 976, p. 3.
- Ibid., vol. 1037, p. 151.
- Conférence des Nations Unies sur la succession d'États en matière de traités*. — *Documents officiels, volume III, Documents de la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.79.V.10), p. 197.
- Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1302, p. 218.
- Ibid., vol. 1363, p. 3.
- Documents officiels de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer*, vol. XVII (numéro de vente : F.84.V.3), p. 157, doc. A/CONF.62/122.
- A/CONF.117/14.
- PNUE, *Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment*, Cambridge (Royaume-Uni), 1991, vol. 2, p. 301.
- Conseil de l'Europe, *Série des Traités européens*, n° 119.
- Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1508, p. 99.
- A/CONF.129/15.
- PNUE, *Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment*, Cambridge (Royaume-Uni), 1991, vol. 2, p. 309.
- OMI, 1989.
- Bulletin des Communautés européennes*, n° 1/2, 1990, p. 165.

## Sources

Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes (Schengen, 19 juin 1990)	RGDIP, vol. 94, 1990, n° 4, p. 1047.
Protocole au Traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement (Madrid, 4 octobre 1991)	ILM, vol. XXX, n° 6, p. 1461.
Traité sur l'Union européenne (Traité de Maastricht) [Maastricht, 7 février 1992]	Conseil des Communautés européennes/Commission des Communautés européennes, Luxembourg, 1992.
Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (New York, 9 mai 1992)	ILM, vol. XXXI, n° 4, p. 851.
Convention sur la diversité biologique (Rio de Janeiro, 5 juin 1992)	Ibid., p. 822.

---

**Introduction**

1. À la quarante-quatrième session (1992) de la Commission du droit international, le Groupe de planification du Bureau élargi de la Commission a créé un groupe de travail composé des membres suivants : M. Derek Bowett (Président), M. Awn Al-Khasawneh, M. Mohamed Bennouna, M. Peter Kabatsi, M. Mochtar Kusuma-Atmadja, M. Guillaume Pambou-Tchivounda, M. Alain Pellet, M. Jiuyong Shi, M. Alberto Szekely, M. Vladlen Vereshchetin et M. Chusei Yamada. Le Groupe de travail était chargé d'examiner un nombre limité de sujets devant être recommandés à l'Assemblée générale en vue de leur inscription au programme de travail de la Commission<sup>1</sup>.

2. Selon la procédure proposée par le Groupe de planification sur la recommandation du Groupe de travail, qui a été par la suite approuvée par la Commission, des membres désignés de la Commission, avec M. Bowett en tant que coordonnateur, ont été priés de rédiger pour chaque sujet figurant dans une liste préétablie un bref schéma ou un résumé explicatif. Chaque schéma ou résumé explicatif devait indiquer :

- a) Les principaux problèmes soulevés par le sujet;
- b) Les traités, principes généraux et textes législatifs nationaux ou décisions judiciaires pertinents;
- c) La doctrine existante;
- d) Les avantages et les désavantages que présenterait la rédaction d'un rapport, d'une étude ou d'un projet de convention, si la Commission décidait d'inscrire le sujet à son programme de travail.

3. Les schémas établis selon cette procédure ont été examinés par le Groupe de travail à la quarante-cinquième session (1993) de la Commission.

4. À la même session, la Commission a décidé, sur la recommandation du Groupe de travail, que les schémas seraient publiés dans un document officiel de la Commission dans la série A/CN.4/ en vue de son inclusion dans l'*Annuaire* pour 1993. Le présent document a été élaboré suite à cette demande. Il contient les schémas classés par ordre alphabétique du nom de leurs auteurs respectifs<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> *Annuaire... 1992*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), doc. A/47/10, par. 368 à 370.

<sup>2</sup> *Annuaire... 1993*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), doc. A/48/10, par. 425 à 443.

## SCHEMAS ÉTABLIS PAR DES MEMBRES DE LA COMMISSION SUR DIVERS SUJETS DE DROIT INTERNATIONAL

### La condition juridique des investissements de capitaux et les accords y relatifs, par M. Mohamed Bennouna

1. La dernière décennie a été caractérisée par l'aggravation de l'endettement de la majorité des pays du tiers monde, la baisse du flux des investissements du Nord vers le Sud, et enfin une saturation des politiques d'aide et d'assistance, dont l'impact sur le développement réel des populations s'est avéré négligeable.

2. La promotion de l'investissement privé direct étranger dans ces pays est justifiée par les avantages suivants :

- a) La réalisation d'un financement à long terme;
- b) L'introduction de l'esprit d'entreprise, du savoir-faire et des technologies nouvelles;
- c) L'absence d'effet négatif sur les balances de paiements déjà lourdement déficitaires. Le rapatriement des revenus n'intervient que si l'opération est bénéficiaire, alors que, dans le cas des prêts, le paiement des intérêts fixes s'impose quelle que soit leur rentabilité.

Mais l'attraction des capitaux privés suppose la création d'un climat de confiance pour l'octroi d'un certain nombre de garanties à l'investisseur.

3. Dans le droit international classique, la question est traitée sous l'angle du statut des étrangers et de leurs biens, et donc en termes de relations entre le lieu de nationalité et la souveraineté territoriale. Cependant, la doctrine classique, largement favorable aux exportateurs de capitaux, privilégiait la protection des « droits acquis » des étrangers au détriment des prérogatives de l'État territorial.

4. La remise en cause de cette doctrine par les pays du tiers monde dans les années 60 a entraîné la conclusion d'un nombre considérable d'accords bilatéraux destinés à régir le statut de l'investissement étranger. Le développement et la complexité des relations économiques internationales imposaient également un nouveau régime juridique.

5. Ainsi que le relève Jean-Pierre Laviec :

[...] la notion d'investissement ne correspond pas à des catégories précises de droit privé. Elle garde un aspect générique et une dimension fonctionnelle. [...] De manière fréquente, une opération d'investissement est effectuée par le moyen d'une série d'actes juridiques qui, combinés les uns aux autres, composent cet investissement; si ces mêmes actes étaient pris isolément, certains d'entre eux ne pourraient pas être considérés comme tels<sup>1</sup>.

Ce constat avait déjà été dressé par un tribunal arbitral dans l'affaire *Holiday Inns/Occidental Petroleum c. Gouvernement marocain* (première sentence rendue en 1975 dans le cadre du Centre international pour le rè-

glement des différends relatifs aux investissements, de la Banque mondiale)<sup>2</sup>.

6. Il n'en demeure pas moins que ce qui caractérise l'investissement direct est le contrôle exercé par l'étranger sur l'opération finale. Ainsi, le lien formel de nationalité n'est plus suffisant pour déterminer le caractère national ou étranger d'un investissement; le critère du contrôle doit toujours être appliqué.

7. D'autre part, le phénomène des sociétés transnationales va rendre encore plus difficile le jeu de ces critères et la détermination de l'appartenance nationale d'un investissement. La société transnationale est constituée d'une série d'entreprises privées soumises à des souverainetés territoriales différentes et reliées entre elles par une stratégie commune édictée par la société mère.

8. Faute de codification juridique ou d'une définition précise largement acceptée, le critère du contrôle, comme la notion de société transnationale, relève de facto d'une appréciation de la réalité économique.

9. La condition juridique de l'investissement étranger est à rechercher aussi bien dans le droit interne (codes d'investissement nationaux) que dans le droit international, en passant en revue la jurisprudence internationale, les accords internationaux (bilatéraux et multilatéraux) et la coutume internationale.

#### 1. LES LÉGISLATIONS NATIONALES

10. Les législations nationales sont destinées à régir l'investissement sur le territoire national; elles sont regroupées selon les pays dans des codes ou sont éparpillées dans les différents domaines du droit local concernés (commercial, fiscal, social et autres). Il peut s'agir d'un code unique applicable à tous les investissements ou au contraire de codes sectoriels (selon le secteur économique concerné).

11. Les législations nationales précisent les conditions d'admission de l'investissement étranger (agrément préalable, procédure contractuelle), la nécessité ou non d'une association avec le capital local, les avantages spécifiques qui leur sont accordés (fiscaux, douaniers et autres), les garanties juridiques et les procédures de règlement des différends. Le plus souvent, ces législations se réfèrent à des procédures prévues par des accords internationaux<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Voir Nations Unies, *Annuaire juridique 1976* (numéro de vente : F.78.V.5), p. 119 et 120.

<sup>3</sup> C'est le cas, par exemple, des procédures de conciliation et arbitrage de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États.

<sup>1</sup> *Protection et promotion des investissements. — Étude de droit international économique*, Paris, Presses universitaires de France, 1985, p. 25.



12. Dans l'optique d'une codification, il serait utile de répertorier les grands principes juridiques relatés par les législations nationales en matière de protection de l'investissement étranger (tels que les principes de non-discrimination et du traitement national).

## 2. LA JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

13. L'analyse de la jurisprudence internationale permet de préciser l'état du droit international général en la matière. Deux affaires soumises à la CIJ (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* et *Elettronica Sicula S.p.A.*) peuvent être prises pour exemple.

14. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*<sup>4</sup>, la Cour a souligné que, s'agissant d'actes illicites dirigés contre une société de capitaux étrangers, la règle générale de droit international n'autorise que l'État national de cette société à formuler une réclamation (il s'agit ici d'une société de nationalité canadienne dont la majorité des actionnaires est belge et qui a ses activités en Espagne). Dans ces conditions, en dehors de stipulations conventionnelles, la question de la protection des actionnaires reste entière. La Cour a admis cependant deux exceptions qui permettent à l'État national des actionnaires d'agir :

a) Le cas où la société aurait cessé d'exister; ou

b) Le cas où l'État national de la société n'aurait pas qualité pour agir en faveur de celle-ci.

Enfin, la Cour n'a pas examiné le cas où l'État dont la responsabilité est en cause se trouve être en même temps l'État national de la société (alors que les actionnaires sont étrangers). Elle sera amenée à l'aborder en 1989.

15. Dans la seconde affaire, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*<sup>5</sup> (*États-Unis c. Italie*), l'État national de la société est en l'espèce l'Italie, auteur même des faits incriminés, au moment où les actionnaires sont de nationalité américaine.

16. Bien que la Cour<sup>6</sup> ait rejeté la requête américaine en se fondant sur l'interprétation d'un traité entre les deux pays, elle semble admettre la possibilité pour un État d'exercer la protection diplomatique d'actionnaires relevant de sa nationalité, du moins lorsque la société étrangère a la nationalité de l'État défendeur. On peut se demander, en conséquence, si la Cour n'a pas tenu compte de l'évolution enregistrée dans une multitude d'accords bilatéraux en faveur de la protection des actionnaires et de la prise en compte du critère du contrôle.

## 3. LES ACCORDS BILATÉRAUX

17. Les accords bilatéraux d'encouragement et de protection des investissements sont apparus il n'y a qu'une trentaine d'années.

18. À la suite des décolonisations et de la contestation du droit coutumier traditionnel, les pays industrialisés

ont recherché d'autres voies pour protéger leurs ressortissants à l'étranger.

19. Les conventions montrent une grande similitude dans la mesure où elles sont élaborées à partir de prototypes conçus par les pays industrialisés exportateurs de capitaux. Il en résulte que ce régime juridique concerne essentiellement les relations Nord-Sud.

20. Jusqu'en 1987, on a recensé la conclusion de 265 traités bilatéraux d'encouragement et de protection des investissements<sup>7</sup>. La plupart de ces accords se réfèrent au critère du contrôle, selon lequel l'investissement doit appartenir ou être contrôlé par un ressortissant ou une société de l'une des parties. La personne morale protégée est une société où les personnes physiques ressortissantes d'un État ou cet État lui-même, ses organismes ou ses agents, ont un intérêt substantiel. Ces accords reprennent un certain nombre de règles coutumières en matière de traitement des étrangers : a) non-discrimination; b) traitement juste et équitable; et c) clause de la nation la plus favorisée. Ils prévoient également des procédures détaillées de règlement des différends.

## 4. LES CONVENTIONS MULTILATÉRALES

21. Deux conventions présentent un intérêt particulier dans le domaine considéré. L'une est la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États. En contrepartie de la renonciation par l'État national à la protection diplomatique, les nationaux peuvent accéder à la conciliation ou à l'arbitrage avec l'État hôte.

22. Cette convention permet l'internationalisation de la relation entre l'État hôte et l'investisseur; elle définit l'investissement et autorise le recours au critère du contrôle. Elle a donné lieu à une jurisprudence arbitrale qu'il n'est pas possible d'analyser ici dans le détail, mais dont on peut tirer des éléments d'appréciation du droit international général.

23. L'autre est la Convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (MIGA). Tout en créant une agence pour assurer l'investisseur étranger, cette convention n'en comporte pas moins quelques normes de fond définissant l'investissement et l'investisseur (critère du contrôle). L'assurance est liée à l'existence de garanties juridiques minima par l'État hôte.

## 5. LA COUTUME INTERNATIONALE

24. Traditionnellement, la coutume en la matière s'est articulée autour de l'obligation pour le pays d'accueil de respecter un standard minimum de traitement à l'égard de l'investisseur étranger. Le manquement à cette obligation engage la responsabilité de cet État. De ce standard minimum découlent les principes de non-discrimination et du traitement national.

<sup>4</sup> Deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3.

<sup>5</sup> Arrêt, C.I.J. Recueil 1989, p. 15.

<sup>6</sup> Ce différend a été réglé par une chambre de la Cour.

<sup>7</sup> Voir l'étude du Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales, *Bilateral Investment Treaties*, 1988 (ST/CTC/65), première partie, par. 15.

25. Les États du tiers monde ont contesté cette coutume traditionnelle en ce qu'elle protégerait absolument les « droits acquis » des investisseurs étrangers et limiterait les prérogatives de l'État d'accueil dans la gestion des ressources naturelles et des activités économiques se trouvant sur son territoire (principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles)<sup>8</sup>.

## 6. CONCLUSIONS

26. Il n'a pas été possible, jusqu'à présent, d'adopter un régime multilatéral de protection des investissements

<sup>8</sup> Voir Samuel K. B. Asante, « Droit international et investissements » dans *Droit international. - Bilan et perspectives*, M. Bedjaoui, éd., Paris, Pedone, 1991, t. 2, chap. XXXI, p. 711 et suiv., et Georges Abi-Saab, « La souveraineté permanente sur les ressources naturelles et les activités économiques », *ibid.*, chap. XXVII, p. 640 et suiv.

ou un code de conduite pour les sociétés transnationales. Il existe une multitude d'accords bilatéraux multilatéraux traitant d'aspects partiels du régime juridique des investissements. D'autre part, on peut tirer désormais les lignes de force de l'évolution du droit international général d'une jurisprudence internationale abondante.

27. Par ailleurs, l'extension de l'économie de marché et du libéralisme économique autorise la recherche, au travers de tous ces instruments juridiques et de cette jurisprudence, de principes communs reflétant l'*opinio juris* universelle et passibles, de ce fait, d'une œuvre de codification.

28. Cette codification peut très bien prendre la forme d'une convention multilatérale générale, à même de corriger les déséquilibres actuels des accords bilatéraux imposés par une seule partie. Une telle convention peut contribuer valablement à la régulation des rapports Nord-Sud dans le domaine vital de l'investissement.

## Propriété et protection des épaves au-delà des limites de la juridiction maritime nationale, par M. Derek William Bowett

### INTRODUCTION

1. Les progrès de la science et de la technique dans l'exploration sous-marine sont propres à faciliter la découverte et la récupération des épaves et de leurs cargaisons.

2. Les intérêts en présence sont les suivants : a) les activités sportives et de loisirs (les « amateurs »); b) l'intérêt économique (cargaisons de valeur); c) les intérêts gouvernementaux (sécurité, patrimoine national, etc.); et d) l'intérêt scientifique (recherche scientifique marine).

### 1. DÉFINITION DE L'ÉPAVE

3. Les définitions juridiques établies aux fins du droit de l'assistance et du sauvetage maritimes sont centrées sur la notion de navire « en danger », étant présumé qu'il y a un propriétaire et qu'il doit une rémunération au sauveteur pour son intervention.

4. Il règne toutefois une incertitude considérable sur le point de savoir si une « épave » peut être considérée comme étant « en danger » et faire, à ce titre, l'objet d'une opération de sauvetage. Sont particulièrement pertinentes, à cet égard, les affaires ci-après portées devant les tribunaux fédéraux des États-Unis : *Treasure Salvors, Inc. c. The Unidentified Wrecked and Abandoned Sailing Vessel*<sup>1</sup>, *Platoro Limited, Inc. c. The Unidentified Remains of a Vessel*<sup>2</sup> et *Hener c. United States of America*<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> *Federal Reporter*, Second Series, vol. 569 (United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 13 mars 1978), p. 330 et suiv.

<sup>2</sup> *Federal Supplement*, vol. 518 (United States District Court, W. D. Texas, Austin Division, 6 mai 1981), p. 816 et suiv.

<sup>3</sup> *Ibid.*, vol. 525 (United States District Court, S. D. New York, 15 octobre 1981), p. 350 et suiv.

5. En outre, la Convention pour l'unification de certaines règles en matière d'assistance et de sauvetage maritimes, le Protocole de 1967 portant modification de la Convention de Bruxelles et la Convention internationale sur l'assistance de 1989 de l'OMI méritent également d'être mentionnés ici. (Ces conventions ne règlent pas la question et renvoient au droit interne.)

### 2. JURIDICTION DE L'ÉTAT CÔTIER

6. La juridiction de l'État côtier peut revêtir des formes diverses, notamment :

a) La faculté de faire enlever les épaves dans l'intérêt de la sécurité de la navigation;

b) La compétence pour connaître des demandes relatives à des opérations d'assistance et de sauvetage;

c) La compétence pour assurer la « protection » de l'épave et régler l'accès au site où elle se trouve;

d) La compétence pour connaître des demandes portant sur la propriété de l'épave et/ou de sa cargaison.

7. En principe, les compétences mentionnées aux alinéas a et b ne peuvent s'exercer que dans les eaux intérieures et les eaux territoriales<sup>4</sup>.

8. Toutefois, s'agissant d'objets archéologiques et historiques découverts en mer, le paragraphe 2 de l'article 303 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer dispose :

Pour contrôler le commerce de ces objets, l'État côtier peut, en faisant application de l'article 33, considérer que leur enlèvement du

<sup>4</sup> Voir Marjorie M. Whiteman, *Digest of International Law*, United States Government Printing Office, Washington (D.C.), 1965, vol. 4, p. 4 et 5.

fond de la mer dans la zone visée à cet article, sans son approbation, serait cause d'une infraction, sur son territoire ou dans sa mer territoriale, aux lois et règlements de l'État côtier visés à ce même article.

Il faut donc ajouter cette compétence s'exerçant dans la zone contiguë.

9. Une grande incertitude continue de régner dans ce domaine en ce qui concerne le plateau continental et la zone économique exclusive ainsi que la haute mer au-delà des limites de la juridiction nationale, et il apparaît clairement que la Convention n'a pas établi un régime général qui engloberait les épaves.

a) *Plateau continental/zone économique exclusive*

10. Malgré les efforts de certains États, en particulier la Grèce, pour étendre la juridiction de l'État côtier aux épaves de caractère archéologique ou historique se trouvant dans la limite de 200 milles, la majorité des États a résisté à ces tentatives d'extension de la juridiction de l'État côtier à des ressources autres que les ressources « naturelles ». Toutefois, il existe une certaine pratique des États tendant à la reconnaissance de pareille juridiction (voir *infra* par. 21 et 22), et l'obligation plus limitée de protéger les objets de caractère archéologique et historique (Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, art. 303, par. 1) s'applique incontestablement dans ces zones.

11. Cependant, l'Australie et la Papouasie-Nouvelle-Guinée sont convenues, à l'article 9, d'un accord de délimitation maritime de 1978, d'une juridiction générale sur les épaves dans le cadre de leur juridiction sur les fonds marins. L'Australie, pour sa part, a légiféré en ce sens en édictant le Historic Shipwrecks Act (loi sur les épaves historiques) de 1976<sup>5</sup>.

b) *Haute mer au-delà des limites de la juridiction nationale*

12. Il n'existe pas non plus de régime général sur la haute mer au-delà de la juridiction nationale, mais l'article 149 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer contient une disposition spéciale relative aux objets archéologiques et historiques :

Tous les objets de caractère archéologique ou historique trouvés dans la Zone sont conservés ou cédés dans l'intérêt de l'humanité tout entière, compte tenu en particulier des droits préférentiels de l'État ou du pays d'origine, ou de l'État d'origine culturelle, ou encore de l'État d'origine historique ou archéologique.

13. Toutefois, comme l'Autorité des fonds marins n'a toujours pas été créée, cette disposition a un caractère essentiellement théorique, et il n'existe pas d'autorité clairement investie du pouvoir de protéger les épaves et de régler leur disposition dans les zones situées au-delà des limites de la juridiction nationale, à tout le moins lorsqu'il n'y a pas de revendication de propriété<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> *Acts of the Parliament of the Commonwealth of Australia*, n° 190, p. 1596.

<sup>6</sup> Voir Anastasia Strati, « Deep seabed cultural property and the common heritage of mankind », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 40, 4<sup>e</sup> partie, 1991, p. 859 et suiv.

3. LA QUESTION DE LA PROPRIÉTÉ OU DU TITRE

14. Plusieurs questions se posent concernant la propriété ou le titre :

a) A-t-il été convenu de critères selon lesquels déterminer si le bien considéré a conservé un propriétaire ou s'il y a eu à son égard abandon de propriété en faisant une *res derelicta* ?

b) Quelle est la loi applicable pour décider de ces critères ? (Les possibilités qui s'offrent sont les suivantes : la loi de l'État côtier, la loi du pavillon, la loi de la nationalité des propriétaires, ou encore la loi de l'État dont les tribunaux sont appelés à connaître de l'affaire.)

c) Après un certain laps de temps, les épaves peuvent, d'après la loi de certains États, perdre leur immatriculation sous le pavillon de l'État, et donc leur nationalité, et sont rayées du registre des immatriculations; toutefois, cela n'a pas d'incidence sur la propriété.

d) Le droit relatif à la succession d'États règle-t-il de façon satisfaisante les problèmes posés par les navires qui appartenaient à un État dans les cas où cet État a disparu (tels les navires de Troie et de Carthage) ?

e) Existe-t-il des règles spéciales pour certaines catégories de navires ?

a) *Navires de guerre, aéronefs militaires et autres navires d'État exploités à des fins non commerciales*

15. La pratique actuelle donne à penser qu'il existe une présomption dans un sens contraire à l'abandon de la propriété de ces navires et qu'un acte exprès de cession ou d'abandon est requis. Cette position s'explique, en partie, par les incidences à craindre sur le plan de la sécurité au cas où le navire ou l'aéronef tomberait entre les mains de personnes non autorisées et, en partie, par la volonté de conserver l'épave intacte en tant que « sépulture de guerre »<sup>7</sup>.

b) *Épaves présentant un intérêt archéologique ou historique*

16. Certains États ont échoué dans leur tentative d'instituer un régime spécial pour ce type d'épaves dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, encore que cette dernière prévoie certaines dispositions de portée limitée en la matière à l'article 149 (cité *supra*

<sup>7</sup> Voir Mémoire de 1980 du Département d'État des États-Unis [Marian Lloyd Nash, *Digest of United States Practice in International Law*, Washington (D.C.), 1980, p. 1005]; Michael G. Collins, « The salvage of sunken military vessels », *The International Lawyer*, vol. 10, n° 4, 1976, p. 681; Alfred P. Rubin, « Sunken Soviet submarines and central intelligence: Laws of property and the Agency », *AJIL*, vol. 69, n° 4, 1975, p. 855; Frederic A. Eustis III, « The Glomar Explorer incident: Implications for the law of salvage », *Virginia Journal of International Law*, vol. 16, n° 1, 1975, p. 177; *Exchange of Notes between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of South Africa concerning the regulation of the terms of settlement of the salvaging of the wreck of H.M.S. Birkenhead*, United Kingdom Treaty Series, n° 3, 1990; *Protection of Military Remains Act 1986* (cap. 35), *Current Law Year Book 1986*, Statutes and orders, par. 130; et J. Ashley Roach, « France concedes United States has title to the CSS Alabama », *AJIL*, vol. 85, n° 2, 1991, p. 381.

par. 12) et à l'article 303. Les paragraphes 1 et 3 de cet article disposent :

1. Les États ont l'obligation de protéger les objets de caractères archéologique ou historique découverts en mer et coopèrent à cette fin.

[...]

3. Le présent article ne porte atteinte ni aux droits des propriétaires identifiables, ni au droit de récupérer des épaves et aux autres règles du droit maritime, ni aux lois et pratiques en matière d'échanges culturels.

17. Il est difficile de déduire de ces dispositions une obligation générale pour l'État de protéger les objets en question, en usant de ses pouvoirs législatifs, administratifs et judiciaires, au-delà de la zone contiguë. Par conséquent, au-delà de cette zone, la principale question qui se pose est de savoir qui protège ces épaves. Il en découle d'autres questions concernant la propriété de l'espèce et de sa cargaison et leur disposition. Certains États, par exemple la Grèce, estiment qu'un droit de propriété latent serait dévolu à l'État au patrimoine culturel duquel le navire appartient.

18. En ce qui concerne cette question, on voudra bien se reporter à un certain nombre d'articles publiés sur le sujet<sup>8</sup>.

19. Plusieurs conventions conclues sous les auspices de l'UNESCO sont consacrées au patrimoine culturel : Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé; Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels; Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel. Mais aucun de ces instruments ne vise expressément les épaves, et l'on peut résumer que les obligations qu'ils imposent aux États ne s'appliquent pas au-delà des limites de leur mer territoriale.

20. Il y a, d'autre part, la Convention sur les infractions visant des biens culturels (1985) du Conseil de l'Europe, qui ne s'applique pas non plus au-delà des limites de la mer territoriale, et, surtout, un projet de

convention sur le patrimoine culturel sous-marin, élaboré pour faire suite au rapport de Prot<sup>9</sup>.

21. Toutefois, il n'existe guère dans ce domaine de législation spécifique. Font exception les lois suivantes :

a) Australie : le *Historic Shipwrecks Act* (loi sur les épaves historiques) de 1976<sup>10</sup>; et

b) États-Unis d'Amérique : le « *R.M.S. Titanic* » *Maritime Memorial Act* de 1986<sup>11</sup> et *Abandoned Shipwrecks Act* de 1987<sup>12</sup> (qui règle essentiellement les pouvoirs respectifs des autorités des États et des autorités fédérales dans les eaux territoriales des États-Unis et établit un registre des épaves).

22. Il n'existe guère davantage de traités en la matière, les exceptions connues étant les suivantes :

a) Australie/Pays-Bas : accord concernant les épaves d'anciens navires hollandais; et

b) Australie/Papouasie-Nouvelle-Guinée : accord relatif à la délimitation des frontières maritimes, 1978 (art. 9). Cet accord confère compétence à l'égard des épaves se trouvant dans la zone de juridiction sur les fonds marins et fait obligation aux parties de se consulter au sujet des épaves historiques, mais exclut les navires militaires de l'une ou l'autre partie naufragés après la date de l'accord.

#### 4. DISPOSITION DES NAVIRES RÉCUPÉRÉS ET DES OBJETS QUI Y SONT DÉCOUVERTS

23. En admettant qu'il ait accédé au site de façon licite, la question se pose concernant les droits de la personne qui a trouvé les objets, ce qui soulève diverses questions :

a) Quels sont les tribunaux compétents pour connaître des contestations sur la propriété ? (Si l'on conférait cette compétence aux États côtiers jusqu'à la limite des 200 milles, la plupart des cas se trouveraient couverts. En effet, les épaves sont le plus souvent découvertes dans ce périmètre puisque, historiquement, les routes commerciales longeaient les côtes et les naufrages se produisaient quand, par suite du mauvais temps ou d'erreurs, les navires étaient obligés de s'en approcher.)

b) Faudrait-il conférer à certains États des droits prioritaires ou préférentiels pour interdire la vente ou acquérir l'épave ou son contenu ?

<sup>9</sup> Lyndel V. Prot et P. J. O'Keefe, « Final report on legal protection of the underwater cultural heritage », *Le patrimoine culturel sous-marin*, Conseil de l'Europe, 1978, appendice II, p. 45.

<sup>10</sup> Voir *supra* note 6.

<sup>11</sup> *United States Code Congressional and Administrative News*, 99th Congress, Second Session, 1986, vol. 2, p. 2082.

<sup>12</sup> *United States Code*, éd. 1994, vol. 24, titre 43, par. 2101.

<sup>8</sup> Voir Anthony Clark Arend, « Archaeological and historical objects: The international and legal implications of UNCLOS III », *Virginia Journal of International Law*, vol. 22, n° 4, 1982, p. 777; Jean-Pierre Beurrier, « Pour un droit international de l'archéologie sous-marine », *RGDIP*, vol. 93, 1989, p. 45; Lucius Caflisch, « Submarine antiquities and the international law of the sea », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XIII, 1982, p. 3; John P. Fry, « The treasure below: Jurisdiction over salvaging operations in international waters », *Columbia Law Review*, vol. 88, n° 4, 1988, p. 863; Bruce E. Alexander, « Treasure salvage beyond the territorial sea: An assessment and recommendations », *Journal of Maritime Law and Commerce*, vol. 20, n° 1, 1989, p. 1; Lyndel V. Prot et P. J. O'Keefe, *Law and the Cultural Heritage*, Londres, Butterworths, 1984.

## *Jus cogens*, par M. Andreas J. Jacovides

1. L'un des sujets qu'il a été proposé d'inclure dans le programme de travail de la Commission est le *jus cogens*, c'est-à-dire les normes impératives du droit international auxquelles aucun État ne peut déroger par accord ou autrement. Incorporé pour la première fois dans le droit international par la Convention de Vienne sur le droit des traités (ci-après dénommée Convention de Vienne de 1969), le *jus cogens* a une longue histoire et son adoption a été précédée d'importants travaux préparatoires à la CDI et à la Sixième Commission de l'Assemblée générale<sup>1</sup>. Une documentation considérable figure aussi dans les documents officiels de la Conférence de Vienne sur le droit des traités<sup>2</sup> ayant trait aux articles 53, 64 et 66.

2. Depuis que la Convention a été adoptée il y a près d'un quart de siècle, aucun critère faisant autorité ne s'est dégagé pour déterminer le contenu juridique précis du *jus cogens* ou le processus par lequel des normes juridiques internationales peuvent accéder à ce statut. Bien que le *jus cogens* ait été fréquemment invoqué dans les débats à l'ONU, y compris au Conseil de sécurité, qu'il ait fait l'objet d'études approfondies, qu'il ait été mentionné dans les délibérations de sociétés savantes, que la CIJ y ait fait allusion et que les débats et documents de la CDI s'y réfèrent souvent (à propos notamment de la responsabilité des États et du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité), aucun énoncé définitif n'indique ce que sont les normes impératives ni où les trouver. Il est fréquemment dit, à juste titre, que le principe de l'interdiction de l'emploi de la force dans les relations internationales figurant au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies fait partie du *jus cogens*<sup>3</sup>. Le même statut peut, sans aucun doute, être revendiqué pour d'autres principes et règles du droit international. Il est évidemment nécessaire de définir les paramètres précis de la notion de *jus cogens* car la situation actuelle ne contribue pas à l'objectivité, à la transparence et à la prévisibilité qui devraient caractériser un principe juridique, et plus spécialement un principe qui a été solennellement accepté non seulement dans la Convention de Vienne de 1969 mais aussi, de manière identique, dans la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (ci-après dénommée Convention de Vienne de 1986).

3. Sous sa forme actuelle, le *jus cogens* peut signifier beaucoup pour certains et très peu pour d'autres. La sé-

lection des sujets à inclure dans le programme de travail à long terme de la CDI donne à un organe d'experts hautement qualifiés et faisant autorité (auquel revient le mérite d'avoir en premier lieu codifié la notion) l'occasion d'étudier la question, en vue d'établir quelles règles du droit international sont effectivement impératives. Sur la base des conclusions de la Commission, les États auraient l'occasion, par la voix de leurs représentants à la Sixième Commission et dans leurs observations écrites, d'exprimer leurs vues et de faire avancer par là le processus consistant à définir exactement le *jus cogens* et à combler le vide juridique entourant cette notion. En conséquence, le sujet mériterait de figurer dans le programme de travail à long terme de la Commission aux fins d'étude et d'établissement d'un rapport. Une proposition à cet effet a été présentée à la Sixième Commission au cours de la quarante-sixième session de l'Assemblée générale et réitérée au cours de la quarante-septième<sup>4</sup> session. On s'efforcera, dans le texte qui suit, de présenter de manière plus analytique les questions en jeu afin de faciliter l'examen de cette proposition par M. Derek Bowett et par les autres membres.

4. La notion de *jus cogens* soulève un certain nombre de questions qui sont au cœur même du droit international public<sup>5</sup>. Ces questions peuvent être aménagées sous deux rubriques fondamentales : les effets du *jus cogens* dans la théorie du droit international et la nature du *jus cogens* lui-même. La doctrine actuelle est beaucoup plus claire sur le premier que sur le second de ces aspects. Le régime du *jus cogens* créé par la Convention de Vienne sur le droit des traités représente la consécration moderne d'un précepte important et bien établi du droit international traditionnel<sup>6</sup>. Il en découle que les traités peuvent être annulés non seulement en raison des conditions dans lesquelles ils ont été conclus mais aussi parce qu'ils peuvent aller à l'encontre de principes juridiques supérieurs régissant le système international. En consé-

<sup>4</sup> Voir « Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus à la Sixième Commission sur le rapport de la CDI durant la quarante-sixième session de l'Assemblée générale » (A/CN.4/L.469), par. 411, et déclarations du représentant de Chypre à la Sixième Commission (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-sixième session, Sixième Commission*, 23<sup>e</sup> séance, par. 71 à 90, et *ibid.*, 21<sup>e</sup> séance, par. 82 à 96).

<sup>5</sup> Pour des études complètes et détaillées du sujet, voir Jerzy Sztucki, *Jus cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties: A Critical Appraisal*, Vienne, New York, Springer Verlag, 1974; Christos L. Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam, North-Holland Publishing Company, 1976; Antonio Gómez Robledo, « Le *jus cogens* international. — Sa genèse, sa nature, ses fonctions », *Recueil des cours...* 1981-III, vol. 172, p. 9; Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, 1988; Stefan Kadelbach, *Zwingendes Völkerrecht*, Berlin, Duncker et Humblot, 1992.

<sup>6</sup> Pour un résumé succinct des antécédents juridiques et intellectuels du *jus cogens*, voir l'annexe ci-après. Pour une étude plus détaillée de l'évolution contemporaine de la notion avant la Convention de Vienne, voir aussi Erik Suy, « The concept of *jus cogens* in international law », *Carnegie Endowment for International Peace, Conference on International Law, Lagonissi (Grèce)*, 3-8 avril 1966, *Papers and Proceedings*, vol. 2, 1967, p. 26 à 49.

<sup>1</sup> Voir l'article par M. Jacovides, intitulé « Traités incompatibles avec une norme impérative du droit international et les « Accords » de Zurich et Londres », figurant dans l'annexe ci-après.

<sup>2</sup> *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.68.V.7); *ibid.*, deuxième session, Vienne, 9 avril-22 mai 1969 (numéro de vente : F.70.V.6); et *ibid.*, première et deuxième sessions, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969 (numéro de vente : F.70.V.5), doc. A/CONF.39/11 et Add.1 et 2.

<sup>3</sup> Voir, par exemple, *Annuaire...* 1992, vol. II (2<sup>e</sup> partie), doc. AJ47/10, par. 227.

quence, le *jus cogens* empiète directement sur la liberté coutumière des États de conclure des accords à leur guise. Des traités qui sont, par ailleurs, valablement conclus peuvent être nuls pour la simple raison qu'ils régissent un objet particulier d'une manière interdite par des principes supérieurs du droit international.

5. D'après les Conventions de Vienne, les normes impératives annulent nécessairement *ab initio* tous les traités ultérieurs qui sont en conflit avec elles. Si elles viennent à entrer en conflit avec des traités préexistants, ces traités prennent fin et deviennent nuls à compter de ce moment<sup>7</sup>. Les dispositions pertinentes sont ainsi conçues :

Article 53

*Traités en conflit avec une norme impérative du droit international (jus cogens)*

Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États 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.

[...]

Article 64

*Survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international (jus cogens)*

Si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin<sup>8</sup>.

6. Comme les normes impératives sont, par définition, des normes auxquelles aucune dérogation n'est permise, elles ne peuvent être remplacées que par d'autres normes, ultérieures, ayant le même caractère. Les restrictions imposées par le *jus cogens* au pouvoir d'un État de conclure des traités sont, par conséquent, absolues. De plus, en déclarant que les normes impératives font partie intégrante du droit international général, l'article 53 commun aux Conventions de Vienne de 1969 et 1986 donne nettement à penser que le *jus cogens* transcende le droit des traités et s'applique plus largement à toute la pratique des États<sup>9</sup>. En bref, les Conventions de Vienne placent fermement le *jus cogens* au pinacle conceptuel du droit international.

7. Alors qu'elles définissent clairement le statut du *jus cogens* dans la théorie du droit, les Conventions de

<sup>7</sup> Les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 n'envisagent pas d'*actio popularis* permettant à des tierces parties de contester la conformité d'un traité au *jus cogens*. Seules les parties au traité en question ont le droit d'en contester la validité à ce titre. Les différends qui s'élèvent entre des parties à un traité au sujet de la compatibilité de ce traité avec une règle du *jus cogens* doivent d'abord être réglés par la négociation et, à défaut, par l'arbitrage ou le règlement judiciaire (voir articles 65 et 66 communs aux deux Conventions).

<sup>8</sup> Les mêmes dispositions figurent dans les Conventions de Vienne de 1969 et 1986.

<sup>9</sup> Voir aussi l'article 29 de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des États, de la CDI, qui dispose que les États agissant en violation d'une norme impérative du droit international ne peuvent être dégagés de leur responsabilité [Annuaire... 1980, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 32].

Vienne ne traitent pas comme il conviendrait d'un deuxième aspect, plus fondamental, de la question, à savoir la nature des normes impératives. Dans son projet d'articles sur le droit des traités, la CDI a jugé prudent d'attendre « que la pratique des États et la jurisprudence des tribunaux internationaux » mettent au point la pleine teneur du *jus cogens*<sup>10</sup>. Malheureusement, les éclaircissements attendus ne se sont pas concrétisés<sup>11</sup>. Bien que la notion soit fermement ancrée dans le droit international, la CIJ a, jusqu'à présent, évité de fonder nettement l'une quelconque de ses décisions sur un principe de *jus cogens*. Peut-être dans l'attente d'indications plus précises, la Cour s'est bornée à citer favorablement, à l'appui de conclusions fondées sur d'autres motifs, diverses assertions selon lesquelles certaines normes pouvaient être des normes de *jus cogens*<sup>12</sup>. Quant à la pratique des États, bien que la communauté internationale soit presque unanime à appuyer le *jus cogens*, la prédiction d'un délégué à la Conférence de Vienne selon laquelle « ce qui est *jus cogens* pour un État ne le sera pas forcément pour un autre » s'est, dans une large mesure, révélée exacte<sup>13</sup>.

8. Les principales questions, restées sans réponses, qui se posent à propos du *jus cogens* sont les suivantes : comment une norme du droit international s'élève-t-elle au niveau du *jus cogens* ? Comment distinguer une telle norme des principes ordinaires du droit international ? Comment une norme impérative peut-elle en remplacer une autre ? Tout compte fait, l'incertitude remarquable qui règne à ce sujet a empêché l'utilisation effective du *jus cogens* dans la théorie contemporaine du droit international. Ayant donné naissance au *jus cogens* dans le droit international codifié, la CDI, avec la Sixième Commission, est une instance excellente ayant toute qualité pour éclaircir ces ambiguïtés de manière autorisée<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Annuaire... 1963, vol. II, p. 55, commentaire de l'article 13, par. 3 *in fine*.

<sup>11</sup> Pour une critique excellente et succincte du statut actuel, imprécis, du *jus cogens*, voir Anthony d'Amato, « It's a bird, it's a plane, it's *jus cogens*! », *Connecticut Journal of International Law*, vol. 6, n° 1, 1990, p. 1.

<sup>12</sup> Dans l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, par exemple, la Cour a invoqué l'argument fréquemment entendu selon lequel l'interdiction de l'emploi de la force mentionnée au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies est une norme de *jus cogens*; elle invoquait cet argument à l'appui de son opinion selon laquelle le même principe existait en droit coutumier (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 100, par. 190; voir Gordon A. Christenson, « The world court and *jus cogens* », in « Appraisals of the ICJ's decision: Nicaragua v. United States (Merits) », *AJIL*, vol. 81, n° 1, 1987, p. 93. Certains juges de la Cour se sont parfois prononcés plus catégoriquement en faveur du *jus cogens* dans leurs opinions individuelles ou dissidentes, mais on ne peut pas dire qu'ils parlaient au nom de la Cour. Voir Sztucki, *op. cit.*, p. 12 à 22, et Ian M. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2<sup>e</sup> éd., Manchester University Press, 1984, p. 209 à 215.

<sup>13</sup> *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session* (voir *supra* note 2), p. 331, par. 64.

<sup>14</sup> La CDI a introduit le *jus cogens* dans le droit international codifié avec l'article 15 du premier rapport sur le droit des traités de sir Hersch Lauterpacht (voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, huitième session*, doc. A/JCN.4/63, sect. III). Pour une discussion de la genèse et de l'évolution du *jus cogens* à la CDI, voir V. Nageswar Rao, « *Jus cogens* and the Vienna Convention on the Law of Treaties », *The Indian Journal of International Law*, vol. 14, 1974,

9. Particulièrement incertaines sont les questions connexes de savoir comment des normes juridiques ordinaires accèdent au statut de normes impératives et quels sont les caractères qui les distinguent du reste du droit international. Les commentaires du projet d'articles de 1963 sur le droit des traités ne sont pas d'un grand secours<sup>15</sup>. On peut néanmoins extraire un embryon de critère des remarques faites par sir Humphrey Waldock à la Conférence de Vienne et du texte même de la Convention de Vienne. Selon sir Humphrey, la CDI « a abordé la question du *jus cogens* en se plaçant sur le plan du droit positif beaucoup plus que sur celui du droit naturel »<sup>16</sup>. C'est pourquoi l'article 53 énonce qu'une norme doit être acceptée et reconnue « par la communauté internationale des États dans son ensemble » avant de pouvoir faire partie du *jus cogens*. Ce que cette formule ne précise pas, cependant, c'est la forme que ce consensus doit prendre, et s'il a le pouvoir d'imposer aux États dissidents des obligations *erga omnes*.

10. En pratique, le membre de phrase « la communauté internationale des États dans son ensemble » a généralement été interprété comme signifiant quelque chose de moins que l'unanimité absolue. En 1976, par exemple, la CDI a indiqué qu'il suffisait qu'une norme soit acceptée et reconnue comme une norme impérative « par toutes les composantes essentielles de la communauté internationale » pour que sa violation ait le caractère d'un crime international<sup>17</sup>. Selon cette formule, le dissentiment d'un seul État ou même d'un petit groupe d'États, même puissants, ne pourrait empêcher la création d'une nouvelle norme impérative. De même, et plus à propos, le Président du Comité de rédaction de la Conférence de Vienne, M. Mustafa K. Yasseen, a déclaré qu'« il ne s'agit pas d'exiger qu'une règle soit acceptée et reconnue comme impérative par l'unanimité des États. Il suffit d'une très large majorité [...] »<sup>18</sup>.

(Suite de la note 14.)

p. 362, et Egon Schwelb, « Some aspects of international *jus cogens* as formulated by the International Law Commission », *AJIL*, vol. 61, 1967, p. 946.

Même aujourd'hui, la terminologie du *jus cogens* continue de pénétrer les travaux de la CDI. L'article 19 du projet d'articles sur la responsabilité des États, par exemple, qualifie les crimes internationaux de violations d'une obligation « essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale » (par. 2) [*Annuaire... 1980*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 31]. Au cours des débats sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, un membre de la Commission a suggéré d'indiquer le caractère universel du code en disant que « le crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est une violation des normes reconnues par la communauté internationale dans son ensemble, auxquelles nul État ne peut déroger » (*Annuaire... 1987*, vol. I, 1993<sup>e</sup> séance, par. 39).

<sup>15</sup> D'après le paragraphe 2 du commentaire de l'article 13 du projet d'articles, par exemple, on ne dispose encore d'aucun critère généralement accepté qui permette de reconnaître qu'une règle générale du droit international relève du *jus cogens* (*Annuaire... 1963*, vol. II, p. 54).

<sup>16</sup> *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session* (voir *supra* note 2), p. 356.

<sup>17</sup> *Annuaire... 1976*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 110, par. 61 du commentaire sur l'article 19 de la première partie du projet sur la responsabilité des États. Roberto Ago a exprimé une idée analogue dans « Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne », *Recueil des cours... 1971-III*, vol. 134, p. 296 et suiv., notamment p. 323.

<sup>18</sup> *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session* (voir *supra* note 2), p. 514.

11. D'autres membres, en revanche, ont fait valoir que permettre à des majorités de lier des États dissidents irait à l'encontre de principes déjà bien établis du droit international<sup>19</sup>. Le représentant de la France à la Conférence de Vienne a émis l'avis que « si l'on interprète l'article 50 comme permettant à des majorités d'instaurer des normes impératives valables *erga omnes*, on crée un législateur international sans contrôle et sans responsabilité »<sup>20</sup>. Cette opinion trouve un appui dans la jurisprudence et dans la pratique des États. Dans l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, par exemple, la CIJ a déclaré que, en droit international, il n'y avait pas d'autres règles que celles qui peuvent être acceptées par les États intéressés<sup>21</sup>. De plus, une tentative que de nombreux États en développement ont faite à l'Assemblée générale et à la Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer pour élever la notion de « patrimoine commun de l'humanité » au statut de norme impérative a échoué après qu'un petit groupe d'États, surtout occidentaux, eut refusé d'approuver cette proposition<sup>22</sup>. Le représentant des États-Unis a déclaré que « les États-Unis ne sauraient admettre que, sans leur consentement, d'autres États puissent, par quelques résolutions ou déclarations que ce soit, leur dénier ou limiter les droits qui sont les leurs en vertu du droit international »<sup>23</sup>. En fin de compte, le conflit entre ces deux ma-

<sup>19</sup> L'article le plus original à ce sujet est peut-être celui de Georg Schwarzenberger, « International *jus cogens* ? », *Texas Law Review*, vol. 43, 1965, p. 455.

<sup>20</sup> *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, deuxième session* (voir *supra* note 2), p. 101, par. 17. Voir aussi Michel Virally, « Réflexions sur le « *jus cogens* », *AFDI*, vol. 12, 1966, p. 5.

<sup>21</sup> *C.I.J. Recueil 1986*, p. 135 (voir aussi *supra* note 12). Il importe de noter que, alors que la Cour s'est parfois référée au *jus cogens* de manière abstraite, elle a prudemment évité d'invoquer cette notion comme motif d'une quelconque de ses décisions ou d'identifier avec autorité d'éventuelles normes impératives. En revanche, en 1965, la Cour constitutionnelle suprême allemande a spécifiquement sanctionné le *jus cogens* et a défini les normes impératives comme étant

« [...] les règles juridiques qui sont fermement enracinées dans la conviction juridique de la communauté des nations et sont indispensables à l'existence du droit des gens en tant qu'ordre juridique international, et dont tous les membres de la communauté internationale peuvent exiger le respect ». (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 18, 1965, p. 449.)

Voir aussi Stefan A. Riesenfeld « *Jus dispositivum* and *jus cogens* in international law: In the light of a recent decision of the German Supreme Constitutional Court », Editorial Comment, *AJIL*, vol. 60, n° 3, 1966, p. 511. Aux États-Unis, les cours fédérales du Ninth Circuit et du District de Columbia ont confirmé l'existence et la pertinence du *jus cogens* en droit international : *Trajano c. Marcos*, *Federal Reporter*, Second Series, vol. 978 (United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 1992), p. 493; *Siderman de Blake c. Republic of Argentina*, *ibid.*, vol. 965, p. 699 et suiv., notamment p. 717; *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua c. Reagan*, *ibid.*, vol. 859 (United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 1988), p. 929 et suiv., notamment p. 940.

<sup>22</sup> Déclaration des principes régissant le fond des mers et des océans, ainsi que leur sous-sol, au-delà des limites de la juridiction territoriale [résolution 2749 (XXV) de l'Assemblée générale]. À la Conférence sur le droit de la mer, le Chili a proposé d'introduire dans la Convention un projet d'article consacrant le caractère impératif de la notion de patrimoine commun (voir Gennady M. Danilenko, « International *jus cogens*: Issues of law-making », *European Journal of International Law*, vol. 2, n° 1, 1991, p. 42 et suiv., notamment p. 59); voir aussi Gómez Robledo, *loc. cit.*

<sup>23</sup> *Documents officiels de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, septième session, Genève, 28 mars-*

nières de concevoir un consensus n'est pas encore définitivement réglé et la question reste controversée<sup>24</sup>. La question de savoir comment une norme impérative peut en remplacer une autre a aussi suscité beaucoup de discussions. Comme le *jus cogens* interdit, par sa nature même, toute pratique contraire des États, toute tentative faite pour modifier l'ordre normatif impératif existant risque d'entraîner la violation du droit international, surtout si le *jus cogens* est créé par la coutume internationale. Pour résoudre cette énigme, une solution communément proposée consiste à ne créer et ne remplacer de normes impératives qu'au moyen de conventions internationales générales<sup>25</sup>. Ces instruments seraient soumis, bien entendu, à l'exigence du large consensus susmentionné et la communauté internationale devrait y exprimer clairement son intention de modifier une norme impérative existante. Toute prise de position moins catégorique risquerait de susciter de graves difficultés doctrinales et pratiques.

12. Un dernier domaine d'incertitude concerne l'identification des normes pouvant prétendre au statut de *jus cogens*. Dans son commentaire sur le projet d'articles sur le droit des traités, la CDI a déclaré que

Ce n'est pas la forme d'une règle générale de droit international, mais la nature particulière de la matière à laquelle elle s'applique qui, de l'avis de la Commission, peut lui donner le caractère de *jus cogens*<sup>26</sup>.

La Commission a refusé, à l'époque, de donner des exemples précis de *jus cogens* de crainte qu'une telle liste ne préjuge de l'examen d'autres normes impératives éventuelles et ne détourne l'attention de la Commission du projet d'articles dont elle était saisie<sup>27</sup>. Elle a cependant suggéré des exemples, dont l'interdiction de l'emploi de la force, l'interdiction des actes constituant des crimes internationaux et l'interdiction de l'esclavage, du génocide et de la piraterie<sup>28</sup>. Parmi d'autres possibilités largement appuyées figurent l'obligation de régler pacifiquement les différends et le principe international d'interdiction de la torture<sup>29</sup>. Comme le *jus cogens* serait

19 mai 1978, et reprise de la septième session, New York, 21 août-15 septembre 1978, vol. IX (numéro de vente : F.79.V.3), p. 112, par. 27 *in fine*.

<sup>24</sup> Danilenko, *loc. cit.*, p. 64. On peut aussi se demander, à propos du débat sur le consensus, si le *jus cogens* peut intervenir à un niveau régional ou sous-global. Bien que les Conventions de Vienne n'envisagent apparemment que des normes impératives à large base, le fait que la coutume internationale a été reconnue comme étant susceptible d'une évolution régionale a amené certains à suggérer un processus analogue pour le *jus cogens*. Il est certain qu'aucune disposition des Conventions ne s'oppose explicitement à un tel mécanisme.

<sup>25</sup> Voir, par exemple, le commentaire de l'article 13 du projet d'articles de la CDI sur le droit des traités (*Annuaire... 1963*, vol. II, p. 54 et 55).

<sup>26</sup> *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 270, commentaire sur l'article 50, par. 2.

<sup>27</sup> *Ibid.*, par. 3.

<sup>28</sup> *Ibid.* Certaines des autres règles pouvant sérieusement prétendre à ce statut sont examinées dans Schwelb, *loc. cit.*, et Hannikainen, *op. cit.*

<sup>29</sup> M. Gaetano Arangio-Ruiz a récemment examiné les normes impératives dans ses troisième et quatrième rapports sur la responsabilité des États [*Annuaire... 1991*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), p. 1, doc. A/CN.4/440 et Add.1, par. 118 à 122; et *Annuaire... 1992*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), p. 1, doc. A/CN.4/444 et Add.1 à 3, par. 89 à 95, respectivement]. Il est arrivé à la conclusion que l'interdiction de l'emploi de la force et l'interdiction des violations massives des droits de

un instrument puissant de transformation du droit international contemporain, certains ont suggéré d'y inclure des principes aussi divers que la doctrine Brejnev et le droit à la vie<sup>30</sup>. Certaines distinctions s'imposent manifestement. La prolifération de normes entrant en compétition ne fera qu'augmenter la confusion entourant le *jus cogens* et risque de saper la crédibilité, l'élégance et le pouvoir de cette notion. Par contre, l'élucidation et la cristallisation du *jus cogens* marqueraient — résultat bien préférable — un important pas en avant dans le développement progressif d'une partie du droit international déjà intégrée et bien établie. La CDI, de concert avec la Sixième Commission, est exceptionnellement qualifiée pour accomplir cette tâche.

13. Le texte d'un article présenté par l'auteur au Séminaire Dag Hammarskjöld sur le droit des traités, tenu à Uppsala (Suède), du 16 juin au 16 juillet 1966, est reproduit ci-après en tant qu'annexe à ce schéma. Ce texte, ainsi que les notes de bas de page, est reproduit tel qu'il a été soumis par l'auteur. Les points de suspension indiquent des omissions faites par l'auteur.

#### ANNEXE

##### Traités incompatibles avec une norme impérative du droit international et les « Accords » de Zurich et Londres, par Andreas J. Jacovides

La présente communication traitera la question de savoir si le droit international reconnaît l'existence, dans son économie, de règles ayant un caractère de *jus cogens*, c'est-à-dire de règles auxquelles le droit ne permet aucune dérogation par accord *inter se* entre parties, par opposition au *jus dispositivum*, c'est-à-dire aux règles que les parties peuvent organiser librement par entente entre elles<sup>1</sup>. Nous évoquerons ce que nous proposons les écrits des publicistes, les jugements des tribunaux internationaux et la pratique internationale, en insistant plus particulièrement sur les travaux que la Commission du droit international a consacrés à la question, et sur les commentaires qu'en ont faits tant les représentants des États à la Sixième Commission (juridique) de

<sup>1</sup> Pour une bibliographie, voir en général Wright, 2., « Conflicts between international law and treaties », AJIL, vol. 2, 1917, p. 556 à 579; Lauterpacht, H., « The Covenant as the « Higher Law », BYIL, 1936, p. 54 à 65; Jenks, C. W., « The conflict of law-making treaties », BYIL, 1953, p. 401 à 453; Verdross, A. Von, « Forbidden treaties in international law », AJIL, vol. 31, 1937, p. 571 à 577; Verdross, A. Von, « *Jus dispositivum* and *jus cogens* in international law », AJIL, vol. 60, 1966, p. 55 à 63; Schwarzenberger, G., « International *jus cogens* », *Texas Law Review*, mars 1965, p. 455 à 478; Suy, E., « Le *jus cogens* en droit international public », Conférence de droit international, Lagonissi (Grèce), 3-8 avril 1966; Murty, B. S., « *Jus cogens* in international law », Conférence de droit international, Lagonissi (Grèce), 3-8 avril 1966.

l'homme posaient l'une et l'autre des questions de *jus cogens*. Dans le projet d'article 14 (par. 1, al. b, iii) figurant dans son quatrième rapport, M. Arangio-Ruiz a aussi proposé d'interdire toute contre-mesure « contraire à une norme impérative du droit international général ». Dans une série d'affaires récentes, les tribunaux fédéraux des États-Unis ont reconnu que l'interdiction internationale de la torture était une norme ayant le caractère de *jus cogens* : *Trajano c. Marcos*, *Siderman de Blake c. Republic of Argentina* et *Committee of U.S. Citizens Living in Nicaragua c. Reagan* (voir *supra* note 21).

<sup>30</sup> Grigory Tunkin, *Theory of International Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1974, p. 444; Karen Parker et Lyn Beth Neylon, « *Jus cogens*: Compelling the law of human rights », *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 12, n° 2, 1989, p. 411. Dans le contexte du droit international de l'environnement, le représentant spécial de la Commission nationale de l'Uruguay pour l'environnement a récemment soutenu que « les principes de conduite, de responsabilité et de compensation » issus de la Déclaration de Stockholm et réaffirmés dans la Déclaration de Rio étaient « de véritables règles de *jus cogens* valables *erga omnes* » (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Séances plénières, 57<sup>e</sup> séance*).



l'Assemblée générale des Nations Unies que les gouvernements dans leurs observations écrites.

On trouvera également ci-dessous des considérations ou réflexions sur la justification théorique de l'existence d'une doctrine du *jus cogens*, sur ses effets d'ensemble sur le droit des traités et sur les moyens de savoir si telle règle à tel moment mérite ou non la qualification de *jus cogens* [...]

[...]

#### Historique et évolution récente

On admettra sans difficulté que la règle générale du droit des traités est que les États sont compétents, par accord entre eux, pour conclure des traités sur quelque sujet que ce soit, et régir ainsi, à leur gré, les relations qui les unissent.

Dès les tout débuts du développement du droit international, cependant, le caractère très général de cette règle a été remis en question. Dès le milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle, des auteurs éminents comme Christian Wolff<sup>2</sup> et Emeric Vattel<sup>3</sup> ont fait la distinction entre le droit nécessaire, celui que les nations ne pouvaient modifier par accord, et le droit volontaire, né de la volonté des parties. De la même manière, A. W. Heffter<sup>4</sup> déclarait un siècle plus tard que les traités étaient nuls si leur objet était matériellement ou moralement impossible, et il entendait par moralement impossible que l'objet du traité était contraire à l'éthique du Monde.

Les vues des publicistes d'une époque plus récente sont plus divisées. Le positivisme du XIX<sup>e</sup> siècle n'était pas resté sans effet, et il était largement reconnu que le droit international ne restreignait en rien la liberté qu'avaient les États de conclure n'importe quel traité, quel qu'en fût l'objet. Les auteurs modernes qui défendent ce point de vue, avec plus ou moins de conviction, comptent des spécialistes aussi éminents que Charles Rousseau<sup>5</sup>, Gaetano Morelli<sup>6</sup>, Paul Guggenheim<sup>7</sup> et G. Schwarzenberger<sup>8</sup>.

De l'autre côté, certains événements se sont produits récemment dans le droit international — le Pacte Kellogg-Briand de 1928, les décisions des tribunaux de Nuremberg et de Tokyo, et surtout des jalons aussi fondamentaux sur la voie d'une société internationale organisée que le Pacte de la Société des Nations et la Charte des Nations Unies — qui ont contribué à inverser cette tendance. Il y a eu aussi la transformation récente de la communauté des nations par l'apparition d'un nombre considérable de nouveaux États, qui ont imprimé leur propre marque au développement du droit international. Toutes ces circonstances ont été décisives pour la réapparition et le renforcement de l'idée qu'il existe, à côté des règles du *jus dispositivum* dont on peut se dégager par accord, certaines règles et certains principes de droit international général ayant le caractère de *jus cogens*, auxquels les parties ne peuvent déroger par accord entre elles.

On a soutenu de manière convaincante<sup>9</sup> que la simple existence de normes permettant de déterminer qui est doté de la capacité d'agir en droit international, quelles conditions intrinsèques et extrinsèques doivent être satisfaites pour qu'un traité international puisse exister, quelles conséquences juridiques découlent de la conclusion d'un traité international, plaident contre l'idée que l'ensemble du système du droit international dépendait du concert des volontés étatiques.

La raison d'être de ces règles de *jus cogens* n'est pas de répondre aux besoins des États pris individuellement, mais de servir les intérêts suprêmes de la communauté internationale dans son ensemble, et la justification finale de leur existence est qu'elles reposent sur l'expression commune de la conscience de la communauté internationale.

Divers termes ont été utilisés pour désigner cette notion et expliquer sur quelles assises elle repose. Lauterpacht, se référant au Pacte

de la Société des Nations, écrivait en 1936 que « la substance de ce droit diffère si profondément des autres conventions internationales par sa portée et sa signification en tant qu'instrument utile à l'intégration politique de l'humanité, qu'elle mérite d'être qualifiée de « droit d'ordre supérieur » (*higher law*) »<sup>10</sup>. McNair déclarait en 1930, en se référant à la fois au Pacte de la SDN et au Pacte Kellogg-Briand<sup>11</sup>, que ces deux instruments créaient « une sorte de droit public transcendant par son essence, et pas simplement par son niveau, les accords ordinaires entre États ». Ces conceptions de l'entre-deux guerres seraient tout aussi pertinentes, pour ne pas dire plus, à l'égard de la Charte des Nations Unies. On a également utilisé les termes de « politique internationale » et d'« ordre public international » pour bien exprimer l'idée que ces règles du *jus cogens* ou normes impératives étaient fermement ancrées dans la conscience de l'humanité, qu'elles représentaient certains besoins sociaux d'ordre supérieur et qu'elles constituaient le minimum nécessaire pour policer les relations internationales.

Les auteurs qui ont partagé et fait valoir la même position sur l'existence du *jus cogens* comprennent, outre Lauterpacht<sup>12</sup> et McNair<sup>13</sup>, des juristes aussi éminents que Balladore Pallieri<sup>14</sup>, Kelsen<sup>15</sup> et Tunkin<sup>16</sup>. Et il faut faire parmi eux une place à part au grand juriste international autrichien Verdross<sup>17</sup>. Il semble maintenant que la tendance générale soit à accepter la notion de *jus cogens*, même parmi ceux qui en tenaient auparavant la thèse opposée à l'exception notable de Schwarzenberger<sup>18</sup>.

Le problème du *jus cogens* n'a guère été traité devant les tribunaux internationaux. Les cas que l'on cite où la question a été abordée ne portaient pas directement là-dessus. Il y a la fameuse opinion individuelle du juge Anzilotti, dans l'affaire du *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*<sup>19</sup> (il se demandait s'il n'y avait pas contradiction entre obliger un État à vivre et le mettre en même temps dans une situation lui rendant la vie extrêmement difficile; voir aussi *infra* le principe de l'égalité souveraine), il y a aussi l'opinion dissidente du juge Schucking, dans l'affaire *Oscar Chin*<sup>20</sup>, dans laquelle il affirmait que la Cour ne devait jamais appliquer une convention dont le contenu serait contraire aux bonnes mœurs. Dans son avis consultatif sur les *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*<sup>21</sup>, la Cour, se référant à la Convention, « adoptée dans un but purement humain et civilisateur », a déclaré que « les États contractants n'ont pas d'intérêts propres; ils ont seulement, tous et chacun, un intérêt commun : celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la Convention »<sup>22</sup>.

#### Les travaux de la Commission du droit international et les sujets qui en découlent

Par leurs travaux, les différents rapporteurs spéciaux de la Commission sur le droit des traités ont également contribué à l'évolution vers l'acceptation de la doctrine du *jus cogens*, évolution qui a connu son aboutissement à la quinzième session de la Commission en 1963. On se rappellera que la Commission, après avoir longuement débattu du sujet<sup>23</sup> et après avoir pleinement examiné les divers aspects du texte présenté par son dernier Rapporteur spécial, sir Humphrey Waldock<sup>24</sup>, est parvenue à l'unanimité à la conclusion que :

<sup>10</sup> Lauterpacht, *op. cit.*, note 1.

<sup>11</sup> McNair, « The functions and differing legal character of treaties », BYIL 11, 1930, 112.

<sup>12</sup> Voir également Oppenheim-Lauterpacht, 8<sup>e</sup> éd., 1955, p. 896, selon lesquels « les obligations immorales ne peuvent être l'objet d'un traité international ».

<sup>13</sup> Voir également McNair, *Law of Treaties*, 213 et 214 (1961).

<sup>14</sup> Balladore Pallieri, *Diritto internazionale pubblico*, 282, 8<sup>e</sup> éd., 1962.

<sup>15</sup> Kelsen, *Principles of International Law*, 89, 323, 344 (1952).

<sup>16</sup> Tunkin, *Das Völkerrecht der Gegenwart*, 95 et 96 (1963).

<sup>17</sup> Verdross, *op. cit.*, note 1.

<sup>18</sup> Suy, *op. cit.*, note 1, p. 55.

<sup>19</sup> C.P.J.I., série A/B, n° 41.

<sup>20</sup> C.P.J.I., série A/B, n° 63, p. 150.

<sup>21</sup> C.I.J. Recueil 1951, 23.

<sup>22</sup> Pour toute une série d'exemples tirés de la jurisprudence internationale, y compris les références aux opinions individuelles et dissidentes sur le sujet, voir Suy, *op. cit.*, note 1, p. 76 à 84.

<sup>23</sup> *Annuaire... 1963*, vol. I, p. 66 à 87.

<sup>24</sup> A/CN.4/156.

<sup>2</sup> Wolff, *Jus Gentium*, par. 5 et 25 (1764).

<sup>3</sup> Vattel, *Le droit des Gens*, introduction, par. 9 et 27 (1758).

<sup>4</sup> A. W. Heffter, *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 156 (4<sup>e</sup> éd.), 1861.

<sup>5</sup> Rousseau, *Principes du droit international public*, 340-341 (1944).

<sup>6</sup> Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, 37 (3<sup>e</sup> éd.), 1951.

<sup>7</sup> Guggenheim, *Traité de droit international public*, 57 (1953), mais voir aussi note 18.

<sup>8</sup> Schwarzenberger, *International Law*, 352 et 353, 425 à 427 (1957), et *op. cit.*, note 1.

<sup>9</sup> Verdross, *op. cit.*, note 1.

« Est nul tout traité incompatible avec une norme impérative du droit international général 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. » (Projet d'article 37.)<sup>25</sup>.

La Commission a décidé, par ailleurs, ce qui n'était que le corollaire logique de l'adoption du projet d'article susmentionné, d'adopter un autre projet d'article 45<sup>26</sup> envisageant la survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général à la faveur de la coutume ou d'un traité multilatéral général et son effet sur les traités :

« 1. Un traité devient nul et prend fin lorsqu'une nouvelle norme impérative du droit international général du genre mentionné à l'article 37 est établie et si le traité est incompatible avec cette norme.

« 2. Dans les conditions stipulées à l'article 46<sup>27</sup>, si seulement certaines clauses du traité sont incompatibles avec la nouvelle règle, ces seules clauses deviennent nulles<sup>28</sup>. »

L'étude attentive des comptes rendus des débats de la Commission sur ce sujet<sup>29</sup>, du commentaire accompagnant le texte<sup>30</sup>, des comptes rendus du débat consacré par la Sixième Commission (juridique) de l'Assemblée générale au rapport de la Commission<sup>31</sup>, les observations communiquées par les gouvernements<sup>32</sup> au sujet du projet d'article 37, ainsi que des observations formulées par le Rapporteur spécial dans son cinquième rapport<sup>33</sup>, donne tout lieu de penser que le principe, tel qu'il est énoncé dans le projet d'article, recueillie, sinon l'unanimité totale, du moins une large adhésion<sup>34</sup>.

L'examen de ces documents fait également apparaître le rôle important que les nouveaux États qui ont vu le jour au lendemain de la seconde guerre mondiale, ainsi que les États d'Europe orientale<sup>35</sup>, ont joué pour aider à asseoir cette règle, encore qu'il ne faille nullement sous-estimer la contribution des États d'Amérique latine et de plusieurs États d'Europe occidentale. D'une manière générale, on pourrait dire que ce sont les petits et faibles États qui ont le plus intérêt à voir consacrer l'existence d'un ordre public imposant des restrictions à la liberté absolue du contrat et renforcer cet ordre public au lieu de devoir vivre dans une situation où, sous les apparences respectables de la liberté absolue du contrat, ils seraient exposés au danger réel de traités inégaux et inéquitables dans le cadre desquels les États puissants s'adjugeraient naturellement la part du lion<sup>36</sup>.

La règle à laquelle le projet d'article 37 donne expression rejoint celle du droit interne<sup>37</sup>, qui veut qu'une convention en vue de commettre un crime ou toute convention qui soit autrement contraire à l'ordre public soit nulle et non avenue et ne puisse être interprétée comme conférant des droits quelconques aux parties (*ex injuria non oritur jus*). En reconnaissant l'existence d'une règle équivalente en

droit international public, la Commission contribue ainsi, d'une manière très constructive, à l'accomplissement de son mandat qui est non seulement de codifier, mais également de favoriser le développement progressif du droit international. Ainsi que M. El Erian l'a éloquentement déclaré lors du débat qui s'est tenu par la suite à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, « la consécration de la notion [...] a marqué la transition du droit international classique au droit moderne des Nations Unies ».

Deux critiques ont été adressées à la Commission touchant les projets d'articles 37 et 45. Premièrement, ces articles créeraient un nouveau motif permettant de nier les obligations conventionnelles; et, deuxièmement, ils donneraient à des États tiers le droit de contester la validité juridique de traités auxquels ils ne seraient pas parties, dans lesquels ils n'auraient normalement aucun intérêt. On fait valoir en particulier que, selon la première critique, dès lors que l'on ne peut pas identifier et définir précisément les règles relevant du *ius cogens*, l'on crée ainsi le grand danger de voir la consécration de ces règles permettre à tout État qui souhaiterait dénoncer un traité, soulever une exception de nullité, au motif de l'incompatibilité de ce traité avec le *ius cogens*.

Si l'on ne peut nier ce danger et si le principe du *ius cogens* peut, à vrai dire, être l'objet d'abus, nous estimons que ce danger peut et devrait être réduit au minimum, sinon éliminé, en définissant aussi précisément que possible les règles du droit international qui relèvent du *ius cogens* (voir plus loin) au lieu de méconnaître purement et simplement l'existence de ces règles. À cet égard, l'analogie établie avec la règle correspondante du droit interne est instructive : nul ne nie l'existence en droit interne de règles d'ordre public, encore que celles-ci ne soient pas toujours clairement et exactement définies ou définissables. On pourrait bien entendu rétorquer qu'en droit interne, s'il y a un doute quant à savoir si, dans une espèce donnée, une règle s'applique ou non, la question peut toujours être renvoyée à un tribunal compétent ou réglée par celui-ci.

À vrai dire, on pourrait sans doute faire valoir de nombreux arguments en faveur de l'idée de régler le point de savoir si une situation donnée tombe ou non sous le coup d'une règle de *ius cogens*, surtout lorsque l'exception de nullité est contestée par l'une des parties, sous réserve de la décision d'un tribunal impartial. Dans le rapport qu'il a présenté à la Commission du droit international, Lauterpacht a formulé l'article pertinent comme suit :

« Est nul tout traité ou toute disposition d'un traité dont l'exécution suppose un acte que le droit international considère comme illégal, lorsque cette situation a été constatée par la Cour internationale de Justice<sup>38</sup>. »

De même, Verdross<sup>39</sup> avait suggéré que tous les différends concernant l'interprétation et l'application d'une règle ayant le caractère de *ius cogens* soient soumis à l'arbitrage.

Il est évident que, pour que la primauté du droit dans les relations entre États prenne tout son sens, la compétence conférée à une cour internationale (que ce soit à la CIJ dans sa forme actuelle ou sous une autre forme) doit être universelle et celle-ci doit être dotée des moyens qui lui permettent de rendre ses décisions exécutoires. On ne pourra toutefois donner aux institutions internationales à vocation coopérative un caractère organique tant que la société des États ne sera pas bien plus étroitement soudée qu'elle ne l'est à l'heure actuelle. La société internationale étant encore imparfaite et la compétence de la Cour subordonnée au consentement des États et souffrant de divers autres facteurs d'inhibition, on estime qu'il serait tout à fait irréaliste de lier le principe du *ius cogens* à une décision de la CIJ, et la Commission du droit international a agi conformément à la réalité concrète de la vie internationale actuelle.

L'absence de compétence obligatoire ne signifie toutefois pas que le droit international en général ou ses règles de *ius cogens* en particulier soient dénués de force juridique obligatoire. Au surplus, il existe un certain nombre d'autres moyens de règlement pacifique des différends entre États, y compris, outre la négociation, la conciliation, la médiation et l'arbitrage, le recours au Conseil de sécurité et à l'Assemblée générale des Nations Unies. En particulier, l'Article 14 de la Charte, qui habilite l'Assemblée générale à recommander des mesures propres à assurer l'ajustement pacifique de toute situation, quelle qu'en soit l'origine, est certainement assez large pour permettre à l'Assemblée générale de se prononcer sur les différends entre États Membres au sujet de la non-conformité de dispositions convention-

<sup>25</sup> Documents officiels de l'Assemblée générale, dix-huitième session, Supplément n° 9 (A/5509), p. 12.

<sup>26</sup> Op. cit., note 25, p. 25.

<sup>27</sup> Op. cit., note 22, p. 26.

<sup>28</sup> Ainsi que le Rapporteur spécial l'a indiqué lors du débat à la CDI, les Conventions du XIX<sup>e</sup> siècle réglementant la traite des esclaves, qui étaient valables au moment où elles avaient été conclues, ont été par la suite rendues caduques par l'apparition de nouvelles règles de droit international interdisant purement et simplement la traite des esclaves.

<sup>29</sup> Op. cit., note 23.

<sup>30</sup> Op. cit., note 25.

<sup>31</sup> Documents officiels de l'Assemblée générale, dix-huitième session, rapport de la CDI (point 69).

<sup>32</sup> A/CN.4/175 et Additifs.

<sup>33</sup> A/CN.4/183 et Add.1.

<sup>34</sup> Si les gouvernements ont formulé des observations plus ou moins favorables, seul le Gouvernement luxembourgeois s'est ouvertement opposé à la notion, le Gouvernement turc ayant, quant à lui, adopté une attitude négative, mais plus circonspecte.

<sup>35</sup> Les deux catégories d'États se singularisent par leur approche en droit international. Pour un point de vue occidental sur ces approches, voir, par exemple, Higgins, *Conflicts of Interest*, Londres, 1965, et Lissytzin, *International Law Today and Tomorrow*, New York, 1965.

<sup>36</sup> Lors du débat à la CDI sur le projet d'article 37, le juriste espagnol de Luna a fait observer ce qui suit : « La conception contractuelle du droit international, qui ne reconnaît pas le *ius cogens*, appartient à l'époque où le droit international n'était qu'un droit des grandes puissances. Or, à l'heure actuelle, le droit international s'est universalisé et socialisé. »

<sup>37</sup> On pourrait, sans conteste, voir dans cette règle un principe général de droit reconnu par les nations civilisées au sens de l'Article 38 du Statut de la CIJ.

<sup>38</sup> *Annuaire...* 1953, vol. II, p. 154.

<sup>39</sup> Op. cit., note 1.

nelles avec les règles de *jus cogens*<sup>40</sup>, surtout lorsque ces différends sont fondamentalement d'ordre politique.

Quant à la deuxième critique, à savoir que des États tiers pourraient s'intéresser à des situations auxquelles il n'étaient pas parties, elle était peut-être fondée dans le passé. Toutefois, force est de reconnaître que, dans un monde interdépendant censé être régi, à certains égards, par un instrument aussi fondamental que la Charte des Nations Unies, il serait anachronique de prétendre que les États tiers ne devraient pas avoir leur mot à dire en cas d'actes manifestement illégaux perpétrés contre un ou plusieurs membres de la société des nations.

S'agissant maintenant de savoir l'effet que l'incompatibilité avec une règle de *jus cogens* produit sur un traité, les membres de la Commission ont été unanimes pour déclarer que le traité est nul *ab initio* et non pas seulement annulable à la demande de l'une ou de plusieurs des parties. Les conséquences juridiques de cette opinion sont profondes car « la conséquence de la nullité *ab initio* est simplement l'inexistence d'un traité »<sup>41</sup>. De même, Verdross<sup>42</sup> exprime l'avis que l'annulation formelle de contrats immoraux est inutile et l'État obligé à le droit de refuser purement et simplement d'honorer une telle obligation. Il semblerait donc, du moins d'après ces opinions et en l'absence de toute disposition dans l'article prévoyant la décision d'une tierce partie, que ces traités incompatibles avec le *jus cogens* puissent simplement être considérés comme inexistant, c'est-à-dire comme ne requérant pas d'autre acte déclarant qu'ils ne sont pas revêtus de la force obligatoire<sup>43</sup>.

La Commission, après avoir examiné la possibilité de séparer les dispositions incriminées du reste du traité, dans les conditions stipulées à l'article 46 du projet, s'est ralliée au point de vue de la majorité de ses membres qui estimaient que les règles du *jus cogens* revêtent un caractère si fondamental que, lorsque les parties concluent un traité dont l'une quelconque des clauses est incompatible avec une règle du *jus cogens* déjà existante, le traité doit être considéré comme nul de plein droit et la sanction de la nullité doit s'étendre à l'ensemble de la transaction.

Par contre, dans le cas d'une nouvelle norme impérative (art. 45 *supra*), la règle n'a pas pour effet de rendre nulle *ab initio* la disposition conventionnelle en cause, mais seulement à partir de la date à laquelle a été établie la nouvelle règle de *jus cogens*, c'est-à-dire d'interdire qu'elle continue d'être appliquée. De même, la Commission s'est rangée à l'avis selon lequel, dans les conditions stipulées à l'article 46, la séparation est autorisée dans le cas prévu à l'article 45, le résultat étant que les dispositions qui ne sont pas affectées par la naissance de la règle de *jus cogens* en question seraient considérées comme toujours valides.

#### Rapports entre l'Article 103 de la Charte et l'article 37 du projet de la Commission du droit international

La question intéressante qui se présente à ce propos est celle des rapports entre les effets de l'Article 103<sup>44</sup> de la Charte des Nations Unies et ceux de l'article 37 (et de l'article 45) du projet de la Commission du droit international. Si l'on se reporte aux travaux préparatoires consacrés à l'Article 103, on constate qu'il ne vise pas l'abrogation automatique des traités incompatibles avec la Charte,

<sup>40</sup> En effet, la résolution 2077 (XX) de l'Assemblée générale sur la question de Chypre en fournit un bon exemple. Voir la déclaration de M. Paredes qui, lors du débat à la Commission du droit international sur la disposition ayant plus spécifiquement trait à un traité imposé à un État par l'emploi de la menace ou de la force en violation des principes de la Charte et, par suite, de la règle de *jus cogens* applicable, a déclaré qu'en l'absence d'une juridiction internationale obligatoire, « le seul moyen de remédier à cette situation serait [...] de permettre à la victime de l'agression de comparaître devant le Conseil de sécurité des Nations Unies et de déclarer que le traité est nul en raison du vice dont il est entaché » (Annuaire... 1963, vol. I, p. 66).

<sup>41</sup> Rosenne, *op. cit.*, note 40, p. 55.

<sup>42</sup> *Op. cit.*, note I.

<sup>43</sup> Cette solution pourrait, en réalité, se révéler trop radicale dans certains cas et pourrait, en cas de contestation de l'illégalité, donner plus de poids à l'argument selon lequel la doctrine est sujette à des abus. On pourrait se demander si, en suivant l'analogie des mariages nuls, il ne serait pas approprié de dresser un acte formel afin de « le rayer des tablettes ». Toutefois, en ce cas, il appartiendrait, semble-t-il, à la partie qui conteste l'exception de nullité et qui invoque le traité en question d'en prouver la légalité.

<sup>44</sup> Qui dispose : « En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront. »

mais qu'il exige plutôt que la préséance revienne aux obligations en vertu de la Charte<sup>45</sup>.

Au cours de l'examen du projet de la Commission du droit international à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, les représentants ont été nombreux à faire observer que l'Article 103, qui consacrait ainsi la préséance de la Charte sur les obligations de tout autre accord international, avait fortement contribué à la création de la règle de *jus cogens*. Pourtant, comme l'ont fait remarquer diverses délégations, on n'en avait pas tiré les conséquences logiques et c'était justement cette lacune que la Commission du droit international avait comblée en frappant de nullité les instruments qui étaient incompatibles avec une norme impérative de droit international<sup>46</sup>. La question est revenue à l'attention de la Commission lorsque, dans son commentaire sur le projet d'article 63, elle a reconnu la primauté de l'Article 103 dans le contexte de la priorité relative des obligations nées des traités incompatibles avec le droit international. Comme le Rapporteur spécial l'a cependant fait remarquer, si la Commission comprenait bien qu'il puisse y avoir des chevauchements entre les dispositions de *jus cogens* des articles 37 et 45 et celles de l'Article 103 de la Charte, du fait que certaines dispositions de celle-ci, notamment l'Article 2, paragraphe 4, sont de l'ordre du *jus cogens*, elle considérerait néanmoins que la question de la non-validité d'un traité du fait d'un conflit avec une règle de *jus cogens*, non-validité posée aux articles 37 et 45 du projet, était une question distincte et indépendante<sup>47</sup>. En d'autres termes, si l'Article 103 parle de primauté entre obligations concurrentes, les projets d'articles 37 et 45 parlent de non-validité des obligations; ils peuvent pourtant se recouper dans certains domaines, comme ils le font en effet. Si l'auteur estime, comme sir Humphrey Waldock, que toutes les règles de la Charte ne sont pas nécessairement des normes impératives, et inversement que toutes les normes impératives ne sont pas contenues dans la Charte, il n'en juge pas moins que les chevauchements sont beaucoup plus importants que ceux du seul principe fixé à l'Article 2, paragraphe 4, de la Charte (voir *infra*).

#### Questions des règles de droit international qui font partie des normes impératives

Il semble que le principe de l'existence de normes impératives auxquelles il est impossible de déroger par traité se soit gagné l'approbation générale, tant à la Commission du droit international qu'à l'extérieur; quant à savoir pourtant quelles règles précises du droit international correspondent à cette qualification — en d'autres termes quel est le contenu juridique exact de ce principe — la question est beaucoup moins claire.

La Commission du droit international n'a pu dégager aucun critère généralement reconnu qui permettrait de dire que telle règle générale du droit international relève du *jus cogens*. Des exemples ont été proposés par divers de ses membres « des règles de *jus cogens* les plus frappantes et les mieux établies », pour donner une idée de la nature et de la portée générales de la règle; certains de ces exemples figuraient d'ailleurs dans le corps du projet d'articles qu'avait présenté le Rapporteur spécial. Il y avait parmi eux le cas de la menace ou de l'emploi de la force en violation des principes de la Charte (question à laquelle nous reviendrons, voir *infra*); celui du traité qui envisage la commission d'un acte constituant un crime au regard du droit international; celui du traité qui envisage ou tolère l'accomplissement d'actes comme la traite des esclaves, la piraterie ou le génocide, à la répression desquels tous les États sont tenus de concourir; et celui des traités enfreignant les droits de l'homme ou encore violant le droit à l'autodétermination<sup>48</sup>. Certains membres de la Commission<sup>49</sup> ont insisté sur que l'on ajoute des exemples des traités.

En fin de compte cependant, considérant l'apparition relativement récente de ces règles et le développement rapide du droit international,

<sup>45</sup> Le Comité des questions juridiques (Comité 2) a décidé qu'il serait « inopportun [...] de prescrire l'abrogation automatique par la Charte des obligations incompatibles avec cette dernière. Il a été jugé préférable de rattacher la règle à l'existence d'un conflit entre les deux catégories d'obligations, auquel cas ce sont les obligations résultant de la Charte qui prévaudront à l'exclusion des autres », Rapport du Rapporteur du Comité IV/2, document des Nations Unies 933 [IV/2/42(2)], Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale, 12 juin 1945.

<sup>46</sup> Documents officiels de l'Assemblée générale, dix-huitième session, point 69 de l'ordre du jour, document A/5601, par. 18.

<sup>47</sup> A/CN.4/183/Add.1, p. 27 et 28.

<sup>48</sup> *Op. cit.*, voir note 25.

<sup>49</sup> M. Lachs et M. Tounkine, *op. cit.*, voir note 23.

la Commission a décidé de ne pas donner d'exemples précis et « d'attendre que la pratique des États et la jurisprudence des tribunaux internationaux mettent au point la pleine teneur de la règle ». Elle a abouti à cette conclusion, a) parce que donner certains exemples et en omettre d'autres risquait, à son avis, de conduire à des malentendus quant à la position adoptée concernant les autres cas non mentionnés dans l'article; et b) parce qu'elle craignait qu'en dressant une liste, même sélective, des règles méritant la qualification de *jus cogens*, elle risquait de s'engager dans une longue étude de questions qui ne relevaient pas du droit des traités. Sans doute la Commission, vu les circonstances particulières dans lesquelles elle travaille, a-t-elle agi sagement en adoptant une démarche circospecte. Si le premier motif n'est pas très convaincant (car il aurait toujours été possible d'établir une liste illustrative pour donner une expression concrète au principe posé en termes généraux dans le projet, en soulignant qu'il ne s'agissait pas d'une énumération exhaustive), le second, d'ailleurs lié au premier, soulève un problème beaucoup plus réel. Comme on l'a fait remarquer au cours des débats de la Commission<sup>50</sup>, le problème, réduit à sa plus simple expression, revient à définir l'illégalité en droit international, tâche<sup>51</sup> rendue d'autant plus redoutable par les vastes divergences des théories politiques et les conflits d'intérêts, si l'on tenait à conserver l'unanimité qui a présidé à l'adoption du principe lui-même. Il était trop évident pour qu'on l'ignore qu'on risquait d'ouvrir une boîte de Pandore et d'affaiblir ainsi, par les sujets de désaccord qui en sortiraient, le principe même autour duquel l'unanimité s'était si péniblement réalisée.

Pour autant, il ne fallait pas donner l'impression que la notion de *jus cogens* était une simple postulation philosophique ou théorique, sans signification réelle. Il ne fallait pas non plus laisser entendre que le principe auquel la Commission avait donné une formulation si claire, que chacun pourrait interpréter comme il l'entendait, devait rester lettre morte dans le droit international contemporain. L'accueil quasiment unanime que les représentants des gouvernements ont réservé au principe<sup>52</sup> plaide contre une vision aussi désabusée de l'œuvre de la Commission sur la question, car un tel cynisme démentirait les espoirs légitimes de la vaste majorité de la communauté internationale et insulterait la conscience sociale de l'humanité sur laquelle, en dernière analyse, repose la notion de *jus cogens*.

Il faut donc regretter que les difficultés que la Commission a rencontrées l'aient empêchée d'aller jusqu'au bout du chemin et d'explicitier le contenu du principe qu'elle formulait, ce qui lui aurait permis d'achever un travail qu'elle avait si admirablement commencé et fait progresser. La porte reste ouverte à un double danger : d'une part, une définition trop large du *jus cogens*, comportant le risque du

détournement de ses intentions ou d'un élargissement du principe jusqu'à l'incohérence; d'autre part, une définition trop étroite ou trop restrictive, frustrant le principe de toute signification réelle et réduisant ses effets à néant.

La question se pose de savoir s'il n'existe pas d'autre organe dans l'appareil de la société internationale d'aujourd'hui qui pourrait utilement reprendre la tâche au point où la Commission du droit international l'a laissée. L'une des instances qui vient immédiatement à l'esprit est la Sixième Commission (juridique) de l'Assemblée générale. Si l'on considère que le *jus cogens* se forme par l'expression de la conscience collective de la communauté des nations, on voit à combien de titres la place doit revenir à la Sixième Commission — où tous les États Membres sont représentés, au contraire de la Commission du droit international — qui pourrait agir par le bras d'un comité spécial, auquel les États seraient représentés par des juristes, pour procéder à la définition des règles de droit international constituant des normes impératives au regard de la doctrine du *jus cogens*. La Sixième Commission se retrouverait certainement devant les mêmes difficultés que la Commission. Quelle que soit la résolution ou la déclaration qu'elle parviendrait à adopter à la majorité requise, il y aurait toujours cette objection que cet instrument ne serait pas en lui-même une source de droit et qu'il ne saurait donc avoir force de loi. Pourtant, une résolution ou déclaration, surtout unanime ou quasi unanime, pourrait être considérée, même sans être une source de droit, comme confirmant le droit existant, et aurait en tout état de cause le poids considérable de l'opinion générale des États<sup>53</sup>.

Une autre possibilité serait d'en référer à la Conférence de plénipotentiaires qui doit être convoquée en 1968 pour adopter une convention multilatérale sur le droit des traités.

Sans parler de ces possibilités, il est évident, vu l'unanimité qui s'est faite à la Commission autour d'un principe approuvé par l'écrasante majorité des États et des juristes internationaux, qu'il existe une matière très abondante dont on peut conclure qu'un nombre considérable de règles de droit international peuvent légitimement prétendre aujourd'hui au rang de norme impérative (*jus cogens*). À telle enseigne que plusieurs ont été évoquées à la Commission, comme on l'a vu plus haut<sup>54</sup>. L'auteur de ces lignes partage l'opinion de M. Rosenne, qui, au cours des délibérations de la Commission du droit international a déclaré<sup>55</sup> : « [...] il existe des éléments permettant de déterminer avec assez de précision si une règle donnée relève du *jus cogens* ».

<sup>53</sup> Voir, par exemple, les déclarations de M. Yasseen et M. Bantz, auxquelles a également souscrit sir Humphrey Waldock, sur les effets d'une résolution de l'Assemblée générale en tant qu'expression des règles de *jus cogens* (*op. cit.*, voir note 23).

<sup>54</sup> On dit parfois (voir, par exemple, Verdross, *op. cit.*, note 1) que les traités qui empiètent sur les droits d'États tiers sont contraires au *jus cogens*. Il semblerait plutôt, comme Verdross le reconnaît aujourd'hui, que la question relève plus exactement du principe *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*. Les traités en question seraient illégaux si l'État tiers ne donnait pas son consentement mais, dans les cas ordinaires, cela ne serait pas contraire au *jus cogens*.

<sup>55</sup> *Op. cit.*, voir note 24.

## Succession d'États et nationalité des personnes physiques et morales et succession d'États et qualité de membre des organisations internationales, par M. Vaclav Mikulka

### INTRODUCTION. — HISTORIQUE DES TRAVAUX DE LA COMMISSION SUR LE SUJET DE LA SUCCESSION D'ÉTATS

1. À sa première session, en 1949, la Commission du droit international a inscrit le sujet de la « Succession d'États et de gouvernements » parmi les quatorze matières qu'elle avait choisies en vue de leur codification. Par la suite, le sujet a été scindé en trois grandes rubriques :

a) La succession en matière de traités;

b) La succession et les droits et obligations découlant d'autres sources que les traités; et

c) La succession et la qualité de membres des organisations internationales.

2. De 1967 à 1974, la Commission a examiné les questions relevant de la première rubrique, examen qui a abouti à l'adoption en 1978 de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités.

3. Quant à la deuxième rubrique, particulièrement vaste et complexe, la Commission avait décidé de la circonscrire à ses aspects économiques, à savoir la succes-

sion en matière de biens, archives et dettes d'État. Elle a examiné les questions relevant de cette rubrique de 1968 à 1981, et ses travaux ont abouti à l'adoption en 1983 de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État.

4. La Commission n'a pas encore entamé l'examen des questions relevant de la troisième rubrique.

#### 1. SUCCESSION D'ÉTATS ET NATIONALITÉ DES PERSONNES PHYSIQUES ET MORALES

5. La question de la nationalité des personnes physiques et morales faisait partie de la deuxième rubrique du sujet de la succession d'États, tel qu'il avait été initialement proposé par la Commission du droit international. À la vingtième session de la Commission, le débat consacré au premier rapport du Rapporteur spécial avait suscité quelques observations préliminaires sur le sujet<sup>1</sup>. Toutefois, la nationalité ne faisait pas partie des questions rangées sous la rubrique restreinte.

##### a) Lois sur la nationalité des États successeurs

6. On s'accorde généralement à penser que la succession d'États ne donne pas automatiquement lieu à un changement de nationalité. Il appartient à l'État successeur de déterminer pour lui-même ses nationaux et de définir les moyens par lesquels sa nationalité s'acquiert.

7. À cet égard, on peut se référer à la Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, dont l'article premier stipule ce qui suit :

Il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux. Cette législation doit être admise par les autres États, pourvu qu'elle soit en accord avec les conventions internationales, la coutume internationale et les principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité.

8. On peut se référer également au Code de droit international privé (Code Bustamante) de 1928<sup>2</sup>, dont l'article 13 stipule ce qui suit :

*In collective naturalizations, in case of the independence of a State, the law of the acquiring or new State shall apply, if it has established in the territory an effective sovereignty which has been recognized by the State trying the issue, and in the absence thereof that of the old State, all without prejudice to the contractual stipulations between the two interested States, which shall always have preference.* [Pour les naturalisations collectives, par suite de l'indépendance d'un État, on appliquera la loi de l'État nouvellement formé, s'il a été reconnu par l'État saisi du différend, à défaut de quoi ce sera celle de l'ancien État, le tout sans préjudice des stipulations contractuelles entre les deux États intéressés, qui prévaudront toujours.]

Et l'article 20 :

Change of nationality of corporations, foundations, associations and partnerships, except in cases of change of territorial sovereignty, should be subject to the conditions required by their old law and by the new.

In case of change in the territorial sovereignty, owing to independence, the rule established in article 13 for collective naturalizations shall apply.

<sup>1</sup> Voir *Annuaire... 1968*, vol. II, p. 116 et 117, doc. A/CN.4/204, et p. 228 et 229, doc. A/7209/Rev.1, par. 73 et 78.

<sup>2</sup> SDN, *Recueil des Traités*, vol. LXXXVI, p. 111.

[Le changement de nationalité des corporations, fondations, associations et sociétés, sauf les cas de variation dans la souveraineté territoriale, devra être soumis aux conditions exigées par leur ancienne loi et par leur nouvelle.

En cas de changement de la souveraineté territoriale, par le fait de l'indépendance, on appliquera la règle établie par l'article 13 pour les naturalisations collectives.]

En outre, il existe un certain nombre de publications sur ce sujet<sup>3</sup>.

9. La compétence législative de l'État successeur doit s'exercer dans les limites imposées par le droit international général ainsi que par les traités internationaux. Ces limites, qui sont de nature différente, découlent :

a) Du principe de la nationalité effective, selon lequel, pour que la nationalité puisse être reconnue par d'autres États, il doit exister un lien effectif et authentique entre l'État et l'individu concerné<sup>4</sup>; et

b) Du principe de la protection des droits de l'homme, en vertu duquel les techniques donnant lieu à l'apatridie ou à tout type de discrimination sont contestables. À cet égard, il faut citer le paragraphe 2 de l'article 15 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, où il est stipulé que

2. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa nationalité, ni du droit de changer de nationalité.

On peut citer également l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur la réduction de cas d'apatridie qui interdit la privation de nationalité pour des raisons d'ordre racial, ethnique, religieux ou politique.

##### b) Traités internationaux relatifs à la nationalité en cas de succession d'État

i) Critères d'acquisition automatique de nationalité

10. La question des critères et conditions d'acquisition de la nationalité d'un État successeur a été, dans nombre de cas, réglée par un traité international, principalement sur la base du critère du domicile ou de la résidence habituelle. Un exemple en est le Traité de Versailles conclu entre les puissances alliées et la Pologne (art. 4 et 6), ainsi que d'autres traités<sup>5</sup>.

ii) La perte de la nationalité de l'État prédécesseur

11. Les traités de paix conclus au lendemain de la première guerre mondiale contenaient des dispositions relatives à la nationalité, analogues à celles du Traité de Versailles. De même, ces traités prévoyaient la reconnaissance, par les États conquis, d'une nouvelle nationa-

<sup>3</sup> Voir R. Graupner, *Nationality and State Succession, Transactions*, 1946; Hans Kelsen, « Théorie générale du droit international public », *Recueil des cours... 1932-IV*, vol. 42, p. 314 et 325 à 327; Paul Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, 2<sup>e</sup> éd., Germantown (Md), Sijthoff et Noordhoff, 1979, p. 242; et Lucius Cafilisch, « La nationalité des sociétés commerciales en droit international privé », *Annuaire suisse de droit international*, vol. XXIV, 1967, p. 155.

<sup>4</sup> Voir *Nottebohm, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1955*, p. 22 et 23. Voir également les travaux de la CDI sur l'élimination et la réduction des cas d'apatridie, *Annuaire... 1953*, vol. I, 212<sup>c</sup>, 213<sup>c</sup>, 217<sup>e</sup> et 220<sup>e</sup> séances.

<sup>5</sup> « Lois sur la nationalité », Nations Unies, *Série législative (ST/LEG/SER.B/4)*, p. 590 et suiv.

lité acquise automatiquement par leurs anciens nationaux, sous l'empire des lois de l'État successeur, et la disparition subséquente de l'allégeance de ces personnes envers leur pays d'origine<sup>6</sup>.

12. Selon d'autres instruments, la cession de territoire n'a pas nécessairement pour conséquence l'acquisition automatique d'une nouvelle nationalité et la perte de la nationalité d'origine. L'article 4 de la Convention sur la nationalité en est un exemple. Défendue par certains auteurs, cette thèse est rejetée par d'autres<sup>7</sup>.

### iii) Le droit d'option

13. Le droit d'option est prévu par un grand nombre de traités internationaux, y compris par certains de ceux qui sont mentionnés plus haut ou par les instruments y relatifs. Dans des cas exceptionnels, le droit d'option a été accordé pour de longues périodes au cours desquelles les intéressés bénéficiaient en quelque sorte de la double nationalité. À cet égard, on peut citer la Déclaration d'Évian (Algérie-France) du 19 mars 1962.

14. Pour la plupart des auteurs, le droit d'option ne peut découler que d'un traité. Toutefois, certains auteurs ont tendance à affirmer l'existence d'un droit d'option indépendant, dérivant du principe de l'autodétermination<sup>8</sup>.

### c) Problèmes soulevés par la pratique récente des États

15. Après la seconde guerre mondiale, pour les pays qui ont accédé à l'indépendance tout en restant au sein du Commonwealth britannique, l'acquisition automatique de la nationalité s'est fondée sur une technique combinant les critères du *jus soli* et du *jus sanguinis*, assortis, dans certains cas, du critère de la résidence. Le droit d'option n'était pas prévu pour les personnes visées par l'acquisition automatique de la nationalité. Cette pratique présentait l'avantage de prévenir les contestations touchant la nationalité en réduisant les cas où la double nationalité était possible tout en réduisant au minimum les risques d'apatridie.

16. Le système français d'acquisition de la nationalité n'avait pas le même effet. Les nouveaux États se sont largement inspirés du Code français de la nationalité de 1945, qui n'était pas toujours adapté à la situation des États nouvellement indépendants. De plus, chaque État ayant interprété la notion de « liens authentiques » à sa façon, les diverses lois sur la nationalité faisaient souvent double emploi ou présentaient des lacunes favorisant ainsi la double nationalité et l'apatridie<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Ibid., p. 586 à 589.

<sup>7</sup> Voir Eric Castren, « Aspects récents de la succession d'États », *Recueil des cours... 1951-I*, vol. 78, p. 380 et suiv., notamment p. 487.

<sup>8</sup> Voir Joseph L. Kunz, « L'option de nationalité », *Recueil des cours... 1930-I*, vol. 31, p. 109 et suiv., et « Nationality and option clauses in the Italian peace treaty of 1947 », Editorial Comment, *AJIL*, vol. 41, n° 3, 1947, p. 622 et suiv.

<sup>9</sup> Voir Karl Zemanek, « State succession after decolonization », *Recueil des cours... 1965-III*, vol. 116, p. 181 et suiv., notamment p. 272 à 277.

17. Le démembrement de l'Union soviétique a suscité des problèmes touchant les lois sur la nationalité des États nouvellement créés. Le refus de certaines nouvelles républiques — qui ont recouvré leur indépendance après 1990 — d'accorder leur nationalité aux populations de souche russe établies dans leur territoire depuis plusieurs décennies par suite de migrations massives entre les différentes républiques de l'ancienne Union soviétique a fait naître des incertitudes quant au statut juridique de centaines de milliers d'individus<sup>10</sup>.

18. La situation pourrait être pire dans certains nouveaux États issus de l'ex-Yougoslavie en raison du mélange de groupes ethniques et du « nettoyage ethnique » auquel le conflit armé a donné lieu.

19. En Tchécoslovaquie, pays en cours de dissolution, le problème paraît moins grave : en effet, depuis 1969, il y existe un régime de nationalité distinct en vertu duquel chaque Tchécoslovaque a la nationalité de l'une des deux républiques constituantes; de plus, un système tout à fait souple permet le changement de nationalité en cas de changement de résidence.

20. Le passage de Hong-kong d'une administration britannique à une administration chinoise à partir du 1<sup>er</sup> juillet 1997 pose aussi des difficultés quant au statut de ses habitants<sup>11</sup>.

21. La tendance récente consistant à privilégier le critère de l'origine ethnique lorsqu'il s'agit d'accorder la nationalité du nouvel État à ses habitants au détriment du critère du domicile ne manque pas d'être alarmante. Cette formule favorise non seulement l'apatridie, mais elle est, à maints égards, contestable du point de vue des normes fondamentales relatives aux droits de l'homme.

### d) Principe de la continuité de la nationalité

22. La règle de la continuité de la nationalité s'inscrit dans le régime de la protection diplomatique. Cette règle veut que, à compter du moment où le dommage survient jusqu'à celui où il est réparé, l'action appartienne sans rupture à tout ressortissant de l'État qui l'exerce. La raison d'être de cette règle est d'empêcher que les individus choisissent de se placer sous la protection d'un État puisant en changeant de nationalité.

23. Ni la pratique ni la doctrine ne répondent clairement à la question de savoir si cette règle s'applique en cas de changements involontaires de nationalité survenus par suite d'une succession d'États. Il y a de bonnes raisons de croire que, en cas de succession d'États, cette règle peut être modifiée.

<sup>10</sup> Voir George Ginsburgs, « From the 1990 law on the citizenship of the USSR to the citizenship laws of the successor republics (Part I) », *Review of Central and East European Law*, Dordrecht/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, vol. 18, n° 1, 1992, p. 1.

<sup>11</sup> Voir Roda Mushkat, « The transition from British to Chinese rule in Hong Kong: A discussion of salient international legal issues », *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 14, n° 2 et 3, 1986, p. 171, et Christine Chua, « The Sino-British agreement and nationality: Hong Kong's future in the hands of the People's Republic of China », *UCLA Pacific Basin Law Journal*, vol. 8, n° 1, 1990, p. 163.

24. À cet égard, on peut se référer à l'affaire *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*<sup>12</sup> et voir également l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*<sup>13</sup>. Voir en outre l'affaire *Pablo Najera*, où il est dit :

Dans le cas de changements collectifs de nationalité en vertu d'un titre de succession d'États, la situation juridique doit être appréciée d'une manière beaucoup moins rigide que ne le fait généralement la pratique arbitrale dans les hypothèses normales de changement individuel de nationalité par le fait volontaire de l'intéressé<sup>14</sup>.

e) *Résultat possible des travaux*

25. L'examen approfondi de la pratique des États devrait permettre de savoir s'il est possible de dégager un ensemble de principes touchant la nationalité applicable en cas de succession d'États.

26. La formulation de critères normatifs minimaux régissant l'acquisition *ex lege* de nationalité permettrait de donner des indications précieuses aux législateurs des nouveaux États qui élaborent des lois en cette matière.

27. L'application des traités internationaux entre des États tiers et un État successeur s'en trouverait également facilitée. En vertu des règles coutumières du droit international, la plupart des droits et obligations conventionnels lient automatiquement l'État successeur. L'application de bon nombre de ces traités concerne directement les individus et, plus précisément, les nationaux des États parties aux traités. Il est parfois nécessaire d'appliquer les traités avant que l'État successeur n'adopte une loi sur la nationalité; dans ce cas, on doit au préalable déterminer, à titre préliminaire, la nationalité des personnes physiques et morales résidant dans le territoire où le changement de souveraineté a eu lieu, afin que l'application ininterrompue des traités soit assurée.

28. Les travaux que la CDI consacrera à cette matière pourraient prendre la forme d'un rapport ou d'un projet de déclaration à soumettre à l'Assemblée générale. En revanche, l'élaboration d'un projet de convention pourrait présenter les mêmes inconvénients que les autres sujets relatifs à la succession d'États (lenteur des travaux de codification, problème de l'application de la convention vis-à-vis des nouveaux États qui n'y sont pas encore parties et autres inconvénients).

2. SUCCESSION D'ÉTATS ET QUALITÉ DE MEMBRE DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

29. La Commission n'a jamais étudié la dernière des trois rubriques, intitulée « La succession et la qualité de membre des organisations internationales », qui a trait au sujet de la succession. Néanmoins, le Secrétariat a établi à l'usage de la Commission un mémorandum sur la

<sup>12</sup> C.I.J. Recueil 1970, p. 3.

<sup>13</sup> C.P.J.I., arrêt, 1939, série A/B, n° 76, p. 4. Voir également *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 36-II, 1931, p. 201 à 212; *ibid.*, vol. 37, 1932, p. 479 à 529, et *ibid.*, vol. 51-II, 1965, p. 261; et Eric Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, Paris, Presses universitaires de France, 1990, p. 19 à 30, et 111 à 118.

<sup>14</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (numéro de vente : 1952.V.3), p. 488.

question de la succession d'États et la qualité de Membre des Nations Unies, qu'il a présenté en 1962<sup>15</sup>. Le mémorandum n'évoquait que les quelques cas importants connus à l'époque : l'admission du Pakistan en qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies en 1947, la constitution de la République arabe unie en 1958, le départ de la Syrie de cette union en 1961 et l'admission du Mali et du Sénégal en qualité de Membres en 1960.

30. La Sixième Commission a formulé, lors de la deuxième session de l'Assemblée générale, les règles juridiques auxquelles seraient soumis les États issus de la division d'un État Membre de l'Organisation des Nations Unies<sup>16</sup>.

31. On a récemment enregistré de nouveaux cas de succession d'États à l'occasion desquels le problème de la qualité de membre d'organisations internationales, ou plutôt les problèmes découlant de la qualité de membre d'organisations internationales de l'État prédécesseur, ont été soulevés. Si ces problèmes sont presque passés inaperçus aux yeux de la communauté internationale dans le cas de l'unification de la Tanzanie et de Zanzibar, des deux Yémen ou de l'Allemagne, ils ont été examinés à l'occasion du démembrement de l'Union soviétique et de la Yougoslavie. Ils se posent de nouveau par suite de la dissolution de la Tchécoslovaquie.

32. Le problème des relations entre les États concernés et les organisations internationales en cas de succession d'États comporte plusieurs aspects :

a) Qualité de membre d'une organisation internationale d'un État successeur;

b) Incidence des mutations territoriales sur la qualité de membre d'une organisation internationale d'un État prédécesseur dans les cas où l'État prédécesseur continue d'exister après la mutation;

c) Partage entre les successeurs, ou le prédécesseur et le(s) successeur(s), des obligations ou droits découlant de la qualité de membre de l'État prédécesseur dans l'organisation;

d) Statut des observateurs militaires et autres ainsi que des entités nationales d'un État prédécesseur qui participent à des opérations de maintien de la paix, etc.; et

e) Validité des certificats, licences et autres documents délivrés aux ressortissants d'un État prédécesseur en raison de sa qualité de membre de l'organisation.

a) *Qualité de membre d'une organisation internationale d'un État successeur*

33. On estime généralement que la qualité de membre d'organisations internationales est un droit personnel vis-à-vis duquel la succession est en principe impossible. Selon cette thèse, les nouveaux États issus de modifications territoriales doivent acquérir la qualité de membre en leur nom propre, s'ils le désirent.

<sup>15</sup> *Annuaire...* 1962, vol. II, p. 119, doc. A/CN.4/149 et Add.1.

<sup>16</sup> *Ibid.*; voir aussi *Documents officiels de l'Assemblée générale, deuxième session, Première Commission*, doc. A/C.1/212, annexe 14 g, p. 582 et 583.

34. Néanmoins, la pratique fait apparaître des disparités considérables suivant la nature de la mutation territoriale. Par exemple, les unions issues d'anciens États Membres deviennent automatiquement membres des organisations internationales dont leurs composantes étaient membres avant la fusion. Toutefois, le nombre de ces cas ne permet pas d'affirmer incontestablement si l'admission en qualité de membre de toutes les composantes ou d'une seule d'entre elles est requise.

35. Les organisations internationales dont les conditions d'admission sont moins rigoureuses, par exemple l'UPU à Berne ou l'Union de Paris, ou la Conférence de La Haye sur le droit international privé, autorisent la succession dans les cas où les États sont issus de la dissolution d'un ancien État membre ou d'une sécession. Pour des raisons pratiques, la succession en matière de qualité de membre a été autorisée après la dissolution de la République arabe unie, même à l'Organisation des Nations Unies<sup>17</sup>.

36. Certaines organisations internationales ont prévu l'admission en qualité de membre ou de membre associé des anciennes dépendances qui ont acquis la personnalité internationale. La personnalité du nouvel État étant identique à celle de l'ancienne dépendance, l'ancien statut de membre ou de membre associé demeure inchangé. Si aucune disposition ne prévoyait l'élévation automatique des dépendances en question à la qualité de membre à part entière, les organisations concernées ont néanmoins arrêté des solutions pragmatiques en vue de permettre une transition sans heurts de manière à éviter toute déchéance automatique de la qualité de membre associé au moment de l'accession à l'indépendance<sup>18</sup>.

*b) Incidence des mutations territoriales sur la qualité de membre d'un État prédécesseur*

37. L'État membre dont le nouvel État a fait sécession ou l'État membre auquel un autre État ou d'autres territoires se sont joints conserve sa qualité de membre, en raison de l'identité de sa personnalité juridique, encore que les droits et obligations découlant de sa qualité de membre puissent s'en trouver modifiés.

38. Il reste toutefois à résoudre plusieurs questions liées à cette situation. Elles concernent :

<sup>17</sup> *Annuaire... 1962* (voir *supra* note 17); Zemanek, *loc. cit.*, p. 244 à 252; et la note établie par le Bureau permanent de la Conférence de La Haye sur le droit international privé, doc. L.C.A. n° 38 (92) du 23 septembre 1992, qui déclare notamment :

« [...] la République de Slovaquie ayant participé aux sessions antérieures dans le cadre de l'État serbo-croato-slovene (cinquième et sixième sessions) et en tant que partie intégrante de la République socialiste fédérative de Yougoslavie, pays qui a été lui-même admis en tant que membre successeur de l'État serbo-croato-slovene à la Conférence [...] tombe sous le coup du premier paragraphe de l'article 2 du Statut. [...] Néanmoins, il se peut que certains États membres de la Conférence ne partagent pas ce point de vue et estiment que la Slovaquie relève du paragraphe 2 de l'article 2 et qu'elle doit, de ce fait, être soumise à la procédure d'admission. [...] »

<sup>18</sup> Voir la résolution WHA14.45, OMS, quatorzième Assemblée mondiale de la santé, *Actes officiels*, New Delhi, 7-24 février 1961, n° 110, première partie, p. 19, et le rapport de la dixième session de la Conférence de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), 31 octobre-20 novembre 1959 (FAO C59/Report), p. 266 à 268.

a) Les critères permettant de déterminer l'identité de la personnalité juridique de l'État Membre, c'est-à-dire le statut de l'État prédécesseur;

b) La possibilité pour l'organisation, sous certaines conditions, de priver l'État prédécesseur de son droit de conserver automatiquement sa qualité de membre à part entière de l'organisation proprement dite ou de ses organes;

c) Les effets juridiques d'un accord conclu entre l'État prédécesseur et l'État ou les États successeur(s) concernant la continuité de la qualité de membre des organisations internationales;

d) L'obligation de l'État prédécesseur de donner de nouveaux pouvoirs à ses représentants auprès de l'organisation considérée (voir par exemple le cas de l'admission de l'Inde à l'ONU au lendemain de la sécession du Pakistan); et

e) Le droit de l'État prédécesseur de maintenir un statut spécial au sein de l'organisation (voir par exemple le siège attribué à la Fédération de Russie au Conseil de sécurité) et ainsi de suite.

39. À cet égard, on peut se référer à un certain nombre de documents de l'ONU<sup>19</sup>.

*c) Partage entre les successeurs ou le prédécesseur et les États successeurs des obligations et des droits découlant de la qualité de membre de telle ou telle organisation du prédécesseur*

40. Les droits et obligations découlant de la qualité de membre de telle ou telle organisation sont, en principe, « personnels » par nature et s'éteignent avec la qualité de membre proprement dite (ou sont conservés entièrement par l'État prédécesseur qui continue d'être membre de l'organisation); il en est ainsi du droit de participer aux réunions, du droit de vote et d'autres droits. Néanmoins, certains droits et obligations de l'État prédécesseur liés à sa qualité de membre revêtent un caractère différent et pourraient, en principe, être répartis entre les États successeurs ou entre le prédécesseur et les États successeurs. Si cette répartition des droits et obligations peut être envisagée dans le cas où les États successeurs adhèrent à l'organisation en qualité de nouveaux membres,

<sup>19</sup> Voir la résolution 47/1 de l'Assemblée générale, concernant la qualité de membre de la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) à l'Organisation des Nations Unies et la participation de celle-ci aux travaux de l'Assemblée générale, et la lettre du Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies, en date du 29 septembre 1992, concernant cette affaire (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Annexes*, point 8 de l'ordre du jour, doc. A/47/485).

Voir également l'Accord relatif à la dévolution des droits et obligations d'ordre international aux Dominions de l'Inde et du Pakistan, en date du 6 août 1947, doc. A/C.6/161, *Documents officiels de l'Assemblée générale, deuxième session, Sixième Commission*, annexe 6 c, p. 308 à 310; ou la Déclaration d'Alma Ata, en date du 21 décembre 1991, conclue entre 11 républiques de l'ancienne Union soviétique concernant la continuité pour la Fédération de Russie de la qualité de membre des organisations internationales dont l'Union soviétique était précédemment membre (A/47/60-S/23329, annexe II); et le communiqué de presse de l'ONU PM/473, du 12 août 1974, concernant la délivrance de nouveaux pouvoirs au représentant de l'Inde au Conseil de sécurité et au Conseil économique et social [*Annuaire... 1962* (voir *supra* note 17), p. 119 et 120].



elle ne saurait l'être lorsque les États successeurs décident de ne pas y adhérer.

41. On trouvera ci-après des exemples d'obligations et de droits de cette nature :

a) Les arriérés de contribution au budget ou aux fonds de l'organisation dus par l'État prédécesseur;

b) Les contributions versées par le prédécesseur aux fonds de l'organisation sous la forme de crédits ou d'avances (par exemple Fonds de roulement des Nations Unies) ou sous la forme de dépôts non recouvrables [par exemple les frais d'admission prévus à l'article XXVIII de la Convention portant création de l'Organisation internationale de métrologie légale (1955)];

c) Les parts de biens de l'organisation; et

d) Les projets en cours d'exécution (lorsque l'État prédécesseur en est le bénéficiaire ou le promoteur).

d) *Statut des entités militaires et des observateurs militaires et autres qui participent à des opérations de maintien de la paix, etc.*

42. L'interaction entre les organisations internationales et leurs États membres devient de plus en plus complexe et comporte différentes formes de participation des États membres aux activités menées par telle ou telle organisation. Toute extinction inattendue du statut de membre résultant de la succession de l'État à l'État qui fournit le personnel d'une mission d'observation ou autre ou d'une entité affectée à une opération de maintien de la paix pourrait soulever des problèmes touchant :

a) L'admissibilité de la continuité de la participation du personnel (entité) à la mission (opération); et

b) La responsabilité du commandement et du financement de l'entité.

e) *Validité des certificats, licences, etc., délivrés ou requis par les organisations internationales*

43. Différents types de certificats, licences et autres pièces sont émis par les institutions spécialisées ou autres organisations internationales aux ressortissants de leurs États membres qui participent à telles ou telles activités (aviation civile, navigation maritime, etc.) ou requis d'eux. La validité de ces pièces vis-à-vis des États tiers est fonction de l'appartenance de l'État à l'organisation internationale. Il faudrait rechercher des solutions pratiques qui permettent de réduire l'incidence négative d'une interruption, ne serait-ce que brève, du statut de membre de l'État d'une organisation internationale résultant d'une succession d'États.

### 3. RÉSULTAT POSSIBLE DES TRAVAUX

44. L'analyse par la CDI de la pratique des organisations internationales concernant les conséquences de la succession d'États sur les relations entre les organisations et les États concernés pourrait déboucher sur l'établissement d'un rapport définissant des ébauches de solution des différents types de problèmes qui sont, à maints égards, communs à de nombreuses organisations.

45. Un tel rapport pourrait, en soi, permettre d'uniformiser la pratique des organisations internationales. Il pourrait formuler certaines recommandations dont les organisations internationales pourraient tenir compte non seulement pour élaborer ou modifier leurs instruments ou règlements internes pertinents mais également à l'occasion de toute affaire qu'elles seraient appelées à résoudre.

46. Cette matière ne se prête pas à une codification sous la forme d'une convention universelle. Les efforts d'harmonisation se heurtent à des limites en raison des spécificités de chaque organisation internationale telles qu'elles ressortent de sa constitution ou de tout autre instrument fondamental ou de ses règles internes.

## Droit relatif aux migrations internationales, par M. Guillaume Pambou-Tchivounda

1. La matière des migrations obéit, de prime abord, à une rationalité exclusive du droit. La migration est inhérente à la vie de l'espèce (végétale, animale, humaine) : elle constitue le moyen « naturel » de survie de l'espèce, peu en importe le règne d'expression.

2. Entre la migration et le droit, il y a comme un rapport d'antériorité, de chronologie qui marque l'affirmation de la première, comme phénomène spécifique, avant sa soumission éventuelle et donc postérieure au second. L'exclusivisme de l'un par rapport à l'autre s'en retrouve relativisé. La migration, notamment humaine, qu'elle s'opère à l'intérieur ou par-delà les limites naturelles des États, est un fait de société. Elle entre donc dans le champ opératoire du droit. La propension du phénomène juridique à saisir le phénomène migratoire apparaît ainsi tout aussi naturelle que la vitalité de celui-ci, qui le porte constamment à s'émanciper de l'emprise du droit.

3. Le couple est aussi vieux que le monde. Le plus ancien traité international — dont le texte est resté gravé sur les murs de Karnak à Thèbes — conclu entre le pharaon Ramsès II et le roi des Hittites, montre qu'il y a quatre mille ans, on réglementait déjà par des accords internationaux les mouvements migratoires, qu'on arrêtaient les conditions auxquelles les travailleurs migrants étaient soumis en temps de paix comme en temps de guerre. La matière des migrations de populations entre les communautés souveraines et indépendantes jouit d'une réelle ancienneté dans ses rapports avec le droit.

4. L'actualité n'a rien modifié au principe d'ordonnement de ces rapports. Les migrations internationales impliquaient hier l'ordre politique et juridique des communautés souveraines. Elles impliquent aujourd'hui celui des États et, indirectement, celui des entités qui tiennent leur existence de la volonté de ces derniers.

5. L'exercice de la compétence personnelle de l'État se trouve en cause chaque fois que, à la faveur d'un incident (de parcours), il s'agit de déterminer la règle applicable : celle de l'État de provenance, de l'État de transit, ou de l'État d'accueil. Le droit relatif aux migrations internationales est donc historiquement situé : il est d'abord de forte teneur nationale avant d'être de facture internationale, notamment à travers ses applications contentieuses ou ses modes de formation concertée. Les périodes de liberté ou de restriction des migrations internationales qui marquent l'évolution de la réglementation en la matière du XVI<sup>e</sup> siècle à nos jours illustrent la place de premier plan qu'y occupent les États, parce que les hommes qui choisissent de « migrer » ou qui sont contraints de le faire sont, au départ, nationaux d'un État. Ils vont tomber sous la compétence personnelle de l'État de réception, quelquefois en transitant par le territoire d'un État tiers.

6. C'est tout récemment que le droit international, d'origine conventionnelle notamment, a intégré le cadre de la réglementation des migrations internationales.

7. Nombreux sont les facteurs qui ont joué dans ce sens. Partout, l'État s'est imposé progressivement comme cadre exclusif d'identification des populations mais sans parvenir pour autant à les sédentariser. La révolution technologique, par le développement des moyens de transport de masse (par air, terre et mer), a fait s'intensifier le rapprochement des hommes naguère séparés les uns des autres par de longues distances. La misère d'État, corrélative au développement inégal à l'échelle planétaire, impose à de nombreux individus appartenant à l'hémisphère Sud à émigrer vers le Nord dans l'espoir d'y trouver le bonheur. Entre ces migrations d'aspiration Sud-Nord et les grandes migrations partant de l'Europe vers l'Australasie au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, il n'y a pas de véritable différence quant à la motivation initiale. La violence d'État fera précipiter des blocs considérables de populations au travers des mailles tissées le long des murs frontaliers. La survie de l'espèce vient révéler la part de fiction que comporte tout pouvoir d'État : elle permet d'expliquer aujourd'hui la dimension universelle atteinte par le phénomène des réfugiés. L'avènement des organisations internationales de la première génération contribue à la production d'une œuvre normative d'inspiration humanitaire (en faveur des réfugiés d'Europe) et sociale (en jetant les bases du statut juridique des travailleurs migrants), ce que les organisations internationales d'intégration, où qu'elles soient créées (Europe, Afrique, Amérique), viendront perfectionner et développer.

8. L'encadrement juridique des migrations internationales existe donc, mais la géopolitique des migrations n'en rend pas l'allure d'une construction achevée.

9. Il manque d'homogénéité conceptuelle quant à son objet. Le terme « migration » n'apparaît pas une seule fois dans la Charte des Nations Unies, adoptée bien après une longue expérience des migrations internationales et une pratique suffisamment établie du droit y relatif. Avant le XIX<sup>e</sup> siècle, il n'existe aucune définition internationale universellement reconnue du « migrant ». C'est aux législations nationales que le BIT, après la première guerre mondiale, va s'adresser pour dégager une

définition de l'immigration et de l'émigration. Quand on veut considérer l'ensemble du phénomène migratoire, c'est à une recommandation de la Conférence internationale du Travail de 1922 qu'il faut se référer : elle englobe les phénomènes d'émigration, d'immigration, du rapatriement, de transit des émigrants à l'aller et au retour.

10. Le droit relatif aux migrations internationales n'offre cependant pas une notion générale du phénomène auquel il s'applique. Son champ d'application est éclaté. Il concerne les migrations spontanées, les migrations juridiquement organisées ou autorisées, les migrations forcées ou imposées, les migrations politiques, les migrations économiques, les migrations saisonnières, les migrations annuelles ou pluriannuelles, les migrations continentales et les migrations transocéaniques.

11. Par ailleurs, la controverse autour de la question de savoir si les problèmes de migrations sont d'ordre domestique ou international n'est pas tranchée. Incontestablement, certains d'entre eux intéressent exclusivement les pays d'émigration (nationalité, passeport, santé), comme il en est d'autres qui concernent les seuls pays d'immigration (entrée, sortie, naturalisation des migrants) : ce sont des problèmes domestiques. En revanche, il est des questions qui sont du domaine international : celles de transit et de transmigration, celles liées au prolongement de l'action d'une législation en territoire étranger, celles propres aux citoyens vivant déjà en territoire étranger (réfugiés, expulsés, apatrides) ou celles des ouvriers étrangers travaillant en dehors de leurs pays mais décidés, pour la plupart, à y retourner.

12. Cet éclatement du « dossier » des migrations internationales appelle nécessairement un renouvellement du régime applicable, dans une perspective unifiée et globale. Au regard de ses modes de mise en œuvre, ce régime exige une harmonisation. Des structures de coordination au plan international en assureraient la maîtrise de l'application.

13. Les traités, principes généraux, textes législatifs nationaux ou décisions judiciaires pertinents touchant au droit relatif aux migrations internationales, ont fait l'objet d'une compilation en deux volumes publiés par Richard Plender<sup>1</sup>. Le second volume qui développe le premier, répertorie, outre la jurisprudence nationale et internationale, la législation des États ainsi que les traités et autres instruments internationaux de 1793 à 1986. Sur le sujet, ces deux ouvrages constituent une référence essentielle.

14. Depuis la réédition de ces deux volumes, plusieurs textes internationaux ou nationaux sont intervenus :

#### a) *Traités*

La Convention du 8 janvier 1988 entre la France et l'Espagne concernant l'immigration clandestine;

<sup>1</sup> *Basic Documents on International Migration Law et International Migration Law*, 2<sup>e</sup> éd. rev., Richard Plender, éd., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

L'accord entre l'Espagne et la France concernant l'admission d'étrangers illégaux aux postes frontière;

La Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres des Communautés européennes, signée à Dublin le 15 juin 1990;

La Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signée le 19 juin 1990;

Le Traité sur l'Union européenne ou Traité de Maastricht du 7 février 1992.

#### b) Textes législatifs nationaux

La loi américaine sur l'immigration, du 6 novembre 1986 (entrée en vigueur le 5 mai 1987)<sup>2</sup>;

Les « mesures » visant à limiter le nombre de demandeurs d'asile en République fédérale d'Allemagne, adoptées par le Parlement (ouest-allemand) le 13 novembre 1986<sup>3</sup>;

La loi italienne du 27 janvier 1987 fixant les normes en matière de placement et de traitement des travailleurs extracommunautaires et contre l'immigration clandestine.

#### c) Décisions judiciaires

Conseil constitutionnel (France), décision du 25 juin 1991 concernant la loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'Accord de Schengen;

Cour de justice des Communautés européennes, 9 juillet 1987, (affaires jointes 281/85, 283 à 285/85 et 287/85).

#### d) Divers

Le Rapport de la Commission des affaires juridiques du Parlement européen, adopté le 23 février 1987, sur les limitations à apporter à l'exercice du droit d'asile.

### 15. Sur ce sujet, il y a une doctrine existante<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> *United States Statutes at Large*, vol. 100, 1986, 4<sup>e</sup> partie, loi n° 99-603, p. 3359.

<sup>3</sup> Voir *Verhandlungen des Deutschen Bundestages*, vol. 140, comptes rendus des séances du Bundestag pour la période du 12 novembre au 11 décembre 1986.

<sup>4</sup> a) *Livres* : Pierre Georges, *Les migrations internationales*, Paris, Presses universitaires de France, 1976; Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movements of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978; et Richard Plender (voir *supra* note 1);

b) *Études* : Jorge Balán, *Las migraciones internacionales en el Coño Sur*, Genève, CIM, 1985; Ramiro Cardona, *Migraciones internacionales de los países del Pacto Andino*, Genève, CIM, 1985; Suzy Castor, *Migración y relaciones internacionales (El caso Haitiano-Dominicano)*, Saint-Domingue, Universidad Autónoma de Santo Domingo, vol. DXXII, 1987; Nicole Catala, *Communauté économique européenne*. — *Jurisclasseur droit international*, 1990, fascicule 611,

16. Qu'elle aboutisse à une étude, un rapport ou un projet de convention, l'inscription du thème « Le droit relatif aux migrations internationales » au programme de travail de la CDI ne devrait pas rencontrer d'objection majeure. La tâche qui consiste pour elle à présenter études ou rapports spécifiques à l'Assemblée générale n'est cependant pas aussi bien connue du public — même spécialisé — que celle tenant en l'élaboration d'un projet de convention.

n° 9 à 12; Julien Condé, *Les migrations internationales Sud-Nord*, Paris, OCDE, 1986, vol. 1 et 2, et *Les migrations africaines dans la Communauté européenne*, Paris, OCDE, 1992; Raymond Sarraute, « Réfugié », *Répertoire de droit international*. — *Encyclopédie juridique*, Dalloz, vol. II, p. 728; Eberhard Jahn, « Intergovernmental Committee for Migration », *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 5, 1983, p. 41, et « Migration movements », *ibid.*, vol. 8, 1985, p. 377;

c) *Cours* : Charles de Boeck, « L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique », *Recueil des cours... 1927-III*, vol. 18, p. 443; Stélio Sfériadès, « L'échange des populations », *Recueil des cours... 1928-IV*, vol. 24, p. 307; et Louis Varlez, « Les migrations internationales et leur réglementation », *Recueil des cours... 1927-V*, vol. 20, p. 165;

d) *Publications collectives* : « Migrazioni », *Affari sociali internazionali*, Milan, 19<sup>e</sup> année, n° 1 et 4, 1991; « XII<sup>e</sup> congrès de l'Institut international de droit d'expression française sur les mouvements de population », *Revue juridique et politique*. — *Indépendance et coopération*, 34<sup>e</sup> année, n° 1, janvier-mars 1980; « Movimenti migratori: un problema globale », *Politica internazionale*, 19<sup>e</sup> année, n° 5, septembre-octobre 1991; « La migration », *Revue internationale des sciences sociales*, Unesco, vol. XXXVI, n° 3, 1984; « Les migrations internationales au Moyen-Orient », *Revue tiers-monde*, vol. XXVI, n° 104, octobre-décembre 1985; et « Les travailleurs étrangers et le droit international », *Société française pour le droit international*, Paris, Pedone, 1979;

e) *Articles* : A. A. Afolayan, « Immigration and expulsion of ECOWAS aliens in Nigeria », *International Migration Review* (New York), vol. 22, n° 1, 1988, p. 4; Reginald Appleyard, « Migration and development: myths and reality », *ibid.*, vol. 23, n° 3, 1989, p. 486; Hans Arnold, « The « century of refugee », A European century? » *Aussenpolitik* (Hambourg), vol. 42, n° 3, 1991, p. 271; Maurice Bertrand, « Menaces. — Entre l'imaginaire et le réel », *Le trimestre du monde* (Paris), n° 1, 1991, p. 93; V. Dovonon, « L'OIT, l'ONU et les migrations. — Coopération ou conflit de compétence ? », *Revue de droit international et de droit comparé* (Bruxelles), vol. 66, n° 1, 1989, p. 24; Dennis Gallagher, « The evolution of the international refugee system », *International Migration Review*, vol. 23, n° 3, 1989, p. 579; Jean-Pierre Gomane, « La palette des périls », *Défense nationale* (Paris), vol. 43, 1987, p. 77; Jean-Pierre Hocké, « Réfugiés et migration. — De la dérive européenne à l'urgence d'une action en accord avec les valeurs proclamées », *Cadmos* (Paris), 13<sup>e</sup> année, n° 50, 1990, p. 88; Rainer Hofmann, « Refugee law in Africa », *Law and State* (Tübingen), vol. 39, 1989, p. 79; Charles Leben, « La circulation internationale des personnes et le droit international », *Annales de la faculté de droit et de science politique de Clermont-Ferrand* (Paris), vol. 15, n° 1, 1978, p. 629; Donatella Luca, « La notion de « solution » au problème des réfugiés », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques* (Genève), vol. 65, n° 1, 1987, p. 1; David A. Martin, « Effects of international law on migration policy and practice: The uses of hypocrisy », *International Migration Review*, vol. 23, n° 3, 1989, p. 547; Richard Perruchoud, « L'Organisation internationale pour les migrations », *AFDI*, vol. XXXIII, 1987, p. 513; Gérard Prunier, « La communauté indienne d'Ouganda, des origines à l'expulsion », *Le mois en Afrique* (Paris), 16<sup>e</sup> année, 1981, p. 61; Larbi Talha, « La migration des travailleurs entre le Maghreb et l'Europe », *Revue française d'études méditerranéennes*, 1975, p. 65; et Lovemore M. Zinyama, « International migrations to and from Zimbabwe and the influence of political changes on population movements, 1965-1987 », *International Migration Review*, vol. 24, n° 4, 1990, p. 748.

f) *Rapports* : « Tendances et caractéristiques des migrations internationales depuis 1950 », *Études démographiques n° 64* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.78.XIII.5) [ST/ESA/SER.A/64]; et Nations Unies, « Conclusions sur la protection internationale des réfugiés », Genève, 1991.

17. Il faut néanmoins dissiper un malentendu. Indépendamment des particularités d'ordre formel qu'ils peuvent revêtir, les travaux de la Commission sont toujours l'aboutissement de longues études. La méthode de travail est une chose; elle est invariable dans son principe. Tout autre est la nature des résultats finals dont la détermination dépend de l'intérêt du sujet à un moment donné et donc d'une décision de la Commission elle-même.

18. Le rapport et le projet d'articles ne sont pas étrangers l'un à l'autre. Il est des sujets et questions ayant fait l'objet de rapports finals de la Commission. D'autres, en revanche, ont dépassé cette étape pour accéder au rang de projet d'articles. Sans nécessairement poursuivre le même objectif (informer et codifier), l'élaboration d'un projet de convention dans le cadre de la Commission ne peut s'effectuer sans inclure celle du rapport, et, dans ce cadre-là, les rapporteurs spéciaux œuvrent sur la durée, le long terme, à la différence d'un rapporteur ponctuel dont le mandat imparti est limité dans le temps. De ce point de vue, le présent « schéma » ou « résumé » sur le thème du droit relatif aux migrations internationales participe bien du genre du rapport, ce qui l'en distingue manifestement de celui du projet de convention.

19. Enfin, ces deux genres n'obéissent pas à la même structure formelle, indépendamment de leur objet (et à cause de celui-ci). On peut faire n'importe quel rapport sur le droit relatif aux migrations internationales. On n'écrira pas, en revanche, sur ce sujet n'importe quel projet de convention.

20. L'on peut hésiter à s'engager dans l'élaboration d'un projet d'articles sur le droit relatif aux migrations internationales en considérant qu'il s'agit d'un sujet réglé par le droit international et donc sur lequel existe déjà une réglementation précise : il n'y aurait pas matière à développement progressif ni à codification.

21. Or, il n'existe pas de notion juridique générale de la migration internationale. La matière des migrations internationales évolue entre le droit humanitaire international et le droit social international. L'application des règles qu'ils définissent reste étroitement subordonnée à l'autorité de diverses politiques nationales, unilatéralement définies par les États en fonction de leur propre approche du phénomène migratoire, même lorsqu'ils proclament leur adhésion à la primauté du droit international en raison de leur appartenance à des organisations d'intégration. Ce sont, en général, des politiques répulsives qui affectent les droits des autres États et des individus, droits dont il est nécessaire de définir les mécanismes généraux de protection. Une notion de la migration internationale ralliant l'accord des États et des organisations internationales apparaît comme un préalable à la conception même et à l'efficacité de tels mécanismes.

22. L'élaboration d'une notion générale implique celle d'une convention générale sur les principes et règles applicables aux mouvements de population à caractère international. Le monopole détenu par le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés en la matière en sortirait réduit. L'implication des organisations non gouvernementales telles que le CICR et l'OMI dans cette ré-

alisation non seulement les valoriserait davantage dans leur rôle d'interlocuteur privilégié des États, mais contribuerait à imprimer une certaine avancée à leur institutionnalisation. L'effet d'éclatement normatif et institutionnel du droit relatif aux migrations internationales s'en retrouverait limité, l'objectif de la convention étant de lui substituer un régime plus unificateur, articulé en fonction des évolutions actuelles du mouvement des migrations internationales. C'est donc l'exigence d'adaptation des règles classiques aux problèmes d'un type nouveau qui devrait commander l'orientation générale de la politique des Nations Unies pour arriver à l'acceptation par les États d'un régime commun de règles applicables aux mouvements de population.

23. La substitution du concept de mouvements de population à celui de « migration » procède du souci de saisir la réalité du phénomène étudié dans sa diversité. Ce phénomène a évolué. Comment admettre que le droit applicable à celui-ci soit en reste de ce mouvement ? Un projet de convention générale sur le droit relatif aux mouvements de population à caractère international s'inscrit donc dans la ligne de ce besoin d'actualisation qui intègre trois séries d'intérêts : ceux des États, ceux des personnes et ceux de la communauté internationale.

24. L'avènement d'un nouvel ordre mondial des migrations internationales trouverait dans le nouvel ordre mondial global en gestation un point d'ajustement bien au-delà des idéalismes ou des abstractions classiques. Il faut accompagner et soutenir par l'expérimentation directe mais ordonnée la conversion planétaire à l'idéologie démocratique qui rend illégitime l'allure illégale du droit d'ingérence. Or, c'est le même élan (érigé en principe) de solidarité qui, fondant l'ingérence d'un gouvernement ou d'un État dans les affaires domestiques d'un autre, justifierait la migration de telle frange de population d'un pays vers un autre sans crainte de n'y être point acceptée même pour un temps limité. Le rôle du droit serait, alors, de prévenir les exclusions arbitraires et d'aménager les supports normatifs des couloirs de transit, de séjour et (pourquoi pas ?) d'arrivée. L'on s'apercevra, ainsi, que prévention rime avec protection que la doctrine (Bertrand, Hocké, Perruchoud) appelle de ses vœux en faveur des mouvements migratoires, et qui en est somme toute la finalité.

25. Mais une politique juridique des migrations internationales, pour être réaliste, doit être maîtrisée : des mécanismes de contrôle sont donc à prévoir. C'est une nécessité qui découle de celle (ou qui est liée à celle) qui consiste à définir les circuits institutionnels de gestion des mouvements migratoires, depuis ceux d'assistance ou de financement jusqu'à ceux d'installation, de réinsertion ou de retour. Restructurer le rôle des États (droits et obligations), impliquer les organisations régionales existantes (en matière de conseil et d'assistance), identifier les partenaires intervenant, notamment au niveau universel, dans la mise en œuvre des programmes d'encadrement des mouvements migratoires : tout un système de répartition et d'articulation des missions et des rôles qui viendra compléter le dispositif de prévention, selon une conception intégrée, dans un même instrument juridique.

## Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités, par M. Alain Pellet

1. La proposition d'inclure le sujet : « Les effets juridiques des réserves et des objections aux réserves formulées à l'égard de conventions multilatérales » dans le programme de travail à long terme de la Commission a été faite pendant la quarante-sixième session de l'Assemblée générale, lors de l'examen du rapport de la Commission<sup>1</sup> par la Sixième Commission. Elle a été reprise par le Groupe de travail sur le programme de travail à long terme créé par le Groupe de planification, qui a inscrit le thème intitulé « Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités » sur la liste restreinte de sujets pouvant se prêter à une étude par la Commission<sup>2</sup>.

2. Le Groupe de travail avait indiqué que ce sujet « se prêtait à être inscrit rapidement à l'ordre du jour de la Commission et pouvait faire l'objet d'un instrument de codification ». Le Groupe de planification « n'a pas contesté cette conclusion, mais a décidé de ne pas faire de recommandation à ce stade et de revenir sur la question après que les perspectives offertes par d'autres sujets aient été évaluées »<sup>3</sup>.

### 1. LES TRAVAUX ANTÉRIEURS DE LA COMMISSION

3. À plusieurs reprises, la Commission a eu à connaître de la question des réserves aux traités et, la première fois, à l'occasion de l'élaboration du projet d'articles sur le droit des traités, qui allait être à l'origine de la Convention de Vienne sur le droit des traités, dont les articles 19 à 23 sont consacrés aux réserves<sup>4</sup>.

4. Après quelques hésitations, le texte de ces articles a été repris, pratiquement mot pour mot et sous les mêmes

<sup>1</sup> Voir le Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale pendant sa quarante-quatrième session (A/CN.4/L.469), par. 422.

<sup>2</sup> Rapport du Groupe de planification (A/CN.4/L.473/Rev.1), par. 21.

<sup>3</sup> Ibid., par. 23.

<sup>4</sup> Voir, notamment, *Yearbook... 1951*, vol. II, p. 1 à 17, doc. A/CN.4/41, rapport de M. James L. Brierly; *Yearbook... 1953*, vol. II, p. 90 à 162, doc. A/CN.4/63, rapport de M. H. Lauterpacht; *Annuaire... 1962*, vol. II, p. 31, doc. A/CN.4/144, premier rapport de sir Humphrey Waldock, en particulier p. 68 à 78, articles 17 à 19 du projet d'articles sur le droit des traités et commentaires y relatifs, et p. 84 à 90, annexe (« Historique de la question des réserves aux conventions multilatérales »); *Annuaire... 1965*, vol. II, p. 1, doc. A/CN.4/177 et Add.1 et 2 (quatrième rapport de sir Humphrey Waldock), en particulier p. 14 (par. 1 f : « Réserve ») et 47 à 60 (sect. III); ibid., p. 79 à 114, doc. A/5687, rapport du Secrétaire général sur la pratique suivie par les dépositaires au sujet des réserves; et *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 183, doc. A/6309/Rev.1, rapport de la Commission sur les travaux de la deuxième partie de sa dix-septième session, en particulier p. 206, par. 11 du commentaire sur l'article 2 (ancien article 1<sup>er</sup>), et 220 à 228 (sect. 2 : Réserves aux traités multilatéraux).

Pour un recensement plus complet des travaux pertinents, voir « Guide répertoire pour le projet d'articles sur le droit des traités adopté par la Commission du droit international à sa dix-huitième session, 1966 » (A/C.6/376), p. 82 à 91; Pierre-Henri Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 1978, p. 489 à 492; et Shabtai Rosenne, *The Law of Treaties: A Guide to the Legislative History of the Vienna Convention*, Leyde, A. W. Sijthoff, 1970, p. 182 à 187.

numéros, par la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales<sup>5</sup>.

5. La question des réserves fait également l'objet de l'article 20 de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités<sup>6</sup>.

### 2. LES PRINCIPAUX PROBLÈMES SOULEVÉS PAR LE SUJET À TRAVERS LA PRATIQUE ET LA DOCTRINE

6. Comme le relevait M. Lauterpacht dans son premier rapport sur le droit des traités,

*The subject of reservations to multilateral treaties is one of unusual — in fact baffling — complexity and it would serve no useful purpose to simplify artificially an inherently complex problem [La matière des réserves aux traités multilatéraux est d'une complexité exceptionnelle — déconcertante en fait — et il serait inutile de simplifier artificiellement un problème compliqué en soi.]*<sup>7</sup>.

7. On a pu louer, à juste titre, les articles 19 à 23 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui

[...] constituent manifestement une des pièces maîtresses de cette convention, tant pour leur précision technique que par la grande souplesse qu'ils ont introduite dans le régime des conventions multilatérales<sup>8</sup>.

8. Toutefois, ainsi que la Commission l'a remarqué à la suite de Reuter,

Même pour les traités entre États, la question des réserves a toujours été une question difficile et controversée, et même les dispositions de la Convention de Vienne [de 1969] n'ont peut-être pas mis fin à toutes les difficultés<sup>9</sup>.

9. En règle générale, les auteurs partagent cette opinion et soulignent que les trois Conventions de Vienne pertinentes (voir *supra* par. 3 à 5) ont laissé subsister d'importantes incertitudes quant au régime juridique des réserves. Celles-ci sont du reste bien mises en évidence

<sup>5</sup> Voir, notamment, *Annuaire... 1975*, vol. II, p. 27 à 47, doc. A/CN.4/285, quatrième rapport de M. Paul Reuter; *Annuaire... 1977*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 106 à 116, sect. 2; *Annuaire... 1981*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), p. 45, doc. A/CN.4/341 et Add.1, dixième rapport de M. Paul Reuter, en particulier p. 58 à 66, sect. 2; ibid., vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 136 à 141, sect. 2; et *Annuaire... 1982*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 33 à 38, sect. 2.

<sup>6</sup> Voir, notamment, *Annuaire... 1970*, vol. II, p. 27, doc. A/CN.4/224 et Add.1, troisième rapport de sir Humphrey Waldock, en particulier p. 51 à 57, article 9 et commentaire y relatif; *Annuaire... 1972*, vol. II, p. 237 et suiv., doc. A/8710/Rev.1, rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-quatrième session, en particulier p. 282 à 287, art. 15; *Annuaire... 1974*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), p. 1, doc. A/CN.4/278 et Add.1 à 6, premier rapport de sir Francis Vallat, en particulier p. 51 à 56, art. 15; et ibid., p. 161 et suiv., doc. A/9610/Rev.1, rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-sixième session, en particulier p. 229 à 235, art. 19.

<sup>7</sup> *Yearbook... 1953*, vol. II, p. 90, doc. A/CN.4/63, notamment p. 124.

<sup>8</sup> Quatrième rapport sur la question des traités conclus entre États et organisations internationales ou entre deux ou plusieurs organisations internationales, par M. Paul Reuter (voir *supra* note 5), notamment p. 38, paragraphe 1 du commentaire général de la section 2.

<sup>9</sup> *Annuaire... 1982*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 33, paragraphe 1 du commentaire général de la section 2.

par la pratique, souvent fluctuante et incertaine, des États et des organisations internationales.

10. L'abondance même de la littérature consacrée aux réserves aux traités témoigne de la perplexité constante de la doctrine face à des problèmes d'une grande technicité et d'une extrême complexité mais qui présente une importance pratique exceptionnelle. Comme l'a souligné José Maria Ruda,

*The question of reservations to multilateral treaties has been one of the most controversial subjects in contemporary international law [La question des réserves aux traités multilatéraux est l'un des sujets les plus controversés du droit international contemporain.]*<sup>10</sup>

11. Il est à peine besoin de rappeler à cet égard l'abondance des développements consacrés aux réserves dans les ouvrages relatifs au droit des traités dans son ensemble et même dans les traités et les manuels de droit international général<sup>11</sup>. À cette liste déjà longue, et pourtant fort incomplète, il conviendrait d'ajouter de très nombreuses monographies consacrées à l'étude des pra-

<sup>10</sup> « Reservations to treaties », *Recueil des cours...* 1975-III, vol. 146, p. 95.

<sup>11</sup> Voir notamment, et seulement à titre d'exemples, parmi les ouvrages les plus courants sur le droit des traités : Suzanne Bastid, *Les traités dans la vie internationale*, Paris, Economica, 1985, p. 71 à 77; Taslim O. Elias, *The Modern Law of Treaties*, Leyde, A. W. Sijthoff, 1974, p. 27 à 36; lord McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 158 à 177; Paul Reuter, *Introduction au droit des traités*, Paris, Presses universitaires de France, 1985, p. 71 à 76, et Notes complémentaires, p. 82; sir Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 2<sup>e</sup> éd., 1984, p. 40 à 50.

Depuis l'adoption de la Convention de Vienne sur le droit des traités, de nouvelles études très fouillées et complètes se sont ajoutées aux monographies classiques consacrées aux réserves. Parmi les études antérieures à 1969, voir notamment : D. R. Anderson, « Reservations to multilateral conventions: A re-examination », *The International and Comparative Law Quarterly* (Londres), vol. 13, 1964, p. 450; William W. Bishop, « Reservations to treaties », *Recueil des cours...* 1961-II, vol. 103, p. 245; Gerald Fitzmaurice, « Reservations to multilateral conventions », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 2, 1953, p. 1; Kaye Holloway, *Les réserves dans les traités internationaux*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1958; Dietrich Kappeler, *Les réserves dans les traités internationaux*, Verlag für Recht und Gesellschaft, Bâle, 1958; Herbert W. Malkin, « Reservations to multilateral conventions », *BYBIL*, vol. VII, 1926, p. 141; Luis A. Podesta Costa « Les réserves dans les traités internationaux », *Revue de droit international*, 1938, n° 1, p. 1; Christian Tomuschat, « Admissibility and legal effects of reservations to multilateral treaties: Comments on articles 16 and 17 of the ILC's 1966 draft articles on the Law of Treaties », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 27, 1967, p. 463; et Edoardo Vitta, *La riserva nei trattati*, Turin, Giappichelli, 1957.

Parmi les monographies postérieures à l'adoption de la Convention de Vienne de 1969, voir notamment : Dereck W. Bowett, « Reservations to non-restricted multilateral treaties », *BYBIL*, 1976-1977, vol. XLVIII, p. 67; Mohammed Ahsen Chaudhri, « Reservations to multilateral treaties », *De Lege Factorum: Essays in Honor of Robert Renbert Wilson*, Durham (N. C.), Duke University Press, 1970, p. 40; Richard W. Edwards, Jr., « Reservations to treaties », *Michigan Journal of International Law*, vol. 10, n° 2, 1989, p. 362; John K. Gamble, Jr., « Reservations to multilateral treaties: A macroscopic view of State practice », *AJIL*, vol. 74, n° 1, 1980, p. 372; V. F. Gubin, « Les réserves en droit international » (en russe), *Pravovedenie*, n° 5, 1972, p. 84; Frank Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, Amsterdam, North-Holland Publishing Company, 1988; Imbert, *op. cit.* (voir *supra* note 4); Jean K. Koh, « Reservations to multilateral treaties: How international legal doctrine reflects world vision », *Harvard International Law Journal*, vol. 23, n° 1, 1982, p. 71; R. Kühner, *Vorbehalte zu multilateralen Völkerrechtlichen Verträgen*, Berlin, Springer Verlag, 1986; Rafael Nieto Navia, « Las reservas a los tratados multilaterales en la Convención de Viena

de 1969 », *Rev. Universitas* (Bogota), juin 1974, p. 283; Joseph Nisot, « Les réserves aux traités et la Convention de Vienne du 23 mai 1969 », *RGDIP*, 1973, vol. 77, n° 1, p. 200; Ernesto J. Rey Caro, « Las reservas de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados », *Revista de derecho internacional y ciencias diplomáticas* (Rosario), 1972, p. 168; Ruda, *loc. cit.* (*supra* note 10); et Renata Szafarz, « Reservations to multilateral treaties », *Polish Yearbook of International Law*, vol. 2, 1970, p. 239.

12. Dans le cadre nécessairement limité de la présente livraison, il ne saurait être question de donner un panorama exhaustif des problèmes que pose le régime juridique applicable aux réserves. On ne peut guère que se borner à en faire une énumération, incomplète, dont les Conventions de Vienne de 1978, 1986 et, surtout, 1969<sup>12</sup> sont le point de départ obligé.

13. Par commodité — mais de manière quelque peu artificielle — on mentionnera successivement les problèmes tenant à : a) l'existence même de ces conventions; b) leurs ambiguïtés; et c) leurs lacunes.

a) *Les problèmes posés par l'existence de dispositions relatives aux réserves dans les Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986*

14. Le passage du temps a rendu largement obsolète la question de savoir si les règles posées en matière de réserves dans la Convention de 1969 relèvent de la codification ou du développement progressif. D'une part, en effet, il est certain que les articles 19 à 23 ont innové, parfois considérablement, à certains points de vue, en particulier en instituant une véritable « présomption en faveur des réserves »<sup>13</sup>. Mais, d'autre part, ce faisant, ces dispositions ont consolidé ou « cristallisé » des évolutions antérieures déjà largement amorcées<sup>14</sup>.

*However, in the twenty years [and more] that have elapsed since the Vienna Convention was opened for signature, the rules regarding reservations stated in that treaty have come to be seen as basically wise and to have introduced desirable certainty [Cependant, au cours des vingt années [et plus] qui se sont écoulées depuis que la Convention de Vienne a été ouverte à la signature, les règles en matière de réserves posées dans ce traité ont fini par être considérées comme fondamentalement sages et avoir présenté un degré d'autorité recherché.]*<sup>15</sup>

Cette consolidation — partielle (voir *infra* par. 16 et 17) — tient à plusieurs facteurs, en particulier :

a) Ces normes correspondaient à l'état de la société internationale au moment où elles ont été adoptées;

b) Elles s'inscrivaient dans une tendance générale visant à conférer une souplesse et une ouverture accrues aux conventions multilatérales;

de 1969 », *Rev. Universitas* (Bogota), juin 1974, p. 283; Joseph Nisot, « Les réserves aux traités et la Convention de Vienne du 23 mai 1969 », *RGDIP*, 1973, vol. 77, n° 1, p. 200; Ernesto J. Rey Caro, « Las reservas de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados », *Revista de derecho internacional y ciencias diplomáticas* (Rosario), 1972, p. 168; Ruda, *loc. cit.* (*supra* note 10); et Renata Szafarz, « Reservations to multilateral treaties », *Polish Yearbook of International Law*, vol. 2, 1970, p. 239.

<sup>12</sup> Voir Karl Zemanek, « Some unresolved questions concerning reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties », *Études de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 323.

<sup>13</sup> Imbert, *op. cit.* (voir *supra* note 4), p. 87; voir surtout art. 20, par. 5, et art. 21, par. 3.

<sup>14</sup> Voir, par exemple, R. R. Baxter, « Treaties and custom », *Recueil des cours...* 1970-I, vol. 129, p. 48.

<sup>15</sup> Edwards, Jr., *loc. cit.* (voir *supra* note 11), p. 365.

c) Elles ont d'ailleurs été adoptées à la quasi-unanimité par la Conférence de Vienne;

d) Et reprises dans la Convention de 1986.

15. Ces considérations ont d'ailleurs conduit les États à se conformer largement à ces dispositions, qu'ils aient ou non ratifié la Convention<sup>16</sup> et même si, comme la France, ils ne l'ont pas signée, et les juridictions et arbitres internationaux à y voir l'expression de règles coutumières. Il faut se référer à cet égard à la décision du Tribunal arbitral franco-britannique du 30 juin 1977 dans l'affaire relative à la délimitation du plateau continental de la mer d'Iroise (ci-après dénommée l'affaire de la *mer d'Iroise*)<sup>17</sup>.

16. Cette conclusion ne peut, cependant, être retenue que sous bénéfice d'inventaire :

a) Les formules jurisprudentielles ne sont pas dépourvues d'ambiguïté :

i) Dans l'affaire de la *mer d'Iroise*, le Tribunal arbitral se réfère à la définition des réserves donnée par l'article 2, par. 1, *d*, de la Convention de Vienne de 1969 en soulignant qu'elle est acceptée par les deux parties (par. 55 de la décision) et semble davantage constater la corrélation entre les règles du droit international général et celles posées à l'article 21, par. 3, de la Convention que prendre une position générale sur la valeur codificatrice de celle-ci (voir par. 61 de la décision);

ii) Dans l'affaire *Temeltasch*, la Commission européenne des droits de l'homme considère que la Convention « énonce *surtout\** des règles existant en droit coutumier et revêt *essentiellement\** un caractère codificateur »<sup>18</sup>;

b) Indépendamment même du fait que la Convention comporte des lacunes sur des points parfois importants et qu'elle n'a pu prévoir les règles applicables à des problèmes qui ne se posaient pas au moment de son élaboration, elle a constitué le point de départ de pratiques nouvelles qui ne sont pas, ou sont mal, stabilisées à l'heure actuelle<sup>19</sup>. Comme on l'a écrit,

<sup>16</sup> Voir, par exemple, pour le Royaume-Uni, les déclarations de sir Ian Sinclair et, pour les États-Unis d'Amérique, celles de Robert E. Dalton, dans *American Society of International Law, Proceedings of the 78th Annual Meeting*, 1984, p. 273, 274 et 278, respectivement.

<sup>17</sup> Nations Unies, *Recueil de sentences arbitrales*, vol. XVIII (numéro de vente : E/F.80.V.7), p. 73 et suiv., notamment par. 37 et 38 et 58 à 61, et *International Law Report*, vol. 54, 1979, p. 35 et 36 et 44 et 45; voir Imbert, « La question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977 relative à la délimitation du plateau continental entre la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord », *AFDI*, vol. XXIV, 1978, p. 29, et A. E. Boyle, « The law of treaties and the Anglo-French continental shelf arbitration », *The International and Comparative Law Quarterly* (Londres), vol. 29, 1980, p. 498, et Giorgio Gaja, « Unruly treaty reservations », *Le droit international à l'heure de sa codification. — Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milan, Giuffrè, 1987, vol. I, p. 307.

<sup>18</sup> Décision du 12 octobre 1981, Commission européenne des droits de l'homme, *Décisions et rapports*, vol. 26, n° 9116/80, p. 217, par. 68. Voir Imbert, « Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme devant la Commission de Strasbourg (affaire *Temeltasch*) », *RGDIP*, 1983, vol. 87, n° 3, p. 580, et *International and Comparative Law Quarterly*, 1984, vol. 33 (3<sup>e</sup> partie), p. 558.

<sup>19</sup> Voir la position du Secrétaire général des Nations Unies en ce qui concerne le délai dans lequel les États ont la possibilité de faire des objections aux réserves :

*Calm has been introduced by the Vienna Convention on the law of treaties [...]. However, the Vienna Convention perhaps the most successful international effort at codification ever undertaken—has not frozen the law. Rather, the rules in the Convention structure its future development*<sup>20</sup>.

c) Enfin et surtout, sur certains points, la pratique des États, ou de certains d'entre eux, contredit les termes mêmes de la Convention de 1969. Sur ce point, voir, en particulier, « Unruly treaty reservations » de Giorgio Gaja<sup>21</sup>, document dans lequel l'auteur examine successivement, exemples à l'appui, les pratiques portant sur :

i) Les réserves postérieures à la ratification<sup>22</sup> (contraires aux dispositions des articles 2, par. 1 *d*, et 19 de la Convention);

ii) L'indifférence manifestée par les États à l'égard des dispositions de l'article 19 relatives aux réserves inadmissibles<sup>23</sup>, bien qu'il soit vrai que la rédaction de cette disposition est ambiguë;

iii) Le non-respect de la condition suspensive que constitue le délai d'un an prévu à l'article 20, par. 5, pour qu'un État puisse devenir partie<sup>24</sup>; et

iv) Les effets des objections aux réserves<sup>25</sup>; toutefois, ici encore, les dispositions de l'article 20, par. 4, paraissent particulièrement ambiguës.

17. Ces arguments ont un poids variable. Ils n'en conduisent pas moins à faire preuve de prudence et empêchent de conclure à la stabilisation définitive des règles applicables aux réserves même sur les points abordés par la Convention de 1969 et la même remarque vaudrait pour celle de 1978 et, a fortiori, pour l'article 20 de la Convention de 1986 sur laquelle la pratique semble à peu près inexistante.

b) *Les ambiguïtés des dispositions relatives aux réserves dans les Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986*

#### *Définition et portée des réserves*

18. Satisfaisante par ce qu'elle dit, la définition des réserves communes aux Conventions de 1969 (art. 2, par. 1 *d*), de 1978 (art. 2, par. 1 *j*) et de 1986 (art. 2, par. 1 *d*) comporte des omissions génératrices d'incertitudes souvent fort embarrassantes. Un premier point laissé dans l'ombre, mais plus irritant doctrinalement qu'important concrètement, concerne la possibilité de réserves aux traités bilatéraux. Le problème se pose cependant du fait de la modification apportée au titre de la section 2 de la deuxième partie de la Convention de 1969 par la Conférence de Vienne (« Réserves » au lieu de « Réserves aux traités multilatéraux »), de l'incertitude

« Le Secrétaire général ne se reconnaît par le pouvoir, sauf nouvelles directives de l'Assemblée générale, d'aligner sa pratique sur des règles de la Convention de Vienne qui iraient à l'encontre des directives en vigueur. »

(*Annuaire juridique des Nations Unies*, 1975, p. 212, et *ibid.*, 1981, p. 170.)

<sup>20</sup> Edwards, Jr., *loc. cit.* (voir *supra* note 11), p. 405.

<sup>21</sup> *Loc. cit.* (*supra* note 17), *passim*, p. 307 à 330.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 310 à 313.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 313 à 320.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 320 à 324.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 324 à 329.

des travaux préparatoires<sup>26</sup>, et de l'analyse de certains auteurs qui admettent que « les réserves peuvent jouer en théorie » pour les traités bilatéraux<sup>27</sup>.

19. Beaucoup plus préoccupante concrètement est, d'une part, la distinction entre les réserves et, d'autre part, les « déclarations interprétatives » auxquelles les États semblent recourir de plus en plus fréquemment et à propos desquelles les Conventions sont muettes<sup>28</sup>.

20. Il résulte d'une jurisprudence récente que tout nominalisme doit être écarté en la matière et qu'une « déclaration interprétative » doit être tenue pour une véritable réserve si elle répond à la définition qu'en donnent les conventions. Il faut se référer, à cet égard, à la décision arbitrale du 30 juin 1977 dans l'affaire de la *mer d'Iroise*<sup>29</sup> (paragraphe 55 de la décision); au rapport de la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Temeltasch*<sup>30</sup> (par. 73); à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Belilos* du 29 avril 1988<sup>31</sup>, ou à la décision du Comité des droits de l'homme des Nations Unies dans l'affaire *T. K. et M. K. c. France*<sup>32</sup>. Mais ces décisions témoignent aussi de l'extrême difficulté d'opérer la distinction entre des *qualified interpretative declarations* et des *mere interpretative declarations*<sup>33</sup>. En outre, les effets juridiques de ces dernières demeurent incertains.

#### La détermination de la validité des réserves

21. C'est probablement sur ce point que l'ambiguïté des dispositions des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 est le plus apparente. Elle tient à la fois à la rédaction indéterminée de l'article 19 et à l'imprécision, pour dire le moins, du mécanisme d'appréciation de la validité des réserves, que prévoient — ou ne prévoient pas — les conventions.

22. Comme l'a souligné Reuter,

[...] dans le silence du traité, les réserves interdites sont celles qui sont incompatibles avec l'objet et le but du traité. La Convention de Vienne se réfère ainsi une fois de plus à cette notion dont l'interprétation est sujette à certaines incertitudes, que l'avis de la Cour internationale de Justice de 1951, auquel elle est empruntée, n'éclaire pas<sup>34</sup>.

23. Ces incertitudes ne sont pas dissipées, bien au contraire, par l'article 20, par. 2, qui réintroduit le critère de l'objet et du but du traité à propos des traités multilatéraux et semble impliquer *a contrario* « qu'une réserve contraire à l'objet et au but peut être autorisée par l'acceptation de toutes les parties »<sup>35</sup>. En outre, la défini-

tion même de ces traités multilatéraux demeure extrêmement incertaine<sup>36</sup>.

24. Ces ambiguïtés présenteraient des inconvénients limités si, comme l'avaient proposé les différents rapporteurs spéciaux de la CDI, les conventions avaient précisé la façon dont doit être appréciée la compatibilité d'une réserve avec les règles qu'elle fixe. Ce n'est pas le cas<sup>37</sup>. Les conventions laissent à chaque État le soin d'apprécier, individuellement et en ce qui le concerne, la validité d'une réserve, qu'il en soit l'auteur ou qu'il s'agisse d'un autre État partie au traité. Au surplus, il résulte de l'article 20, par. 4, *b*, que, sauf dans les très rares cas où un État a fait une objection en précisant qu'il entendait ne pas être lié avec l'État réservataire, le traité entre en vigueur entre les deux États concernés. On peut difficilement contester que cette disposition, introduite par la Conférence de Vienne le 25 avril 1969, est en porte-à-faux par rapport au projet de la Commission et, par suite, par rapport au reste du texte issu de ce projet<sup>38</sup>.

25. Quoi qu'il en soit, les critères de validité des réserves posés à l'article 19 apparaissent, dans ces conditions comme *a mere doctrinal assertion*<sup>39</sup>. Il n'en va différemment que si une juridiction internationale est compétente pour apprécier la validité de la réserve. À cet égard, il faut se référer aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *Belilos*<sup>40</sup> (par. 50 à 60), et *Weber* du 22 mai 1990<sup>41</sup> et au rapport de la Commission européenne des droits de l'homme, en date du 4 mars 1991, dans l'affaire *Chrysostomos et al.*<sup>42</sup>.

#### Le régime des objections aux réserves

26. La philosophie générale du système retenu en 1969 et repris en 1986 en matière d'objections aux réserves est claire : il s'agit de ménager un maximum de souplesse; mais le régime adopté est loin d'être limpide et la pratique en a révélé les graves ambiguïtés.

27. La première ambiguïté concerne la portée substantielle des objections. La conséquence minimale d'une objection est que « les dispositions sur lesquelles porte la réserve ne s'appliquent pas entre les deux États dans la mesure prévue par la réserve »<sup>43</sup>. Mais la détermination de « la mesure prévue par la réserve » n'est pas toujours évidente et des problèmes difficiles se sont posés concrètement à cet égard (notamment à propos d'objections à

<sup>36</sup> Voir Imbert, *op. cit.* (*supra* note 4), p. 109 à 120 et, également, Jacques Dehaussy, « Le problème de la classification des traités et le projet de convention établi par la Commission du droit international des Nations Unies », *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Institut universitaire des hautes études internationales, 1968, p. 305.

<sup>37</sup> Voir Imbert, *op. cit.* (*supra* note 4), p. 93.

<sup>38</sup> Voir Zemanek, *loc. cit.* (*supra* note 12), p. 329 à 333.

<sup>39</sup> Voir notamment Ruda, *loc. cit.* (*supra* note 10). Voir également Edwards, Jr., *loc. cit.* (*supra* note 11), p. 390; Gaja, *loc. cit.* (*supra* note 17), p. 313 à 320; Imbert, *op. cit.* (*supra* note 4), p. 134 à 137; et Reuter, *op. cit.* (*supra* note 11), p. 74.

<sup>40</sup> Voir *supra* note 31.

<sup>41</sup> *Cour européenne des droits de l'homme. — Jugements et décisions, Série A*, vol. 177, par. 36 à 38.

<sup>42</sup> Commission européenne des droits de l'homme, *Décisions et Rapports*, mars 1991, *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 3, n° 3, 1991, p. 193.

<sup>43</sup> Paragraphe 3 de l'article 21 de la Convention de Vienne de 1969.

<sup>26</sup> Voir Edwards, Jr., *loc. cit.* (*supra* note 11), p. 402 à 405.

<sup>27</sup> Voir le quatrième rapport de Reuter (*supra* note 5) p. 38.

<sup>28</sup> Voir, notamment, D. M. McRae, « The legal effect of interpretative declarations », *BYBIL*, 1978, vol. XLIX, p. 155.

<sup>29</sup> Voir *supra* note 17.

<sup>30</sup> Voir *supra* note 18.

<sup>31</sup> *Cour européenne des droits de l'homme. — Jugements et décisions, Série A*, vol. 132, par. 40 à 49 (voir Gérard Cohen-Jonathan, « Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt *Belilos* du 29 avril 1988) », *RGDIP*, 1989, vol. 93, n° 2, p. 273).

<sup>32</sup> *CCPR/C/37/D/220/1987*, annexe.

<sup>33</sup> McRae, *loc. cit.* (voir *supra* note 28), p. 160.

<sup>34</sup> *Op. cit.* (voir *supra* note 11), p. 63.

<sup>35</sup> *Ibid.*



des réserves faites par un État à l'article 66 de la Convention de Vienne et de leurs effets sur l'applicabilité des articles 53 et 64 entre les États concernés<sup>44</sup>.

28. L'interprétation des Conventions de 1969 et de 1986 est tout aussi difficile en ce qui concerne la possibilité et la portée des objections faites à une réserve qui n'est ni interdite par le traité, ni contraire à son objet et à son but. Les réponses de la pratique sont incertaines et celles de la doctrine contrastées<sup>45</sup>.

29. En règle générale, cependant, les États justifient leurs objections par le caractère inadmissible des réserves auxquelles ils s'opposent. Ici encore, cependant, la pratique est mal stabilisée et les opinions divergent. Selon certains, la réserve illicite nullifie la ratification, l'État n'est donc pas partie au traité et l'objection a un caractère purement déclaratoire<sup>46</sup>. La doctrine dominante est cependant en sens contraire et considère que le paragraphe 3 de l'article 21 de la Convention de Vienne n'opère aucune distinction entre les réserves admissibles et celles qui ne le sont pas si bien que, non sans quelque paradoxe, « une objection simple [...] n'a qu'une valeur comparable à celle d'une déclaration interprétative »<sup>47</sup>. Telle semble avoir également été l'opinion du Tribunal arbitral dans l'affaire de la délimitation du plateau continental de la mer d'Iroise<sup>48</sup> (paragraphe 61 de la sentence).

c) *Les lacunes des dispositions relatives aux réserves dans les Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986*

*Les effets des réserves sur l'entrée en vigueur d'un traité*

30. Cette question importante et très discutée est à l'origine de grandes difficultés pour le dépositaire et ne fait l'objet d'aucune réponse dans les conventions pertinentes. La pratique suivie en la matière par le Secrétaire général en tant que dépositaire, infléchie en 1975<sup>49</sup>, a fait l'objet d'assez vives critiques doctrinales<sup>50</sup>.

31. Par ailleurs, par un avis rendu en 1982, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a estimé qu'un

<sup>44</sup> Voir Charles de Visscher, « Une réserve de la République arabe de Syrie à la Convention de Vienne (1969) sur les traités », *Revue belge de droit international*, 1972, vol. VIII, p. 416; voir également Edwards, Jr., *loc. cit.* (*supra* note 11), p. 325, et Imbert, *op. cit.* (*supra* note 4), p. 265 à 267.

<sup>45</sup> Comparer, par exemple, Bowett, *loc. cit.* (voir *supra* note 11), p. 86 et 87 et Zemanek, *loc. cit.* (*supra* note 12), p. 333 à 336.

<sup>46</sup> Voir Bowett, *loc. cit.* (*supra* note 11), p. 83 et 84.

<sup>47</sup> Reuter, *op. cit.* (voir *supra* note 11), p. 75; dans le même sens, voir Gaja, *loc. cit.* (*supra* note 17), p. 327; Koh, *loc. cit.* (*ibid.*), p. 102 et 103; Nisot, *loc. cit.* (*ibid.*), p. 203; Ruda, *loc. cit.* (*supra* note 10), p. 199 et 200; Sinclair, *op. cit.* (*supra* note 11), p. 76 et 77; et Zemanek, *loc. cit.* (*supra* note 12), p. 76 et 77.

<sup>48</sup> Voir *supra* note 17.

<sup>49</sup> Voir *Répertoire de la pratique suivie par les organes des Nations Unies, Supplément n° 5*, vol. V, couvrant la période allant du 1<sup>er</sup> février 1970 au 31 décembre 1978, art. 102.

<sup>50</sup> Voir Imbert, *op. cit.* (*supra* note 4), p. 277 à 282, et « À l'occasion de l'entrée en vigueur de la Convention de Vienne sur le droit des traités. — Réflexions sur la pratique suivie par le Secrétaire général des Nations Unies dans l'exercice de ses fonctions de dépositaire », AFDI, 1980, vol. XXVI, p. 524; voir aussi Henry H. Han, « The U.N. Secretary General's treaty depositary function: Legal implications », *Brooklyn Journal of International Law*, 1988, vol. 14, n° 3, p. 562.

traité entré en vigueur à l'égard d'un État à la date du dépôt de l'instrument de ratification ou d'adhésion, que cet État ait ou non formulé une réserve<sup>51</sup>. Cette position a été approuvée par une partie de la doctrine<sup>52</sup>, mais d'autres auteurs ont mis en doute sa compatibilité avec l'article 20, par. 4 et 5, de la Convention de Vienne<sup>53</sup>. On peut en outre se demander si la solution retenue par la Cour ne tient pas davantage à la nature particulière de la Convention interaméricaine qu'à des considérations générales (voir *infra* par. 58 à 63).

*Les problèmes tenant à l'objet particulier de certains traités*

32. Par leur nature générale, les grandes conventions de codification laissent dans l'ombre, légitimement, les problèmes particuliers découlant de l'objet et de la nature spécifiques de certaines catégories de traités. Ces problèmes ne s'en posent pas moins avec une grande fréquence dans certains domaines, en particulier en ce qui concerne, d'une part, les actes constitutifs d'organisations internationales et, d'autre part, les traités relatifs aux droits de l'homme et, plus généralement, créant directement des droits dans le chef des particuliers.

i) *Les réserves aux actes constitutifs d'organisations internationales*

33. Les Conventions de 1969 et 1986 ne sont pas entièrement muettes sur ce point, mais l'article 20, par. 3, est très loin de résoudre tous les problèmes qui peuvent se poser à cet égard et qui se posent effectivement :

a) La notion même d'acte constitutif n'est pas univoque et on peut se demander si la règle posée à l'article 20, par. 3, s'applique aux dispositions normatives qu'ils peuvent comporter;

b) Cette règle s'étend-elle aux déclarations interprétatives et, si oui, qui détermine la nature exacte de celles-ci (voir *supra* par. 18 à 20) ?

c) Quel est l'organe compétent pour accepter une telle réserve ?

d) Quelle est la portée exacte de cette acceptation ? En particulier, les autres États membres sont-ils liés par elle et empêchés de ce fait de faire objection à la réserve<sup>54</sup> ?

ii) *Les réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme*

34. Malgré son extrême souplesse, le régime général des réserves est imprégné de l'idée de réciprocité<sup>55</sup>, qui

<sup>51</sup> Avis consultatif OC-2/82 du 24 septembre 1982, *Inter-American Court of Human Rights Judgments and Opinions*, Série A, n° 2; voir aussi *International Law Reports*, 1984, vol. 67, p. 559, et ILM, 1983, vol. 22, n° 1, p. 37.

<sup>52</sup> Voir Rosenne, *Developments in the Law of Treaties, 1945-1986*, Cambridge University Press, 1989, p. 435 et 436.

<sup>53</sup> Voir, notamment, Edwards, Jr., *loc. cit.* (*supra* note 11), p. 401, ou Gaja, *loc. cit.* (*supra* note 17), p. 321 et 322.

<sup>54</sup> Sur tous ces points, voir notamment : Imbert, *op. cit.* (*supra* note 4), p. 120 à 134, et Maurice H. Mendelson, « Reservations to the constitutions of international organisations », BYBIL, vol. XLV, 1971, p. 137.

<sup>55</sup> Voir *Certains emprunts norvégiens, arrêt, C.I.J. Recueil 1957*, p. 9.

n'est guère transposable en matière de droits de l'homme non plus d'ailleurs que dans d'autres domaines<sup>56</sup>. Ayant vocation à s'appliquer sans discrimination à tous les êtres humains, les traités conclus dans ce domaine ne se prêtent pas au jeu des réserves et des objections et, en particulier, l'État objectant ne saurait être délié de ses obligations conventionnelles à l'égard des ressortissants de l'État réservataire.

35. Plus fréquemment que les autres, les traités conclus en matière de droits de l'homme comportent des mécanismes de contrôle et la question se pose de la compétence de ces instances pour apprécier la validité des réserves. La Commission européenne des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme se sont reconnues cette compétence du fait, précisément, de la création d'« obligations objectives » par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>57</sup>.

36. Un troisième problème en découle : quel est l'effet d'une réserve déclarée non valide sur la participation de l'État réservataire au traité ? Dans l'affaire *Belilos*, la Cour européenne a considéré que l'État réservataire n'en demeurerait pas moins, « à n'en pas douter » partie à la Convention (par. 60)<sup>58</sup>.

37. La spécificité des problèmes posés par les réserves aux traités de droits de l'homme et en matière humanitaire transparait d'ailleurs dans les dispositions conventionnelles, qui ont souvent fait l'objet de commentaires doctrinaux.

38. Il existe une littérature fort abondante sur ce sujet<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> Voir Imbert, *op. cit.* (supra note 4), p. 250 à 260.

<sup>57</sup> Voir le rapport de la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Temeltasch* (supra note 18), par. 63 à 65 et, moins nettement, les arrêts de la Cour dans les affaires *Belilos* (supra note 31), par. 50, et *Weber* (supra note 41), par. 37.

<sup>58</sup> Voir également le rapport de la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Chrysostomos* (supra note 42).

<sup>59</sup> Voir, notamment : Angela Bonifazi, « La disciplina delle riserve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo », dans *Les clauses facultatives de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bari, Levante, 1974, p. 301; Iain Cameron et Frank Horn, « Reservations to the European Convention on Human Rights: The *Belilos* case », *German Yearbook of International Law* (Berlin), 1990, vol. 33, p. 69; Antonio Cassese, « A new reservations clause (article 20 of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination) », *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Institut universitaire des hautes études internationales, 1968, p. 266 (voir aussi Cassese, « Una nuova clausola sulle riserve », *Rivista di diritto internazionale*, 1967, vol. L, p. 584; et « Su alcune « riserve » alla convenzione sui diritti politici della donna », *ibid.*, 1968, vol. LI, p. 294; Cohen-Jonathan, *loc. cit.* (supra note 31); Alberto Colella, « Les réserves à la Convention de Genève (28 juillet 1951) et au Protocole de New York (31 janvier 1967) sur le statut des réfugiés », *AFDI*, 1989, vol. XXXV, p. 446; Rebecca J. Cook, « Reservations to the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women », *Virginia Journal of International Law*, 1990, vol. 30, n° 3, p. 643; J. A. Frowein, « Reservations to the European Convention on Human Rights », *Protection des droits de l'homme. — La dimension européenne, Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, p. 193; Imbert, « La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme », *Actes du cinquième colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, Francfort, 9-12 avril 1980*, Paris, Pedone, 1982, p. 97; et « Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme devant la Commission

*Les réserves, les traités de codification et les règles coutumières*

39. Curieusement, les Conventions de 1969 et 1986 n'évoquent pas la question des réserves aux conventions ou, plus exactement, aux clauses de codification.

40. Des thèses opposées peuvent être soutenues à cet égard. Il est certain qu'une réserve ne saurait avoir d'effets à l'égard d'États tiers au traité de codification à l'égard desquels l'État réservataire demeure lié par la règle coutumière. On peut estimer qu'il en va de même à fortiori en ce qui concerne les États signataires du traité et c'est généralement en ce sens qu'a été interprété l'arrêt de la CIJ du 20 février 1969 dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*<sup>60</sup>. On a cependant fait valoir qu'une telle règle — qui s'ajouterait aux critères de non-validité des réserves de l'article 19 — était « discutable en ce qui concerne l'intention des parties à la Convention »<sup>61</sup> et introduisait une confusion fâcheuse entre *jus cogens* et *jus dispositivum*<sup>62</sup>.

*Les problèmes résultant de quelques techniques conventionnelles particulières*

41. Contraints de rester à un niveau relativement grand de généralité, les rédacteurs de la Convention de Vienne n'ont pu tenir compte de certaines techniques conventionnelles particulières dont certaines ont d'ailleurs pris leur essor après 1969. On n'en donnera que deux exemples.

#### i) Réserves et protocoles additionnels

42. Lorsqu'un protocole additionnel vient compléter une convention initiale, il peut se produire soit que l'un de ces instruments contienne une clause de réserves et l'autre pas, soit qu'ils comportent l'un et l'autre de telles clauses mais qu'elles soient incompatibles. Cette situation est relativement rare, mais se produit<sup>63</sup>. En outre, à l'occasion de la ratification du protocole (ou de l'acceptation d'une clause facultative), un État peut être tenté d'introduire une réserve tardive au traité de base<sup>64</sup>.

de Strasbourg (affaire *Temeltasch*) » (voir supra note 18); S. Marcus-Helmon, « L'article 64 de la Convention de Rome ou les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue de droit international et de droit comparé*, 1968, vol. XLV, p. 9; Claude Pilloud, « Les réserves aux Conventions de Genève de 1949 », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 1957, n° 464, p. 409; *ibid.*, 1965, n° 559, p. 315, 1976, n° 685, p. 195 et n° 687, p. 131; Isidoro Ruiz Moreno, « Reservations to treaties relating to human rights », *ILA, Report of the Fifty-fourth Conference, The Hague, 23-29 August 1970*, p. 642 (débat p. 596 à 625; résolution p. XIV).

<sup>60</sup> Arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3 et suiv., notamment p. 38 et 39, par. 63.

<sup>61</sup> Reuter, *op. cit.* (voir supra note 11), p. 82.

<sup>62</sup> Sur ce difficile problème, voir surtout Gérard Teboul, « Remarques sur les réserves aux conventions de codification », *RGDIP*, 1982, vol. 86, n° 4, p. 679.

<sup>63</sup> Cf. la Convention sur les réfugiés de 1951 (art. 42, par. 1) et le Protocole de 1967 (art. VII) ou la Convention unique sur les stupéfiants de 1961 et le Protocole de 1972 qui posent des problèmes extrêmement délicats [voir Imbert, *op. cit.* (supra note 4), p. 213 et 214 ou Colella, *loc. cit.* (supra note 59), p. 451 et 452].

<sup>64</sup> Cf. Cohen-Jonathan, *loc. cit.* (voir supra note 31), p. 311 à 313; Cohen-Jonathan et Jean-Paul Jacque, « Activités de la Commission européenne des droits de l'homme », *AFDI*, 1991, vol. XXXVII, p. 562; ou Claudio Zanghi, « La déclaration de la Turquie relative à l'art. 25 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RGDIP*, 1989, vol. 93, n° 1, p. 69.

## ii) Les réserves et la technique de la bilatéralisation

43. Grâce à ce procédé, très fréquent dans les conventions de droit international privé, les États parties peuvent choisir leurs partenaires et même établir entre eux des régimes dérogoires. Timidement utilisée auparavant (voir GATT, art. XXXV, par. 1), cette technique a surtout pris son essor à partir des années 70. Il convient de comparer les articles 21 et 23 de la Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers ou l'article 34 de la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises. Ce procédé « à la carte » apparaît comme un « concurrent » de la technique des réserves mais pose aussi des problèmes particuliers en ce qui concerne les réserves *stricto sensu* pouvant être apportées à ces conventions<sup>65</sup>.

*Les problèmes non résolus par la Convention de 1978 sur la succession d'États en matière de traités*

44. L'article 20 de la Convention de 1978 est loin d'aborder et, *a fortiori*, de résoudre l'ensemble des problèmes pouvant surgir en matière de réserves en cas de succession d'États.

45. Il convient de remarquer, en premier lieu, qu'il figure dans la partie III de la Convention relative aux « États nouvellement indépendants »; il s'applique donc en cas de décolonisation ou de dissolution d'États, mais laisse entière la question des règles applicables en cas de succession d'État concernant une partie de territoire, d'unification d'État ou de séparation d'État. Il est vrai que, dans le premier cas, « les traités de l'État prédécesseur cessent d'être en vigueur à l'égard du territoire auquel se rapporte la succession d'États » (art. 15 *a*) et que l'extension des traités de l'État successeur au territoire (art. 15 *b*) semble devoir entraîner l'extension automatique des réserves que celui-ci a pu formuler. Des problèmes n'en subsistent pas moins s'agissant des « États nouvellement indépendants formés de deux ou plusieurs territoires »; sans doute, dans cette hypothèse, les articles 16 à 29 (donc l'article 20) s'appliquent-ils en principe en vertu de l'article 30, par. 1; mais que se passe-t-il si le nouvel État omet de dénoncer l'une ou l'autre des réserves incompatibles au moment de la notification de succession? Le même problème se pose en cas d'unification d'États à propos de laquelle la Convention ne comporte aucune disposition applicable en matière de réserves.

46. En deuxième lieu, si le paragraphe 1 de l'article 20 prévoit la possibilité pour le nouvel État de formuler de nouvelles réserves et s'il résulte du paragraphe 3 que les États tiers peuvent formuler des objections à cette occasion, cette disposition est muette sur le point de savoir si ceux-ci peuvent objecter au maintien d'une réserve ce qui, cependant, peut paraître logique si l'on admet que, en maintenant une réserve ancienne, l'État nouveau

exerce un droit propre et n'agit pas en tant qu'« ayant droit » de l'État prédécesseur<sup>66</sup>.

47. Enfin, et ceci constitue une lacune grave, l'article 20 ne fait pas la moindre allusion à la succession en matière d'objections aux réserves, alors que les propositions initiales de sir Humphrey Waldock abordaient ce point et sans que les motifs de cet abandon apparaissent clairement<sup>67</sup>.

## 3. CONCLUSIONS

48. Les débats de la Sixième Commission lors des quarante-sixième et quarante-septième sessions de l'Assemblée générale permettent de dégager les critères qui, aux yeux des États Membres, devraient guider la Commission dans l'établissement de son futur programme de travail. Quatre critères peuvent être dégagés, à savoir que le ou les sujets retenus devraient :

- a) Répondre à un besoin de la communauté internationale;
- b) Avoir des chances raisonnables d'aboutir;
- c) Dans un délai limité de quelques années; et
- d) Relever des compétences de la Commission et de ses membres<sup>68</sup>.

*a) Répondre à un besoin de la communauté internationale*

49. Il serait évidemment présomptueux pour la Commission d'affirmer que le sujet abordé par la présente note répond à un besoin de la société internationale sans recueillir l'avis de la Sixième Commission, encore qu'il ne soit pas indifférent que l'initiative de le suggérer ait été prise non par la CDI mais, précisément, par des représentants des États Membres à la Sixième Commission (voir *supra* par. 1 et 2). Toutefois, l'énumération des ambiguïtés et des lacunes des textes de codification existants (voir *supra* par. 18 à 47) ne laisse guère de doute sur le caractère incomplet des règles formulées à ce jour; davantage même : leur adoption a suscité de nouveaux problèmes (voir *supra* par. 14 à 17).

50. Sans doute, comme l'a souligné la doctrine<sup>69</sup>, les États n'abusent-ils pas du droit qui leur est largement reconnu de faire des réserves, si bien que les incidents, assez nombreux, qui ont pu survenir en la matière, n'ont que rarement dégénéré en véritables différends. Il n'en reste pas moins que l'incertitude du régime juridique des réserves demeure très grande et que l'on peut penser que des difficultés risquent de surgir avec une intensité croissante dans un avenir proche, notamment en ce qui concerne les règles applicables en cas de succession d'États,

<sup>66</sup> Marco G. Marcoff, *Accession à l'indépendance et succession d'États aux traités internationaux*, Éditions universitaires, Fribourg, 1969, p. 345 et 346.

<sup>67</sup> Voir Imbert, *op. cit.* (*supra* note 4), p. 318 à 322.

<sup>68</sup> Voir les Résumés thématiques, établis par le Secrétariat, des débats tenus à la Sixième Commission sur les rapports de la CDI durant les quarante-sixième et quarante-septième sessions de l'Assemblée générale (A/CN.4/L.469, par. 398 à 402 et A/CN.4/446, par. 302 et 303).

<sup>69</sup> Voir, notamment, Colella, *loc. cit.* (*supra* note 59), p. 475, et Imbert, *op. cit.* (*supra* note 4), p. 324 à 339.

<sup>65</sup> Sur cette question, voir Imbert, *op. cit.* (*supra* note 4), p. 199 à 201, et, surtout, Ferenc Majoros, « Le régime de réciprocité de la Convention de Vienne et les réserves dans les Conventions de La Haye », *Journal du droit international*, 1974, n° 1, p. 73.

qui sont particulièrement lacunaires (voir *supra* par. 44 à 47).

b) *Avoir des chances d'aboutir*

51. Un exercice de codification, quel qu'il soit (voir *infra* par. 67 à 69), aurait, semble-t-il, des chances plus que raisonnables d'aboutir.

52. Certes, un sujet, aussi technique soit-il en apparence, n'est jamais politiquement neutre; et l'on ne saurait se dissimuler que les règles de codification partielle adoptées dans ce domaine jusqu'à présent ont été inspirées par des considérations éminemment politiques.

53. Bien que le contexte politique international ait changé assez profondément depuis les années 60, il n'est d'ailleurs probablement ni utile ni souhaitable de remettre en cause les principes posés alors (voir *infra* par. 58 à 63). Mais on peut penser que le nouveau climat international permettra de les approfondir et de les préciser dans un contexte plus serein et propice à une œuvre de codification et de développement progressif.

c) *Dans un délai limité de quelques années*

54. Pour les mêmes raisons, une telle œuvre devrait aboutir dans un délai limité.

55. Il ne paraît pas irréaliste de penser que la Commission serait en mesure d'adopter un premier projet d'articles ou de « guide » (voir *infra* par. 67 à 69) dans un délai de trois ou quatre ans après l'inscription du sujet à son ordre du jour et la désignation d'un rapporteur spécial :

a) La première année, le rapporteur spécial pourrait préparer un rapport préliminaire recensant les problèmes qui subsistent d'une manière plus complète que ne le fait la présente livraison et exposant ses vues générales sur la question, en même temps que le Secrétariat pourrait être chargé de mettre à jour les informations contenues dans le rapport de la Commission sur les travaux de la première partie de sa dix-septième session<sup>70</sup>;

b) Les deuxième et troisième années pourraient être consacrées à la présentation par le rapporteur spécial d'un ou de deux projets de texte de codification et de développement progressif et à sa discussion par la Commission;

c) Si la Commission décide de renvoyer le texte au Comité de rédaction, celui-ci pourrait le revoir éventuellement dès la fin de sa session correspondant à la deuxième année et, en tout cas, durant la troisième, quitte à ne proposer une rédaction finale que durant la quatrième année; et

d) La Commission pourrait discuter et adopter le projet en première lecture durant cette même quatrième année et le transmettre à l'Assemblée générale.

d) *Compétence de la Commission*

56. Il paraît enfin peu douteux que le sujet en examen relève, par excellence, des compétences de la Commission et de ses membres.

57. La codification du droit des traités constitue probablement l'œuvre la plus accomplie de la Commission. Les lacunes initiales (traités des organisations internationales, clause de la nation la plus favorisée, succession d'États en matière de traités) ont été largement comblées ou sont en voie de l'être grâce à la codification des règles applicables à la responsabilité des États (voir l'article 73 de la Convention de 1969 et l'article 39 de celle de 1978). En entreprenant de compléter la codification et le développement progressif des règles applicables aux réserves, la Commission parachèverait une œuvre dont elle s'est acquittée avec bonheur. [Il lui resterait cependant à aborder la question des effets de l'ouverture d'hostilités entre États (*ibid.*.)]

58. Pour parcellaires et lacunaires qu'elles soient, des règles codifiées n'en existent pas moins en la matière. Si elle décide, comme cela paraît souhaitable, de procéder à une étude approfondie du problème des réserves, la Commission doit tenir compte de cette situation qui, au demeurant, n'est pas entièrement inédite : qu'il s'agisse de la succession d'États dans les domaines autres que les traités, de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international ou des traités conclus entre États et organisations internationales, la Commission a abordé des sujets loin d'être « vierges de codification ».

59. La présente hypothèse est cependant un peu particulière dans la mesure où certaines dispositions existent d'ores et déjà sur le thème même qu'il s'agit de codifier.

60. Dans la mesure où l'on entend d'abord en combler les lacunes, aucun problème de fond ne se pose : il s'agit d'ajouter aux textes existants, non de les modifier. Encore faut-il réfléchir aux modalités de ces ajouts qui pourraient revêtir la forme soit de protocoles additionnels aux conventions déjà adoptées, soit d'un texte de synthèse reprenant les dispositions pertinentes et y ajoutant les règles nouvelles.

61. Les ambiguïtés des règles déjà codifiées, qui sont nombreuses et, pour certaines, graves, posent des problèmes plus délicats dans la mesure où il pourrait se révéler difficile de clarifier ces dispositions sans en modifier la rédaction. Néanmoins, les mêmes techniques que celles suggérées en matière de lacunes pourraient trouver application.

62. Ceci est également vrai si l'on entendait modifier les dispositions existantes. Mais, sur ce dernier point, une décision ne peut intervenir sur le seul fondement de considérations purement techniques. Certes, à l'usage, les règles adoptées en 1969, 1978 et 1986 ont révélé certains défauts et il serait probablement aventureux d'affirmer qu'elles se sont toutes consolidées en règles coutumières indiscutables. Mais, d'un autre côté, leur adoption traduit un équilibre entre des positions (politiques) en partie contradictoires; sans doute peut-on soutenir que, depuis 1969, le monde a changé et que le pro-

<sup>70</sup> *Annuaire... 1965*, vol. II, p. 167 et suiv., doc. A/6009, notamment chap. II.

blème des réserves est moins « brûlant » qu'il ne l'était alors; il n'en reste pas moins que la remise en cause de ce compromis pourrait, inutilement, réveiller de vieilles querelles. L'auteur de la présente livraison hésiterait beaucoup à se rallier à une telle stratégie qui lui paraît d'autant plus « gratuite » que, quels que soient leurs (légers) défauts, les règles codifiées en la matière donnent, lorsqu'elles existent, largement satisfaction et répondent à un objectif de souplesse auquel, pour autant que l'on en puisse juger, l'ensemble des États se sont ralliés.

63. Sous réserve des réactions qui pourraient se manifester lors des débats à la Sixième Commission, il paraît donc souhaitable que, si la Commission décide d'inscrire le thème des réserves à son programme de travail, elle limite sa tâche à combler les lacunes et à lever les ambiguïtés des règles existantes mais sans modifier celles-ci et, en tout cas, sans remettre en cause les principes dont elles s'inspirent.

64. Le Groupe de travail et le Groupe de planification ont intitulé le sujet en examen « Le droit et la pratique des réserves aux traités ». Ce titre paraît passablement académique et préjuge la forme du résultat des travaux de la Commission sur ce thème, qui serait nécessairement une « étude » ou un « rapport » car, si « le droit » se prête à codification, tel n'est pas le cas de « la pratique » qui peut révéler l'existence de règles coutumières ou inspirer le développement progressif du droit, mais ne constitue pas, par elle-même, un objet de codification.

65. Pour d'autres raisons, la proposition faite à la Sixième Commission d'étudier « les effets juridiques des réserves et des objections aux réserves formulées à l'égard des conventions multilatérales » n'est pas entièrement satisfaisante. D'une part, si les effets des réserves et des objections constituent en effet l'une des grandes inconnues du régime des réserves, il existe en ce domaine d'autres lacunes et d'autres ambiguïtés et il serait regrettable de ne pas saisir cette occasion pour tenter d'y remédier. D'autre part, et plus accessoirement, le mot « conventions » contraste avec la terminologie habituelle de la Commission; en outre, la question — il est vrai secondaire — se pose de savoir si des réserves aux traités bilatéraux sont envisageables.

66. Il paraît donc raisonnable de retenir un titre aussi neutre et compréhensif que possible, au moins à titre provisoire, quitte à le préciser par la suite s'il apparaît opportun de limiter le champ de l'étude. Ce pourrait être : « Les réserves aux traités ».

67. Comme cela est indiqué plus haut (voir par. 58 à 63), le résultat de cette entreprise pourrait être l'adoption soit de projets de protocoles aux conventions existantes, soit d'un projet d'articles de synthèse faisant un amalgame entre les dispositions éparses dans ces conventions, d'une part, et des règles codifiées nouvelles destinées à les compléter et à les préciser, d'autre part; il appartiendrait ensuite à l'Assemblée générale de préciser le sort de ce projet. Un argument assez fort plaide en faveur de l'une ou l'autre de ces solutions : il consiste, précisément, dans l'existence même de ces règles conven-

tionnelles et il pourrait sembler légitime de persister dans la même voie et de consolider le régime conventionnel des réserves.

68. Toutefois, que l'on voit cet exercice comme une codification ou comme le développement progressif du droit international — il relève, à vrai dire, probablement à la fois de l'une et de l'autre —, aucune disposition de son statut<sup>71</sup> n'oblige la Commission à donner au résultat de ses travaux la forme d'un projet d'articles. Il pourrait aussi bien se traduire par une étude détaillée, voire même comme un commentaire des dispositions existantes et apparaître ainsi comme une sorte de « guide de la pratique des États et des organisations internationales » revêtu de la force qui pourrait s'attacher à un document formellement adopté par la Commission. Cette méthode, qui éviterait, si l'on peut dire, de « zigzaguer » entre les dispositions existantes et permettrait de surmonter « en douceur » les problèmes relevés plus haut (ibid.), présenterait également des avantages certains.

69. Quoi qu'il en soit, et contrairement à ce qui est parfois nécessaire, il ne paraît pas indispensable de trancher définitivement ce point à ce stade; il paraît suffisant que la Commission se prononce au vu de l'exposé plus exhaustif des problèmes qui pourrait faire l'objet d'un premier rapport du rapporteur spécial (voir *supra* par. 54 et 55) et des débats à la Sixième Commission.

70. En résumé, l'auteur de cette livraison est d'avis que :

a) Le sujet « Les réserves aux traités » se prête particulièrement bien à une étude par la Commission et répond en tous points aux critères dégagés au cours des débats à la Sixième Commission en vue de l'inscription d'un thème à son programme de travail futur;

b) Il n'est pas utile de déterminer à ce stade la forme que pourrait revêtir cette étude, projets de protocole aux conventions existantes, projet de convention « de synthèse », ou guide raisonné pouvant servir de référence en matière de réserves pour les États et les organisations internationales;

c) Quelle que soit cette forme, il conviendrait de ne pas remettre en cause les règles codifiées dans les Conventions de 1969, 1978 et 1986, qu'il s'agit de consolider et de préciser et non de modifier.

71. Une étude — encore très rudimentaire — de la question des réserves confirme donc pleinement l'intuition du Groupe de travail qui, dans son rapport au Groupe de planification, avait précisé que ce thème « se prêtait à être inscrit rapidement à l'ordre du jour de la Commission ». L'auteur de cette livraison réserve en revanche sa position sur la seconde proposition avancée par le Groupe de travail, selon lequel ce sujet peut « faire l'objet d'un instrument de codification », si l'on entend par cette expression un projet d'articles conçu d'emblée comme le prélude à une nouvelle convention.

<sup>71</sup> Le statut est, sur ce point comme sur beaucoup d'autres, passablement obscur et contradictoire.

## Application extraterritoriale de la législation nationale, par M. Pemmaraju Sreenivasa Rao

1. Les États peuvent être amenés à revendiquer une application extraterritoriale de leur législation dans différents contextes, par exemple :

a) Pour exercer leur juridiction sur leurs ressortissants où qu'ils se trouvent<sup>1</sup>;

b) Pour se prémunir contre la trahison, le terrorisme, le trafic de stupéfiants et d'autres atteintes à leur pouvoir et leur sécurité<sup>2</sup>;

c) Pour protéger et réglementer des activités dont dépendent leur richesse ou touchant leurs ressources et d'autres intérêts économiques<sup>3</sup>; et

d) Pour garantir les droits de la personne humaine<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Les pays de droit romain exercent leur juridiction sur leurs ressortissants même pour les infractions commises à l'étranger (voir *Public Prosecutor c. Antoni*, *International Law Reports*, vol. 32, 1966, p. 140; pour une indication des dispositions législatives de certains pays comme la France et l'Allemagne, voir Louis Henkin *et al.*, *International Law: Cases and Materials*, St. Paul (Minn.), West Publishing Co., 1980, p. 445.

Pour les pays de « common law » : a) section 4 du Code pénal indien : voir *Pheroze Jehangir c. Roshanlal*, dans *Bombay Law Reports*, vol. 66, 1964, p. 225; *Central Bank of India Ltd. c. Ram Narain*, dans *International Law Reports*, 1954, p. 92; b) le droit du Royaume-Uni autorise également une telle juridiction dans certains cas, comme la trahison, l'homicide, la bigamie, le faux témoignage et les violations de l'Official Secrets Act.

Les États-Unis d'Amérique exercent une juridiction extraterritoriale dans un grand nombre de cas très divers : trahison, fraude fiscale, tentatives de pressions abusives sur un gouvernement étranger, violation de la législation des États-Unis sur les pratiques commerciales restrictives, défaut de comparution d'un témoin cité à déposer en justice (*Blackmer c. United States*, *United States Reports*, vol. 284, p. 421); pour des infractions commises en haute mer (*Skiriotos c. Florida*, *ibid.*, vol. 313, p. 69; *United States c. Bowman*, *ibid.*, vol. 260, p. 94; et *Steele c. Bulova Watch Co.*, *ibid.*, vol. 343, p. 962, et autres affaires), voir Henkin, *op. cit.*, p. 445 à 447; voir également Georges René Delaume, « Jurisdiction over crimes committed abroad: French and American Law », *George Washington Law Review*, vol. 21, 1952, p. 173.

<sup>2</sup> Pour une brève discussion de cet aspect, voir Geoff Gilbert, « Aspects of Extradition Law », *International Studies in Human Rights*, vol. 17, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p. 43 à 45. Voir également Joyce c. *Director, The Law Reports, House of Lords, Judicial Committee of the Privy Council and Peerage Cases*, 1946, p. 347. Voir aussi Lotika Sarkar, « The proper law of crime in international law », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 11, 1962, p. 446.

<sup>3</sup> Voir D. W. Bowett, « Jurisdiction: Changing patterns of authority over activities and resources », *BYBIL*, vol. LIII, 1982, p. 1.

<sup>4</sup> Le principe de la personnalité passive autorisait l'État à exercer sa juridiction pour des infractions commises contre ses nationaux; à titre d'exemple, voir l'affaire du « *Lotus* » (décision du 7 septembre 1927, arrêt n° 9, C.P.J.I. Série A n° 10) dans laquelle la Turquie a exercé sa juridiction sur le capitaine français; l'affaire Cutting de 1886, dans laquelle le Mexique a exercé sa juridiction sur un ressortissant des États-Unis (J. Dumas, « La responsabilité des États à raison des crimes et délits commis sur leur territoire au préjudice d'étrangers », *Recueil des cours... 1931-II*, Paris, Sirey, 1932, t. 36, p. 189 et 190). La France et les États-Unis ont depuis lors adopté une législation en vertu de laquelle ils exercent désormais également leur juridiction dans des cas analogues (pour la France, voir Code de procédure pénale, 1975, art. 689, sect. 1). Pour la pratique des États-Unis, voir les développements sur l'affaire de Fawaz Yunis, ressortissant libanais, dans Andreas F. Lowenfeld, « U.S. law enforcement abroad: The Constitution and international law », *AJIL*, vol. 83, n° 4, 1989, p. 880.

2. L'exercice d'une juridiction extraterritoriale est jugé inévitable et même souhaitable en raison de :

a) L'interdépendance de la communauté internationale qui nécessite l'extension de la compétence législative de l'État au-delà de ses frontières pour réglementer des activités transnationales qui ont un effet profond sur lui ou dont il a lieu de se préoccuper<sup>5</sup>;

b) La nécessité d'éviter que des criminels ne trouvent refuge à l'étranger<sup>6</sup>;

c) La nécessité de réglementer et de contrôler les activités d'entités qui ont essaimé dans différentes parties du monde en y établissant des filiales, formant ainsi un réseau s'étalant sur plusieurs juridictions sans qu'aucune d'elles n'en ait véritablement le contrôle<sup>7</sup>;

d) Des impératifs de la coopération internationale en vue de donner pleinement effet à des obligations bilatérales ou multilatérales<sup>8</sup>.

3. L'opinion des auteurs sur le point de savoir si l'exercice d'une juridiction extraterritoriale est acceptable ou raisonnable dépend de deux éléments :

<sup>5</sup> Déjà en 1935, il était reconnu dans « Jurisdiction with respect to crime », *AJIL*, vol. 29, *Supplement*, n° 3, Part II, 1935, p. 435, qu'en raison des facilités accrues de communication et de transport les possibilités de commettre des infractions dont les éléments constitutifs étaient localisés dans plus d'un État s'étaient rapidement développées; et, compte tenu de cet état de choses, il était suggéré de scinder le principe territorial en un principe subjectif et un principe objectif.

<sup>6</sup> Voir l'affaire portée récemment devant le Privy Council du Royaume-Uni *Liangsirprasert c. United States*, *The Law Reports 1991, Appeal Cases*, p. 225.

<sup>7</sup> Les ouvrages sur les problèmes posés par les sociétés ou entreprises multinationales sont légion. Voir *Sociétés transnationales. — Bibliographie sélective*, (ST/LIB/SER.B/17) [publications des Nations Unies, numéro de vente : E/F.75.I.5]; et la déclaration de l'OCDE de 1976 dans *Investissement international et entreprises multinationales. — Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, OCDE, 1986; pour le projet de code de conduite sur les sociétés transnationales, voir E/C.10/1982/6, annexe IV. Voir Cynthia Day Wallace, *Legal Control of the Multinational Enterprise: National Regulatory Techniques and the Prospects for International Controls*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1982.

Pour des développements sur les diverses questions juridiques touchant l'extraterritorialité et faisant intervenir une société mère et ses filiales, voir F. A. Mann, « The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years », *Recueil des cours... 1984-III*, vol. 186, p. 9 et suiv., notamment p. 56 à 66.

<sup>8</sup> L'exercice de la juridiction extraterritoriale est un élément essentiel des conventions bilatérales ou multilatérales récentes concernant l'extradition, la prévention des détournements d'aéronefs, les infractions dans le domaine de l'aviation civile et la protection des personnes diplomatiques. L'État est également tenu d'exercer une juridiction extraterritoriale pour s'acquitter de ses obligations envers l'ensemble de la communauté internationale, connues sous le nom d'obligations *erga omnes*. Selon la jurisprudence de la CIJ, l'exercice d'une telle juridiction est fondé dans les cas suivants : actes d'agression, génocide, violations des principes et règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre l'esclavage et la discrimination raciale. La Cour a également statué que certains des droits de protection correspondants font désormais parti du droit international général; d'autres sont conférés par des instruments internationaux à caractère universel ou quasi universel. Voir l'arrêt rendu dans l'Affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase*, arrêt (C.I.J. Recueil 1970, p. 32).

- a) La nature de la juridiction : civile ou pénale<sup>9</sup>; et
- b) Le type de juridiction : législative, judiciaire ou coercitive<sup>10</sup>.

4. Les auteurs ont livré leur réflexion à ce sujet dans le cadre des questions ci-après<sup>11</sup>:

- a) Principes concernant la juridiction;
- b) Souveraineté et non-ingérence;
- c) Lien véritable ou substantiel entre l'État et l'activité réglementée;
- d) Ordre public, intérêt national;
- e) Absence d'accord sur des interdictions restreignant le droit des États d'étendre leur juridiction;
- f) Réciprocité; rétorsion; et
- g) Promotion du respect du droit.

5. Au niveau des principes, plusieurs questions se posent :

a) Jusqu'où et dans quelles limites un État doit-il exercer sa juridiction sur un étranger pour des actes localisés en dehors de son territoire alors que cet étranger relève, pour les mêmes actes, de la juridiction de l'État dont il a la nationalité ou de quelque autre État<sup>12</sup> ?

b) Un État est-il fondé à exercer dans les zones maritimes situées au-delà de sa zone côtière — la mer territo-

riale, la zone contiguë, la zone économique, le plateau continental et la haute mer — la même autorité et le même contrôle à l'égard des activités d'un étranger que si ces activités étaient menées sur son propre territoire<sup>13</sup> ?

c) La nature de la juridiction qu'un État exerce sur des zones maritimes doit-elle être strictement limitée au type d'autorité que le droit international lui reconnaît sur ces zones ou secteurs ou l'exercice de sa juridiction peut-il être considéré comme raisonnable, et donc acceptable, en l'absence d'une revendication de juridiction concurrente mieux fondée<sup>14</sup> ?

d) Un État peut-il se prévaloir de sa souveraineté pour exercer son autorité et son pouvoir sur des fleuves, des canaux et d'autres ressources dans les limites de sa juridiction territoriale, sans se soucier des effets négatifs que cet exercice pourrait avoir pour d'autres États, en particulier dans le cas des fleuves et canaux qui traversent plus d'un État<sup>15</sup> ?

e) À l'inverse, un État ainsi affecté ou susceptible de l'être peut-il prescrire dans sa législation nationale certaines normes de comportement pour d'autres États et leurs ressortissants et prétendre exercer les fonctions juridictionnelle et exécutive pour en assurer l'application<sup>16</sup> ?

f) Quelles devraient être les limites de l'exercice de la juridiction sur la base des principes des « effets », de la « personnalité passive » ou de la « personnalité active »<sup>17</sup> ?

g) Quels facteurs devraient être déterminants pour résoudre les conflits de juridictions, par exemple lorsqu'un comportement prescrit par un État est interdit par un autre<sup>18</sup> ?

<sup>9</sup> Pour I. Brownlie, la distinction entre juridiction civile et juridiction pénale n'importe guère à cet égard; voir *Principles of Public International Law*, 4<sup>e</sup> éd., Oxford, Clarendon Press, 1990, chap. XIV, p. 299. Toutefois, voir R. Y. Jennings « Extraterritorial jurisdiction and the United States Antitrust Laws » BYBIL, vol. XXXIII, 1957, p. 146. L'auteur établit une distinction entre les affaires élémentaires d'atteinte directe à la vie, à l'intégrité de la personne ou aux biens, comme l'homicide, et d'autres affaires faisant intervenir uniquement un élément de préjudice indirect présumé (comme les affaires de violation de la législation antitrust) et soutient que, si dans le premier cas l'exercice extraterritorial de la juridiction pénale est acceptable, dans le second, on s'engagerait sur « une pente savonneuse » en appliquant la formule des « effets » car cela reviendrait pratiquement à cautionner l'idée d'une juridiction extraterritoriale illimitée. Voir également « Extraterritorial application of restrictive trade legislation: Jurisdiction and international law », dans *Report of the Fifty-first Conference, Tokyo, 1964*, Londres, 1965, p. 304 et suiv.

<sup>10</sup> De nombreux auteurs traitent séparément des problèmes liés à l'extraterritorialité que pose chacun des trois types de compétence. Voir Mann, *loc. cit.* (*supra* note 7). Brownlie récuse cette distinction également [*op. cit.* (*supra* note 9), p. 310].

<sup>11</sup> A. M. Stuyt, *The General Principles of Law as Applied by International Tribunals to Disputes on Attribution and Exercise of State Jurisdiction*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1946; Mann, « The doctrine of jurisdiction in international law », *Recueil des cours...* 1964-I, vol. III, p. 1; M. Akehurst, « Jurisdiction in international law », BYBIL, 1972-1973, vol. XLVI, p. 145; A. F. Lowenfeld, « Public law in the international area : Conflict of laws, international law and some suggestions for their interaction », *Recueil des cours...* 1979-II, vol. 163, p. 311; M. S. McDougal, « Jurisdiction » dans R. B. Lillich et J. N. Moore, eds, *Readings in International Law from the Naval War College Review 1947-1977*, U. S. Naval War College International Law Studies, Newport (R. I.), vol. 62, 1980, p. 634.; A. V. Lowe, « The problems of extraterritorial jurisdiction: Economic sovereignty and the search for a solution », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 34, 4<sup>e</sup> partie, 1985, p. 724, et D. E. Rosenthal, « Jurisdictional conflicts between sovereign Nations », *The International Lawyer*, vol. 19, n° 2, 1985, p. 487.

<sup>12</sup> Pour des développements sur les questions qui se posent à cet égard, voir P. M. Roth, « Reasonable extraterritoriality: Correcting the « balance of interest », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41, 2<sup>e</sup> partie, 1992, p. 245.

<sup>13</sup> Voir L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 8<sup>e</sup> éd., Londres, Longmans, Green, 1955, vol. I, sect. 141, 202, 203, 205 et 287 à 298. Voir, pour des développements concernant la juridiction sur les zones maritimes, McDougal et Burkee, *The Public Order of the Oceans: A Contemporary International Law of the Sea*, Londres, Yale University Press, 1986, et P. Sreenivasa Rao, *The Public Order of Ocean Resources: A Critique of the Contemporary Law of the Sea*, Cambridge (Mass.), The MIT Press, 1975.

<sup>14</sup> Voir, par exemple, N. M. Hunnings, « Pirate broadcasting in European waters », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 14, 1965, p. 410; P. Sreenivasa Rao, « The Seabed Arms Control Treaty: Study in the contemporary american uses of the sea », *Journal of Maritime Law and Commerce*, vol. 4, 1972, p. 67.

<sup>15</sup> Voir les travaux de la Commission du droit international sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation.

<sup>16</sup> Voir J. L. Brierly, *The Law of Nations*, 6<sup>e</sup> éd. rev. par H. Waldock, éd., Oxford, Clarendon Press, 1963.

<sup>17</sup> « Extraterritorial effects of administrative, judicial and legislative acts », *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, North-Holland, 1987, p. 155 et suiv., notamment p. 158 à 161.

<sup>18</sup> Pour un échange de vues intéressant entre le juge Wilkey, qui a statué sur l'affaire *Laker Airways Ltd. c. Sabena, Belgian World Airlines* (*Federal Reporter, Second Series*, vol. 731, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, p. 909) et M. M. Lowenfeld et Henkens, qui tous ont participé à l'élaboration de l'article 403 du *Restatement of the Law (Second): The Foreign Relations Law of the United States*, qui propose la mise en balance des intérêts nationaux et le caractère raisonnable comme critères pour retenir la compétence des tribunaux des États-Unis en cas de compétence simultanée des tribunaux d'un autre État et/ou de conflit de juridictions, voir H. G. Maier, « Resolving extraterritorial conflicts or « There and back again », *Virginia Journal of International Law*, vol. 25, n° 1, 1984, p. 7.

h) Des politiques uniformes peuvent-elles être prescrites pour maîtriser les effets extraterritoriaux de la législation nationale<sup>19</sup> ?

i) Quel rôle devrait revenir au droit international pour résoudre les conflits de juridictions mettant en jeu essentiellement les droits privés ou personnels d'individus par opposition aux intérêts publics d'un État ? En d'autres termes, quelle est la juste relation entre, d'une part, les principes du droit international public et du droit international privé et, d'autre part, ceux du droit international et du droit interne (ou national)<sup>20</sup> ?

j) Est-il admissible qu'un État, ses fonctionnaires ou ses agents « prennent eux-mêmes les choses en main » pour assurer l'application de la législation et des politiques de cet État face à l'opposition, au manque de coopération, à l'indifférence ou au comportement dilatoire d'États étrangers ou pour éviter les retards qu'entraînerait inmanquablement la présentation d'une demande par la voie diplomatique ou devant les organes administratifs ou judiciaires desdits États<sup>21</sup> ?

k) Quels types de recours sont ouverts ou devraient l'être en cas d'exercice abusif de sa juridiction par un État<sup>22</sup> ?

6. Ces problèmes ou questions de principe sont traités dans la législation de plusieurs États — États-Unis d'Amérique, États européens, droit pénal d'États et de la Communauté européenne, ainsi que dans certaines conventions multilatérales et déclarations de l'ONU, et dans la jurisprudence de cours internationales et de tribunaux nationaux<sup>23</sup>.

7. La doctrine concernant l'application extraterritoriale de la législation nationale demeure indécise. Des principes uniformes ou universellement admis font défaut à cet égard. Quant à l'interprétation et à l'application des principes qui existent, elles sont essentiellement laissées aux tribunaux dans chaque cas d'espèce et elles varient selon le domaine ou la question en litige.

8. Le principe de base, toutefois, est que toutes les législations nationales ont, *prima facie*, un caractère territorial<sup>24</sup>. Dans l'affaire du « *Lotus* », tout en admettant ce principe, la CPIJ constatait que plusieurs États étaient en faveur d'une application extraterritoriale de leur légis-

lation nationale et qu'aucune règle de droit international ne s'opposait à une telle position<sup>25</sup>. Le juge Learned Hand semble s'être fondé sur cette opinion de la CPIJ pour conclure, dans l'affaire *Alcoa*, qu'il était légitime de placer sous l'empire d'une loi des États-Unis — la loi Sherman — des activités menées par des étrangers en dehors des États-Unis, mais qui avaient des effets ou des conséquences aux États-Unis<sup>26</sup>.

9. Le critère de l'effet a également été invoqué par les États-Unis et d'autres pays pour faire passer sous l'empire de leurs lois des activités touchant leurs intérêts (y compris les intérêts de leurs ressortissants). Cette position repose sur le principe de la territorialité objective, qui est considéré comme une extension du principe de la territorialité.

10. Bien que l'application du principe de la territorialité objective soit en règle générale jugée acceptable<sup>27</sup>, en particulier en cas de préjudice matériel<sup>28</sup>, les opinions sont partagées en ce qui concerne les conditions dans lesquelles l'application du critère de l'effet peut être considérée comme raisonnable. En fait, dans plusieurs domaines, les faillites<sup>29</sup>, les ententes et abus de position dominante<sup>30</sup>, les transports maritimes<sup>31</sup>, la fiscali-

<sup>25</sup> Voir *supra* note 4.

<sup>26</sup> Voir l'affaire *United States c. Aluminium Co. of America et al.* (*Federal Reporter, Second Series*, vol. 148, 1945, p. 416), dans laquelle le juge Learned Hand a fait observer qu'il est établi en droit que tout État peut tenir même des personnes qui ne lui doivent aucune allégeance responsables de leur conduite en dehors de ses frontières si celle-ci a, à l'intérieur de ses frontières, des conséquences qu'il réprouve.

Voir également *Continental Ore Co. et al. c. Union Carbide and Carbon Corp. et al.* (*United States Reports*, 1962, vol. 370, p. 690); et *United States c. Watchmakers of Switzerland Information Centre* (*Federal Supplement*, 1955, vol. 133, United States District Court of New York, p. 40).

<sup>27</sup> Voir M. K. Nawaz, « Criminal jurisdiction and international law », *The Indian Year Book of International Affairs* (Madras), 1952, p. 210, pour des développements sur l'application extraterritoriale du Code pénal indien de 1860 qui demeure largement en vigueur même de nos jours, et pour une analyse des autres principes, dont le principe de la territorialité objective, sur la base d'affaires jugées en Inde [*Emperor c. Chotalal; Wheeler c. Emperor* (*ibid.*, p. 214)], voir aussi *Mobarik Ali Ahmed c. State of Bombay, All India Reporter*, 1957; R. c. *Baxter, The All England Law Reports*, 1971, vol. 2, p. 359; *Secretary of State for Trade c. Markus*, *ibid.*, 1975, vol. 1, p. 958. Voir également C. Blakesley, « United States jurisdiction over extraterritorial crime », *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 73, 4<sup>e</sup> partie, 1982, p. 1109; K. Dam, « Extraterritoriality, conflicts of jurisdiction », *American Society of International Law, Proceedings of the 77th Annual Meeting*, Washington (D.C.), 14-16 avril 1983, p. 370.

<sup>28</sup> Jennings, *loc. cit.* (voir *supra* note 9).

<sup>29</sup> Voir l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (*supra* note 8).

<sup>30</sup> K. Messen, « Antitrust jurisdiction under customary international law », *AJIL*, vol. 78, n° 4, 1984, p. 783.

<sup>31</sup> Mann, « The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years » (voir *supra* note 7), p. 21 à 94; *Mogul Steamship Company, Limited c. McGregor, Gow & Company, The Law Reports, House of Lords, Judicial Committee of the Privy Council and Peerage Cases*, 1892, p. 25 qui traite de la législation du Royaume-Uni sur les conférences maritimes. Toutefois, cette position a été récuser par les États-Unis dans certaines affaires, ce qui a abouti en 1981 à l'imposition de lourdes amendes à un certain nombre de compagnies maritimes, dont une compagnie allemande et une compagnie anglaise. Voir *BYBIL*, vol. L, 1979, p. 352, et vol. LII, 1981, p. 459. Voir aussi, à cet égard, la note adressée par un groupe de treize États aux États-Unis pour leur signifier qu'ils ne leur reconnaissent pas le droit

(Suite de la note page suivante.)

<sup>19</sup> Mann, *loc. cit.* (voir *supra* note 7), p. 26 à 31.

<sup>20</sup> Voir O. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p. 256 et 257; Brownlie (*supra* note 9), p. 306 et 307. Mann, « The doctrine of jurisdiction in international law » (*supra* note 11), p. 17 à 22, et « The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years » (*supra* note 7), p. 31 et 32. H. G. Maier, « Extraterritorial jurisdiction at crossroads: Intersection between public and private international law », *AJIL*, vol. 76, n° 2, 1982, p. 280.

<sup>21</sup> Voir le compte rendu des débats du Congrès des États-Unis sur ce point dans A. F. Lowenfeld, « U. S. law enforcement abroad: The Constitution and international law, continued », *AJIL*, vol. 84, 1990, p. 444.

<sup>22</sup> Voir les travaux de la Commission du droit international sur la responsabilité des États.

<sup>23</sup> Pour une compilation de textes et documents juridiques sur cette question, voir A. V. Lowe, *Extraterritorial Jurisdiction*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1983.

<sup>24</sup> *American Banana Company c. United Fruit Company, United States Reports*, vol. 213, *Cases adjudged in the Supreme Court*, 1909, p. 347.



té<sup>32</sup>, la nationalité<sup>33</sup>, la divulgation des pièces<sup>34</sup>, la reconnaissance des actes faits à l'étranger<sup>35</sup> —, l'application de ce critère ou la mise en avant par un État de ses intérêts nationaux pour revendiquer l'exercice de sa juridiction a été source de controverses. Les États-Unis, l'Allemagne et la Communauté européenne, notamment, sont favorables à l'application du critère de l'effet pour justifier l'exercice de la juridiction dans le domaine des ententes et abus de position dominante<sup>36</sup>. Le Royaume-Uni et plusieurs autres pays sont opposés à cette position<sup>37</sup>. Le Japon s'est opposé aux tentatives des États-Unis d'étendre le domaine d'application de leurs lois pour régler des conférences maritimes localisées essentiellement en dehors des États-Unis<sup>38</sup>. Le Royaume-Uni et plusieurs autres pays ont également adopté des lois qui refusent de faire place à la législation des États-Unis<sup>39</sup>. Le Royaume-Uni, en outre, a adopté le *clawback remedy* qui donne à une certaine catégorie de défendeurs dans une procédure à l'étranger accès aux tribunaux du Royaume-Uni pour obtenir le paiement de la

(Suite de la note 31.)

de soumettre à leur législation des événements et activités qui ont lieu, en tout ou en grande partie, sur le territoire d'autres États (BYBIL, vol. XLIX, 1978, p. 386). Selon Mann, les conférences maritimes offrent un exemple de choix du fonctionnement de la « théorie des effets » (p. 92).

<sup>32</sup> Voir l'article 7 de la loi allemande; l'article 482 de l'International Revenue Code des États-Unis; l'article 80 de l'English Finance Act de 1984 qui autorise, sous réserve de diverses conditions, la répartition des bénéfices des filiales entre les actionnaires et leur soumission à l'impôt. Voir aussi l'article 38 du Finance Act du Royaume-Uni de 1973 et l'article 12 du Capital Gains Tax Act de 1979, aux termes duquel les bénéfices réalisés par les compagnies pétrolières en dehors du Royaume-Uni sont considérés comme des bénéfices rapatriés au Royaume-Uni par une succursale ou une agence. Voir aussi F. K. Juenger, « Conflict of laws: A critique of interest analysis », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 32, n° 1, 1984.

<sup>33</sup> Voir l'affaire « *The Antelope* » (*Reports of Cases Argued and Adjudged in the Supreme Court of the United States*, vol. X, 1825, p. 66), dans laquelle le Président de la Cour suprême, le juge Marshall, a statué qu'un tribunal des États-Unis n'avait pas compétence à l'égard d'un navire étranger accusé de pratiquer la traite des esclaves — prohibée par la législation des États-Unis — « aussi odieux que ce trafic puisse être », rejetant par là l'application extraterritoriale des lois des États-Unis à un navire étranger, sur la base du critère des nationalités. Voir aussi, toutefois, l'affaire *U. S. c. La Jeune Eugénie* (*Federal Cases, Circuit Court, District of Massachusetts*, 1822, vol. 26, p. 832), dans laquelle le juge Story a statué que la traite des esclaves violait le droit des gens et n'échappait donc pas à la compétence judiciaire des États-Unis. Voir aussi l'affaire *Foley Bros., Inc. c. Filardo* (*United States Reports*, vol. 336, 1949, p. 281), dans laquelle la Cour a statué que la loi fixant à huit heures la durée de la journée de travail ne s'appliquait pas à un citoyen américain travaillant à l'étranger dans le cadre d'un contrat conclu entre le Gouvernement des États-Unis et un entrepreneur privé. Pour des développements sur ces affaires et d'autres aspects, voir la note « Constructing the State extraterritorially: Jurisdictional discourse, the national interest, and transnational norms », *Harvard Law Review*, vol. 103, n° 6, 1990, p. 1273 et suiv., notamment p. 1288 et 1289.

<sup>34</sup> Roth, *loc. cit.* (voir *supra* note 12), p. 249 et 250. Voir aussi « Australia: Foreign Proceedings (Prohibition of Certain Evidence) Act, 1976 », dans Lowe, *op. cit.* (*supra* note 23), p. 79.

<sup>35</sup> Oppenheim, *op. cit.* (voir *supra* note 13), chap. IV, p. 371. Voir aussi *Banco Nacional de Cuba c. Sabbatino, Receiver* (*United States Reports*, vol. 376, 1964, p. 398).

<sup>36</sup> Roth, *loc. cit.* (voir *supra* note 12), p. 245 à 249, 260 à 265.

<sup>37</sup> Brownlie, *op. cit.* (*supra* note 9), p. 311 à 314.

<sup>38</sup> Voir Lowe, *op. cit.* (*supra* note 23), p. 121.

<sup>39</sup> Voir les documents reproduits dans Lowe, *ibid.*, 2<sup>e</sup> partie, p. 79 et suiv., et Bowett, *loc. cit.* (*supra* note 3), p. 22 à 24.

part des dommages-intérêts triples ou multiples, accordés par le tribunal étranger, qui excède les dommages et intérêts compensatoires normaux<sup>40</sup>.

11. Vu toute cette série de conflits, on a essayé de définir ce qui constitue un exercice extraterritorial raisonnable de leur juridiction par les États. Pour qu'un tel exercice de la juridiction soit raisonnable, il faut que l'effet dans les limites du territoire de l'État soit appréciable et qu'il soit le résultat direct et prévisible de l'activité menée à l'étranger<sup>41</sup>. Selon un autre point de vue, il faut un lien substantiel et authentique ou véritable<sup>42</sup>. Des tribunaux ont également cherché à mettre en balance les intérêts nationaux pour déterminer si un tel exercice de la juridiction se justifiait<sup>43</sup>. Le *Restatement* de l'American Law Institute proposait une série de facteurs à prendre en considération pour apprécier si l'exercice de la juridiction extraterritoriale était raisonnable en cas de contre-revendications de juridiction fondées sur le principe de la territorialité ou de la nationalité<sup>44</sup>. Plusieurs autres facteurs — intérêts nationaux vitaux, considérations de politique étrangère ou de relations extérieures, droit international ou *comitas*, limites du pouvoir judiciaire, réciprocité, détresse de l'individu concerné, contrôle exercé par l'entité mère sur ses filiales — ont également été jugés pertinents pour apprécier le caractère raisonnable de l'exercice de la juridiction extraterritoriale<sup>45</sup>.

<sup>40</sup> Roth, *loc. cit.* (voir *supra* note 12), p. 252. Voir aussi l'affaire *British Nylon Spinners Limited c. Imperial Chemical Industries Limited* (*The All England Law Reports*, vol. 2, 1952, p. 780), dans laquelle un tribunal du Royaume-Uni a interdit à Imperial Chemical Industries de se séparer des brevets pour lesquels cette société avait passé un contrat de licence avec British Nylon Spinners, en repraisailles du jugement rendu par un tribunal des États-Unis dans l'affaire *United States c. ICI*. Dans le litige concernant un contrat d'uranium de la société Westinghouse Electric (ILM, vol. 17, n° 1, 1978, p. 38) [2 décembre 1977], la Chambre des lords a refusé qu'il soit donné suite à une commission rogatoire délivrée par un tribunal des États-Unis, au motif que les tribunaux anglais n'ont pas à coopérer à des investigations visant à faire la lumière sur le respect d'obligations extraterritoriales imposées par les lois antitrust des États-Unis.

<sup>41</sup> *Restatement of the Law (Second): The Foreign Relations Law of the United States*, The American Law Institute, St. Paul (Minn.), 1987.

<sup>42</sup> Brownlie, *op. cit.* (*supra* note 9), p. 310.

<sup>43</sup> Pour une analyse critique, voir K. Brewster, *Antitrust and American Business Abroad*, New York, McGraw-Hill, 1958, qui propose le concept de « règle juridictionnelle de la raison », et Bowett, *loc. cit.* (*supra* note 3), p. 18 à 22.

<sup>44</sup> *Restatement of the Law (Third): The Foreign Relations Law of the United States*, vol. 2, The American Law Institute, St. Paul (Minn.), 1987.

<sup>45</sup> *Mannington Mills Inc. c. Congoleum Corporation*, *Federal Reporter, Second Series*, vol. 595, 1979, p. 1287; voir *Timberlane Lumber Co. c. Bank of America*, *ibid.*, vol. 549, 1977, p. 597. Toutefois, dans le litige concernant le contrat d'uranium de la société Westinghouse (voir *supra* note 40), le tribunal des États-Unis a renoncé à mettre en avant la considération de *comitas* — la prise en compte de l'intérêt de l'État étranger — et a ramené la portée des investigations à trois éléments : la complexité de l'action, la gravité des accusations et le comportement récalcitrant du défendeur étranger. Pour les critiques portées par la Communauté économique européenne à l'encontre du Gouvernement des États-Unis pour son manquement au droit international et la non-application du critère de la mise en balance des intérêts à propos de la fourniture de matériaux pour le gazoduc soviétique, voir ILM, vol. 21, n° 4, 1982, p. 891.

Les États-Unis, outre qu'ils laissent les États étrangers intervenir dans des affaires présentant un conflit d'intérêts nationaux en déposant des mémoires à titre d'*amicus curiae*, donnent à ces États accès à leurs tribunaux pour faire valoir des prétentions fondées sur une viola-

12. Des États ont, par ailleurs, passé des accords, formels ou informels, pour coordonner leurs politiques, promouvoir leur coopération et institutionnaliser l'attitude à adopter face à une revendication de juridiction extraterritoriale de l'autre partie. Mais la plupart de ces accords n'avaient qu'une portée limitée et d'autres restaient d'application largement facultative<sup>46</sup>.

13. Les tribunaux se sont, dans certaines affaires, déclarés dans l'incapacité de départager des intérêts nationaux divergents<sup>47</sup>. Des États ont fait valoir que ces questions ne pouvaient être laissées aux tribunaux nationaux qui, en dernière analyse, ne pouvaient être guidés que par leur législation et leurs intérêts nationaux<sup>48</sup>. Cela étant, on a estimé qu'il y avait tout intérêt à codifier et développer le droit international concernant l'exercice de la juridiction extraterritoriale<sup>49</sup>.

14. Les enlèvements pratiqués récemment en territoire étranger pour faire comparaître les intéressés devant les tribunaux des États-Unis pour des crimes liés au terrorisme et au trafic de stupéfiants soulignent l'urgence de la question de la juridiction extraterritoriale<sup>50</sup>. Ces enlèvements illégaux ont été condamnés par plusieurs États qui y voient une violation de leur souveraineté, de leur législation nationale et des droits de l'homme. Plusieurs pays ont prié l'Assemblée générale de l'ONU de deman-

der à la CIJ de rendre un avis consultatif sur ces affaires<sup>51</sup>.

15. Les questions concernant la juridiction extraterritoriale ont aussi pris de l'importance et exigent une réponse globale et conceptuelle : a) du fait des activités menées par les États dans l'espace et sur les corps célestes, dans les zones maritimes et dans l'Antarctique; b) de leur désir de lutter contre le terrorisme et le trafic de stupéfiants et de contrôler les mouvements transnationaux de personnes et les opérations des entreprises multinationales; c) des revendications des pays en développement qui veulent que des technologies leur soient transférées ou vendues sans que des restrictions ne soient apportées à leur droit de céder librement à des tiers les produits ou services obtenus au moyen de ces technologies<sup>52</sup>; d) et de la nécessité pour les États de rechercher la sécurité et l'indépendance et de jouir de leur souveraineté. Il faudra aussi sans doute examiner les problèmes soulevés par la juridiction extraterritoriale dans le contexte de l'interdépendance mondiale, des atteintes transnationales à l'environnement, de la gestion des cours d'eau internationaux, de la préservation de l'environnement et de la biodiversité, de l'endiguement de la croissance démographique et de l'éradication de la pauvreté. Les divers principes en matière de compétence — le principe d'universalisme, celui de la personnalité, active ou passive, et celui des effets — comportent tous des éléments d'application extraterritoriale des législations nationales. Ils doivent être analysés et considérés en bloc comme constituant une exception au principe de base, qui est le principe de la territorialité.

16. Compte tenu de ce qui précède, l'importance et l'opportunité d'une étude par la CDI au sujet de l'application extraterritoriale des législations nationales apparaît à l'évidence. La pratique des États, la jurisprudence, les lois nationales, les traités internationaux ainsi que les études critiques de toutes sortes et les sugges-

tion présumée des lois antitrust. Voir *Pfizer Inc. et al. c. Government of India et al.*, ILM, vol. 17, n° 1, 1978, p. 93.

Voir aussi l'article 418 (2) du *Restatement of the Law (Second)* qui établit la juridiction des États-Unis sur les sociétés de droit étranger dont une part suffisamment importante du capital est détenue par des ressortissants des États-Unis pour qu'elles soient nettement sous leur contrôle. Voir Mann (*supra* note 7), chap. III.

<sup>46</sup> Voir Mann, *ibid.*, et Lowe, *op. cit.* (*supra* note 23). Il convient aussi de mentionner diverses conventions internationales ou divers traités internationaux ayant trait au terrorisme et à l'extradition, au trafic de stupéfiants et à la double imposition.

<sup>47</sup> *Laker Airways Ltd. c. Sabena, Belgian World Airlines* (voir *supra* note 18). Voir aussi *Argentine Republic c. Amerada Hess Shipping Corporation and Others* (*International Law Reports*, vol. 81, 1990, p. 658) : face au silence du Congrès sur la question de l'application extraterritoriale des lois, les tribunaux invoquent la présomption contre l'extraterritorialité. Voir *Harvard Law Review* (*supra* note 33), p. 1279 et 1280, note 43.

<sup>48</sup> Pour le point de vue du Royaume-Uni, voir la note du 21 juin 1982 dans BYBIL, vol. LIII, 1982, p. 433. Voir aussi l'affaire *Satya c. Teja Singh* (*All Indian Reports*, 1975), dans laquelle la Cour suprême de l'Inde a statué que toute affaire portée devant un tribunal indien doit être tranchée conformément au droit indien. Il ne peut être fait place à une loi étrangère en raison de la présence d'éléments d'extranéité que si l'application de ladite loi n'est pas contraire à l'ordre public indien. Se référant à la position du Département d'État des États-Unis qui préconise aux tribunaux des États-Unis la retenue pour ce qui est de la revendication d'une compétence extraterritoriale [voir *American Society of International Law, Proceedings of the 71st Annual Meeting*, San Francisco (Ca.), 21-23 avril 1977, p. 214 et suiv.], Bowett soutient qu'une telle approche n'aboutirait pas à des résultats satisfaisants et ne serait pas suffisante. Pour les divers arguments avancés à l'appui de cette thèse, voir Bowett, *loc. cit.* (*supra* note 3), p. 21 et 22.

<sup>49</sup> Voir Mann, *loc. cit.* (*supra* note 7), et Roth, *loc. cit.* (*supra* note 12).

<sup>50</sup> Pour une documentation, y compris les décisions judiciaires, sur l'affaire Alvarez Machain opposant les États-Unis au Mexique [*International Legal Materials*, Washington (D.C.), vol. 31, n° 4, juillet 1992, p. 900 et suiv.], voir *Limits to National Jurisdiction*, 1992; s'agissant de l'illégalité des enlèvements, voir Lowenfeld, *loc. cit.* (*supra* note 21).

<sup>51</sup> Pour la demande adressée au Secrétaire général des Nations Unies par les représentants de plusieurs pays d'Amérique latine, du Portugal et de l'Espagne, voir les documents A/47/249 et Add.1.

<sup>52</sup> Voir les problèmes créés par l'embargo imposé par les États-Unis sur l'envoi en Union soviétique de biens ou de technologies pour la construction d'un gazoduc entre l'Union soviétique et l'Europe. H. E. Moyer et L. A. Mabry, « Export controls as instruments of foreign policy » dans *Law and Policy in International Business*, vol. 15, n° 1, 1983, p. 1; voir aussi Mann, *loc. cit.* (*supra* note 7), p. 60 à 63.

La position des États-Unis n'est pas cohérente, même en ce qui concerne les embargos et les boycottages. Voir le jugement du 10 janvier 1977 rendu dans l'affaire *United States of America c. Bechtel Corporation* (District Court for the Northern District of California Stipulation and Final Judgment, dans ILM, vol. 16, n° 1, 1977, p. 95), qui interdit l'application, sur le territoire des États-Unis, du boycottage imposé par les Arabes contre Israël. Comparer ce jugement avec la position adoptée par les États-Unis en ce qui concerne les embargos commerciaux contre la Chine, Cuba et le bloc soviétique, pour l'application desquels ils prétendent donner une portée extraterritoriale à leur Foreign Assets Control Regulations Act et à leur Export Control Act de 1949. Voir P. H. Silverstone, « The Export Control Act of 1949: Extraterritorial enforcement », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 107, n° 3, 1959, p. 331 et « International boycotts and embargoes », *American Society of International Law* (*supra* note 48), p. 170 à 182.

Sur l'iniquité de l'universalisation des sanctions prévues dans la loi Super 301 des États-Unis et le système de rétorsion croisée proposé dans le contexte des négociations d'Uruguay, voir B. S. Chimni, « Political economy of the Uruguay Round of Negotiations: A perspective », *International Studies*, vol. 29, n° 2, 1992, p. 156 à 158.

tions d'auteurs sur ce sujet ne manquent pas. Une telle étude ne ferait intervenir aucune considération idéologique et serait susceptible d'intéresser tous les États, quelle que soit leur persuasion. La Commission n'aurait pas besoin d'orienter, d'entrée de jeu, ses travaux dans la perspective de l'élaboration d'une convention. Ne serait-ce qu'une loi type ou une compilation de principes directeurs pourrait contribuer à la codification et au développement progressif du droit dans cet important domaine du droit international. Une telle étude apporterait, en outre, un complément utile aux travaux réalisés par la CDI en vue de la codification et du développement progressif du droit dans d'autres domaines, comme la res-

ponsabilité des États, la responsabilité pour dommages transfrontières, le projet de code des crimes et la création d'une juridiction pénale internationale.

17. Enfin, une étude sur le sujet de la juridiction extraterritoriale pourrait donner l'occasion d'examiner les rapports et la démarcation entre, d'une part, droit international public et droit international privé et, d'autre part, droit international et droit interne<sup>53</sup>.

<sup>53</sup> Voir sir Anthony Mason, « The relationship between international law and national law, and its application in national courts », *Commonwealth Law Bulletin* (Londres), vol. 18, n° 2, 1992, p. 750.

### Droit des eaux souterraines (captives) internationales, par M. Alberto Szekely

1. Le volume total d'eau de la planète, qui est invariable et représente environ 1,4 milliard de kilomètres cubes, est constitué à 97,3 % d'eau de mer salée. L'eau douce ne représente que 2,7 % du total. Les calottes polaires et les glaciers contiennent 77,2 % des réserves en eau douce de la planète, le reste se composant d'eaux souterraines (22,4 %), de l'eau des lacs et des cours d'eau (0,36 %) et d'eau à l'état gazeux que l'on trouve essentiellement dans l'atmosphère (0,04 %). De nombreuses formations aquifères souterraines s'étendent sous les territoires de plusieurs pays.

2. Si près de 47 % de la superficie totale des terres émergées (à l'exception de l'Antarctique) sont situés dans 165 bassins lacustres ou fluviaux internationaux, le pourcentage est encore plus élevé pour les cours d'eau souterrains transfrontières et atteint près de 60 % en Afrique et en Amérique latine.

3. Les grands aquifères transfrontières des différents continents, comme l'aquifère du nord-est de l'Afrique, situé sous les territoires de la Jamahiriya arabe libyenne, de l'Égypte, du Tchad et du Soudan, l'aquifère européen, qui s'étend sous les territoires des nombreux États riverains du Rhin, et ceux de la péninsule arabique, à cheval sur les frontières de l'Arabie saoudite, de Bahreïn, du Qatar, des Émirats arabes unis et de la Jordanie, montrent que les eaux souterraines, comme les eaux de surface, ignorent les frontières politiques, font partie de structures géologiques qui sont elles-mêmes à cheval sur des frontières internationales et alimentent, ou sont alimentées, par des cours d'eau et lacs internationaux.

4. Les prélèvements inquiétants effectués sur les nappes souterraines dans le monde augmentent régulièrement et dans de grosses proportions, en raison de l'explosion démographique, de l'accélération du développement industriel et agricole, notamment dans les zones frontalières où, en raison du développement des échanges économiques et commerciaux internationaux, les établissements humains et les zones à forte densité de population se multiplient<sup>1</sup>. Dans de nombreux endroits, le manque d'eau ou la qualité des eaux de surface ont

contraint la population à utiliser de plus en plus les eaux souterraines, ce qui a souvent causé un pompage excessif des nappes qui a, à son tour, entraîné une dégradation de la qualité de l'eau, voire l'assèchement des puits, créant ainsi les conditions d'un conflit potentiel. Comme au Moyen-Orient, où la quasi-totalité de l'eau des systèmes fluviaux est déjà utilisée (y compris les eaux du Nil, du Jourdain, du Tigre et de l'Euphrate), de nombreuses autres zones frontalières dans le monde sont menacées par de graves pénuries d'eau. Celles-ci, allant de pair avec une détérioration de la qualité de l'eau, exerceront des pressions accrues sur les aquifères reliés à ces systèmes fluviaux et sur les aquifères transfrontières qui ne sont pas directement reliés aux eaux de surface. Le réchauffement de la planète ne peut qu'aggraver cette situation.

5. Indépendamment de ce qui précède, l'une des tâches les plus pressantes à laquelle doivent s'atteler les communautés dans des zones frontalières consiste à exploiter les eaux souterraines et à en préserver la qualité. Ceci est particulièrement vrai des grandes zones arides du monde, où l'utilisation inconsidérée et la contamination des aquifères transfrontières ont atteint des proportions alarmantes. Le volume d'eau de nombreuses nappes transfrontières diminue rapidement et de façon incontrôlable, les quantités prélevées excédant la capacité de reconstitution, et de nombreux aquifères sont devenus inutilisables après avoir été contaminés. Il faut ajouter à tous ces problèmes l'épuisement souvent irréversible des nappes et le danger que présente la réduction critique de leur capacité de reconstitution, laquelle résulte d'une utilisation abusive des sols ou d'une pollution durable causée par le déversement direct ou indirect dans les eaux souterraines de déchets et de substances hautement toxiques, ainsi que les sécheresses et les inondations — catastrophes qui affectent généralement les eaux de surface ou sont causées par elles — dont on combat souvent les effets en ayant recours aux fragiles ressources souterraines, elles-mêmes menacées par l'infiltration d'eaux polluées.

6. Indispensable à la survie de l'être humain, l'eau est la plus importante des ressources naturelles, et les conflits existants ou potentiels nés des questions d'accès à l'eau ou de préservation de sa qualité ne favorisent pas un développement international harmonieux ni le main-

<sup>1</sup> Voir l'évaluation faite en 1968 des perspectives démographiques mondiales dans *World Population Prospects, As Assessed in 1968* (ST/SOA/Series A/53) [publication des Nations Unies, numéro de vente : 72.XIII.4].

tien de la paix et de la sécurité. Il est donc indispensable de se doter d'un statut juridique international dans ce domaine.

7. Dans la communauté internationale, nombre d'acteurs importants, tant au niveau gouvernemental que non gouvernemental, et tout particulièrement au sein du système des Nations Unies, de plus en plus préoccupés par le danger potentiel que représentent, pour la paix internationale et pour le bien-être de l'humanité, les menaces croissantes qui pèsent sur les réserves en eaux souterraines de la planète, se sont déjà exprimés sur la question et ont donné l'alerte. Tel a été l'objet de la Conférence spécialisée interaméricaine sur les ressources naturelles renouvelables, qui s'est tenue à Mar del Plata en 1965, de la Conférence des Nations Unies sur l'eau, qui s'est tenue à Mar del Plata en 1977<sup>2</sup>, de la Réunion interrégionale des organisations fluviales internationales, qui s'est tenue à Dakar en 1981<sup>3</sup> et de la Réunion interrégionale sur la mise en valeur des bassins fluviaux et lacustres, plus particulièrement dans la région de l'Afrique, organisée par la CEA et tenue à Addis-Abeba en octobre 1988<sup>4</sup>, qui a recommandé aux gouvernements de reconnaître l'interdépendance et la diversité des éléments du cycle hydrologique, notamment des eaux souterraines et du contact entre eau et atmosphère.

8. La Conférence internationale sur l'eau et l'environnement, qui s'est tenue à Dublin en janvier 1992<sup>5</sup>, a mis l'accent sur les graves menaces et les risques de conflits qui peuvent découler de la rareté de l'eau douce et de son emploi inconsidéré et, reconnaissant l'importance primordiale de cette ressource naturelle pour l'avenir de l'humanité, a recommandé que des accords soient négociés et des principes adoptés au sujet de l'utilisation, de la conservation et de la protection des bassins hydrogéologiques partagés<sup>6</sup>.

9. Le Conseil d'administration du PNUE a également reconnu qu'il était nécessaire d'accorder une attention particulière aux activités ayant trait à la gestion de ces ressources transfrontières<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Voir E/CONF.70/CBP/1.

<sup>3</sup> Voir *Expériences de mise en valeur et de gestion de bassins de fleuves et de lacs internationaux*, Actes de la Réunion interrégionale des organisations fluviales internationales, Dakar, 5-14 mai 1981, Ressources naturelles/Série Eau n° 10 (publication des Nations Unies, numéro de vente : 82.II.A.17).

<sup>4</sup> *Mise en valeur des bassins fluviaux et lacustres*, Actes de la Réunion interrégionale tenue par l'Organisation des Nations Unies sur la mise en valeur des bassins fluviaux et lacustres, plus particulièrement dans la région de l'Afrique, Addis-Abeba, 10-15 octobre 1988, Ressources naturelles/Série Eau n° 20 (publication des Nations Unies, numéro de vente : 90.II.A.10).

<sup>5</sup> Voir la Déclaration de Dublin sur l'eau dans la perspective d'un développement durable [*Conférence internationale sur l'eau et l'environnement. — Le développement dans la perspective du 21<sup>e</sup> siècle, Dublin, 26-31 janvier 1992* (A/CONF.151/PC/112, annexe I)], ainsi que le septième point du Programme d'action adopté par la Conférence (ibid., annexe II, p. 47 et suiv.).

<sup>6</sup> Voir les paragraphes 4.12, 4.13 et 7.6 du rapport de la Conférence (ibid., annexe II).

<sup>7</sup> Voir le rapport du Conseil d'administration dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-quatrième session, Supplément n° 25 (A/44/25)*, notamment p. 112, décision 15/1.

10. Le programme « Action 21 », dans son chapitre consacré à l'eau, met l'accent sur l'importance des eaux souterraines, relève l'inquiétude qu'elles suscitent, et invite tous les pays à adopter des principes et à mettre en place des dispositifs institutionnels adéquats pour assurer l'utilisation rationnelle et la protection de ces ressources<sup>8</sup>.

11. En droit international, il existe des règles générales qui s'appliquent notamment (mais pas spécifiquement) aux aquifères transfrontières. C'est la raison pour laquelle la Conférence des Nations Unies sur l'eau a recommandé

Qu'en l'absence d'accords bilatéraux ou multilatéraux, les États Membres continuent à appliquer les principes de droit international généralement admis en ce qui concerne l'utilisation, la mise en valeur et la gestion des ressources en eau partagées<sup>9</sup>.

12. Compte tenu de l'évolution du droit international s'appliquant aux questions relatives à l'utilisation et à la conservation des ressources naturelles nationales, internationales et transfrontières en général, et des ressources en eau en particulier, les principes et règles pertinents s'appliquent généralement aux aquifères transfrontières simplement parce que ceux-ci constituent des ressources naturelles divisées par des frontières nationales.

13. Ainsi, il se peut que certains instruments juridiques internationaux et multilatéraux contiennent déjà dans leurs règles des références, des dispositions, voire des principes généraux applicables aux eaux souterraines (sans viser nécessairement ou spécifiquement les eaux souterraines transfrontières). On peut citer, en particulier, la Charte européenne de l'eau<sup>10</sup>, la Convention africaine pour la conservation de la nature et des ressources naturelles, la Déclaration de principe sur l'utilisation rationnelle de l'eau adoptée par la CEE [décision C (XXXIX)]<sup>11</sup>, certaines directives du Conseil des communautés européennes ou la Déclaration de principe sur la prévention de la pollution des eaux et sur la lutte contre cette pollution, adoptée par la CEE en 1980. Un comité de la CEE a approuvé en 1985 un ensemble de principes plus directement liés aux eaux souterraines et traitant, notamment, de l'infiltration d'eau de mer dans les aquifères côtiers, de la réalimentation artificielle de l'aquifère, du stockage de la chaleur dans les nappes d'eau souterraines, du traitement des eaux usées, de la pollution due à l'exploitation minière et à l'agriculture et de la pollution par la radioactivité<sup>12</sup>. La CEE a adopté en 1987 les Principes relatifs à la coopération dans le domaine des eaux transfrontières, dans lesquels elle se déclare consciente que la prévention de la pollution transfrontière et la lutte contre cette pollution dans les nappes

<sup>8</sup> A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I) [publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8], p. 7 et suiv.; voir, par exemple, les paragraphes 18.25, al. d, 18.37 et 18.39, al. a (p. 292 et 297).

<sup>9</sup> *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'eau, Mar del Plata, 14-25 mars 1977* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.77.II.A.12), 1<sup>re</sup> partie, chapitre 1<sup>er</sup>, recommandation 93 b.

<sup>10</sup> Adoptée le 6 mai 1968 par le Conseil de l'Europe.

<sup>11</sup> Voir *Rapport annuel de la Commission économique pour l'Europe, 24 avril 1983-14 avril 1984, Documents officiels du Conseil économique et social, 1984, Supplément n° 13, vol. I (E/1984/23-E/ECE/1083)*, chap. IV.

<sup>12</sup> WATER/GE.1/R.66, annexe.

phréatiques, de même que la prévention des inondations et la lutte contre ces inondations ne peuvent être menées à bien que grâce à une coopération accrue entre pays riverains<sup>13</sup>. Les Principes examinent en profondeur les recommandations concernant, notamment, les clauses des accords, les objectifs et critères de qualité de l'eau, les arrangements institutionnels, les fonctions des organes institutionnels, la pollution, la surveillance et le traitement des données et les systèmes d'alerte et d'alarme.

14. De toute évidence, le projet d'articles de la CDI sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eaux internationaux à des fins autres que la navigation<sup>14</sup> représente le texte législatif officiel le plus fouillé qui concerne plus spécifiquement les eaux souterraines transfrontières. Sont toutefois exclus bon nombre d'aquifères transfrontières dans le monde, à savoir ceux que le précédent Rapporteur spécial de la Commission désigne par l'expression « eaux souterraines captives ou non liées aux eaux de surface », c'est-à-dire les aquifères non directement liés à un système d'eaux de surface international ou ne « constituant pas un ensemble unitaire avec un système d'eaux de surface du fait de leurs relations physiques » dans la mesure où ce système d'eau de surface et d'eaux souterraines n'aboutit pas à un « point d'arrivée commun »<sup>15</sup>.

15. La jurisprudence internationale ne contient pratiquement aucun précédent, même si certains cas touchent de près ou de loin la question des eaux souterraines transfrontières. Parmi celles qui en sont très éloignées, on peut citer la sentence de *Lac Lanoux*<sup>16</sup> et le jugement rendu en 1927 par la Cour suprême du Reich, concernant l'infiltration d'eaux souterraines transfrontières venant du Danube (*Wurtemberg et Prusse c. Bade*)<sup>17</sup>.

16. Cela ne signifie pas qu'il n'existe pas de pratique établie au plan international sur cette question. Bien au contraire, on peut dresser une longue liste d'accords bilatéraux qui, d'une façon ou d'une autre, ont trait aux eaux souterraines transfrontières (il s'agit parfois d'aquifères bien déterminés)<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Voir E/ECE/(42)/L.19, décision I (42) de 1987.

<sup>14</sup> Pour le texte adopté provisoirement par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1991*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 68 à 72.

<sup>15</sup> Les termes entre guillemets sont repris directement du texte du projet d'articles.

<sup>16</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (numéro de vente : 63.V.3), p. 281.

<sup>17</sup> *Streitsache des Landes Württemberg und des Landes Preussen gegen das Land Baden, betreffend die Donauversinkung*, Staatsgerichtshof allemand, 18 juin 1927, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Berlin)*, vol. 116, appendice, p. 18 et suiv.

<sup>18</sup> Citons en particulier : le Traité frontalier définitif entre la France et l'Espagne du 27 août 1785; le Traité de limites entre les Pays-Bas et le Hanovre, du 2 juillet 1824; le procès-verbal de délimitation entre la France et le canton de Neuchâtel, du 4 novembre 1824; la Convention entre l'Italie et la Suisse sur le règlement du conflit de frontière entre la Lombardie et le canton du Tessin, du 5 octobre 1861; le Traité entre l'Autriche et la Bavière, concernant le régime de la frontière et d'autres relations territoriales entre la Bohême et la Bavière, du 24 juin 1862; le Traité de limites entre l'Espagne et le Portugal, du 29 septembre 1864; l'Accord entre les Gouvernements de la Grande-Bretagne et de la France concernant la Côte somalienne, des 2 et 9 février 1888; le Traité entre la Suisse et l'Autriche-Hongrie pour le redressement du Rhin dès l'embouchure de l'Il, en amont, jusqu'à l'entrée du fleuve dans le lac de Constance, en aval, du 30 décembre 1892;

17. La doctrine établie a inspiré la publication d'un ensemble important d'ouvrages spécialisés et, notamment, deux travaux de recherche très avancés visant à codifier et à élaborer progressivement le droit international des eaux souterraines transfrontières.

l'échange de notes entre la France et le Royaume-Uni concernant la frontière entre la Côte d'Or et le Soudan français, du 8 avril 1904; l'accord relatif à la détermination de la frontière entre la Perse et la Turquie, du 21 décembre 1913; les dispositions relatives à la frontière commune à la Belgique et à l'Allemagne, arrêtées le 6 novembre 1922; le Protocole entre la France et la Grande-Bretagne déterminant la frontière entre l'Afrique équatoriale française et le Soudan anglo-égyptien; l'Accord entre l'Égypte et l'Italie concernant l'établissement des frontières entre la Cyrénaïque et l'Égypte (sur le puits de Ramla), du 6 décembre 1925; l'échange de notes constituant un accord entre les Gouvernements britannique et italien concernant la réglementation de l'utilisation des eaux de la rivière Gâch, des 12 et 15 juin 1925; le Traité entre l'Allemagne et la France portant délimitation de la frontière, du 14 août 1925; la Convention entre les Gouvernements de l'Union des Républiques socialistes soviétiques et de la Perse relative à l'utilisation commune des eaux et fleuves limitrophes, du 20 février 1926; l'arrangement entre l'Allemagne et la Belgique concernant la frontière commune, du 7 novembre 1929; le Traité de paix, d'amitié et d'arbitrage entre la République dominicaine et la République d'Haïti, du 20 février 1929; l'Accord entre la Perse et la Turquie concernant la fixation de la ligne frontière, du 23 janvier 1932; l'Arrangement entre la Belgique et le Royaume-Uni concernant les droits relatifs à l'usage des eaux à la frontière entre le Tanganyika et le Ruanda-Urundi, du 22 novembre 1934; l'Accord entre le Gouvernement fédéral autrichien et le Gouvernement de l'État de Bavière concernant le détournement des eaux du Rissbach, de la Dürrach et de la Walchen, du 16 octobre 1950; la Convention entre le Grand-Duché de Luxembourg et l'État rhéno-palatin de la République fédérale d'Allemagne concernant la construction d'une centrale hydroélectrique sur la Sûre, du 25 avril 1950; le Protocole de 1953 entre l'Albanie et la Yougoslavie réglant l'utilisation des eaux à leur frontière commune; l'Accord entre la République de Syrie et le Royaume hachémite de Jordanie relatif à l'utilisation des eaux du Yarmouk, du 4 juin 1953; l'Accord entre le Gouvernement de la République populaire fédérative de Yougoslavie et le Gouvernement de la République populaire d'Albanie relatif au régime des eaux, du 5 décembre 1955; la Convention entre la République fédérale d'Allemagne et la République française sur l'aménagement du cours supérieur du Rhin entre Bâle et Strasbourg, du 27 octobre 1956; l'Accord entre le Gouvernement de la République populaire fédérative de Yougoslavie et le Gouvernement de la République populaire hongroise relatif au régime des eaux, du 8 août 1955; l'Accord entre le Gouvernement de la République italienne et le Gouvernement de la République populaire fédérative de Yougoslavie concernant l'alimentation en eau de la commune de Gorizia, du 18 juillet 1957; le procès-verbal de la réunion des délégations de la République populaire fédérative de Yougoslavie et du Royaume de Grèce qui a eu lieu du 26 août au 1<sup>er</sup> septembre 1957 pour élaborer le mode et le plan de collaboration concernant les études hydroéconomiques du bassin d'écoulement du lac de Doiran, du 1<sup>er</sup> septembre 1957; la Convention entre le Grand-Duché de Luxembourg et l'État rhéno-palatin de la République fédérale d'Allemagne concernant l'aménagement d'installations hydroélectriques sur l'Our, du 10 juillet 1958; l'Accord relatif aux questions d'hydroéconomie entre le Gouvernement de la République populaire fédérative de Yougoslavie et le Gouvernement de la République populaire de Bulgarie, du 4 avril 1958; l'Accord entre la Tchécoslovaquie et la Pologne relatif à l'hydroéconomie des eaux frontalières, du 21 mars 1958; la Convention du 16 novembre 1962 entre la France et la Suisse concernant la protection des eaux du lac Léman contre la pollution; l'Accord entre la Pologne et l'Union soviétique relatif à l'hydroéconomie des eaux frontalières, du 17 juillet 1964; la Convention entre la République française et la République fédérale d'Allemagne sur l'aménagement du Rhin entre Strasbourg/Kehl et Lauterbourg/Neuburgweier, du 4 juillet 1969; l'Accord entre la Finlande et la Suède relatif aux fleuves frontalières, du 15 décembre 1971; l'Accord de 1973 (Minute n° 242) de la Commission internationale des frontières et des eaux (États-Unis d'Amérique et Mexique) concernant les problèmes de salinité du Colorado; l'Accord de 1974 entre la République démocratique allemande et la Tchécoslovaquie; l'Accord franco-suisse du 5 mai 1977 sur l'intervention des organes chargés de la lutte contre la pollution accidentelle des eaux par les hydrocarbures ou autres substances pouvant altérer les eaux et reconnus comme tels dans le cadre de la Con-

18. Premièrement, les règles de Séoul de 1986 de l'Association du droit international relatives aux eaux souterraines internationales<sup>19</sup> (qui font suite aux règles d'Helsinki de 1966 relatives aux utilisations des eaux des fleuves internationaux<sup>20</sup>) et, deuxièmement, le projet de traité de Bellagio de 1987, beaucoup plus avancé et complet, relatif aux eaux souterraines transfrontières<sup>21</sup>. Ce dernier a été élaboré par une équipe d'experts du droit de l'environnement et des eaux internationales de l'International Transboundary Resources Center, de la faculté de droit de l'Université du Nouveau-Mexique, et il apparaît comme une révision du « projet de traité d'Ixtapa », publié en 1985<sup>22</sup>.

19. Le projet de traité d'Ixtapa et la révision de celui-ci par le projet de traité de Bellagio ont été étudiés de façon approfondie. Ils sont fréquemment cités et de plus en plus souvent invoqués dans les ouvrages spécialisés et les rapports, ainsi qu'au cours de manifestations ou organismes internationaux. Ils ont notamment été mentionnés à l'occasion de plusieurs sessions de l'Association du droit international, d'une session d'un comité spécial du sixième Congrès de l'Association internationale des res-

vention franco-suisse du 16 novembre 1962 concernant la protection des eaux du lac Léman contre la pollution; l'Accord de 1978 entre le Canada et les États-Unis d'Amérique relatif à la qualité de l'eau dans les Grands Lacs, du 22 novembre 1978; l'Accord entre l'Autriche et la Tchécoslovaquie en vue de régler certaines questions d'intérêt commun en matière de centrales nucléaires, du 18 novembre 1982.

<sup>19</sup> ILA, *Report of the Sixty-second Conference, Seoul, 1986*, Londres, 1987, p. 238 et suiv.

<sup>20</sup> Règles d'Helsinki sur les utilisations des eaux des fleuves internationaux, adoptées par l'Association de droit international en 1966; voir ILA, *Report of the Fifty-second Conference, Helsinki, 1966*, Londres, 1967, p. 484 et suiv.; reproduit en partie dans *Annuaire... 1974*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 396, doc. A/CN.4/274, par. 405.

<sup>21</sup> R. D. Hayton et A. E. Utton, « Transboundary groundwaters: The Bellagio Draft Treaty », *Natural Resources Journal* (Albuquerque [N.M.]), vol. 29, n° 3, 1989, p. 663.

<sup>22</sup> A. B. Rodgers et A. E. Utton, « The Ixtapa Draft Agreement relating to the use of transboundary groundwaters », *Natural Resources Journal* (Albuquerque [N.M.]), vol. 25, n° 3, 1985, p. 713.

sources en eau, tenu à Ottawa en mai 1988, du Colloque Domon sur le droit des cours d'eau internationaux, tenu à la faculté de droit de l'Université du Colorado à Boulder en octobre 1991, de la Conférence de travail trinationale et de la Réunion internationale sur l'expérience nord-américaine en matière de gestion des systèmes hydrographiques internationaux, tenus respectivement dans l'île de Gasparilla en avril 1991 et à Bellagio en décembre 1992.

20. Non seulement le projet de traité de Bellagio, par son niveau de détail et de précision, épargnera beaucoup de temps et d'efforts de recherche à la CDI, mais il servira en outre de point de départ à l'élaboration d'un projet de convention, et des projets de règles dans la mesure où c'est un document de travail qui jouit déjà d'un solide prestige international.

21. La contribution la plus importante du projet de traité de Bellagio est d'avoir d'ores et déjà identifié les problèmes que posent les ressources en eaux souterraines transfrontières du point de vue du droit international. De plus, il comporte des dispositions concrètes et avancées sur chaque problème, étayées par des commentaires autorisés sur le fond. Ce projet de traité comporte un grand nombre de définitions importantes et de propositions de dispositions pouvant, de manière générale, servir à l'élaboration des projets d'articles, à la mise au point d'un mécanisme institutionnel, à la définition des responsabilités en matière d'application et de surveillance, à l'établissement et à la mise à jour d'une base de données, à la protection de la qualité de l'eau, à la création de zones de conservation des eaux souterraines transfrontières, à l'élaboration des principes et des critères régissant l'adoption de plans de gestion globaux, à l'adoption des mesures nécessaires en cas d'urgence touchant la santé publique, à la planification nécessaire pour éviter l'épuisement des aquifères, aux transferts transfrontières, à la planification des mesures à prendre en cas de sécheresse, à la tenue d'enquêtes d'intérêt public, à l'examen du régime des droits et obligations existants, à la réalisation de compromis et au règlement des différends.

## L'indivis mondial, par M. Christian Tomuschat

1. L'indivis mondial est l'un des sujets que la Commission envisage d'inscrire à son programme de travail. On trouvera dans la présente communication quelques réflexions sur le bien-fondé d'une telle étude et d'un éventuel travail complémentaire de codification ou de développement progressif du droit dans ce domaine.

### 1. LA NOTION D'INDIVIS MONDIAL

2. Depuis quelques années, on parle beaucoup de l'indivis mondial. Bien que cette notion apparaisse fréquemment, y compris dans des documents juridiques, son extension et sa signification sont loin d'être précises.

Il n'existe pas de définition juridique absolue. Sauf erreur de notre part, la notion d'indivis mondial renvoie en général à deux catégories différentes d'objets.

3. D'une part, on désigne ainsi des zones ou des espaces qui ne sont pas soumis à une juridiction nationale. Selon cette acception, l'indivis mondial comprend les territoires qui n'appartiennent à aucun État, en particulier l'Antarctique, la haute mer et les espaces au-dessus et au-dessous du niveau de la mer situés au-delà des zones de juridiction nationale, notamment les fonds marins et leur sous-sol, et l'espace céleste comprenant la Lune, les planètes et les étoiles, pour autant qu'il soit soumis à la domination de l'homme.

4. D'autre part, on peut considérer que l'indivis mondial inclut, en outre, les composantes du milieu naturel qui ne peuvent pas être entièrement dominées par l'homme, à savoir l'air, l'eau et les conditions météorologiques et climatiques de la planète, telles qu'elles résultent de l'interaction de l'air, de l'eau et de la topographie avec le Soleil. Dans un sens encore plus large, l'indivis mondial pourrait comprendre toute la faune et la flore de la planète, indépendamment de la localisation territoriale.

5. Il apparaît d'emblée qu'il n'est pas simple de rassembler dans une même catégorie tous ces éléments disparates. Mais on sait aussi que déjà certains de ces éléments sont réglementés par des instruments internationaux. Ainsi, il conviendra d'examiner, dans un premier temps, si les différents composants de l'indivis mondial sont soumis, et dans quelle mesure, à des règles particulières en vertu de traités en vigueur ou sur le point d'entrer en vigueur. Les règles générales du droit coutumier qui se sont dégagées depuis quelques dizaines d'années ne seront pas examinées ici, dans la mesure où cette source de droit est toujours quelque peu fluctuante; l'existence d'un droit coutumier ne devrait donc pas empêcher d'essayer d'innover en codifiant et développant progressivement des règles juridiques.

## 2. TRAITÉS APPLICABLES À L'INDIVIS MONDIAL

### a) Zones ou espaces constituant l'indivis mondial

6. En ce qui concerne les *océans du monde*, on sait que leur régime a été défini en détail par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Allant bien au-delà des règles quelque peu rudimentaires établies dans la Convention de Genève sur la haute mer, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer consacre un chapitre entier (partie XII) à la protection et à la préservation du milieu marin. La disposition fondamentale figure à l'article 192, qui dispose que : « Les États ont l'obligation de protéger et de préserver le milieu marin. » Les dispositions qui viennent après approfondissent cette règle en la détaillant.

7. La Convention prévoit (art. 145) les mesures spécifiques qui doivent être prises par l'Autorité des fonds marins en ce qui concerne la « Zone », c'est-à-dire les fonds marins et leur sous-sol au-delà des limites de la juridiction nationale (art. 1<sup>er</sup>, par.1.1). Il ne semble guère possible d'améliorer ce régime par un instrument général couvrant l'indivis mondial dans sa totalité. En tout état de cause, cela reviendrait à modifier la Convention alors qu'elle n'est pas encore entrée en vigueur.

8. La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer n'est pas le seul instrument qui régisse les activités ayant des effets sur les océans du monde. De nombreux traités sur des sujets tels que les marées noires et le rejet de déchets, notamment de déchets nucléaires, ont été conclus sous les auspices de l'OMI. Le Traité interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau interdit tous les essais nucléaires sous l'eau. Ainsi, bien qu'on puisse relever quelques lacunes ici et là, il existe déjà une protection juridique de l'environnement.

9. En outre, il convient de rappeler l'existence de nombreux traités régionaux dont l'objectif essentiel est de prévenir la pollution marine d'origine tellurique.

10. En ce qui concerne l'*Antarctique*, un protocole au Traité sur l'Antarctique, concernant la protection de l'environnement, a été conclu en 1991. Vouloir modifier un régime déjà prévu dans ce protocole n'aurait aucun sens.

11. Un régime de l'espace a été défini en 1967 par le Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes. Bien que ce traité ne porte pas directement sur des questions d'environnement, on peut considérer que les interdictions énoncées à l'article IV (premier paragraphe), qui, essentiellement, proscrirent les armes nucléaires et autres armes de destruction massive, ont des incidences positives sur l'indivis mondial. L'Accord régissant les activités des États sur la Lune et les autres corps célestes va plus loin en disposant, à l'article 7, que « lorsqu'ils explorent et utilisent la Lune, les États parties prennent des mesures pour éviter de perturber l'équilibre du milieu ». Jusqu'à présent il n'y a jamais eu dans le concret de problème qui rendrait nécessaires des mesures de protection supplémentaires.

### b) Composants du milieu naturel

12. L'air, si l'on peut rappeler un tel truisme, ne s'arrête pas aux frontières et ses mouvements autour du globe terrestre, aujourd'hui assez bien connus pour l'essentiel, font que toute altération de sa pureté initiale dans un endroit a des répercussions ailleurs. Cependant, le droit international ne saurait aller jusqu'à vouloir régir toutes les activités humaines qui peuvent altérer la qualité de l'air puisqu'il n'y a pratiquement aucune activité qui n'ait, à un degré plus ou moins grand, un effet sur l'air ambiant. De ce fait, ce sont des critères restrictifs qui ont été appliqués dans la pratique. La réglementation internationale n'a d'abord considéré que la pollution atmosphérique débordant nettement les frontières nationales. Ensuite, les efforts ont tout naturellement été axés sur les facteurs de pollution d'une certaine gravité. L'exemple le plus remarquable de traité contre la pollution de l'air est celui de la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance. Mais cet instrument et ses trois protocoles additionnels sont le résultat des travaux de la CEE et s'appliquent uniquement à cette région. Aucune autre région du monde n'a encore entrepris de faire comme l'Europe. Il n'existe pas non plus d'instrument contraignant applicable à l'échelle universelle.

13. L'eau a des propriétés qui rappellent celles de l'air. Elle circule par l'évaporation et par les précipitations. Un pays ne peut donc pas la garder indéfiniment pour lui seul, sauf dans le cas de certaines nappes souterraines qui, si elles ne sont pas exploitées, peuvent rester en l'état pendant des siècles. Mais, par ailleurs, l'eau est un élément nettement plus stable que l'air, puisque l'évaporation et l'écoulement des rivières sont des processus assez lents et qui peuvent, dans une certaine mesure, être contrôlés par l'homme. C'est pour ces raisons que le législateur n'a jamais visé l'eau dans l'abstrait

mais a, au contraire, cherché à établir des règles individuelles pour ses diverses formes, régissant séparément les fleuves, les lacs et les mers et océans. Comme l'a montré le débat de la CDI sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, les États considèrent l'eau des fleuves qui drainent leur territoire comme une ressource relevant de la souveraineté nationale, tout en admettant que certains engagements internationaux peuvent en restreindre l'usage. Quoi qu'il en soit, la notion de ressources partagées — entre pays riverains d'un même réseau fluvial international — n'a pas même été reconnue par la CDI.

14. Des travaux scientifiques ont montré que la couche d'ozone joue un rôle particulièrement important en empêchant une partie du rayonnement ultraviolet, dangereux pour la vie, d'atteindre la surface de la Terre. La communauté internationale a adopté la Convention pour la protection de la couche d'ozone qui a par la suite été complétée par le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone. Là encore, il reste peu à faire et, en tout état de cause, on ne peut guère espérer améliorer ce régime par un instrument général couvrant l'ensemble de l'indivis mondial.

15. Enfin, il y a lieu de mentionner la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques. Comme son nom l'indique, cette convention traite spécifiquement de toutes les questions se rapportant au climat mondial. Certes, il ne s'agit que d'un cadre général, mais il faut se souvenir qu'un instrument qui régirait l'indivis mondial dans sa totalité devrait, dans tous les cas, se borner à poser des principes passablement étendus. La nature même d'un tel traité exclurait qu'on puisse entrer dans le détail.

16. Pour résumer, on est fondé à dire qu'il existe déjà un vaste ensemble de règles de droit protégeant le patrimoine atmosphérique et aquatique mondial. Certes, on ne peut pas dire que ces règles soient pleinement satisfaisantes. Il n'est pas difficile non plus d'y trouver ici et là des lacunes. Mais il est évident qu'on ne peut guère espérer introduire de grandes nouveautés. Dans les domaines où des menaces majeures pèsent sur l'environnement, les instruments existants entrent beaucoup plus dans le détail qu'un ensemble de principes ou de règles à l'échelle universelle ne pourrait jamais le faire.

17. En revanche, si on considérait que la faune et la flore du globe, quelle que soit leur localisation territoriale, font elles aussi partie intégrante de l'indivis mondial, c'est un chapitre entièrement nouveau qui s'ouvrirait. Il est certain qu'une telle façon de voir heurterait de nombreuses conceptions traditionnelles de la souveraineté nationale. Cependant, à l'échelon régional, il existe déjà de nombreux traités visant à protéger la faune sauvage et la flore menacée d'extinction. Le Sommet de Rio a, par ailleurs, adopté la Convention sur la diversité biologique. Ici encore, il semble que l'on ait pour le moment atteint les limites de ce qui est acceptable pour l'ensemble des États.

### 3. PRINCIPALES DIFFICULTÉS QUE PRÉSENTERAIT UN PROJET DE PROTECTION DE L'INDIVIS MONDIAL

18. Les observations qui précèdent ont déjà donné une idée des difficultés qu'il faudrait surmonter pour établir un projet de protection de l'indivis mondial.

19. Tous les traités en vigueur sont spécifiques. Ou bien ils portent sur un élément distinct de l'indivis mondial (par exemple, l'Antarctique, la haute mer, l'espace), pour lequel ils établissent un régime général, ou bien ils visent à écarter une menace environnementale bien précise (par exemple, la pollution atmosphérique). On a donc pu adapter le régime envisagé aux spécificités de la question traitée et établir des règles directement applicables, sans qu'il faille un examen en plusieurs lectures pour les commenter et les concrétiser. Si la CDI entreprenait d'élaborer des règles s'appliquant à l'ensemble de l'indivis mondial, dont les caractéristiques sont extrêmement disparates, ces règles seraient, par nécessité, tellement abstraites qu'elles ne pourraient guère constituer un progrès par rapport à la Déclaration sur l'environnement<sup>1</sup>, ou à la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement<sup>2</sup>.

20. Établir un régime juridique de l'indivis mondial dans son ensemble reviendrait essentiellement à enjoindre aux États de prendre des mesures de précaution de façon que les activités menées sur leur territoire ne portent pas atteinte aux ressources dont dépend l'existence de l'humanité. Un tel régime, cependant, ne se distinguerait pas d'un régime visant à protéger l'intégrité territoriale des autres États. Cela est particulièrement évident dans le cas de la pollution atmosphérique. L'essentiel de la pollution des océans vient de l'atmosphère. Pour que le milieu marin reste intact, il faut donc réduire la pollution atmosphérique, dont les sources se trouvent sous juridiction nationale. Mais ces mêmes sources de pollution peuvent également léser les États voisins. Ce qu'il faut, par conséquent, c'est un régime dont les éléments soient déterminés en tenant compte à la fois du dommage qui peut être causé à l'indivis mondial et de celui que risquent de subir les autres États. Il serait en l'occurrence extrêmement artificiel, sinon impossible, d'établir des règles différentes selon l'identité des sujets à protéger. La question de la responsabilité est, elle, entièrement différente. Les règles classiques à cet égard n'apportent aucune réponse, car elles présupposent une relation bilatérale entre l'État auteur et l'État victime.

21. Une dernière difficulté tient au fait que la Commission a inscrit à son ordre du jour la question bien connue de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international. Selon les décisions prises à

<sup>1</sup> *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.A.14), 1<sup>re</sup> partie, chap. I<sup>er</sup>.

<sup>2</sup> *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992* [A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I, Vol. I/Corr.1, Vol. II, Vol. III et Vol. III/Corr.1)] (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatifs), vol. I : *Résolutions adoptées par la Conférence, résolution 1, annexe I*.



la quarante-quatrième session<sup>3</sup>, les travaux sur cette question commenceront par une étude de la prévention. Comme indiqué *supra*, la prévention est un concept global, visant à éviter les effets préjudiciables où qu'ils se produisent. Si la Commission entreprenait d'étudier la question de l'indivis mondial, cela ferait nécessairement double emploi avec ses travaux actuels sur les conséquences préjudiciables. Il serait infiniment préférable d'établir un code des devoirs de prévention, en ayant à l'esprit la nécessité de protéger l'indivis mondial. Sinon, on sera inévitablement conduit à des débats interminables et stériles pour établir la délimitation entre ces deux questions.

<sup>3</sup> *Annuaire... 1992*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 343 à 349.

## Droits et obligations des États en matière de protection de l'environnement, par M. Chusei Yamada

### 1. GÉNÉRALITÉS

1. Dans les conclusions du Forum sur le droit international de l'environnement, tenu en avril 1990 à Sienne (Italie), on notait très justement que, depuis la Déclaration de Stockholm sur l'environnement<sup>1</sup>, le droit international de l'environnement avait connu une évolution importante. On dispose actuellement en abondance de conventions et d'autres instruments internationaux, qui portent sur des domaines multiples et forment un réseau serré de droits et obligations des États. Ces instruments sont l'un des fleurons du droit international contemporain.

2. Le réseau existant d'obligations fixé par les conventions internationales présente toutefois certaines lacunes. Quelques domaines — surtout ceux qui ont une dimension planétaire — ne sont pas encore parfaitement couverts. La mise en œuvre des conventions, au niveau tant national qu'international, n'est pas toujours pleinement satisfaisante.

3. Souvent dictée par le souci de satisfaire à des exigences particulières, la démarche sectorielle adoptée pour la conclusion de conventions risque de faire perdre de vue que la prévention de la pollution et la détérioration continue de l'environnement sont des problèmes qu'il faut aborder de façon intégrée.

4. Le droit coutumier en matière de protection de l'environnement en est encore à ses balbutiements. En élaborant des principes généraux qui prendraient la forme d'une convention pour pallier les lacunes existantes et assurer la protection de l'indivis mondial, la CDI s'attellerait à une tâche qui, pour être difficile, n'en est pas moins essentielle.

<sup>1</sup> *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.A.14), 1<sup>re</sup> partie, chap. I<sup>er</sup>.

### 4. CONCLUSIONS

22. Il n'est pas souhaitable que la Commission inscrive à son programme de travail à long terme une question intitulée « indivis mondial ».

23. Les préoccupations qui ont amené à proposer d'inclure une telle question dans les travaux de la Commission peuvent dans une large mesure être apaisées par l'élaboration de règles appropriées de prévention dans le cadre de la question des conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international. Il serait alors tout indiqué de modifier l'intitulé de cette question pour faire bien apparaître la nouvelle orientation.

5. On se souviendra à ce propos que l'« Examen d'ensemble du droit international »<sup>2</sup>, établi par le Secrétariat à l'intention de la CDI pour que celle-ci choisisse les sujets à inscrire à son programme de travail à long terme, consacrait un chapitre au droit de l'environnement, appelant ainsi l'attention de la Commission sur le développement progressif du droit international dans ce domaine.

6. L'auteur propose d'intituler le sujet « Droits et obligations des États en matière de protection de l'environnement » au lieu de l'« Environnement ». En proposant l'expression « environnement » à la quarante-quatrième session de la CDI, il avait à l'esprit la Déclaration de Stockholm sur l'environnement mais, en limitant le sujet à la seule question de l'environnement, on diminuerait du même coup l'efficacité et l'utilité de son examen, surtout si l'on tient compte de l'évolution théorique récente de la question.

### 2. DÉVELOPPEMENT DU DROIT INTERNATIONAL DE L'ENVIRONNEMENT

7. Un bref historique du développement du droit international de l'environnement donnerait des indications précieuses sur ce qu'il convient de faire.

8. Les problèmes d'environnement classiques, auxquels le droit international s'intéresse depuis l'entre-deux-guerres, avaient ceci de particulier qu'ils surgissaient généralement entre deux États voisins, ce qui rendait l'identification des pollueurs et des victimes relativement facile, et que le différend qui affectait les relations bilatérales de l'État lésé et de l'État auteur pouvait être résolu en vertu des principes de bon voisinage. L'affaire de la *Fonderie de Trail (Trail Smelter)*<sup>3</sup>, dans laquelle un arbitrage a été rendu en 1941, offre un exemple typique de ce genre de différend.

<sup>2</sup> Voir *Annuaire... 1971*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 1, doc. A/CN.4/245.

<sup>3</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1905 et suiv.

9. Les règles de droit international applicables à ce type de litiges se fondent sur la prémisse de l'égalité souveraine des États territoriaux, en vertu de laquelle ceux-ci sont tenus de veiller avec la diligence due à ce que les activités économiques menées sur leur territoire ne portent pas préjudice à d'autres États; *sic utere tuo ut alienum non laedas*.

10. Ce type de droit international de l'environnement se caractérise par le fait qu'il vise avant tout à organiser de façon équilibrée les rapports entre les souverainetés territoriales exclusives des États et que, partant, il ne vise pas nécessairement à protéger l'environnement mondial.

11. Lorsque, plus tard, la dégradation de l'environnement a cessé de toucher uniquement les États voisins pour atteindre également des zones plus étendues, une certaine tendance à modifier les règles de droit international applicables s'est fait jour.

12. On a introduit le principe de la responsabilité pour risque (en vertu duquel un certain degré de responsabilité absolue est imputable à ceux qui créent le risque pour la société), à côté du principe classique de la responsabilité pour négligence dans les conventions qui traitent des dommages dus à la pollution marine ou à des activités présentant des risques exceptionnels, telles que les activités nucléaires ou spatiales.

13. Cependant, il n'existe pas de convention générale prescrivant les droits et les obligations des États en cas d'activités à risque exceptionnel, si l'on excepte les conventions qui régissent des activités particulières et qui ne traitent pas des droits et obligations des États de façon exhaustive.

14. Ces dernières années, l'expansion économique et l'explosion démographique ont été à l'origine de problèmes écologiques mondiaux, tels que la destruction de la couche d'ozone et les changements climatiques, qui sont devenus d'importantes matières de droit international.

15. Les problèmes écologiques mondiaux — changements climatiques, destruction de la couche d'ozone, de la biodiversité et de la forêt tropicale se caractérisent tous par les dommages étendus et durables — quoique progressifs — causés à l'environnement du fait des effets conjugués d'activités diverses menées dans différents pays.

16. Ces problèmes, qui sont au nombre des préoccupations communes à toute l'humanité, poussent à envisager la question des droits et des obligations des États sous un jour complètement nouveau, et à aller bien au-delà des obligations réciproques des États pour s'engager sur le terrain d'obligations qui, par leur teneur, leur nature et les modes de mise en œuvre, seraient des « obligations *erga omnes* » ou « obligations générales ».

17. De ce point de vue, le principe d'une obligation générale des États en matière de protection de l'environnement, qui découle de plusieurs conventions dans le domaine de l'environnement, acquiert une signification particulièrement importante en tant que principe de base du droit international (principe énoncé notamment au paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention pour la protection de la couche d'ozone).

### 3. LA FORME DE L'INSTRUMENT À ÉLABORER

18. Quant à la forme que pourrait prendre un instrument juridique en matière d'environnement, il serait bon d'envisager l'élaboration d'une convention-cadre qui prescrirait les droits et obligations généraux des États, abstraction faite de la spécificité de certains domaines et de certains aspects de la question. En élaborant des règles de droit international qui s'appliqueraient à l'ensemble des problèmes d'environnement, présents et futurs, on pourrait combler les vides juridiques laissés par les conventions existantes et maintenir, dans une certaine mesure, les nouveaux problèmes écologiques sous le contrôle du droit international. Une telle convention-cadre permettrait de se prémunir contre toute lacune éventuelle dans les règles applicables, même en l'absence de conventions particulières. Elle favoriserait, parallèlement, la détection précoce de risques écologiques potentiels ainsi que l'adoption de dispositions plus concrètes, dans le cadre de conventions particulières. Il va sans dire que l'objectif de cette convention-cadre ne serait pas de se substituer aux conventions particulières, dont on se doit d'encourager l'adoption si l'on veut parvenir à protéger plus efficacement l'environnement. En prescrivant des règles communes, la convention envisagée coifferait les conventions existantes et serait ultérieurement complétée par d'autres conventions consacrées à des sujets particuliers.

#### 4. PROJET DE STRUCTURE D'UN INSTRUMENT POSANT LES DROITS ET OBLIGATIONS GÉNÉRAUX DES ÉTATS EN MATIÈRE DE PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT

19. Étant donné le développement historique du droit international et les situations auxquelles la communauté internationale doit faire face (voir *supra* par. 7 à 17), le texte relatif aux droits et obligations généraux des États dans ce domaine pourrait avoir la structure suivante :

##### I. Principes généraux

###### A. Expressions employées

(Définition de termes tels que « environnement », « pollution », « dommage », « préjudice », « dégât » et « risque » concernant l'environnement, etc.)

###### B. Conséquences juridiques des « obligations générales » des États vis-à-vis de la communauté internationale

###### C. Principe selon lequel les États sont tenus de veiller à ce que les activités relevant de leur juridiction ou de leur contrôle ne nuisent pas à l'environnement

###### D. Principes relativement nouveaux

1. La notion de « développement durable » — responsabilité vis-à-vis des générations futures

2. Responsabilités communes mais différenciées dans l'intérêt de toute l'humanité — prise en compte de la situation particulière des pays en développement

3. Harmonisation des politiques en matière d'environnement et de la politique commerciale
- II. Règles de fond et de procédure
- A. Principes de base
1. Responsabilité dans le cadre des relations de bon voisinage
  2. Responsabilité découlant d'activités à haut risque
  3. Applicabilité du principe du pollueur-payeur
  4. Protection de l'environnement mondial considéré comme un tout
- B. Coopération internationale  
(Échanges d'informations, consultations, évaluations écologiques, etc.)
- C. Principes relatifs à l'attribution de la responsabilité
1. Responsabilité pour négligence
  2. Principe de la responsabilité absolue
  3. Obligation de réparation (par exemple, responsabilité de la société mère et/ou de l'État où est implantée la société mère en ce qui concerne les activités écotoxiques des filiales)
- D. Procédure de règlement des différends
1. Procédure internationale de règlement des différends
    - a) Arbitrage ou verdict d'organismes internationaux compétents
    - b) Compétence de la Cour internationale de Justice en matière de différends écologiques
    - c) Recevabilité de l'*actio popularis* dans le domaine des différends relatifs à l'environnement mondial
  2. Procédure nationale de règlement des différends — accès égal des non-résidents aux tribunaux nationaux
- III. Mesures pour assurer la mise en œuvre des obligations
- A. Classification des obligations selon leur nature et leurs rapports avec les modes de mise en œuvre
- B. Mesures de mise en œuvre directe
1. Mise en œuvre par des organisations internationales, élaboration de règles dans le cadre des organisations inter-
- nationales, possibilité de mesures de sauvegarde, prise d'engagements et révision, etc.
2. Mise en œuvre par l'intermédiaire des droits internes — y compris les questions de principe concernant la juridiction des États et les effets extraterritoriaux des mesures prises unilatéralement par un État dans son droit interne
  3. Rapport entre les conventions-cadres et les protocoles d'application
- C. Mesures de mise en œuvre indirecte
- D. Mesures de dissuasion
1. Observation du respect des obligations au niveau international
  2. Mesures prises par la communauté internationale à l'égard d'un État qui a commis certains actes nocifs pour l'environnement
    - a) Amendes et taxes
    - b) Sanctions économiques, y compris restrictions commerciales et suspension de l'aide
    - c) Autres mesures
- E. Mesures d'incitation
1. Transfert de fonds et de technologie, incitatifs fiscaux
  2. Mécanisme international de partage des charges financières
  3. Mise en place de mécanismes d'assurance responsabilité
5. TRAVAUX DE LA COMMISSION  
DU DROIT INTERNATIONAL SUR CE SUJET:  
PERSPECTIVES
20. L'auteur convient que la liste qui précède est très ambitieuse. La Commission choisira, le moment venu, les sujets qu'elle veut examiner en priorité.
21. Il faudra veiller à harmoniser et intégrer les travaux consacrés à la convention en question avec l'examen d'autres sujets relatifs aux problèmes écologiques (en particulier les projets d'articles sur la responsabilité des États et sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables d'activités non interdites par le droit international, ainsi que le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité) auquel la Commission procède actuellement.
22. Comme l'optique envisagée pour le moment est celle d'une convention-cadre, certains sujets énumérés au point 4 pourraient faire double emploi avec des sujets que la Commission examine actuellement, chose que, naturellement, il faudra s'efforcer d'éviter au cours des travaux.