Document:-
A/10010/Rev.1

Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-septième session (5 mai – 25 juillet 1975)

sujet:
<plusiers des sujets>

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
1975, vol. II

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

Copyright © Nations Unies

RAPPORT DE LA COMMISSION À L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

DOCUMENT A/10010/REV.1

Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-septième session

5 mai-25 juillet 1975

TABLE DES MATIÈRES

		Pages
Liste des abréviations		53
Note explicative : italique dans les citations		53
Chapitres	*Paragraphes*	
I. ORGANISATION DE LA SESSION	1-8	54
A. Composition de la Commission et participation à la session	2-3	54
B. Bureau	4	54
C. Comité de rédaction	5	54
D. Secrétariat	6	54
E. Ordre du jour	7-8	55
II. RESPONSABILITÉ DES ÉTATS	9-52	55
A. Introduction	9-51	55
1. Aperçu historique des travaux de la Commission	9-30	55
2. Remarques d'ordre général relatives au projet d'articles	31-51	58
a) Forme du projet	31	58
b) Portée du projet	32-37	58
i) Responsabilité des Etats	32	58
ii) Responsabilité pour faits internationalement illicites	33-34	59
iii) Règles générales qui régissent la responsabilité	35-37	59
c) Economie du projet	38-51	60
i) Plan d'ensemble	38-44	60
1) Première partie : L'origine de la responsabilité internationale	42	60
2) Deuxième partie : Contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale	43	61
3) Eventuelle troisième partie : Règlement des différends et « mise en œuvre » de la responsabilité internationale	44	61
ii) Structure et contenu de la première partie du projet (L'origine de la responsabilité internationale)	45-51	61
1) Principes généraux (chap. I[er])	46	62
2) Le « fait de l'Etat » selon le droit international (chap. II)	47-48	62
3) Violation d'une obligation internationale (chap. III)	49	63
4) Participation d'autres Etats au fait internationalement illicite d'un Etat (chap. IV)	50	64

Chapitres		*Paragraphes*	*Pages*
	5) Circonstances excluant l'illicéité et circonstances atténuantes ou aggravantes (chap. V)	51	64
	B. Projet d'articles sur la responsabilité des Etats	52	64
	1. Texte des articles 1 à 15 adoptés par la Commission à ses vingt-cinquième, vingt-sixième et vingt-septième sessions		64
	2. Texte des articles 10 à 15 et commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa vingt-septième session		65
III.	SUCCESSION D'ÉTATS DANS LES MATIÈRES AUTRES QUE LES TRAITÉS	53-76	113
	A. Introduction	53-75	113
	1. Aperçu historique des travaux de la Commission	53-66	113
	2. Remarques d'ordre général relatives au projet d'articles	67-75	116
	a) Forme du projet	67	116
	b) L'expression « matières autres que les traités »	68-70	116
	c) Economie du projet	71-74	116
	d) Caractère provisoire des dispositions adoptées au cours des vingt-cinquième et vingt-septième sessions	75	117
	B. Projet d'articles sur la succession d'Etats dans les matières autres que les traités	76	117
	1. Texte des articles 1 à 9, 11 et X adoptés par la Commission à ses vingt-cinquième et vingt-septième sessions		117
	2. Texte des articles 9, 11 et X et de l'alinéa *e* de l'article 3 et des commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa vingt-septième session		118
IV.	CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE	77-119	122
	A. Introduction	77-118	122
	1. Résumé des débats de la Commission	77-100	122
	2. Portée du projet d'articles	101-104	125
	3. La clause de la nation la plus favorisée et la clause du traitement national	105-108	126
	4. La clause de la nation la plus favorisée et le principe de la non-discrimination	109-112	126
	5. La clause de la nation la plus favorisée et les différents niveaux de développement économique	113-115	127
	6. Caractère général du projet d'articles	116-118	127
	B. Projet d'articles sur la clause de la nation la plus favorisée	119	128
	1. Texte des articles 1 et 21 adoptés par la Commission à ses vingt-cinquième et vingt-septième sessions		128
	2. Texte des articles 8 à 21 et des commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa vingt-septième session		130
V.	QUESTION DES TRAITÉS CONCLUS ENTRE ÉTATS ET ORGANISATIONS INTERNATIONALES OU ENTRE DEUX OU PLUSIEURS ORGANISATIONS INTERNATIONALES	120-137	181
	A. Introduction	120-136	181
	B. Projet d'articles sur les traités conclus entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales	137	183
	1. Textes des articles 1 à 4 et 6 à 18 adoptés par la Commission à ses vingt-sixième et vingt-septième sessions		183
	2. Texte des articles 7 à 18 et des alinéas *b*, *b bis*, *b ter*, *c*, *c bis* et *g* du paragraphe 1 de l'article 2 et des commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa vingt-septième session		186
VI.	AUTRES DÉCISIONS ET CONCLUSIONS DE LA COMMISSION	138-172	196
	A. Droit relatif aux utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation	138	196
	B. Programme de travail et organisation des travaux	139-147	196

Chapitres		*Paragraphes*	
C.	Coopération avec d'autres organismes	148-159	197
	1. Comité juridique consultatif africano-asiatique	148-151	197
	2. Comité européen de coopération juridique	152-155	198
	3. Comité juridique interaméricain	156-159	198
D.	Date et lieu de la vingt-huitième session	160	199
E.	Représentation à la trentième session de l'Assemblée générale	161	199
F.	Conférence commémorative Gilberto Amado	162-166	199
G.	Séminaire de droit international	167-172	199

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AELE	Association européenne de libre-échange
AIEA	Agence internationale de l'énergie atomique
ALALE	Association latino-américaine de libre-échange
Benelux	Union douanière et économique entre la Belgique, les Pays Bas et le Luxembourg
CDI	Commission du droit international
CEE	Commission économique pour l'Europe
CIJ	Cour internationale de Justice
C.I.J. Mémoires	CIJ, *Mémoires, plaidoiries et documents*
C.I.J. Recueil	CIJ, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
CPJI	Cour permanente de justice internationale
C.P.J.I., série A	CPJI, *Recueil des arrêts*
C.P.J.I., série A/B	CPJI, *Arrêts, ordonnances et avis consultatifs*
C.P.J.I., série B	CPJI, *Recueil des avis consultatifs*
C.P.J.I., série C	CPJI, *Plaidoiries, exposés oraux et documents*
Euratom	Communauté européenne de l'énergie atomique
FAO	Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
ILA	International Law Association
OACI	Organisation de l'aviation civile internationale
OEA	Organisation des Etats américains
OECE	Organisation européenne de coopération économique
OIT	Organisation internationale du Travail
OMCI	Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime
OMM	Organisation météorologique mondiale
OMS	Organisation mondiale de la santé
ONU	Organisation des Nations Unies
ONUC	Opération des Nations Unies au Congo
ONUDI	Organisation des Nations Unies pour le développement industriel
OUA	Organisation de l'unité africaine
RAU	République arabe unie
SDN	Société des Nations
UIT	Union internationale des télécommunications
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture
UNITAR	Institut des Nations Unies pour la formation et la recherche
UPU	Union postale universelle

NOTE EXPLICATIVE : ITALIQUE DANS LES CITATIONS

Un astérisque placé dans une citation après un passage en italique indique que ce passage n'était pas en italique dans l'original.

Chapitre premier

ORGANISATION DE LA SESSION

1. La Commission du droit international, créée en application de la résolution 174 (II) de l'Assemblée générale, en date du 21 novembre 1947, a, conformément à son statut joint en annexe à ladite résolution et modifié ultérieurement, tenu sa vingt-septième session à l'Office des Nations Unies, à Genève, du 5 mai au 25 juillet 1975. Les travaux effectués par la Commission au cours de cette session sont exposés dans le présent rapport. Le chapitre II du rapport, qui traite de la responsabilité des Etats, contient un exposé des travaux de la Commission sur cette question et les quinze projets d'articles qu'elle a provisoirement adoptés jusqu'à présent ainsi que les commentaires de six de ces articles, qui ont été provisoirement adoptés à la vingt-septième session. Le chapitre III, qui traite de la succession d'Etats dans les matières autres que les traités, contient un exposé des travaux de la Commission sur cette question et les onze projets d'articles provisoirement adoptés jusqu'à présent ainsi que les commentaires de trois de ces articles et d'un alinéa supplémentaire de l'article concernant les expressions employées, qui ont été provisoirement adoptés à la vingt-septième session. Le chapitre IV, relatif à la clause de la nation la plus favorisée, contient un exposé des travaux de la Commission sur cette question et les vingt et un projets d'articles provisoirement adoptés jusqu'à présent ainsi que les commentaires de quatorze de ces articles, qui ont été provisoirement adoptés à la vingt-septième session. Le chapitre V, qui traite de la question des traités conclus entre Etats et organisations internationales ou entre deux ou plusieurs organisations internationales, contient un exposé des travaux de la Commission sur cette question et les dix-sept projets d'articles provisoirement adoptés jusqu'à présent ainsi que les commentaires de douze de ces articles et de six alinéas supplémentaires de l'article concernant les expressions employées, qui ont été provisoirement adoptés à la vingt-septième session. Le chapitre VI est consacré à la question du droit relatif aux utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation, à l'organisation des travaux et au programme de travail de la Commission et à un certain nombre de questions, administratives et autres.

A. — Composition de la Commission et participation à la session

2. La Commission est composée des membres suivants :

M. Roberto AGO (Italie);
M. Mohammed BEDJAOUI (Algérie);
M. Ali Suat BILGE (Turquie);
M. Juan José CALLE Y CALLE (Pérou);
M. Jorge CASTAÑEDA (Mexique);
M. Abdullah EL-ERIAN (Egypte);
M. Taslim O. ELIAS (Nigéria);
M. Edvard HAMBRO (Norvège);
M. Richard D. KEARNEY (Etats-Unis d'Amérique);
M. Alfredo MARTÍNEZ MORENO (El Salvador);
M. N. A. OUCHAKOV (Union des Républiques socialistes soviétiques);
M. C. W. PINTO (Sri Lanka);
M. R. Q. QUENTIN-BAXTER (Nouvelle-Zélande);
M. Alfred RAMANGASOAVINA (Madagascar);
M. Paul REUTER (France);
M. Zenon ROSSIDES (Chypre);
M. Milan ŠAHOVIĆ (Yougoslavie);
M. José SETTE CÂMARA (Brésil);
M. Abdul Hakim TABIBI (Afghanistan);
M. Arnold J. P. TAMMES (Pays-Bas);
M. Doudou THIAM (Sénégal);
M. Senjin TSURUOKA (Japon);
M. Endre USTOR (Hongrie);
Sir Francis VALLAT (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord);
M. Mustafa Kamil YASSEEN (Irak).

3. Tous les membres de la Commission ont participé à la vingt-septième session de la Commission. Certains membres ont été empêchés d'assister à un certain nombre de séances en raison de leurs fonctions officielles.

B. — Bureau

4. A sa 1302e séance, le 5 mai 1975, la Commission a élu le bureau suivant :

Président : M. Abdul Hakim Tabibi;
Premier Vice-Président : M. Mohammed Bedjaoui;
Second Vice-Président : M. Milan Šahović;
Président du Comité de rédaction : M. R. Q. Quentin-Baxter;
Rapporteur : M. Alfredo Martínez Moreno.

C. — Comité de rédaction

5. A sa 1307e séance, le 12 mai 1975, la Commission a nommé un comité de rédaction composé des membres suivants : M. Roberto Ago, M. Taslim O. Elias, M. N. A. Ouchakov, M. C. W. Pinto, M. Alfred Ramangasoavina, M. Paul Reuter, M. Milan Šahović, M. Arnold J. P. Tammes, M. Senjin Tsuruoka et sir Francis Vallat. La Commission a élu M. R. Q. Quentin-Baxter président du Comité de rédaction. M. Alfredo Martínez Moreno a pris part aux travaux du Comité en qualité de rapporteur de la Commission. M. Juan José Calle y Calle a également participé, pendant un certain temps, aux travaux du Comité.

D. — Secrétariat

6. M. Erik Suy, conseiller juridique, a assisté à la 1302e séance de la Commission et y a représenté le Secrétaire général. M. Yuri M. Rybakov, directeur de la Division de la codification au Service juridique, a repré-

senté le Secrétaire général et a rempli les fonctions de secrétaire de la Commission de la 1349e à la 1359e séance, MM. Nicolas Teslenko et Santiago Torres-Bernárdez ont exercé les fonctions de sous-secrétaires de la Commission, et MM. Eduardo Valencia-Ospina et Larry D. Johnson celles de secrétaires adjoints.

E. — Ordre du jour

7. La Commission a adopté pour sa vingt-septième session l'ordre du jour ci-après :

1. Responsabilité des Etats.
2. Succession d'Etats dans les matières autres que les traités.
3. Clause de la nation la plus favorisée.
4. Question des traités conclus entre Etats et organisations internationales ou entre deux ou plusieurs organisations internationales.
5. Droit relatif aux utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation.
6. Programme de travail à long terme.
7. Organisation des travaux futurs.
8. Coopération avec d'autres organismes.
9. Date et lieu de la vingt-huitième session.
10. Questions diverses.

8. Au cours de la session, la Commission a tenu cinquante-huit séances publiques (de la 1302e à la 1359e séance). En outre, le Comité de rédaction a tenu vingt et une séances, et le Bureau élargi de la CDI et un groupe qui en dépend ont tenu six séances. La Commission a examiné tous les points inscrits à son ordre du jour, à l'exception du point 5 (Droit relatif aux utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation), pour les raisons exposées plus loin[1].

[1] Voir chap. VI, sect. A.

Chapitre II

RESPONSABILITÉ DES ÉTATS

A. — Introduction

1. Aperçu historique des travaux de la Commission

9. A sa première session, en 1949, la CDI avait fait figurer la question de la « Responsabilité des Etats » dans la liste des quatorze sujets de droit international à codifier. En 1955, à la suite de l'adoption par l'Assemblée générale de sa résolution 799 (VIII), du 7 décembre 1953, la Commission a nommé M. F. V. García Amador rapporteur spécial pour la question. De 1956 à 1961, M. García Amador a présenté successivement à la Commission six rapports sur la responsabilité des Etats. Occupée par la codification d'autres branches du droit international, telles que la procédure arbitrale et les relations et immunités diplomatiques et consulaires, la Commission n'a pas pu, entre 1956 et 1961, entreprendre la codification du sujet de la responsabilité des Etats, mais elle a procédé de temps à autre (notamment en 1956, 1957, 1959 et 1960) à certains échanges de vues de caractère général sur la question [2].

10. En 1960, la question de la codification de la responsabilité des Etats a été soulevée à la Sixième Commission de l'Assemblée générale pour la première fois depuis 1953. Elle a été examinée en 1961 et 1962 par la Sixième Commission et par la CDI dans le cadre du programme des travaux futurs dans le domaine de la codification et du développement progressif du droit international. Au cours de cet examen, des divergences de vues se sont manifestées quant à la manière d'aborder le sujet et, en particulier, quant à la question de savoir si la Commission devait commencer par codifier les règles de la responsabilité des Etats en tant que sujet général et autonome, ou si elle devait aborder certains sujets déterminés du droit des gens, comme la condition des étrangers, en se proposant de codifier en même temps, dans ce cadre, les règles dont la violation entraîne une responsabilité internationale et les règles de la responsabilité proprement dite. Finalement, il a été reconnu, tant à l'Assemblée générale qu'à la CDI, qu'il s'agissait non pas simplement de poursuivre les travaux déjà entrepris, mais de reprendre *ex novo* l'étude en question, que la responsabilité des Etats devait figurer parmi les sujets prioritaires, et qu'il convenait de prendre des mesures en vue d'accélérer les travaux relatifs à sa codification. M. García Amador n'étant plus membre de la Commission, celle-ci a estimé, en 1962, qu'il fallait faire des travaux préparatoires avant de nommer un nouveau rapporteur spécial, et elle a confié cette tâche à une sous-commission sur la responsabilité des Etats, composée de dix membres [3].

11. Le travail de la Sous-Commission sur la responsabilité des Etats a été examiné par la Commission lors de sa quinzième session (1963), à la 686e séance, sur la base du rapport présenté par M. Ago, président de la Sous-Commission [4]. Tous les membres de la CDI qui ont pris part à la discussion se sont déclarés d'accord avec les conclusions générales formulées par la Sous-Commission, à savoir : *a*) qu'aux fins de la codification du sujet la priorité devait être accordée à la définition des règles générales de la responsabilité internationale de l'Etat; *b*) qu'il n'était pas question de négliger l'expérience et la documentation réunies dans certains secteurs particuliers, notamment dans celui de la responsabilité

[2] Pour l'historique détaillé de la question jusqu'en 1969, voir *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 238, doc. A/7610/Rev.1, chap. IV.

[3] MM. Ago (Président), Briggs, Gros, Jiménez de Aréchaga, Lachs, de Luna, Paredes, Tounkine, Tsuruoka et Yasseen.

[4] Voir *Annuaire... 1963*, vol. II, p. 237, doc. A/5509, annexe I. Pour les comptes rendus analytiques des 2e à 5e séances de la Sous-Commission et les mémoires présentés par ses membres, voir *Annuaire... 1963*, vol. II, p. 238 et suiv., doc. A/5509, annexe I, append. I et II.

pour dommages à la personne et aux biens des étrangers; *c*) qu'il fallait suivre attentivement les répercussions éventuelles que l'évolution récente du droit international pouvait avoir eues sur la responsabilité des Etats. Les membres de la Commission se sont également déclarés d'accord avec le programme de travail proposé par la Sous-Commission. Après avoir approuvé à l'unanimité le rapport de la Sous-Commission, la Commission, à la même session, a nommé M. Roberto Ago rapporteur spécial pour la question de la responsabilité des Etats. Il a aussi été entendu que le Secrétariat préparerait certains documents de travail sur ce sujet [5].

12. Ayant décidé de ne commencer l'examen quant au fond de la question de la responsabilité des Etats qu'après avoir achevé l'étude du droit des traités et des missions spéciales, la Commission n'a pas été en mesure de le faire avant 1969. Auparavant, en 1967, saisie d'une note sur la responsabilité des Etats présentée par le Rapporteur spécial [6], la Commission, dans sa nouvelle composition, a confirmé les directives qu'elle lui avait données en 1963 [7].

13. En 1969, à la vingt et unième session de la Commission, le Rapporteur spécial a présenté son premier rapport sur la responsabilité internationale des Etats [8]. Le rapport contenait un historique de l'œuvre accomplie jusqu'alors en ce qui concerne la codification de la matière et reproduisait dans ses annexes les textes les plus importants préparés au cours des travaux antérieurs de codification, individuels et collectifs, officiels et non officiels [9].

14. Lors de la présentation de son rapport [10], le Rapporteur spécial a rappelé les idées qui ont guidé la CDI à partir du moment où, ayant dû constater que ses efforts précédents avaient abouti à une impasse dans la codification de ce chapitre essentiel du droit international, elle a décidé de reprendre dans une nouvelle optique l'étude de la question de la responsabilité. Il a également résumé les conclusions de méthode auxquelles a abouti la Commission à ses quinzième (1963) et dix-neuvième (1967) sessions, conclusions sur la base desquelles elle s'est proposée de donner une nouvelle impulsion au travail de codification en la matière et d'essayer de le faire aboutir à des résultats positifs, conformément aux recommandations formulées par l'Assemblée générale dans ses résolutions 1765 (XVII), 1902 (XVIII), 2045 (XX), 2167 (XXI), 2272 (XXII) et 2400 (XXIII).

15. La Commission a procédé à une discussion approfondie du premier rapport du Rapporteur spécial au cours de ses 1011e à 1013e et 1036e séances [11]. Le débat a permis de constater l'existence d'une grande unité de vues au sein de la CDI quant à la manière la plus appropriée de poursuivre le travail sur la responsabilité des Etats et aux critères qui doivent présider à l'élaboration des différentes parties du projet d'articles que la Commission se propose d'élaborer. Les conclusions de la CDI à ce sujet ont été énoncées dans son rapport sur sa vingt et unième session [12].

16. Les conclusions auxquelles était ainsi parvenue la Commission à sa vingt et unième session ont été favorablement accueillies à la vingt-quatrième session de l'Assemblée générale [13]. Le plan d'ensemble pour l'étude du sujet, les étapes successives prévues pour sa réalisation et les critères à suivre pour les différentes parties du projet à établir ont recueilli l'approbation générale des membres de la Sixième Commission. L'Assemblée générale, par sa résolution 2501 (XXIV), du 12 novembre 1969, a recommandé à la Commission de poursuivre ses travaux sur la responsabilité des Etats.

17. Sur la base des directives fixées par la CDI et des recommandations de l'Assemblée générale, le Rapporteur spécial a entamé, dans l'ordre, l'examen des questions nombreuses et diverses que pose l'ensemble du sujet. Il a soumis à la Commission à sa vingt-deuxième session, en 1970, un deuxième rapport sur la responsabilité des Etats, intitulé « L'origine de la responsabilité internationale » [14]. Le rapport contenait dans son introduction un plan de travail détaillé pour la première phase de l'étude à accomplir en la matière, la phase qui doit être centrée sur l'examen des conditions subjectives et objectives d'existence d'un fait internationalement illicite. L'introduction était suivie d'un premier chapitre consacré à un certain nombre de principes généraux de base qui régissent l'ensemble du sujet. Le Rapporteur spécial a présenté son deuxième rapport aux 1074e et 1075e séances de la Commission [15]. En même temps, il a soumis un questionnaire énumérant certains points sur lesquels il désirait connaître les vues des membres de la Commission pour la suite de son travail [16].

18. La Commission a procédé, à ses 1075e, 1076e, 1079e et 1080e séances, à une discussion générale du deuxième rapport du Rapporteur spécial [17]. A la 1081e séance, le Rapporteur spécial a résumé les conclusions essentielles de méthode, de fond et de terminologie ressortant de

---

[5] En 1964, le Secrétariat a préparé et distribué, conformément à la demande de la Commission, un document de travail contenant un résumé des débats de divers organes des Nations Unies et des décisions qui y ont fait suite (*Annuaire... 1964*, vol. II, p. 131, doc. A/CN.4/165) et un résumé des décisions rendues par des tribunaux internationaux en matière de responsabilité des Etats (*ibid.*, p. 139, doc. A/CN.4/169). Chacun de ces deux documents comporte un supplément destiné à le mettre à jour, publié par le Secrétariat en 1969 (*Annuaire... 1969*, vol. II, p. 117, doc. A/CN.4/209, et *ibid.*, p. 103, doc. A/CN.4/208).

[6] *Annuaire... 1967*, vol. II, p. 361, doc. A/CN.4/196. La note a été examinée aux 934e et 935e séances de la Commission (v. *ibid.*, vol. I, p. 243 à 246).

[7] Voir *Annuaire... 1967*, vol. II, p. 406, doc. A/6709/Rev.1, par. 42.

[8] *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 129, doc. A/CN.4/217 et Add.1.

[9] Une liste de ces textes figure dans le rapport de la CDI sur sa vingt-cinquième session (*Annuaire... 1973*, vol. II, p. 168, doc. A/9010/Rev.1, note 14).

[10] Voir *Annuaire... 1969*, vol. I, p. 111 à 114, 1011e séance, par. 2 à 19.

[11] *Ibid.*, p. 111 à 126 et 256 à 258.

[12] Voir *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 242 et 243, doc. A/7610/Rev.1, par. 80 à 84.

[13] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-quatrième session, Sixième Commission*, 1103e à 1111e et 1119e séances; et *ibid., Annexes*, points 86 et 94 *b* de l'ordre du jour, doc. A/7746, par. 86 à 89.

[14] *Annuaire... 1970*, vol. II, p. 189, doc. A/CN.4/233.

[15] *Ibid.*, vol. I, p. 185 à 189 et 191 et 192.

[16] *Ibid.*, p. 185 et 186.

[17] *Ibid.*, p. 192 à 203 et 221 à 235.

l'examen d'ensemble effectué par la Commission [18]. Il a été entendu que le troisième rapport du Rapporteur spécial et ceux qui le suivraient seraient consacrés à l'analyse détaillée des différentes conditions qui doivent être réunies pour qu'un fait internationalement illicite puisse être considéré comme ayant été commis par un Etat et engager sa responsabilité internationale [19].

19. A la vingt-cinquième session de l'Assemblée générale, la Sixième Commission a estimé que les conclusions auxquelles la CDI était parvenue à sa session de 1970 étaient acceptables dans leur ensemble [20]. Par sa résolution 2634 (XXV), du 12 novembre 1970, l'Assemblée générale a recommandé à la CDI de poursuivre ses travaux sur la responsabilité des Etats.

20. A la vingt-troisième session de la Commission, en 1971, le Rapporteur spécial a présenté son troisième rapport, intitulé « Le fait internationalement illicite de l'Etat, source de responsabilité internationale » [21]. Ce troisième rapport comportait d'abord une introduction qui précisait les différentes conclusions auxquelles la Commission avait abouti à la suite de l'examen du deuxième rapport. Suivait un premier chapitre (Principes généraux), divisé en quatre sections (art. 1 à 4). Le Rapporteur spécial y reprenait la matière du chapitre Ier de son deuxième rapport, remaniée et complétée à la lumière de la discussion qui avait eu lieu au sein de la Commission lors de sa vingt-deuxième session. Le rapport se terminait par les sections 1 à 6 (art. 5 à 9) du chapitre II du projet (Le « fait de l'Etat » selon le droit international), chapitre qui est consacré à l'examen des conditions de l'attribution à l'Etat, sujet de droit international, d'un fait susceptible de constituer la source d'une responsabilité internationale.

21. L'examen des conditions de l'attribution à l'Etat, sujet de droit international, d'un fait pouvant constituer la source d'une responsabilité internationale a été poursuivi et complété dans le quatrième rapport du Rapporteur spécial, présenté en 1972 à la vingt-quatrième session de la Commission [22]. Ce rapport comprend les sections 7 à 10 (art. 10 à 13 [23]) du chapitre II du projet (Le « fait de l'Etat » selon le droit international).

22. Occupée par la préparation des projets d'articles sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales, sur la succession d'Etats en matière de traités et sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et d'autres personnes ayant droit à une protection internationale, la CDI, faute de temps, n'a pu examiner le sujet de la responsabilité des Etats ni à sa vingt-troisième session (1971) ni à sa vingt-quatrième session (1972). Toutefois, la Commission a fait figurer dans ses rapports sur lesdites sessions un résumé sur l'Etat d'avancement de l'étude de la responsabilité des Etats entreprise par le Rapporteur spécial [24].

23. A la vingt-sixième session de l'Assemblée générale (1971), on a estimé à la Sixième Commission que les travaux du Rapporteur spécial constituaient une contribution importante à l'élaboration par la CDI d'un projet d'articles en la matière [25]. Par sa résolution 2780 (XXVI), du 3 décembre 1971, l'Assemblée générale a recommandé à la Commission de poursuivre ses travaux en vue de faire des progrès substantiels dans la préparation du projet d'articles sur la responsabilité des Etats. A la vingt-septième session de l'Assemblée générale (1972), certains représentants à la Sixième Commission ont été d'avis que la CDI devrait accorder le rang de priorité le plus élevé à l'étude de la responsabilité des Etats [26], et l'Assemblée, par sa résolution 2926 (XXVII), du 28 novembre 1972, a recommandé à la Commission de préparer un premier projet d'articles sur la responsabilité des Etats.

24. En 1973, à sa vingt-cinquième session, la Commission a entrepris la préparation d'un projet d'articles sur la responsabilité des Etats, conformément aux recommandations de l'Assemblée générale. Ayant examiné à ses 1202e à 1213e et 1215e séances le chapitre Ier ainsi que les sections 1 à 3 du chapitre II du troisième rapport du Rapporteur spécial, la CDI a adopté en première lecture, à ses 1225e et 1226e séances, le texte proposé par le Comité de rédaction pour les articles 1 à 6 du projet, c'est-à-dire les articles du chapitre Ier (Principes généraux) du projet (art. 1 à 4) ainsi que les deux premiers articles (art. 5 et 6) du chapitre II (Le « fait de l'Etat » selon le droit international). Le texte de ces articles et des commentaires y relatifs a été reproduit dans le rapport de la Commission sur sa vingt-cinquième session [27].

25. La limitation de la portée du présent projet d'articles à la responsabilité pour faits internationalement illicites, la distinction faite entre les règles dites « primaires » et « secondaires » et la méthode inductive suivie par le Rapporteur spécial et la CDI dans la préparation du projet ont été approuvées par la plupart des représentants qui sont intervenus dans le débat qui a eu lieu à la Sixième Commission au cours de la vingt-huitième session de l'Assemblée générale [28]. Dans leur ensemble, les dispositions du projet adoptées par la CDI en 1973

---

[18] *Ibid.*, p. 235 à 240.

[19] Voir *Annuaire... 1970*, vol. II, p. 328 à 330, doc. A/8010/Rev.1, par. 70 à 83.

[20] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-cinquième session, Annexes*, point 84 de l'ordre du jour, doc. A/8147, par. 98 à 107.

[21] *Annuaire... 1971*, vol. II (1re partie), p. 209, doc. A/CN.4/246 et Add.1 à 3. A la même session, le Rapporteur spécial a présenté un deuxième additif à son premier rapport (*ibid.*, p. 203, doc. A/CN.4/217/Add.2).

[22] *Annuaire... 1972*, vol. II, p. 77, doc. A/CN.4/264 et Add.1.

[23] Devenus articles 10 à 15 du projet après leur examen par la Commission (voir ci-dessous sect. B, sous-sect. 2).

[24] *Annuaire... 1971*, vol. II (1re partie), p. 364 à 366, doc. A/8410/Rev.1, chap. III, sect. C, et *Annuaire... 1972*, vol. II, p. 352, doc. A/8710/Rev.1, chap. IV, sect. B.

[25] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-sixième session, Annexes*, point 88 de l'ordre du jour, doc. A/8537, par. 137 et 138.

[26] *Ibid., vingt-septième session, Annexes*, point 85 de l'ordre du jour, doc. A/8892, par. 195.

[27] *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 175, doc. A/9010/Rev.1, chap. II, sect. B. Le texte des articles est également reproduit ci-dessous à la section B.

[28] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-huitième session, Annexes*, point 89 de l'ordre du jour, doc. A/9334, par. 25 à 58.

ont fait également l'objet de commentaires favorables. L'Assemblée générale, dans sa résolution 3071 (XXVIII), du 30 novembre 1973, a recommandé à la Commission de poursuivre en priorité, à sa vingt-sixième session, ses travaux sur la responsabilité des Etats, en tenant compte des vues et considérations mentionnées dans ses résolutions 1765 (XVII), 1902 (XVIII), 2400 (XXIII) et 2926 (XXVII), en vue de préparer une première série de projets d'articles sur la responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites, ainsi que d'entreprendre séparément, en temps voulu, une étude de la question de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant de l'accomplissement d'autres activités [29].

26. En 1974, à sa vingt-sixième session, la Commission a poursuivi son étude du chapitre II (Le « fait de l'Etat » selon le droit international) du projet. Au cours de ses 1251e à 1253e, et 1255e à 1263e séances, elle a examiné les sections 4 à 6 du chapitre II proposées dans le troisième rapport du Rapporteur spécial. A sa 1278e séance, la CDI a considéré le texte des articles 7 à 9 proposé par le Comité de rédaction et l'a adopté en première lecture. Le texte de ces articles et des commentaires y relatifs a été reproduit dans le rapport de la Commission sur sa vingt-sixième session [30].

27. Dans leur ensemble, les dispositions du projet adoptées par la CDI en 1974 ont fait l'objet de commentaires favorables de la part des représentants qui sont intervenus dans le débat qui a eu lieu à la Sixième Commission au cours de la vingt-neuvième session de l'Assemblée générale [31]. Dans sa résolution 3315 (XXIX), du 14 décembre 1974, l'Assemblée générale a recommandé à la CDI de poursuivre à sa vingt-septième session, en tant que question hautement prioritaire, ses travaux sur la responsabilité des Etats, en tenant compte des résolutions 1765 (XVII), 1902 (XVIII), 2400 (XXIII), 2926 (XXVII) et 3071 (XXVIII), en vue de préparer dès que possible une première série de projets d'articles sur la responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites et d'aborder dès qu'il conviendra la question séparée de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant de l'accomplissement d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international.

28. A sa présente session, la Commission a achevé son étude du chapitre II (Le « fait de l'Etat » selon le droit international) du projet sur la responsabilité des Etats, c'est-à-dire des dispositions relatives aux conditions de l'attribution à l'Etat, sujet de droit international, d'un fait susceptible de constituer la source d'une responsabilité internationale. Au cours de ses 1303e à 1317e séances, elle a examiné les sections 7 à 10 du chapitre II proposées dans le quatrième rapport du Rapporteur spécial et a renvoyé au Comité de rédaction les articles contenus dans ces sections. A sa 1345e séance, la CDI a considéré le texte des articles 10 à 15 proposé par le Comité de rédaction et a adopté en première lecture le texte de ces articles.

29. A sa vingt-huitième session, la Commission poursuivra l'étude du sujet en le reprenant au point où elle s'est arrêtée à la présente session. Elle examinera donc, sur la base des sections pertinentes contenues dans un cinquième rapport (à l'élaboration duquel le Rapporteur spécial se consacre actuellement), toute une série de questions qui se posent dans le cadre du chapitre III (La violation d'une obligation internationale) du projet, chapitre qui, comme son titre l'indique, est consacré à l'étude de l'élément objectif du fait internationalement illicite.

30. Le texte de tous les articles du projet sur la responsabilité des Etats adoptés jusqu'ici par la Commission, ainsi que le texte des articles 10 à 15 et des commentaires y relatifs adoptés au cours de la présente session, est reproduit ci-après pour l'information de l'Assemblée générale [32].

2. Remarques d'ordre général relatives au projet d'articles [33]

a) forme du projet

31. La question de la forme définitive que prendra la codification de la responsabilité des Etats devra évidemment être tranchée à un stade ultérieur, lorsque la CDI aura achevé le projet. La Commission formulera alors, conformément à son statut, la recommandation qu'elle jugera appropriée. Sans préjuger cette recommandation, la Commission a décidé de donner à son étude sur la responsabilité des Etats la forme d'un *projet d'articles*, comme l'avait expressément recommandé l'Assemblée générale dans ses résolutions 2780 (XXVI), 2926 (XXVII), 3071 (XXVIII) et 3315 (XXIX). La Commission estime elle aussi que la rédaction d'un projet d'articles constitue la méthode la plus efficace pour dégager et développer les règles du droit international relatives à la responsabilité des Etats. Le projet d'articles en préparation est rédigé sous une forme qui permettra de l'utiliser comme base pour la conclusion d'une convention s'il en était ainsi décidé.

b) portée du projet

i) *Responsabilité des Etats*

32. De même que pour d'autres sujets dont elle a antérieurement entrepris la codification, la Commission

[29] Pour ce qui est de la suite donnée par la Commission à cette dernière recommandation de l'Assemblée générale, voir ci-dessous par. 34.

[30] *Annuaire... 1974*, vol. II (1re partie), p. 288, doc. A/9610/Rev.1, chap. III, sect. B, sous-sect. 2. Le texte des articles est également reproduit ci-dessous à la section B.

[31] *Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-neuvième session, Annexes*, point 87 de l'ordre du jour, doc. A/9897, par. 101 à 135.

[32] Voir sect. B.

[33] Les considérations d'ordre général qui suivent découlent notamment des conclusions arrêtées et des décisions prises par la Commission en 1963, lors de l'examen du rapport de la Sous-Commission sur la responsabilité des Etats, et en 1969, 1970 et 1973, lors de l'examen des premier, deuxième et troisième rapports du Rapporteur spécial. Elles constituent le cadre des travaux en cours relatifs à la préparation du projet d'articles sur la responsabilité des Etats.

entend limiter pour le moment son étude en matière de responsabilité internationale aux questions de la responsabilité des Etats. Elle ne sous-estime pas pour autant l'importance de l'étude des questions relatives à la responsabilité de sujets de droit international autres que les Etats, mais la nécessité primordiale de clarté dans l'examen entrepris et le caractère organique de son projet l'amènent, de toute évidence, à différer l'étude de ces autres questions.

ii) *Responsabilité pour faits internationalement illicites*

33. Le projet d'articles à l'étude ne porte que sur la responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites. La Commission reconnaît entièrement l'importance que revêtent, à côté des questions relatives à la responsabilité pour faits internationalement illicites, celles qui touchent à l'obligation de réparer les éventuelles conséquences préjudiciables découlant de l'accomplissement de certaines activités licites (notamment de celles qui, d'après leur nature, donnent lieu à certains risques). Mais la Commission est d'avis que cette deuxième catégorie de problèmes ne saurait être traitée conjointement avec la première. En raison du fondement entièrement distinct de la responsabilité pour risque, de la nature différente des règles qui la prévoient, et en raison aussi de son contenu et des formes qu'elle peut prendre, un examen conjoint des deux sujets ne pourrait que rendre plus difficile la compréhension de l'un et de l'autre. Le fait d'être tenu d'assumer les risques éventuels de l'exercice d'une activité légitime en soi et le fait de devoir faire face aux conséquences (non nécessairement limitées à un dédommagement) qu'entraîne la violation d'une obligation juridique ne sont pas des situations comparables. Ce n'est qu'en raison de la pauvreté relative du langage juridique que l'on se sert parfois du même terme pour désigner l'une et l'autre. A la lumière de ces considérations et afin d'éviter toute équivoque, la Commission, tout en réservant la question du titre définitif du présent projet, qui sera examinée à une date ultérieure, tient à souligner que l'expression « responsabilité des Etats » qui figure dans le titre du projet d'articles doit s'entendre comme signifiant uniquement « responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites ».

34. Bien entendu, le fait de limiter le présent projet d'articles à la responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites n'empêchera pas la Commission de mettre aussi à l'étude séparément, en temps voulu, la question de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant de l'accomplissement de certaines activités non interdites par le droit international, comme l'Assemblée générale l'a recommandé dans ses résolutions 3071 (XXVIII) et 3315 (XXIX). Il s'agit de ne pas englober dans un seul et même projet deux matières qui, en dépit de certaines apparences et de certains caractères communs, restent nettement distinctes. C'est en raison de considérations de cet ordre que la Commission a jugé qu'il était particulièrement nécessaire d'adopter pour la définition du principe énoncé à l'article 1er du présent projet une formule qui, tout en indiquant que le fait internationalement illicite est source de responsabilité internationale, ne peut donner lieu à une interprétation susceptible d'exclure automatiquement l'existence d'une autre source possible de « responsabilité ».

iii) *Règles générales qui régissent la responsabilité*

35. La responsabilité internationale revêt des aspects fort différents des autres questions qui ont fait jusqu'ici l'objet de l'œuvre de codification de la Commission. Cette dernière s'est normalement consacrée, dans ses projets précédents, à la définition des règles de droit international qui, dans un secteur ou l'autre des relations interétatiques, imposent aux Etats des obligations déterminées et qui, dans un certain sens, peuvent se définir comme « primaires ». En abordant le sujet de la responsabilité, la Commission entreprend au contraire de définir d'autres règles, qui, par opposition aux premières, peuvent se définir comme « secondaires » dans la mesure où elles cherchent à déterminer les conséquences juridiques d'un manquement aux obligations établies par les règles « primaires ». En préparant le présent projet d'articles, la Commission entend donc concentrer son étude sur la détermination des règles qui régissent la responsabilité, en maintenant une distinction rigoureuse entre cette tâche et celle qui consiste à définir les règles mettant à la charge des Etats les obligations dont la violation peut être cause de responsabilité. La Commission a estimé que cette distinction rigoureuse était indispensable pour qu'il soit possible de centrer le sujet de la responsabilité internationale et le voir dans son intégralité.

36. La nécessité de prendre en considération le contenu, la nature et la portée des obligations mises à la charge de l'Etat par des règles « primaires » du droit international, et de distinguer sur de telles bases entre différentes catégories d'obligations internationales, apparaîtra certainement lors de l'étude de l'élément objectif du fait internationalement illicite. Si l'on veut disposer d'un critère d'appréciation de la gravité d'un fait internationalement illicite et de détermination des conséquences qui doivent lui être rattachées, il faut sans aucun doute prendre en considération la tout autre importance qu'aura pour la communauté internationale le respect de certaines obligations — celles, par exemple, qui concernent le maintien de la paix — par rapport à l'observance d'autres obligations, et cela justement à cause du contenu des premières. Il faut de même tenir compte de la distinction à faire entre certaines obligations et d'autres à propos des finalités qu'elles poursuivent et du résultat qu'elles visent si l'on veut pouvoir déterminer dans chaque cas si l'on est ou non en présence de violation accomplie d'une obligation internationale et établir, le cas échéant, à quel moment le fait internationalement illicite a été perpétré. On ne manquera pas de mettre en évidence ces différents aspects au moment opportun. Mais cela ne doit pas faire perdre de vue le fait essentiel que si définir une règle et le contenu de l'obligation qu'elle impose est une chose, établir si cette obligation a été violée et quelles doivent être les suites de cette violation en est une autre. Seul ce deuxième aspect fait partie du domaine propre de la responsabilité. Favoriser une confusion à cet égard serait élever un

obstacle capable de ruiner une fois de plus l'espoir de réussir une codification de ce sujet. L'expérience du passé le prouve.

37. Dans le présent projet d'articles, la Commission se propose de codifier les règles qui régissent *en général* la responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites, et non pas seulement par rapport à certains secteurs particuliers, tel celui de la responsabilité pour des faits ayant causé des préjudices à la personne ou aux biens des étrangers. La responsabilité internationale de l'Etat est une situation qui résulte non pas seulement de la violation de certaines obligations internationales déterminées, mais d'une infraction à *toute* obligation internationale, qu'elle soit établie par les règles qui visent une matière déterminée ou par celles qui en régissent une autre. Le projet d'articles porte donc sur les *règles générales de la responsabilité internationale de l'Etat pour faits internationalement illicites*, c'est-à-dire sur les règles qui régissent l'ensemble des relations juridiques nouvelles auxquelles peut donner naissance un fait internationalement illicite d'un Etat, quel que soit le secteur particulier dont relève la règle violée par ce fait.

c) ÉCONOMIE DU PROJET

i) *Plan d'ensemble*

38. Dans ses grandes lignes, et sous réserve des décisions ultérieures de la CDI en la matière, l'économie du projet d'articles envisagé correspond au plan d'étude de la responsabilité internationale des Etats que la Commission a adopté sur la base des propositions avancées par le Rapporteur spécial.

39. La CDI s'est accordée à reconnaître que le sujet de la responsabilité internationale était l'un de ceux où le développement progressif du droit pouvait jouer un rôle particulièrement important, surtout, comme le Rapporteur spécial l'a mis en évidence, pour ce qui est de la distinction entre différentes catégories d'infractions internationales et en ce qui concerne le contenu et les degrés de la responsabilité. La Commission tient cependant à souligner expressément qu'à son avis la place à assigner respectivement au développement progressif et à la codification de principes déjà admis ne peut pas résulter d'un plan préétabli. Elle devra ressortir concrètement des solutions adoptées par rapport aux divers points.

40. La CDI a également estimé qu'il valait mieux renvoyer à plus tard la décision sur le point de savoir s'il convenait de commencer le projet d'articles sur la responsabilité des Etats par un article donnant des définitions ou par un article énumérant les questions qui seraient exclues du projet. Lorsque les solutions relatives aux différents points auront atteint un stade plus avancé, on se rendra mieux compte, en effet, si de telles clauses préliminaires s'imposent ou non dans l'économie générale du projet. Il convient d'éviter des définitions ou des formules initiales qui puissent préjuger les solutions à adopter plus tard. Tant que l'on restera dans le cadre de la première phase du projet à l'étude, on se basera sur *une notion générale de la responsabilité, ce terme désignant l'ensemble des relations juridiques nouvelles auxquelles peut donner naissance, dans les différentes hypothèses, un fait internationalement illicite d'un Etat.* Il incombera plus tard à la Commission de dire, par exemple, si de telles relations peuvent intervenir seulement entre ledit Etat et l'Etat lésé dans ses propres droits, ou aussi entre ce même Etat et d'autres sujets du droit international, voire peut-être avec la communauté internationale dans son ensemble. En attendant, la Commission se bornera à expliquer dans les commentaires des articles, quand cela s'avère nécessaire, le sens des expressions employées.

41. Finalement, la CDI est tombée d'accord sur les grandes phases que doit comprendre l'élaboration du projet. On peut dire, d'une manière générale, que la première concerne l'origine de la responsabilité internationale et la deuxième le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale. Une fois accomplie cette double tâche essentielle, la Commission pourrait, si elle le croyait opportun, décider de l'opportunité d'ajouter au projet une troisième partie, où l'on examinerait certains problèmes concernant le règlement des différends et la « mise en œuvre » de la responsabilité internationale de l'Etat.

1) *Première partie : L'origine de la responsabilité internationale*

42. Cette partie est consacrée à déterminer sur la base de quelles données et dans quelles circonstances on peut établir, à la charge d'un Etat, l'existence d'un fait internationalement illicite, source, en tant que tel, d'une responsabilité internationale. Dans ce cadre général, la première tâche à remplir en vue de l'élaboration du projet d'articles consiste à formuler les principes généraux de base régissant la matière. Une fois ces principes établis, il s'agit de traiter l'ensemble des questions qui se posent en ce qui concerne l'élément subjectif du fait internationalement illicite, c'est-à-dire en ce qui concerne la possibilité d'attribuer un comportement déterminé (action ou omission) à l'Etat en tant que sujet de droit international, et donc de considérer ce comportement comme un fait de l'Etat en droit international. Il s'agit ensuite de résoudre les questions qui se posent à propos de l'élément objectif du fait internationalement illicite — en d'autres termes, il faut établir dans quelles circonstances le comportement attribué à l'Etat doit être considéré comme constituant la violation d'une obligation internationale. Ainsi pourront être réunies les deux conditions pour qu'un fait de l'Etat puisse être qualifié de fait internationalement illicite, générateur en tant que tel d'une responsabilité de l'Etat sur le plan interétatique. Viendra ensuite l'examen des questions qui se posent au sujet d'une participation éventuelle de plusieurs Etats dans une même situation illicite ainsi qu'à propos de la responsabilité qu'un Etat peut parfois rencontrer en raison du fait internationalement illicite d'un autre Etat. L'examen des questions rentrant dans cette première partie du plan d'étude se terminera par une analyse des différentes circonstances dont la présence peut éventuellement faire exclure l'illicéité du comportement attribué à l'Etat, ou bien l'atténuer ou l'aggraver. Après quoi, on pourra passer à la deuxième phase des travaux.

2) *Deuxième partie : Contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale*

43. Au cours de la deuxième phase du plan d'étude, on déterminera les conséquences que le droit international attache, dans les différentes hypothèses, à un fait internationalement illicite de l'Etat, de manière à parvenir, sur cette base, à une définition du contenu, des formes et des degrés de la responsabilité internationale et à incorporer dans le projet d'articles les dispositions pertinentes qui s'imposent. Il s'agira, en premier lieu, d'établir dans quels cas l'on doit constater la naissance, à la charge de l'Etat auteur du fait internationalement illicite, d'une obligation de réparer, et dans quels cas l'on doit admettre que l'Etat en question devient passible de l'application d'une sanction. La détermination de la distinction entre faits internationalement illicites comportant simplement une obligation de réparer et faits internationalement illicites comportant l'application de sanctions, la base possible d'une telle distinction, et le rapport entre conséquences réparatoires et afflictives d'un fait internationalement illicite figurent parmi les questions de principe qu'il faudra résoudre avant de pouvoir poursuivre l'examen des autres matières rentrant dans cette deuxième phase du plan d'étude. Dans ce contexte, il faudra examiner aussi la distinction éventuelle entre les cas où les rapports juridiques nés du fait internationalement illicite s'établissent uniquement entre l'Etat auteur de ce fait et l'Etat directement lésé par celui-ci, et les cas où ces rapports s'instaurent également avec d'autres Etats, voire avec la communauté internationale tout entière. Il s'agira ensuite d'examiner les questions plus spécifiques qui se posent au sujet de la réparation et de la sanction en tant que conséquences que le droit international attache à un fait internationalement illicite de l'Etat. C'est alors que seront analysées des questions relatives aux formes de la réparation (*restitutio in integrum*, réparation par équivalent ou dédommagement, satisfaction), à l'étendue de la réparation et aux critères à suivre dans sa détermination, ainsi que des questions concernant les différents types de sanctions (individuelles, collectives) et les diverses formes concrètes (représailles, etc) qu'elles peuvent revêtir, compte tenu en particulier de l'évolution qui a pu se produire en la matière à la suite de l'adoption de la Charte des Nations Unies et par l'instauration concrète du système des Nations Unies.

3) *Eventuelle troisième partie : Règlement des différends et « mise en œuvre » de la responsabilité internationale*

44. Ce ne sera qu'après la fin de l'examen des questions rentrant directement dans le cadre du sujet de la responsabilité des Etats que la Commission sera en mesure de décider s'il convient d'en rester là ou s'il y a lieu d'ajouter au projet un groupe d'articles concernant la question du règlement des différends à propos de l'application et de l'interprétation des règles codifiées dans le projet d'articles. Ce sera au même moment que l'on pourra se demander s'il y a lieu ou non d'inclure dans ce projet la définition des questions relatives à ce qu'on appelle la « mise en œuvre » de la responsabilité internationale. De l'avis du Rapporteur spécial, il est douteux que des questions concernant la présentation des réclamations internationales, le moment et les formes de cette présentation, les moyens à utiliser légitimement à leur appui, la protection diplomatique et d'autres matières rentrant dans le même contexte doivent faire partie d'un projet consacré essentiellement à la définition des règles générales relatives à la responsabilité internationale. Ce n'est en tout cas pas encore le moment de prendre une décision définitive à ce sujet.

ii) *Structure et contenu de la première partie du projet (L'origine de la responsabilité internationale)*

45. La première partie du projet — c'est-à-dire la partie consacrée à déterminer sur la base de quelles données et dans quelles circonstances on peut établir, à la charge d'un Etat, l'existence d'un fait internationalement illicite, source, comme tel, d'une responsabilité internationale — est divisée en chapitres et articles conformément au tableau ci-après [34] :

CHAP. Ier — PRINCIPES GÉNÉRAUX

Art. 1er. — Responsabilité de l'Etat pour ses faits internationalement illicites

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

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

Art. 4. — Qualification d'un fait de l'Etat comme internationalement illicite.

CHAP. II — LE « FAIT DE L'ETAT » SELON LE DROIT INTERNATIONAL

Art. 5. — Attribution à l'Etat du comportement de ses organes

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

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

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

Art. 9. — Attribution à l'Etat du comportement d'organes mis à sa disposition par un autre Etat ou par une organisation internanale

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

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

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

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

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

[34] Pour ce qui est des chapitres et articles non encore examinés par la Commission, les indications du tableau ne sont bien entendu que provisoires et très approximatives. C'est la raison de la mise entre crochets des titres y relatifs, qui n'ont point de caractère définitif.

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

CHAP. III — [VIOLATION D'UNE OBLIGATION INTERNATIONALE]

[*Art. 16*] [Non-pertinence de la source de l'obligation internationale violée aux fins de l'existence d'un fait internationalement illicite]

[*Art. 17*] [Violation d'une obligation juridique essentielle pour la communauté internationale. Crimes internationaux]

[*Art. 18*] [Nécessité que l'obligation internationale soit en vigueur au moment de la violation alléguée]

[*Art. 19*] [Violation d'une obligation de comportement]

[*Art. 20*] [Violation d'une obligation de résultat (épuisement des moyens de recours internes)]

[*Art. 21*] [Violation d'une obligation internationale mise en évidence par le concours d'un événement extérieur]

[*Art. 22*] [Moment de la violation d'une obligation internationale *(tempus commissi delicti)*]

CHAP. IV — [PARTICIPATION D'AUTRES ÉTATS AU FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE D'UN ÉTAT

[*Art. 23*] [Instigation, complicité, concours, d'un autre Etat]

[*Art. 24*] [Responsabilité indirecte d'un Etat pour le fait internationalement illicite d'un autre Etat]

CHAP. V — [CIRCONSTANCES EXCLUANT L'ILLICÉITÉ ET CIRCONSTANCES ATTÉNUANTES OU AGGRAVANTES]

[*Art. 25*] [Force majeure — Cas fortuit]

[*Art. 26*] [Etat de nécessité]

[*Art. 27*] [Légitime défense]

[*Art. 28*] [Exercice légitime d'une sanction]

[*Art. 29*] [Consentement de l'Etat lésé]

[*Art. 30*] [Circonstances atténuantes]

[*Art. 31*] [Circonstances aggravantes]

1) *Principes généraux (chap. Ier)*

46. Le chapitre Ier du projet d'articles est consacré à des « principes généraux ». Tout d'abord, on y définit le principe fondamental rattachant une responsabilité à tout fait internationalement illicite de l'Etat *(art. 1er)*. Ensuite, le chapitre énonce le principe, étroitement lié au premier, qui veut que chaque Etat soit susceptible d'être considéré, d'après le droit international, comme ayant commis un fait internationalement illicite engageant sa responsabilité internationale *(art. 2)*. Suit logiquement le principe qui énonce les deux éléments, subjectif et objectif, de l'existence d'un fait illicite de l'Etat d'après le droit international *(art. 3)*. Le chapitre se termine par la définition d'un quatrième principe général, à savoir celui de la non-pertinence du droit interne d'un Etat pour qualifier d'illicite, au regard du droit international, un fait dudit Etat *(art. 4)*. Le texte de ces dispositions a été adopté par la Commission en 1973, à sa vingt-cinquième session [35].

[35] Voir ci-dessus par. 24. Le texte de tous les articles du chapitre Ier est reproduit à la sous-section 1 de la section B. Pour le texte de ces articles et des commentaires y relatifs, voir *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 175, doc. A/9010/Rev.1, chap. II, sect. B.

2) *Le « fait de l'Etat » selon le droit international (chap. II)*

47. Le chapitre II est consacré à l'élément subjectif du fait internationalement illicite, et donc à la détermination des conditions dans lesquelles un comportement déterminé doit être considéré, d'après le droit international, comme un « fait de l'Etat ». Après un *commentaire introductif* contenant des considérations liminaires destinées à tenir compte de certaines difficultés d'ordre théorique et à affirmer en tout cas l'autonomie du droit international en la matière, le chapitre contient toute une série de règles en forme d'articles. Ces règles visent en premier lieu à établir de qui peut émaner un comportement susceptible d'entrer en considération en tant que fait de l'Etat en droit international. Il y a d'abord, comme catégorie principale, les organes de l'Etat : ceux qui se qualifient ainsi selon le droit interne de cet Etat. Viennent ensuite d'autres comportements dont les auteurs ne font pas, à proprement parler, partie de l'organisation étatique, mais qui sont également considérés, en droit international, comme des faits de l'Etat. En deuxième lieu, il faut résoudre dans ce contexte général la question de savoir si, parmi toutes ces catégories de comportements, l'on attribue ou non à l'Etat, en vertu du droit international, ceux qui ont été adoptés dans des conditions particulières. En troisième lieu, enfin, on conclut l'examen par la négative, en posant les règles qui indiquent les catégories de comportements pour lesquels une attribution à l'Etat reste exclue, tout en examinant quelle peut être, internationalement, la situation de l'Etat par rapport à de tels comportements. Au cours de la présente session, la Commission a achevé l'étude de ce chapitre du projet en adoptant ses six derniers articles *(art. 10 à 15)*, l'introduction du chapitre et ses cinq premiers articles *(art. 5 à 9)* ayant été adoptés lors de la vingt-cinquième et de la vingt-sixième session de la Commission [36].

48. Le premier article du chapitre II du projet *(art. 5)* définit la règle qui constitue, dans ce domaine, le point de départ : celle en vertu de laquelle une action ou omission peut être prise en considération aux fins de l'attribution à l'Etat en tant que fait internationalement illicite si elle a été commise par un organe de l'Etat, c'est-à-dire par un organe ayant ce statut dans le cadre de l'ordre juridique interne de cet Etat et ayant agi en l'occurrence en cette qualité. En tant que corollaire de cette règle, le deuxième article *(art. 6)* précise que l'organe en question peut appartenir à l'une ou l'autre des grandes branches de l'appareil étatique, que ses fonctions peuvent avoir trait aux relations internationales ou s'exercer dans un cadre purement interne, que lui-même peut occuper dans le cadre de l'organisation de l'Etat une position supérieure ou subordonnée, sans que

[36] Le texte de tous ces articles est reproduit ci-après à la sous-section 1 de la section B. Pour le texte des articles 5 et 6 et des commentaires y relatifs, adoptés par la Commission à sa vingt-cinquième session, voir *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 192, doc. A/9010/Rev.1, chap. II, sect. B. Pour le texte des articles 7 à 9 et des commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa vingt-sixième session, voir *Annuaire 1974*, vol. II (1re partie), p. 288, doc. 9610/Rev.1, chap. III, sect. B, sous-sect. 2. Pour le texte des articles 10 à 15 et des commentaires y relatifs adoptés à la présente session, voir ci-après sect. B, sous-sect. 2.

cela ait des conséquences quant à l'attribution de son comportement à l'Etat. Le troisième article *(art. 7)* concerne l'attribution à l'Etat, sujet de droit international, du comportement d'organes non pas de l'Etat lui-même mais d'autres entités habilitées par le droit interne de l'Etat à exercer des prérogatives de la puissance publique (collectivités publiques territoriales; entités qui ne font pas partie de la structure même de l'Etat ou d'une collectivité publique territoriale). Le quatrième article *(art. 8)* traite de l'attribution à l'Etat, toujours afin d'établir une responsabilité internationale à sa charge, du comportement de personnes ou de groupes de personnes qui, tout en étant d'un point de vue formel dépourvus du statut d'organes de l'Etat ou de l'une des entités visées à l'article 7, ont agi en fait pour le compte de l'Etat ou se trouvent exercer en fait, dans certaines circonstances, des prérogatives de la puissance publique. Le cinquième article *(art. 9)* définit les conditions de l'attribution à un Etat du comportement d'organes « mis à sa disposition » par un autre Etat ou par une organisation internationale. Dans le sixième article *(art. 10)*, on traite de l'attribution à l'Etat du comportement d'un organe agissant en dépassement de sa compétence ou bien en contradiction avec les instructions spécifiquement reçues ou avec les prescriptions générales concernant l'exercice de son activité. Le septième article *(art. 11)* exclut en principe, en matière de responsabilité internationale des Etats, la possibilité d'attribuer à l'Etat, en vertu du droit international, le comportement de personnes qui n'agissent pas pour le compte de l'Etat, c'est-à-dire de personnes agissant en tant que particuliers, tout en réservant la possibilité d'attribuer à l'Etat, comme source de responsabilité internationale, l'attitude adoptée par ses organes à l'occasion du comportement de ces personnes. Le huitième article *(art. 12)* du chapitre II exclut la possibilité d'attribuer à l'Etat le comportement adopté sur son territoire ou sur un autre territoire soumis à sa juridiction par un organe d'un autre Etat agissant en cette qualité, c'est-à-dire non pas, comme dans l'hypothèse envisagée à l'article 9, dans l'exercice de prérogatives de la puissance publique de l'Etat territorial. L'article 12 précise cependant que la non-attribution à l'Etat territorial des faits envisagés n'exclut pas l'attribution à cet Etat des comportements adoptés à l'occasion du fait de l'autre Etat et qui doivent être considérés comme faits de l'Etat territorial en vertu des articles 5 à 10. Le neuvième article *(art. 13)* exclut en outre la possibilité d'attribuer à l'Etat le comportement d'un organe d'une organisation internationale du seul fait que ledit comportement a été adopté sur le territoire de cet Etat ou sur un autre territoire soumis à sa juridiction. Le dixième article *(art. 14)* exclut la possibilité d'attribuer à l'Etat le comportement d'un organe d'un mouvement insurrectionnel établi sur le territoire de cet Etat ou sur un autre territoire soumis à son administration. L'article précise toutefois que la non-attribution à l'Etat territorial d'un fait du mouvement insurrectionnel agissant sur son territoire n'exclut pas l'attribution à cet Etat des comportements adoptés à l'occasion du fait du mouvement insurrectionnel et qui doivent être considérés comme faits de l'Etat territorial en vertu des articles 5 à 10. L'article 14 précise ultérieurement que la règle qu'il définit n'exclut pas l'attribution du comportement du mouvement insurrectionnel au mouvement lui-même dans tous les cas où ce mouvement jouit, dans les rapports en cause, d'une personnalité internationale permettant une telle attribution. Enfin, le onzième et dernier article du chapitre II *(art. 15)* envisage d'abord le cas où un mouvement insurrectionnel s'établit en tant que nouveau gouvernement d'un Etat. L'article prévoit qu'alors le comportement adopté auparavant par un organe du mouvement insurrectionnel est considéré comme un fait de l'Etat; cela n'exclut pas l'attribution au même Etat d'un comportement qui aurait auparavant été considéré comme un fait de l'Etat en vertu des articles 5 à 10. L'article 15 envisage ensuite le cas où un mouvement insurrectionnel entraîne par son action la création d'un nouvel Etat sur une partie du territoire d'un Etat préexistant ou sur un territoire auparavant soumis à son administration et prévoit que dans ce cas-là le fait du mouvement insurrectionnel est attribué au nouvel Etat.

3) *Violation d'une obligation internationale (chap. III)*

49. Achevée l'étude du chapitre relatif à l'élément subjectif du fait internationalement illicite, la Commission se propose de passer, à sa prochaine session, au chapitre III du projet, qui sera consacré à l'examen des différents aspects de l'élément objectif du fait internationalement illicite : la violation d'une obligation internationale. Le Rapporteur spécial, dans son cinquième rapport (en cours d'élaboration), examinera d'abord, dans une section consacrée à des considérations liminaires analogue à celle qui figure à la première section du chapitre II, les questions d'ordre général qui se posent à propos du second élément constitutif du fait internationalement illicite. A la suite de ces considérations, le Rapporteur spécial en viendra à examiner spécialement la question primordiale de savoir si la source de l'obligation juridique internationale enfreinte (règle coutumière, convention, arrêt de la CIJ, sentence arbitrale, décision d'un organe chargé par un traité d'édicter des règles juridiques obligatoires pour les parties, etc.) est ou non sans incidence sur la détermination de la violation comme fait internationalement illicite. On s'attachera ensuite à examiner les différents problèmes se rattachant à la détermination de catégories distinctes de violations d'obligations internationales. C'est dans ce cadre que se posera avant tout la question essentielle de savoir s'il faut aujourd'hui admettre l'existence d'une distinction basée, comme on l'a indiqué *supra*, sur l'importance pour la communauté internationale de l'obligation enfreinte — et s'il faut ainsi mettre en évidence, dans le droit international actuel, une catégorie distincte et plus grave de faits internationalement illicites, pouvant éventuellement être qualifiés de crimes internationaux. Il faudra ensuite examiner les questions qui se posent à propos de ce que l'on a appelé la non-rétroactivité des obligations internationales, c'est-à-dire de l'exigence selon laquelle l'obligation dont on dénonce la violation doit avoir été en vigueur au moment où s'est produit le fait réalisant cette violation. On en viendra ultérieurement à traiter des caractères différents de l'infraction suivant que l'obligation enfreinte est de celles qui exigent spécifiquement une certaine action ou omission (obligation de comportement) ou bien de celles qui exigent, d'une façon

générale, qu'un certain résultat soit assuré sans spécifier les moyens par lesquels ce résultat doit être obtenu (obligation de résultat). Dans ce cadre, le Rapporteur spécial se propose d'examiner la valeur de l'exigence dite de l'épuisement des recours internes, notamment pour que soit réalisée la violation de certaines obligations relatives au traitement de particuliers étrangers. Une autre question qui se posera sera celle de la distinction à faire entre la violation d'une obligation exigeant de l'Etat un comportement déterminé et la violation d'une obligation n'exigeant que de veiller à ce qu'un certain événement ne se produise pas. Seront enfin examinées les différentes questions relatives à la détermination du *tempus commissi delicti* par rapport aux différentes hypothèses et, en particulier, à celles où le fait de l'Etat se traduit par une situation ayant un caractère de permanence ou constituant la somme d'une série de comportements distincts et successifs.

4) *Participation d'autres Etats au fait internationalement illicite d'un Etat (chap. IV)*

50. Les questions essentielles relatives à l'élément subjectif (chap. II) et à l'élément objectif (chap. III) du fait internationalement illicite étant résolues, il restera encore à examiner dans un chapitre ultérieur du projet, le chapitre IV, certains problèmes particuliers que pose la participation éventuelle d'autres Etats au fait internationalement illicite d'un Etat déterminé. Dans ce contexte, il faudra analyser, tout d'abord, la possibilité de l'attribution parallèle, à titre d'instigation, de concours ou de complicité, d'un fait internationalement illicite à plus d'un Etat à l'occasion d'une seule et même situation concrète. Il s'agira ensuite d'examiner les questions relatives à ce que l'on appelle la « responsabilité indirecte », c'est-à-dire la possibilité de rendre un Etat responsable, dans certaines circonstances, d'un fait internationalement illicite commis par un autre Etat.

5) *Circonstances excluant l'illicéité et circonstances atténuantes ou aggravantes (chap. V)*

51. Un autre chapitre (chap. V), consacré aux circonstances excluant l'illicéité ainsi qu'aux circonstances atténuantes ou aggravantes, permettra ensuite de compléter la première phase de l'étude de la responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites. Dans le contexte de ce chapitre, on procédera à un examen détaillé, du point de vue d'une codification des règles générales régissant la responsabilité internationale, aussi bien des questions d'ordre général qui se posent au sujet de l'existence de ces circonstances que des questions plus spécifiquement liées aux diverses circonstances excluant l'illicéité (force majeure et cas fortuit, état de nécessité, légitime défense, exercice légitime d'une sanction, consentement de l'Etat lésé, etc.) admises en droit international. Toujours dans le contexte de ce chapitre, on s'attachera à définir les circonstances qui peuvent avoir l'effet soit d'atténuer l'illicéité de la conduite de l'Etat, soit, au contraire, de l'aggraver. Cet examen achevé, il s'agira alors d'entrer dans la deuxième phase du plan d'étude ci-dessus mentionnée, à savoir celle qui concerne le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale.

B. — Projet d'articles sur la responsabilité des Etats [37]

52. Le texte des articles 1 à 15, adoptés par la Commission à ses vingt-cinquième et vingt-sixième sessions et à la présente session, ainsi que les textes des articles 10 à 15 et des commentaires y relatifs, adoptés par la Commission à la présente session, est reproduit ci-après pour l'information de l'Assemblée générale.

1. — Texte des articles 1 à 15 adoptés par la Commission à ses vingt-cinquième, vingt-sixième et vingt-septième sessions

Chapitre premier

PRINCIPES GÉNÉRAUX

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

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

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

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

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

Il y a fait internationalement illicite de l'Etat lorsque

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

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

Article 4. — Qualification d'un fait de l'Etat comme internationalement illicite

Le fait d'un Etat ne peut être qualifié d'internationalement illicite que d'après le droit international. Une telle qualification ne saurait être affectée par la qualification du même fait comme licite d'après le droit interne.

Chapitre II

LE « FAIT DE L'ÉTAT » SELON LE DROIT INTERNATIONAL

Article 5. — Attribution à l'Etat du comportement de ses organes

Aux fins des présents articles, est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement de tout organe de l'Etat ayant ce statut d'après le droit interne de cet Etat, pour autant que, en l'occurrence, il ait agi en cette qualité.

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

Le comportement d'un organe de l'Etat est considéré comme un fait de cet Etat d'après le droit international que cet organe appartienne au pouvoir constituant, législatif, exécutif, judiciaire ou autre,

[37] Ainsi qu'il a été précisé ci-dessus (par. 33), le projet d'articles ne porte que sur la responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites. La question du titre définitif du projet sera examinée par la Commission à une date ultérieure.

que ses fonctions aient un caractère international ou interne, et que sa position dans le cadre de l'organisation de l'Etat soit supérieure ou subordonnée.

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

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

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

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

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

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

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

Article 9. — Attribution à l'Etat du comportement d'organes mis à sa disposition par un autre Etat ou par une organisation internationale

Est de même considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'un organe qui a été mis à sa disposition par un autre Etat ou par une organisation internationale, pour autant que cet organe ait agi dans l'exercice de prérogatives de la puissance publique de l'Etat à la disposition duquel il se trouve.

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

Le comportement d'un organe de l'Etat, d'une collectivité publique territoriale ou d'une entité habilitée à l'exercice de prérogatives de la puissance publique, ledit organe ayant agi en cette qualité, est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international même si, en l'occurrence, l'organe a dépassé sa compétence selon le droit interne ou a contrevenu aux instructions concernant son activité.

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

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

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

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

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

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

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

N'est pas considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'un organe d'une organisation internationale agissant en cette qualité du seul fait que ledit comportement a été adopté sur le territoire de cet Etat ou sur tout autre territoire soumis à sa juridiction.

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

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

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

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

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

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

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

2. — Texte des articles 10 à 15 et commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa vingt-septième session

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

Le comportement d'un organe de l'Etat, d'une collectivité publique territoriale ou d'une entité habilitée à l'exercice de prérogatives de la puissance publique, ledit organe ayant agi en cette qualité, est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international même si, en l'occurrence, l'organe a dépassé sa compétence selon le droit interne ou a contrevenu aux instructions concernant son activité.

Commentaire

1) Aux articles 5 et 7 du projet d'articles, on a prévu l'attribution à l'Etat, sujet du droit international, comme source éventuelle d'une responsabilité internationale de sa part, des comportements des organes faisant partie de l'appareil de l'Etat proprement dit ainsi que des organes

des collectivités publiques territoriales ou d'autres entités habilitées elles aussi par le droit interne à l'exercice de prérogatives de la puissance publique — cela, bien entendu, pour autant qu'il s'agisse de comportements que les êtres humains qui composent les organes ont adoptés dans l'exercice de leur fonction de membre de l'organe, et non pas en qualité de simples particuliers. Le présent article entend préciser que lesdits comportements sont attribués à l'Etat, sujet de droit international, même si leurs auteurs ont contrevenu aux prescriptions du droit interne concernant leur activité, comme dans le cas où ils ont dépassé leur compétence selon le droit interne, ou s'ils ont contrevenu aux instructions reçues — et cela sans exception aucune, c'est-à-dire même en cas d'incompétence manifeste de l'organe auteur des agissements mis en cause, et même si d'autres organes de l'Etat ont désavoué le comportement de l'organe coupable.

2) Il s'ensuit que, d'après le système adopté par la Commission, aucun des comportements des organes de l'Etat ou des autres entités mentionnées à l'article 7 n'est exclu de l'attribution à l'Etat sujet de droit international. Seuls les agissements des êtres humains composant les organes en question, en tant qu'agissements de simples particuliers, ne sont pas considérés comme des faits de l'Etat, pouvant comme tels engager sa responsabilité internationale. En revanche, ces agissements ne sont jamais attribuables à l'Etat, quand bien même leurs auteurs se seraient servis en l'occurrence des moyens — y compris les armes — mis à leur disposition par l'Etat pour l'exercice de leurs fonctions. Les actions et omissions commises à titre purement privé par des personnes qui ont par ailleurs le statut d'organe de l'Etat ou d'une collectivité publique territoriale, ou d'une autre entité habilitée à l'exercice de prérogatives de la puissance publique, sont entièrement assimilables aux actions et omissions des personnes privées, dont traite l'article 11.

3) L'attribution ou la non-attribution à l'Etat du comportement d'organes ayant agi en leur qualité officielle mais en dépassement de leur compétence selon le droit interne ou en contravention des instructions reçues ou, plus généralement, en violation des prescriptions du droit interne qu'ils étaient tenus de respecter dans leur action a été l'une des questions les plus débattues par les internationalistes. Toutefois, la Commission a voulu éviter de se laisser entraîner dans des discussions d'ordre théorique, et surtout de se laisser influencer par certaines prises de position dues à une assimilation erronée de la situation sur le plan du droit international à la situation existant sur le plan du droit interne. Bien sûr, le droit international présuppose en fait l'organisation interne de l'Etat telle que celui-ci l'établit; il présuppose notamment l'existence de normes du droit interne qui déterminent l'appartenance des différents organes à l'appareil de l'Etat proprement dit ou à celui des autres entités qui partagent avec l'Etat l'exercice de prérogatives de la puissance publique. Mais c'est tout. Sur la base de cette présupposition, c'est le droit international et lui seul qui établit dans quelles conditions le comportement adopté par lesdits organes est attribué à l'Etat, sujet de droit international, et peut être générateur d'une responsabilité internationale à sa charge. La qualification de certains comportements d'organes comme faits de l'Etat aux fins de la détermination de sa responsabilité internationale est tout à fait indépendante de la qualification de ces mêmes comportements comme des faits de l'Etat susceptibles d'engendrer en droit interne une responsabilité administrative. C'est donc, une fois de plus, sur la base des données fournies par la pratique des Etats et par la jurisprudence internationale, et en ayant aussi présentes à l'esprit les exigences de la vie internationale moderne, que la Commission a défini la règle énoncée au présent article.

4) Pour ce qui est des données fournies par la pratique des Etats et la jurisprudence internationale, la Commission estime cependant nécessaire de formuler quelques précisions préliminaires, afin d'éviter les erreurs d'interprétation commises par certains auteurs et qui sont souvent la cause de divergences d'opinion dans l'évaluation des données fournies par cette pratique et cette jurisprudence. A ce propos, la CDI tient à souligner que, pour pouvoir affirmer que, dans un cas donné, on a attribué à l'Etat le comportement d'un organe ayant contrevenu aux prescriptions du droit interne concernant son activité, il ne suffit pas d'invoquer comme argument que l'Etat a finalement dû réparer sur le plan international un préjudice dont cet organe aurait été l'auteur matériel. Il faut encore être sûr, en l'espèce, que c'est bien au comportement de l'organe en question que l'on a fait remonter la responsabilité internationale de l'Etat, et que le fait attribué à l'Etat comme source de cette responsabilité n'a pas été plutôt le comportement d'autres organes — accusés par exemple de n'avoir pas prévenu le fait préjudiciable ou de ne pas avoir puni son auteur. En outre, il faut que le comportement de l'organe ayant agi en dehors de sa compétence ou en violation des instructions reçues n'ait pas été approuvé ou ratifié ensuite par d'autres organes ayant le pouvoir de purger le vice initial. Sinon, que l'on tienne en pareil cas l'Etat pour responsable, cela est certain, mais il est douteux que l'on puisse alors parler de responsabilité pour actions et omissions « non-autorisées » ou contraires au droit interne. Les comportements en question, bien que *ex post facto*, ont été légitimés. Ils sont donc à assimiler aux comportements qui étaient *ab initio* conformes au droit interne. A l'inverse, pour nier qu'il y ait eu attribution à l'Etat, il ne suffit pas de remarquer que l'Etat n'a finalement pas été tenu pour responsable du comportement de l'organe sur le plan du droit international. Pour que la responsabilité internationale d'un Etat soit engagée, il ne suffit pas qu'un comportement donné lui soit attribuable; encore faut-il que ce comportement représente la violation accomplie d'une obligation internationale. Or, certaines obligations internationales de l'Etat, notamment en matière de traitement des étrangers, ne peuvent pas être considérées comme ayant été définitivement violées tant qu'il existe encore sur le plan de l'ordre interne la possibilité d'obtenir le rétablissement de la situation conforme auxdites obligations. Le fait, donc, qu'un Etat ou une instance internationale rejette une demande d'indemnisation avancée par un Etat en faveur d'un ressortissant victime d'un préjudice du fait d'un organe incompétent en faisant valoir que cette personne ne s'est pas prévalue d'une telle possibilité n'implique pas du tout qu'on ait

entendu exclure par principe que l'Etat doive endosser internationalement les actions ou omissions d'un organe incompétent. Tout ce que l'Etat ou l'instance en question a voulu mettre en évidence, c'est que, à cause du défaut d'action de la part du particulier lésé, l'existence d'une violation par l'Etat d'une obligation internationale n'était pas définitivement établie [38].

5) Cela dit, il faut reconnaître qu'avec le temps la pratique des Etats a marqué une évolution dans la matière qui nous occupe. La pratique antérieure à la fin du XIXe siècle ne permettait pas d'aboutir à des conclusions définitives sur le point qui nous intéresse. Non seulement des thèses différentes avaient été soutenues par différents Etats, mais parfois aussi par le même Etat en des occasions différentes [39]. Il est aussi arrivé qu'un Etat se soit servi d'argumentations en partie contradictoires au cours d'une même affaire, ou qu'après avoir énoncé un critère il ne l'ait pas utilisé à fond [40]. On a parfois l'impression que les services juridiques des Etats tâtonnaient dans leur recherche d'une définition des principes, sans avoir toujours eu présents à l'esprit des critères clairs et nets. En outre, le langage employé crée parfois des apparences dont il serait hasardeux de tirer trop vite des conséquences [41].

6) Il est toutefois des prises de position auxquelles il faut accorder une importance toute particulière. C'est le cas, pour ce qui est de la pratique des Etats-Unis d'Amérique, de la position assumée par le secrétaire d'Etat Bayard dans une note adressée à M. Clark le 17 août 1885 à propos de l'Affaire de l'American Bible Society. On y lit ce qui suit :

[...] C'est une règle de droit international que les souverains ne peuvent être tenus pour responsables, par voie de procédure diplomatique, des dommages causés à des étrangers par la conduite illégale de fonctionnaires agissant en dehors du cadre de leur compétence non seulement réelle, mais apparente [42].

Peu de temps après, le 14 août 1900, le secrétaire d'Etat Adee reprenait la même formule dans sa lettre à l'Ambassadeur d'Italie à Washington, mais en la liant à l'hypothèse d'agissements d'organes subordonnés [43]. Par la suite, on se référera fréquemment à ces deux prises de position.

7) Dans la pratique européenne de la deuxième moitié du XIXe siècle, le cas qui paraît être le plus significatif, puisque plusieurs gouvernements eurent à s'exprimer à son propos, est celui du différend italo-péruvien concernant la réparation des dommages subis par des ressortissants italiens au Pérou du fait des autorités civiles et militaires péruviennes, pendant la guerre civile de 1894-1895. Dans une note adressée le 26 octobre 1897 aux représentants de plusieurs gouvernements étrangers, dont le Gouvernement italien, le Ministre des affaires étrangères du Pérou, M. de la Riva-Agüero, avait nié l'existence d'une responsabilité internationale de l'Etat

[...] pour les dommages causés par les agents de l'autorité par des actes étrangers à leurs attributions légales, dans le cas où le gouvernement désapprouve et condamne leur conduite et soumet le fonctionnaire coupable aux poursuites appropriées pour rendre effective, conformément à la loi, la responsabilité civile et criminelle qu'il aurait encourue [...]. De tous les principes que je tiens pour établis on déduit que la responsabilité de l'Etat n'est engagée et une réclamation diplomatique n'est justifiée que pour les dommages et les préjudices causés aux étrangers par des actes contraires aux prescriptions des traités et, à défaut de ceux-ci, au droit des gens, actes commis par le gouvernement ou par ses agents civils et militaires dans l'exercice de leurs fonctions, sur ordre du gouvernement ou avec son approbation, et, comme je l'ai dit par ailleurs, par un absolu déni de justice [44].

Le Gouvernement italien exprima ses réserves sur les principes énoncés par M. de la Riva-Agüero et s'adressa aux Gouvernements britannique et espagnol pour avoir leur opinion. Le Gouvernement britannique se déclara d'accord avec le Gouvernement italien

pour considérer comme inadmissible la théorie de la non-responsabilité des fonctionnaires de l'Etat pour des actes qui ne seraient pas la conséquence d'ordres directement donnés à eux par leur gouvernement [...] partant, tout gouvernement doit toujours être tenu pour responsable pour tous les actes commis par ses agents en vertu de leur qualité officielle [45].

---

[38] Il faut aussi considérer qu'il existe des systèmes juridiques étatiques qui prévoient des recours contre l'administration elle-même, tandis qu'il y en a d'autres qui admettent la possibilité d'un recours personnel contre l'individu-organe qu'on accuse d'avoir agi en dehors de sa compétence ou en violation du droit interne. Mais, là aussi, l'affirmation que le particulier lésé aurait dû s'adresser aux tribunaux et exiger réparation de la part de l'organe coupable ne signifie pas du tout que l'on veuille par là assimiler le comportement de l'organe ayant agi en dépassement de sa compétence à celui d'un particulier.

[39] Par exemple, l'attitude, à l'époque, du Gouvernement italien telle qu'elle ressort de l'Affaire Bartolozzi et de l'Affaire des dommages subis par certains ressortissants italiens au Chili révèle un certain flottement. Sur ces affaires, v. S.I.O.I. [Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale] — C.N.R. [Consiglio Nazionale delle Ricerche], *La prassi italiana di diritto internazionale*, Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana, 1970, 1re série (1861-1887), vol. II, p. 862 à 864.

[40] Le cas de l'Affaire du *Star and Herald* (United States *v.* Colombia) peut être cité à l'appui de ces considérations. Sur cette affaire, v. J. B. Moore, *A Digest of International Law*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1906, vol. VI, p. 775 et suiv.

[41] On croirait par exemple, à première vue, trouver une prise de position nette contre l'attribution à l'Etat comme source de responsabilité du fait d'organes agissant en violation du droit interne dans la lettre adressée le 11 octobre 1893 par le Ministre des Etats-Unis d'Amérique en Autriche, M. Tripp, à un M. Mix, ressortissant américain, qui, à ce qu'il paraît, se plaignait d'avoir subi une atteinte à sa personne de la part des autorités autrichiennes (Etats-Unis d'Amérique, Department of State, *Foreign Relations of the United States*, Washington [D.C.], U.S. Government Printing Office, 1894, p. 25). Toutefois, à y bien réfléchir, on se rend compte que ce cas se révèle être un précédent en faveur de l'affirmation de l'impossibilité d'alléguer l'existence d'une responsabilité internationale de l'Etat tant que l'on n'a pas constaté l'impossibilité d'obtenir, par les moyens internes disponibles, le respect de l'obligation internationale. Mais, cela étant, il est beaucoup moins sûr qu'on soit en présence d'un cas qui prouve que l'Etat n'endosserait pas du tout des actions ou omissions commises par des fonctionnaires en dépassement de leur compétence ou en contradiction avec les instructions concernant leur activité.

[42] J. B. Moore, *A Digest... (op. cit.)*, p. 743 [tr. de l'original anglais]. Voir aussi la position assumée par le même secrétaire d'Etat en 1885 à propos de l'Affaire Tunstall (*ibid.*, p. 664). Il s'agissait d'un cas où la responsabilité des Etats-Unis d'Amérique était rejetée, le fait préjudiciable ayant été pratiquement commis par un organe à titre purement privé.

[43] *Ibid.*, par. 743.

[44] Italie, *Archivio del Ministero degli Affari esteri italiano*, série politique P, n° 43 (tr. de l'original espagnol).

[45] M. Ferrero, ambassadeur d'Italie à Londres, à M. Visconti Venosta, ministre des affaires étrangères italien, 1er mars 1898 *(ibid.)* [tr. de l'original italien].

Le Gouvernement espagnol exprima le même avis :

> Le Gouvernement de Sa Majesté est d'avis que les agents du gouvernement, lorsqu'ils agissent dans l'exercice de leurs fonctions, engagent le gouvernement tout entier, étant donné qu'il n'y a pas moyen de se soustraire à l'action de ces fonctionnaires, fondée sur l'autorité qu'ils exercent. Voilà pourquoi le Gouvernement de Sa Majesté pense que l'on doit indemniser les dommages non justifiés causés par des agents du gouvernement dans l'exercice de leurs fonctions, qu'ils aient agi ou non sur ordres de ce gouvernement. Sinon, on finirait par autoriser l'abus, car dans la plupart des cas il n'y aurait pas de moyen pratique de prouver si l'agent a ou n'a pas procédé d'après ordres reçus [46].

Le Ministre des affaires étrangères d'Italie se rallia aux opinions des gouvernements consultés [47], et envoya donc au représentant italien à Lima l'instruction d'appuyer les réclamations des ressortissants italiens lésés [48].

8) Au fur et à mesure que l'on avance dans le XX[e] siècle, la reconnaissance du principe de base que l'Etat doit reconnaître comme siens, sur le plan international, les agissements d'organes ayant dépassé leur compétence ou contrevenu aux instructions concernant leur activité se fait plus évidente. Sont significatives, à ce propos, l'attitude du Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique, d'une part, et, respectivement, celles du Gouvernement guatémaltèque lors de l'*Affaire Shine and Milligen*, en 1907 [49], et du Gouvernement cubain à l'occasion de l'*Affaire Miller*, en 1910 [50], de l'autre.

9) C'est surtout lors de la Conférence de codification de La Haye (1930) que les gouvernements ont eu l'occasion d'exprimer leur façon de voir le problème qui nous occupe. M. Guerrero, président du Comité d'experts pour la codification progressive du droit international nommé par la SDN, soutenait encore, dans le rapport du Sous-Comité de la responsabilité des Etats, rédigé par lui en 1926, la thèse de la non-responsabilité de l'Etat pour les « actes contraires au droit international » d'organes agissant en dehors de leur compétence selon le droit interne. Ces actes n'étaient pas susceptibles, à ses yeux, d'être attribués à l'Etat. Toutefois, ces conclusions devaient être rejetées par la grande majorité des gouvernements. Cela ressort, en premier lieu, des réponses des gouvernements à la demande d'informations que le Comité préparatoire de la Conférence leur avait soumise en 1928. Au point V, n° 2, *b*, on demandait si la responsabilité de l'Etat se trouve engagée dans le cas d' « actes accomplis par des fonctionnaires sur le territoire national en s'autorisant de leur qualité officielle (actes de fonction) mais en dehors de leur compétence ». Sur dix-neuf Etats qui répondirent par écrit sur ce point, trois seulement le firent par la négative, cinq ne prirent pas clairement position, mais les onze autres se prononcèrent nettement pour la responsabilité de l'Etat [51]. On donna des réponses analogues au point V, n° 2, *c*, qui concernait les « actes accomplis en pays étranger par des fonctionnaires tels que les agents diplomatiques ou des consuls agissant dans les limites apparentes de leurs fonctions, mais les dépassant réellement » [52]. Les bases de discussion préparées par le Comité reflétèrent ces vues. A la base de discussion n° 13, on affirmait que :

> La responsabilité de l'Etat se trouve engagée si le dommage subi par un étranger résulte d'actes accomplis par ses fonctionnaires, même en dehors de leur compétence, mais en s'autorisant de leur qualité officielle [...],

et à la base de discussion n° 14 que

> Les actes accomplis par les fonctionnaires d'un Etat en pays étranger [...] agissant dans les limites apparentes de leurs fonctions sont imputables à cet Etat et peuvent, à ce titre, engager la responsabilité de celui-ci.

Lors du débat qui eut lieu à la Troisième Commission de la Conférence, certains délégués proposèrent la suppression de la base de discussion n° 13 [53]. D'autres prirent la parole pour la défendre. A l'issue du débat, une proposition tendant à supprimer la base n° 13 fut rejetée par 19 voix contre 13; M. Guerrero retira sa proposition tendant à revenir à l'idée de la non-responsabilité; et la proposition tendant à adopter la base n° 13 avec quelques amendements présentés par la délégation suisse fut approuvée par 20 voix contre 6, avec quelques abstentions [54]. La base n° 13 ainsi retenue fut renvoyée au Comité de rédaction, qui élabora le texte suivant, lequel devint le premier alinéa du paragraphe 2 de l'article VIII du projet d'articles adopté en première lecture par la Troisième Commission de la Conférence :

> La responsabilité internationale de l'Etat se trouve également engagée si le dommage subi par un étranger résulte d'actes contraires aux obligations internationales de l'Etat accomplis par ses fonctionnaires en dehors de leur compétence, mais sous le couvert de leur qualité officielle [55].

10) Les critères qui se sont imposés à la Conférence de 1930 n'ont pas subi de changements par la suite. Une des prises de position en ce sens, qui est des plus nettes et des plus souvent citées, se trouve dans la décision rendue en 1931 par la Court of Claims des Etats-Unis d'Amérique en l'*Affaire Royal Holland Lloyd* v. *the*

---

[46] Note verbale du duc Almodóvar del Rio, 4 juillet 1898 *(ibid.)* [tr. de l'italien].

[47] Voir l'avis du Conseil du contentieux diplomatique du Ministère des affaires étrangères italien, 19 février 1899 *(ibid.)*.

[48] M. Canevaro à M. Pirrone, 11 avril 1899 *(ibid.)*.

[49] G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1943, vol. V, p. 575.

[50] *Ibid.*, p. 570 et 571.

[51] Voir SDN, Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, t. III : *Responsabilité des Etats en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* (C.75.M.69.1929.V), p. 75 et suiv.; et *Supplément au tome III* [C.75(*a*).M.69(*a*).1929.V], p. 3, 16 et 17.

[52] SDN, *Bases de discussion... (op. cit.)*, p. 78 et suiv.; et *Supplément au tome III (op. cit.)*, p. 3 et 17.

[53] La Conférence n'eut pas la possibilité d'examiner, faute de temps, la base de discussion n° 14.

[54] Pour les débats de la Conférence, voir SDN, *Actes de la Conférence pour la codification du droit international* [La Haye, 13 mars-12 avril 1930], *vol. IV, Procès-verbaux de la Troisième Commission* [C.351(*c*)M.145(*c*).1930.V], p. 85 et suiv.

[55] *Ibid.*, p. 238.

United States[56]. Par ailleurs, le principe de l'attribution à l'Etat des comportements de ses organes ayant agi contrairement aux prescriptions du droit interne a été constamment invoqué par les Etats demandeurs (par exemple par les Etats-Unis d'Amérique en 1933 en l'*Affaire Colom y Piris*[57] et par la Belgique en 1936 dans l'*Affaire Borchgrave*[58]) et a été accepté même par les Etats défendeurs (voir l'attitude de la Bulgarie en l'*Affaire relative à l'incident aérien du 27 juillet 1955*[59] et de l'Italie en 1965 à propos de l'*Affaire Mantovani*[60]).

11) Plus encore que la pratique diplomatique, la jurisprudence internationale, vue dans son ensemble et surtout dans son évolution, soutient décidément, de l'avis de la Commission, le principe de base de l'attribution à l'Etat, en tant que source de responsabilité internationale, des faits de ses organes ayant agi en dépassant leur compétence ou en contrevenant aux instructions reçues. Cette jurisprudence est même assez abondante. Il est vrai que ni la CPJI ni la CIJ n'ont eu l'occasion de se prononcer sur le problème, mais cette occasion s'est offerte maintes fois aux tribunaux et aux commissions d'arbitrage, et les sentences ne font pas défaut. On peut faire, à leur égard, la même remarque qu'on a faite à propos de la pratique des Etats : en passant d'une époque plus reculée à des périodes plus proches de la nôtre, on note un progrès certain dans la clarté des idées et dans la définition des principes.

12) Dans la période qui comprend toute la deuxième moitié du XIXe siècle, on note que plusieurs sentences arbitrales, bien que rendues dans des cas où vraisemblablement des organes avaient agi en violation des prescriptions du droit interne concernant leur activité, restent muettes à l'égard de la question qui nous intéresse : dans ces décisions, on a attribué à l'Etat une responsabilité internationale pour les comportements des fonctionnaires en question, sans relever si ces fonctionnaires avaient ou non dépassé leur compétence ou avaient ou non agi en contradiction avec les prescriptions qu'ils auraient dû observer, ni sans rechercher non plus quelle avait pu être en l'occurrence l'attitude des autorités supérieures[61]. Dans les affaires où la question a été expressément soulevée et examinée, les critères adoptés varient d'un cas à l'autre[62], et les motifs des décisions révèlent parfois une certaine confusion, de sorte que leur interprétation n'est pas toujours aisée[63].

13) Les sentences rendues par les différentes commissions mixtes dans les « arbitrages vénézuéliens » de 1903 représentent en quelque sorte le trait d'union entre la jurisprudence du XIXe siècle, marquée par beaucoup d'incertitudes, et celle du XXe siècle, qui s'orientera uniformément dans le sens de cette attribution à l'Etat des comportements des organes agissant ès qualités mais en contradiction avec les prescriptions du droit interne. Dans aucune de ces sentences n'apparaît plus l'idée que l'action d'un fonctionnaire, fût-il subalterne, qui a agi en qualité d'organe mais en dépassant sa compétence ou en contrevenant aux instructions reçues doive être assimilée à l'action d'un simple particulier. Parfois, il est vrai, l'arbitre, pour établir la responsabilité de l'Etat, se prévaut encore de l'argument que, dans le cas particulier, le gouvernement aurait implicitement approuvé, sinon expressément voulu, le comportement de l'organe dépendant de lui. Il en est ainsi dans la sentence relative à l'*Affaire de la Compagnie générale des asphaltes de France*[64]. Mais, dans d'autres décisions, on prend une position différente. C'est le cas de la décision dans l'*Affaire Maal*. En condamnant le Venezuela au paiement d'une indemnité pour les mauvais traitements infligés par la police au ressortissant hollandais Maal, le surarbitre Plumley précisait qu'il n'avait pas de difficulté à admettre que ces mauvais traitements s'étaient produits à l'insu des hautes autorités du gouvernement, mais, observait-il,

---

[56] « Les Etats-Unis endossent ce qui a été décrit comme une « responsabilité large, illimitée, non sujette à restrictions et indirecte » pour les actes de leurs fonctionnaires administratifs et de leurs forces militaires et navales [...]. Les gouvernements sont responsables, dans leurs relations internationales, des actes de leurs agents autorisés, et si ces actes sont entachés d'erreur, ou illicites, la responsabilité du gouvernement lui-même se trouve engagée pour les conséquences de l'erreur ou du tort » (*American Journal of International Law*, Washington [D.C.], vol. 26, n° 2 [avril 1932], p. 410) [tr. de l'original anglais].

[57] G. H. Hackworth, *op. cit.*, p. 570.

[58] *C.P.J.I.*, série C, n° 83, p. 23 et suiv. (Affaire Borchgrave, mémoire du Gouvernement belge).

[59] Voir notamment le texte de la note bulgare du 4 août 1955 au Gouvernement israélien dans *C.I.J. Mémoires, Incident aérien du 27 juillet 1955* (Israël *c.* Bulgarie; Etats-Unis d'Amérique *c.* Bulgarie; Royaume-Uni *c.* Bulgarie), p. 14; et le texte de la note, identique et de la même date, au Gouvernement des Etats-Unis, dans M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1967, vol. VIII, p. 892.

[60] *Revue générale de droit international public*, Paris, 3e série, t. XXXVI, n° 3 (juill.-sept. 1965), p. 835.

[61] Voir p. ex. les décisions rendues dans les affaires du navire *Only Son* (J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington [D.C.], U.S. Government Printing Office, 1898, vol. IV, p. 3404 et 3405), du *William Lee* (*ibid.*, p. 3405 et suiv.) et Donoughho (*ibid.*, vol. III, p. 3012 et suiv.).

[62] Par exemple, dans la décision relative à l'Affaire du *Matilda A. Lewis*, rendue par la Commission mixte des réclamations anglo-américaine créée par le Traité du 8 mai 1871, on applique le principe que l'Etat doit endosser les décisions des fonctionnaires subordonnés, même si elles ont été prises en violant ou en interprétant de façon erronée les prescriptions du droit interne (*ibid.*, p. 3019 et suiv.). Par contre, dans la décision relative à l'Affaire Gadino, rendue le 30 septembre 1901 par l'arbitre institué en vertu de la Convention italo-péruvienne du 25 novembre 1899, on a assimilé totalement l'action illégalement commise par des fonctionnaires subalternes à celle de simples particuliers et affirmé qu'il ne saurait y avoir de responsabilité de l'Etat qu'au cas où celui-ci aurait omis d'employer les moyens en son pouvoir pour empêcher l'action illégale ou n'aurait pas puni ses auteurs (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV [publication des Nations Unies, numéro de vente : 66.V.3], p. 415).

[63] Voir p. ex. la décision rendue le 19 mars 1864 par la commission arbitrale instituée en 1863 par la France et l'Argentine pour statuer en l'Affaire Lacaze (A. de Lapradelle et N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, Pédone, 1923, t. II, p. 297 et 298), et la décision de la Commission mixte Etats-Unis d'Amérique/Venezuela établie en vertu de la Convention du 5 décembre 1885 concernant l'Affaire du *William Yeaton* (Moore, *History and Digest...* [*op. cit.*], vol. III, p. 2946 et 2947).

[64] Décision rendue par la Commission mixte Grande-Bretagne/Venezuela établie en vertu des protocoles du 13 février et du 7 mai 1903 (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX [publication des Nations Unies, numéro de vente : 59.V.5], p. 396).

le gouvernement doit se considérer comme responsable des actes commis par ses subordonnés dans le cadre de leurs fonctions, pour odieux que ces actes puissent être [65].

Il y a enfin des sentences, comme celle relative à l'*Affaire Metzger* [66], où l'on a condamné l'Etat au paiement d'une indemnité pécuniaire bien qu'il eût déjà puni l'organe coupable. Quelques années plus tard, la sentence relative à l'*Affaire La Masica*, rendue le 7 décembre 1916 par le roi d'Espagne Alphonse XIII, énonçait expressément le principe que l'Etat devait endosser le fait de ses organes même s'ils avaient agi en violation des prescriptions du droit interne [67].

14) Mais c'est au cours des années 20 qu'apparaîtront dans la jurisprudence arbitrale les décisions vraiment importantes et significatives, qui représenteront en quelque sorte le point d'arrivée de l'évolution et de l'affinement progressif de la pensée juridique par rapport au problème qui nous occupe. C'est surtout à deux sentences, l'une rendue le 23 novembre 1926 par la Commission générale des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Mexique, créée par la Convention du 8 septembre 1923, relative à l'*Affaire Youmans*, et l'autre le 7 juin 1929 par la Commission des réclamations France/Mexique, instituée en vertu de la Convention du 25 septembre 1924, relative à l'*Affaire Caire*, que l'on est redevable d'une formulation précise, détaillée et pratiquement définitive des principes applicables.

Dans le premier cas, la Commission avait à établir si le Gouvernement mexicain devait endosser, à des fins de responsabilité internationale, l'action d'un détachement de dix soldats et de l'officier qui les commandait, lesquels, envoyés à Angangueo avec instruction d'y protéger certains ressortissants américains menacés par des troubles, avaient, au lieu d'exécuter les ordres reçus, tiré sur l'un de ces étrangers, qu'ils avaient tué, et avaient pris part ensuite, avec la foule déchaînée, au massacre de deux autres. La Commission, présidée par van Vollenhoven, condamna le gouvernement défendeur à réparer le préjudice, et motiva sa décision par le raisonnement suivant :

[...] nous n'estimons pas que la participation des soldats au meurtre d'Angangueo puisse être considérée comme un acte commis par des soldats à titre privé, alors qu'il est clair qu'au moment où cet acte était commis les hommes étaient en service sous le contrôle direct et en la présence d'un officier qui les commandait. Les soldats qui infligent des lésions à des personnes ou qui commettent de cruelles dévastations ou des pillages agissent toujours en désobéissant à certaines règles édictées par l'autorité supérieure. Il ne pourrait jamais y avoir de responsabilité pour de tels méfaits si l'on adoptait le point de vue que tous les actes commis par des soldats en contrevenant à leurs instructions doivent être toujours considérés comme des actes commis à titre personnel [68].

Dans l'*Affaire Caire*, il s'agissait du meurtre d'un ressortissant français perpétré par deux officiers mexicains. A la suite du refus de la victime de leur remettre la somme d'argent qu'ils lui demandaient, les officiers avaient emmené M. Caire à la caserne locale et l'avaient fusillé. La Commission jugea

que les deux officiers, même s'ils doivent être censés avoir agi en dehors de leur compétence, [...] et même si leurs supérieurs ont lancé un contre-ordre, ont engagé la responsabilité de l'Etat, comme s'étant couverts de leur qualité d'officiers et servis des moyens mis, à ce titre, à leur disposition.

Cette décision était la conclusion d'un long raisonnement du Président de la Commission, Verzijl, au cours duquel il déclarait :

Je [...] considère [...] comme parfaitement correctes [...] [les théories qui] tendent à grever l'Etat, en matière internationale, de la responsabilité pour tous les actes commis par des fonctionnaires ou organes et qui constituent des actes délictueux au point de vue du droit des gens, n'importe que le fonctionnaire ou l'organe en question ait agi dans les limites de sa compétence ou en les excédant [...].

[...] le fait pour un fonctionnaire d'agir en dehors de sa compétence n'exempte pas l'Etat de sa responsabilité internationale, toutes les fois que ce fonctionnaire s'est autorisé de sa qualité officielle, l'Etat n'étant pas responsable dans le seul cas où l'acte n'a eu aucun rapport avec la fonction officielle et n'a été, en réalité, qu'un acte d'un particulier [69].

15) L'opinion des auteurs de droit international suit historiquement une évolution parallèle à celle que l'on a notée dans la pratique des Etats et dans la jurisprudence internationale. Les auteurs les plus anciens, surtout à cause des difficultés d'ordre théorique qu'ils éprouvaient à attribuer à l'Etat sur le plan du droit international des comportements ne lui étant pas attribuables d'après le droit interne, assimilaient les comportements des organes ayant agi en leur qualité officielle mais en dépassement de leur compétence à des comportements de personnes privées. D'après ces auteurs, une responsabilité de l'Etat par rapport à de tels comportements ne serait concevable que dans le cas où les organes supérieurs auraient été en quelque sorte « complices » des actes répréhensibles ou, tout au moins, n'auraient pas fait leur possible pour les prévenir, ne les auraient pas désavoués, n'en auraient pas puni les auteurs [70]. A la suite des clarifications intervenues ultérieurement quant à la nécessité de distinguer nettement suivant que l'attribution à l'Etat des actions et omissions des organes a lieu sur le plan interne ou sur le plan international, on verra disparaître l'opposition à l'idée de considérer les agissements en question comme

---

[65] Décision rendue par la Commission mixte des réclamations Pays-Bas/Venezuela établie par le protocole du 28 février 1903 (*ibid.*, vol. X [numéro de vente : 60.V.5], p. 732 et 733) [tr. de l'original anglais].

[66] Décision rendue par la Commission mixte des réclamations Allemagne/Venezuela établie par les protocoles du 13 février et du 7 mai 1903 (*ibid.*, p. 417 et 418).

[67] *Ibid.*, vol. XI (numéro de vente : 61.V.4), p. 560.

[68] *Ibid.*, vol. IV (numéro de vente : 1951.V.1), p. 116. La Commission a eu par la suite maintes fois l'occasion de faire application des principes définis dans l'Affaire Youmans. Voir, notamment, les décisions relatives aux affaires Mallén (*ibid.*, p. 176 et suiv.), Stephens (*ibid.*, p. 267 et 268), et Way (*ibid.*, p. 400 et 401).

[69] *Ibid.*, vol. V (numéro de vente : 1952.V.3), p. 529 et suiv.

[70] Voir p. ex. Ch. Calvo, *Le droit international théorique et pratique*, 5e éd., Paris, Guillaumin, t. 3, p. 135 et 136; F. Despagnet, *Cours de droit international public*, 3e éd., Paris, Larose et Tenin, 1905, p. 564. L. Oppenheim (*International Law; A Treatise*, 8e éd. [Lauterpacht], Londres, Longmans, Green, 1955, vol. I, p. 337 et 338, 362 et 363) assimilait lui aussi les particuliers et les organes incompétents et parlait dans les deux cas de responsabilité indirecte (« *vicarious* ») de l'Etat. Mais, dans le cas des organes incompétents, il concevait cette responsabilité comme « large » et « non limitée », c'est-à-dire comme existant toujours, quelle qu'ait été l'attitude des autres organes de l'Etat.

des « faits de l'Etat ». En même temps, pratique et jurisprudence internationales étant devenues plus claires et plus concordantes, les internationalistes modernes en viendront à la quasi-unanimité [71] à considérer comme un point acquis que les actions ou omissions des organes de l'Etat, qu'elles aient été commises en se conformant aux prescriptions de droit régissant leur conduite ou en contrevenant à ces prescriptions, doivent être considérées sur le plan des rapports juridiques interétatiques comme des faits de l'Etat [72].

16) Pour ce qui est des projets de codification, seules les « conclusions » du « rapport Guerrero » de 1926, parmi les textes élaborés sous les auspices d'organismes officiels, excluaient la possibilité de rendre l'Etat responsable du fait de ses organes ayant dépassé les limites de leur compétence selon le droit interne. On a vu que les bases de discussion nos 13 et 14 élaborées en 1929 par le Comité préparatoire de la Conférence de codification de 1930 et l'article VIII, par. 2, al. 1, du projet d'articles adopté en 1930 en première lecture par la Troisième Commission de la Conférence énonçaient nettement le principe contraire. L'article 12, par. 2, de l'avant-projet révisé de 1961 de F. V. García Amador prévoyait que

> L'acte ou l'omission est également imputable à l'Etat lorsque l'organe ou le fonctionnaire a agi en dehors de sa compétence, mais sous le couvert de sa qualité officielle [73].

Quant aux projets préparés par des institutions privées, celui de 1926 de l'Association de droit international du Japon et celui de 1929 de la Harvard Law School contiennent des dispositions qui ne sont pas tout à fait claires [74]. Tous les autres acceptent expressément comme principe de base en la matière la possibilité d'attribuer à l'Etat, en tant que source de responsabilité internationale, le comportement de ses organes ayant agi en leur qualité officielle, même si en l'occurrence ils se trouvaient être incompétents d'après le droit interne, avaient contrevenu aux instructions reçues, etc. (voir règle I, deuxième et troisième alinéas, du projet adopté en 1927 par l'Institut de droit international [75]; art. 2 du projet élaboré par K. Strupp en 1927 [76]; art. 1er, par. 4, du projet de 1930 de l'Association allemande de droit international [77];

---

[71] Parmi les rares internationalistes modernes qui soutiennent que l'Etat n'est pas responsable pour les faits accomplis par des organes ayant agi en dehors des limites de leur compétence, voir R. Quadri, *La sudditanza nel diritto internazionale*, Padoue, CEDAM, 1935, p. 199 et suiv., et D. B. Levin, *Otvetstvennost gossoudarstv v sovremennom mejdounarodnom prave*, Moscou, Mejdounarodnye otnotcheniya, 1966, p. 75 et suiv. Selon E. M. Borchard (*The Diplomatic Protection of Citizens abroad* or *The Law of International Claims*, New York, Banks Law Publishing, 1928, p. 185 et suiv., 189 et suiv.), l'Etat répond des faits illicites de ses organes « supérieurs » incompétents, mais non des faits de ses organes « subalternes » incompétents.

D'autres auteurs, tout en souscrivant à la thèse d'après laquelle l'Etat répond internationalement des comportements de ses organes en violation du droit interne, ne s'expriment pas clairement ou ont des doutes quant à la possibilité de les attribuer à l'Etat. Voir notamment Ch. de Visscher, « Notes sur la responsabilité internationale des Etats et la protection diplomatique d'après quelques documents récents », *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruxelles, 3e série, t. VIII, n° 3, 1927, p. 253 et 254; L. Strisower, rapport sur « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers », *Annuaire de l'Institut de droit international, 1927-I*, t. 33, p. 457, 460 et 461; A. V. Freeman, « Responsibility of States for unlawful acts of their armed forces », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1955-II*, Leyde, Sijthoff, 1956, t. 88, p. 290; I. von Münch, *Das völkerrechtliche Delikt in der modernen Entwicklung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Francfort-sur-le-Main, Keppler, 1963, p. 181 et 182 (et aussi p. 150 et 151); D. W. Greig, *International Law*, Londres, Butterworth, 1970, p. 434 et suiv.

[72] Parmi les très nombreux auteurs qui souscrivent à ce principe, voir C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, New York, New York University Press, 1928, p. 57; D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, 4e éd., Padoue, CEDAM, 1955, p. 387 et 388; J. G. Starke, « Imputability of international delinquencies », *The British Year Book of International Law, 1938*, Londres, vol. 19, p. 109 et suiv.; R. Ago, « Le délit international », *Recueil des cours..., 1939-II*, Paris, Sirey, 1947, t. 68, p. 469 et suiv.; R. Monaco, « La responsabilità internazionale dello Stato per fatti degli individui », *Rivista di diritto internazionale*, Rome, XXXIe année, 3e série, vol. XVIII, fasc. 1 et 2-3, 1939, p. 22 et suiv.; K. Furgler, *Grundprobleme der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Staaten unter besonderer Berücksichtigung der Haager Kodifikationskonferenz, sowie der Praxis der Vereinigten Staaten und der Schweiz*, Zurich, Polygraphischer Verlag, 1948, p. 25 et 26; B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens, 1953, p. 201 et suiv.; P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, Genève, Georg, 1954, t. II, p. 5 et suiv.; P. Reuter, « La responsabilité internationale », *Droit international public* (cours), Paris, Les Nouvelles Institutes, 1955-1956, p. 87 et suiv.; G. Dahm, *Völkerrecht*, Stuttgart, Kohlhammer, 1961, t. III, p. 182; T. Meron, « International responsibility of States for unauthorized acts of their officials », *The British Year Book of International Law, 1957*, Londres, vol. 33, 1958, p. 88, 93 et suiv., 113 et 114; G. Schwarzenberger, *International Law*, 3e éd., Londres, Stevens, 1957, vol. I, p. 615 et suiv.; H. Accioly, « Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence », *Recueil des cours... 1959-I*, Leyde, Sijthoff, 1960, t. 96, p. 360 et suiv.; J.-P. Quéneudec, *La responsabilité internationale de l'Etat pour les fautes personnelles de ses agents*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1966, p. 119 et 120; C. F. Amerasinghe, « Imputability in the law of State responsibility for injuries to aliens », *Revue égyptienne de droit international*, Le Caire, vol. 22, 1966, p. 104 et suiv.; E. Jiménez de Aréchaga, « International responsibility », *Manual of Public International Law*, éd. par Sørensen, Londres, MacMillan, 1968, p. 548 et suiv.; G. Ténékidès, « Responsabilité internationale », *Répertoire de droit international*, Paris, Dalloz, 1969, vol. II, p. 786 et 787; P. Kuris, *Mejdounarodnye pravonarouchenia i otvetstvennost gossoudarstva*, Vilnious, Mintis, 1973, p. 190 et suiv.; P. A. Steiniger, « Die allgemeinen Voraussetzungen der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit der Staaten », *Wissenschaftliche Zeitschrift der Humboldt-Universität zu Berlin*, Gesellschafts- und Sprachwissenschaftliche Reihe, Berlin, vol. XXII, n° 6, 1973, p. 447 et 448.

[73] *Annuaire... 1961*, vol. II, p. 49, doc. A/CN.4/134 et Add.1, additif.

[74] Le projet japonais prévoit à l'article 1er la responsabilité de l'Etat pour les comportements de ses organes agissant « dans l'exercice de leurs fonctions officielles »; il semblerait donc admettre implicitement une telle responsabilité même pour les comportements contrastant avec les dispositions du droit interne. Le deuxième projet prévoit à l'article VII, al. *a*, une responsabilité de l'Etat pour le comportement de tout haut fonctionnaire « dans l'exercice de ses fonctions » (dans le texte original anglais : « within the scope of the office or function »).

[75] D'après ce texte, la responsabilité de l'Etat

> « [...] existe, soit que ses organes aient agi conformément, soit qu'ils aient agi contrairement à la loi ou à l'ordre d'une autorité supérieure.
>
> « Elle existe également lorsque ces organes agissent en dehors de leur compétence, en se couvrant de leur qualité d'organes de l'Etat et en se servant des moyens mis, à ce titre, à leur disposition. »

(*Annuaire... 1956*, vol. II, p. 228, doc. A/CN.4/96, annexe 8.)

[76] *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 158, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe IX.

[77] *Ibid.*, p. 155, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe VIII.

art. 1er du projet établi en 1932 par A. Roth [78]; art. 15 du projet élaboré en 1961 par la Harvard Law School [79]; par. 169 de la *Restatement of the Law* élaborée en 1965 par l'American Law Institute [80]; art. 3 du projet préparé en 1973 par B. Gräfrath et P. A. Steiniger [81]).

17) De l'avis de la Commission, le critère de base qui s'est affirmé dans la pratique diplomatique et dans la jurisprudence internationale de notre siècle — à savoir celui de l'attribution à l'Etat, sujet de droit international, des actions et omissions de ses organes ayant agi ès qualités, même lorsqu'ils ont contrevenu aux prescriptions du droit interne concernant leur activité — ne doit pas être remis en discussion. Il répond à cette exigence de clarté et de sécurité des rapports internationaux qui apparaît comme dominante dans la vie internationale moderne. Sur le plan du droit international, l'Etat doit reconnaître que c'est lui qui agit chaque fois que des personnes qu'il a chargées d'agir en son nom dans un secteur d'activité déterminé apparaissent comme agissant effectivement en son nom. Quand bien même ces personnes dépassent, ce faisant, les limites formelles de leur compétence d'après le droit interne ou contreviennent aux prescriptions émanant de la loi ou d'ordonnances administratives ou instructions internes dictées par leurs supérieurs, elles agissent, bien qu'indûment, dans le cadre de l'exécution de fonctions officielles. L'Etat ne peut pas se retrancher derrière la considération que, d'après les dispositions de son système juridique, ces comportements n'auraient pas dû être commis ou auraient dû l'être différemment. Ils ont quand même été commis, et l'Etat est donc tenu de les endosser et d'en supporter les conséquences prévues par le droit international.

18) De l'avis de la Commission, il y a une autre raison importante pour laquelle le principe en question doit être accepté. Si l'on admettait le principe opposé — à savoir celui de n'attribuer à l'Etat que les comportements adoptés par ses organes en conformité avec les prescriptions du droit interne —, on finirait par fournir à l'Etat une échappatoire trop aisée à sa responsabilité internationale. Il sera en effet souvent très difficile à l'Etat demandeur — voire même presque impossible — de prouver que l'organe de l'Etat défendeur n'a pas violé le droit de ce dernier, et notamment de prouver que l'organe a agi sur la base d'ordres provenant de ses supérieurs, ou encore que, bien qu'officiellement désavoué, le comportement adopté a en réalité été voulu par les autres organes de l'Etat.

19) La Commission a examiné les raisons pour lesquelles des Etats se sont opposés dans le passé à l'application du principe énoncé dans le présent article. Elle a constaté à cet égard que certains Etats, et notamment les Etats latino-américains, se sont opposés au principe en question parce qu'ils croyaient ne pas être traités sur un pied d'égalité par d'autres Etats et être continuellement sujets à des ingérences dans leurs affaires intérieures de la part de puissances étrangères. Il avait alors paru à ces Etats qu'un moyen d'échapper à une telle situation pouvait être de diminuer le nombre des cas où une responsabilité internationale pourrait être mise à leur charge. Mais, d'après la Commission, ces motivations ne sont plus valables aujourd'hui. D'une part, la situation a beaucoup évolué dans les rapports interétatiques; d'autre part, et surtout, les Etats se sont rendu compte que la lutte pour une plus grande égalité réelle entre Etats ne pouvait pas être menée en s'efforçant de diminuer le nombre des cas où l'on peut faire valoir une responsabilité des Etats, car par là on diminuait le nombre des cas où l'on peut invoquer la responsabilité des Etats forts en même temps que celui des cas où l'on peut mettre une responsabilité à la charge des Etats faibles. L'action devait plutôt être conduite sur le plan de la modification des règles « primaires » qui établissent les obligations des Etats dont la violation entraîne une responsabilité internationale.

20) Une autre raison pour laquelle dans le passé certains Etats se sont opposés au principe énoncé a été la crainte d'être tenus pour responsables sur le plan du droit international dès qu'un organe (et notamment un organe inférieur) causait un dommage à un étranger en violation du seul droit interne de l'Etat. D'après la Commission, cette crainte non plus n'est pas fondée. Il ne découle nullement du principe énoncé par la CDI qu'un comportement de ce genre constitue un fait internationalement illicite de l'Etat, source de responsabilité internationale. Pour qu'il y ait responsabilité internationale, il est nécessaire que le comportement attribuable à l'Etat constitue la violation d'une obligation internationale de ce dernier. Si ce n'est que le droit interne qui a été affecté, le comportement en question représentera un fait de l'Etat, mais non pas un fait « internationalement illicite » de cet Etat. La situation pourra se présenter sous un autre aspect le jour où l'étranger lésé aura essayé d'obtenir la réparation du préjudice subi en se prévalant des moyens mis à sa disposition par l'ordre juridique interne de l'Etat et se sera heurté, par exemple, à un « déni de justice ». *Mais le fait internationalement illicite de l'Etat* sera alors constitué par la violation de la part des organes judiciaires de l'obligation internationale d'ouvrir aux étrangers les voies de la justice, et non pas par le comportement préjudiciable adopté à l'origine par un autre organe en violation de la seule loi interne.

21) Ayant ainsi établi qu'aucune raison valable ne s'oppose aujourd'hui à l'adoption du principe de base en la matière, la Commission s'est demandé s'il y avait ou non lieu d'établir des limitations à ce principe. Elle a remarqué à ce propos que nombre d'auteurs ainsi que nombre de projets de codification, tout en adhérant au principe indiqué, ont prôné des formules diverses visant à restreindre la portée du principe dans des cas limites. On relève aussi ce genre de prises de position — bien que plus rarement — dans la correspondance diplomatique et dans les sentences internationales.

22) Certains auteurs d'ouvrages scientifiques ou de projets de codification ont proposé d'utiliser à cet effet

[78] *Ibid.*, p. 158, annexe X.

[79] *Ibid.*, p. 151, annexe VII.

[80] *Annuaire... 1971*, vol. II (1re partie), p. 204, doc. A/CN.4//217/Add.2.

[81] *Wissenschaftliche Zeitschrift der Humboldt-Universität zu Berlin (op. cit.)*, p. 467.

la notion de *compétence générale* [82] : le comportement d'un organe ne serait internationalement attribuable à l'Etat que si cet organe était demeuré, en agissant, dans le « cadre général de sa compétence » ou dans le « cadre général de ses fonctions ». De l'avis de la Commission, une telle notion est non seulement vague, mais encore inexacte. Ou bien l'organe est compétent d'après le système juridique auquel il appartient, ou bien il ne l'est pas : il n'existe pas de compétence « générale » ou « générique », par opposition à une compétence « spécifique ». Et il serait encore plus faux d'imaginer une « compétence générale » qui serait attribuée par le droit international là où le droit interne la nierait. Il n'y a donc pas lieu d'accepter une limitation ainsi formulée.

23) D'autres internationalistes et d'autres projets de codification ont eu recours au critère de l'*emploi des moyens de la fonction* [83]. Ce critère a même été parfois mentionné dans des prises de position gouvernementales [84] et dans des sentences internationales [85]. Si on l'appliquait, le comportement de l'organe ayant agi ès qualités, mais contrairement aux prescriptions du droit interne concernant son activité, ne serait internationalement attribuable à l'Etat que si l'organe s'était servi des moyens mis à sa disposition par l'Etat pour l'accomplissement de ses fonctions. Il semble, toutefois, que l'application de ce critère risquerait de mener à des conclusions inacceptables. Ainsi l'Etat qui aurait à endosser la responsabilité du fait d'un policier qui, violant les instructions reçues, tuerait un étranger confié à sa garde en se servant de l'arme dont l'Etat l'a doté échapperait à la responsabilité si le même fait était commis en utilisant à cette fin l'arme d'un particulier, ou si le même policier laissait exécuter le meurtre par ce particulier [86].

24) Toujours afin de limiter la portée du principe, plusieurs internationalistes et des projets de codification ont eu recours à la notion d'*incompétence manifeste* [87] ou, à l'inverse, à celle de *compétence apparente* [88]. On a vu que

---

[82] L'article 2 du projet élaboré en 1927 par K. Strupp indiquait que la responsabilité de l'Etat n'était ni diminuée ni dégagée par le fait que l'organe avait « excédé son autorité », pour autant que ledit organe avait eu « le pouvoir général d'entreprendre l'acte ou l'action en question ». D'après l'article 1er du projet établi par A. Roth en 1932, l'Etat était considéré comme responsable des actes « commis par toutes les personnes physiques ou morales auxquelles il a confié l'exercice de fonctions publiques, pour autant que lesdits actes entrent dans le cadre général de leur compétence ». Suivant le commentaire de l'article VII, al. *a*, du projet de 1929 de la Harvard Law School, la formule utilisée dans cette clause devait être entendue dans le sens d'attribuer à l'Etat la responsabilité du préjudice causé à un étranger par l'un de ses hauts fonctionnaires pour autant que celui-ci ait agi « dans le cadre général de son emploi ou de ses fonctions » (v. Harvard Law School, *Research in International Law*, Cambridge [Mass.], 1929, p. 162 et 163). Quant aux auteurs d'ouvrages scientifiques, on peut rappeler que Starke (*loc. cit.*, p. 110) parle de « compétence générale » et Ch. Fenwick (*International Law*, 3e éd. rev. et augm., New York, Appleton-Century-Crofts, 1948, p. 291) de « cadre général de la compétence ». Dahm (*op. cit.*, p. 182) mentionne les actes d'organes étatiques qui sont contraires au droit interne, mais qui « rentrent quand même dans la sphère générale de la compétence attribuée à l'organe » ou qui sont objectivement en rapport avec l'activité de service de l'organe.

[83] La formule « en se couvrant de leur qualité d'organes de l'Etat et en se servant des moyens mis, à ce titre, à leur disposition » était celle qui avait été retenue pour le troisième alinéa de la règle I du projet adopté en 1927 par l'Institut de droit international. Le paragraphe 4 de l'article 1er du projet établi en 1930 par l'Association allemande de droit international utilisait les termes « pour autant que cette autorité agit ès qualités et qu'elle utilise l'appareil administratif officiel ». Quelque peu différente est la formule proposée par de Visscher (*loc. cit.*, p. 253). Pour l'internationaliste belge, la responsabilité de l'Etat « est généralement admise, tout au moins [...] lorsque l'acte dommageable a été commis à la faveur soit de l'autorité soit de la force matérielle que l'agent coupable tient de ses fonctions ». D'autres internationalistes, comme Reuter (*loc. cit.*, p. 88) adhèrent à cette formule.

[84] Les réponses de la Belgique et de la Finlande à la question posée au point V, n° 2, *b*, de la demande d'informations du Comité préparatoire de la Conférence de 1930 s'inspiraient clairement de ce modèle. La première était libellée ainsi :

« La responsabilité de l'Etat existe si le fonctionnaire s'est servi des moyens mis à sa disposition en sa qualité d'organe de l'Etat .» (SDN, *Bases de discussion...* [*op. cit.*], p. 75 et 76.)

[85] Dans la décision relative à l'Affaire Caire, mentionnée *supra* au paragraphe 14, on indiquait que l'action des deux officiers incompétents d'après le droit interne avait engagé la responsabilité de l'Etat parce qu'ils s'étaient « couverts de leur qualité d'officiers et servis des moyens mis, à ce titre, à leur disposition ». On ajoutait que « pour pouvoir admettre cette responsabilité [...] de l'Etat pour les actes commis par ses fonctionnaires ou organes en dehors des limites de leur compétence, il faut qu'ils aient agi au moins apparemment comme des fonctionnaires ou organes compétents ou que, en agissant, ils aient usé de pouvoirs ou de moyens propres à leur qualité officielle ».

[86] Il est à remarquer qu'il n'est pas clair si, dans certaines des prises de position mentionnées aux notes ci-dessus, la référence à la notion d'emploi des moyens de la fonction doit servir à établir une distinction dans le cadre des comportements que les organes de l'Etat ont adoptés en qualité d'organes, ou bien à distinguer les comportements que les organes ont adoptés dans l'exercice de leurs fonctions d'organes par rapport aux comportements qu'ils ont adoptés à titre purement privé et sans rapport avec leur appartenance à l'appareil de l'Etat. De l'avis de la Commission, en tout cas, on ne saurait se servir de la notion d'emploi des moyens de la fonction pas même à cette deuxième fin. D'une part, l'emploi des moyens de la fonction est certes un indice, mais un indice insuffisant du fait que l'organe a agi en qualité officielle. Que l'on pense au cas d'un policier qui, en dehors du service, à la suite d'un litige personnel qu'il a eu avec un étranger, tue cet étranger en se servant de l'arme dont il est doté; le fait reste quand même une action privée du policier. D'autre part, le fait que l'organe n'ait pas employé les moyens de la fonction ne constitue pas une preuve suffisante pour affirmer que l'organe a agi en qualité de simple particulier. Dans le cas où un organe omet d'accomplir une action à laquelle il était tenu (par exemple, omet de protéger la vie d'un chef d'Etat étranger en visite officielle dans le pays), il n'emploie évidemment pas les moyens de la fonction mais son comportement passif a quand même trait à son activité officielle.

[87] Comme on l'a indiqué, l'article VIII adopté en première lecture par la Troisième Commission de la Conférence de La Haye consacrait, au premier alinéa de son paragraphe 2, le principe de la responsabilité de l'Etat pour les actes accomplis par des fonctionnaires en dehors de leur compétence, mais « sous le couvert de leur qualité officielle ». Le second alinéa ajoutait :

« Toutefois, la responsabilité internationale de l'Etat ne sera pas engagée si l'incompétence du fonctionnaire était si manifeste que l'étranger devait s'en rendre compte et pouvait, de ce fait, éviter le dommage. »

(*Annuaire... 1956*, vol. II, p. 226, doc. A/CN.4/96, annexe 3.)

Un texte s'inspirant de critères analogues a été inséré par García Amador dans l'article 12, par. 4, de son avant-projet révisé de 1961, et par Gräfrath et Steiniger dans l'article 3 de leur projet. Des formules en partie similaires figurent dans les ouvrages de plusieurs auteurs. Voir, entre autres, Guggenheim (*op. cit.*, p. 6), Jiménez de Aréchaga (*loc. cit.*, p. 550), Ténékidès (*loc. cit.* p. 787).

[88] Strisower (*loc. cit.*, p. 461) veut que l'organe ait agi « dans un rapport du moins apparent avec ses fonctions ». Freeman affirme que l'Etat est responsable lorsque l'organe a agi « sous l'autorité apparente de sa position » (*loc. cit.*, p. 290). Pour Greig (*op. cit.*, p. 435), l'Etat n'est pas responsable si les comportements des or-

(Suite de la note page suivante.)

ces notions ont été employées aussi bien dans la pratique des Etats que dans la jurisprudence internationale [89]. La conclusion logique de l'application de ces notions est que le comportement d'un organe agissant ès qualités mais en violation des prescriptions du droit interne ne serait pas attribuable à l'Etat lorsque la violation des prescriptions en question serait « manifeste », ou, à l'inverse, que le comportement serait attribuable à l'Etat pour autant qu'il n'apparaisse pas manifestement que l'organe ait violé de telles prescriptions.

25) Pour justifier une semblable conclusion, on a fait valoir que si l'incompétence de l'organe était manifeste au moment où l'organe agissait la partie lésée aurait pu et dû s'en apercevoir et, de ce fait, empêcher que le fait illicite se produise. La situation se rapprocherait de celle qui est prévue à l'article 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités [90], d'après lequel la manifestation de volonté d'un organe de l'Etat exprimant le consentement de l'Etat à être lié par un traité ne peut pas être attribuée à l'Etat s'il est manifeste que ce consentement est exprimé en violation des dispositions du droit interne concernant la compétence de l'organe. Toutefois, d'après la Commission, l'exception ne saurait être transposée telle quelle du domaine de l'attribution à l'Etat d'une déclaration de volonté à celui de l'attribution d'un agissement susceptible d'être la source d'une responsabilité internationale. Lors de la conclusion d'un traité, la partie qui se rend compte que l'organe de l'autre partie n'est pas compétent pour exprimer le consentement de l'Etat peut toujours se protéger en refusant d'accepter que le traité soit conclu dans de telles conditions. Par contre, dans la plupart des cas du moins, le fait de savoir que l'organe qui adopte un comportement illicite soit dépasse sa compétence soit viole les instructions reçues ne permettra pas à la victime de ce comportement d'échapper à ses conséquences préjudiciables [91]. On se trouve alors devant un dilemme. Ou bien on introduit simplement la limitation excluant de l'attribution à l'Etat les comportements adoptés par des organes en situation d'incompétence « manifeste », et alors on risque de fournir à l'Etat une échappatoire inadmissible dans des cas particulièrement graves, où sa responsabilité internationale devrait au contraire être affirmée [92]. Ou bien on formule la limitation en question comme l'ont proposé certains auteurs, d'après lesquels le comportement de l'organe incompétent serait exclu de l'attribution à l'Etat si l'incompétence de l'organe était tellement manifeste que la partie lésée devait s'en rendre compte et *pouvait, de ce fait, éviter le préjudice* [93]. Mais alors on finit par réduire l'applicabilité de la limitation à un si petit nombre de cas qu'en fin de compte elle ne ferait qu'affaiblir inutilement la valeur de la règle de base, qu'il est nécessaire de confirmer de la façon la plus formelle. En conclusion, la Commission est d'avis que, quel que soit son énoncé, la limitation consistant à exclure de la qualification de faits de l'Etat les agissements d'organes commis en situation d'incompétence « manifeste » n'a pas sa place dans la règle définie au présent article.

26) Par contre, pour ce qui est des actions ou omissions que les êtres humains ayant le statut d'organes de l'Etat peuvent avoir commis en qualité de simples particuliers, la Commission a estimé qu'elles n'ont rien à voir avec l'appartenance des personnes en question à l'appareil de l'Etat, et ne sauraient donc être attribuées à l'Etat d'après le droit international. La Commission a déjà examiné cette question lors de l'élaboration de l'article 5 du projet. Ainsi qu'elle l'a indiqué aux paragraphes 8 et 9 du commentaire de cet article, la pratique des Etats, la jurisprudence internationale et la doctrine sont unanimes à cet égard. Les cas que l'on vient d'examiner confirment cette règle. Sans doute est-il vrai qu'il n'est pas toujours aisé d'établir dans un cas concret si la personne a agi en qualité d'organe ou en tant que particulier. Mais les difficultés que l'on peut parfois rencontrer dans l'application de la règle n'ôtent rien à son bien-fondé [94]. Cela n'empêche naturellement pas les Etats d'assumer parfois, par voie conventionnelle, une responsabilité pour de tels agissements : ils l'ont fait, par exemple, dans la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (La Haye, 1907), qui, dans son article 3, attribue à l'Etat la responsabilité de « tous actes commis par les personnes faisant partie de sa force

(Suite de la note 88.)

ganes ne sont pas « dans le domaine apparent de leurs fonctions ». Furgler (*op. cit.*, p. 26) affirme la responsabilité de l'Etat pour les actes de ses organes incompétents « pour autant qu'ils apparaissent comme des actes d'organes ». Selon Meron (*loc. cit.*, p. 113) et Quéneudec (*op. cit.*, p. 120), l'Etat répond de la conduite *ultra vires* de son organe si cette conduite a été tenue *a*) dans le cadre apparent de sa compétence ou *b*) en dehors du cadre apparent de sa compétence mais en se prévalant des moyens de la fonction, sauf si le sujet lésé, en conséquence du manque apparent de compétence de l'organe, pouvait éviter le dommage. Amerasinghe se rallie à cette formule (*loc. cit.*, p. 106 et suiv.).

[89] Les notes des secrétaires d'Etat Bayard et Adee, respectivement du 17 août 1885 et du 14 août 1900 (v. ci-dessus par. 6), avaient fait appel à la notion d'apparence. Sur cette même base a été rédigée la question posée au point V, n° 2, *c*, de la demande d'informations adressée aux gouvernements par le Comité préparatoire de la Conférence de La Haye, ainsi que les réponses de certains gouvernements (SDN, *Bases de discussion...* [*op. cit*], p. 78 et suiv.). Pour ce qui est de la jurisprudence internationale, on peut rappeler que dans la sentence rendue en l'Affaire Caire (v. ci-dessus par. 14) on affirme que pour pouvoir admettre la responsabilité de l'Etat pour les actes de ses organes en dehors des limites de leur compétence « il faut qu'ils aient agi au moins apparemment comme des [...] organes compétents ».

[90] Pour le texte de la convention, voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents de la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.70.V.5), p. 309.

[91] Pour ne donner qu'un exemple, il n'aurait été d'aucun secours à M. Youmans et aux autres ressortissants américains tués à Anguangueo par des soldats mexicains (v. ci-dessus par. 14) de savoir que ceux-ci agissaient en violation des instructions qu'on leur avait données.

[92] Au cas où, par exemple, un chef d'Etat déclencherait une guerre d'agression — « manifestement » en violation des dispositions du droit interne concernant son activité —, il serait absurde de ne pas considérer une telle action comme un fait de l'Etat, source, comme tel, de responsabilité internationale.

[93] Voir, notamment, l'article VIII, par. 2, du projet adopté en première lecture par la Troisième Commission de la Conférence de La Haye de 1930; l'art. 12, par. 4, du projet révisé de F. V. García Amador; les études de T. Meron (*loc. cit.*, p. 113) et de J.-P. Quéneudec (*op. cit.*, p. 120).

[94] Voir à ce propos le paragraphe 10 du commentaire de l'article 5.

armée » en violation du règlement annexé à la Convention, qu'elles aient agi en tant qu'organes ou en tant que particuliers [95]. Mais, faute de dispositions conventionnelles de ce genre, les Etats ne sauraient être tenus pour responsables de tels comportements. Certains membres de la Commission se sont demandé s'il n'y aurait pas lieu de prévoir néanmoins l'attribution à l'Etat des comportements que les individus ayant le statut d'organes adoptent à titre privé, dans les cas où ils se servent des moyens que l'Etat a mis à leur disposition pour l'accomplissement de leurs fonctions officielles, notamment de certains moyens de contrainte. La Commission a toutefois estimé que même dans ces cas les comportements en question ne sont pas attribuables à l'Etat. Le fait qu'un agent de police qui n'est pas en service se soit servi, pour tuer un étranger dont il était jaloux, de l'arme dont l'Etat l'avait doté n'a pas paru suffisant à la Commission pour que cette action soit attribuée à l'Etat sur le plan du droit international. Cela ne veut pas dire, bien entendu, que l'Etat ne puisse, le cas échéant, encourir une responsabilité internationale à l'occasion de situations de ce genre — mais il ne peut alors s'agir que d'une responsabilité du fait d'organes autres que celui qui a commis le fait préjudiciable. Autrement dit, les comportements que des organes adoptent à titre purement personnel sont entièrement assimilables aux comportements des personnes privées, dont on traite à l'article 11 du projet.

27) Pour ce qui est de la rédaction de la règle, la Commission a estimé qu'il fallait traiter en même temps des comportements des organes de l'Etat (visés à l'article 5 du projet) et des comportements des organes des collectivités publiques territoriales ou d'autres entités habilitées à l'exercice de prérogatives de la puissance publique (visés à l'article 7). Ces derniers organes peuvent eux aussi agir en contradiction avec les instructions concernant leur activité ou déployer des activités qui ne rentrent pas dans les limites de leur compétence. Dans plusieurs Etats fédéraux, par exemple, les agents de police sont des organes des Etats membres; si, contrairement aux instructions reçues, ils ne protègent pas efficacement le siège d'un consulat étranger, on ne peut qu'appliquer la même règle qu'on appliquerait si l'organe coupable était organe de l'Etat fédéral. Et l'on ne pourrait qu'appliquer la même règle si les agents de police étaient les organes non pas d'une collectivité publique territoriale, mais d'une autre entité habilitée à l'exercice de prérogatives de la puissance publique — par exemple d'une compagnie de chemins de fer à laquelle certains pouvoirs de police auraient été confiés. Si un de ces agents de la compagnie, dans l'exercice de ses fonctions, fouillait la valise d'un diplomate étranger, ce fait serait attribuable à l'Etat quand bien même l'agent aurait, ce faisant, agi contrairement aux instructions reçues.

28) L'expression « même si, en l'occurrence, l'organe a dépassé sa compétence selon le droit interne ou a contrevenu aux instructions concernant son activité » a été préférée à d'autres plus générales (par exemple « même si [...] l'organe a agi en contradiction avec les prescriptions du droit interne concernant son « activité »), parce qu'elle couvre les hypothèses les plus fréquentes et les plus typiques de violation des dispositions du droit interne concernant l'activité de l'organe. En parlant d'organe qui a dépassé sa compétence, on entend se référer surtout au cas d'un organe qui agit dans le cadre de fonctions autres que celles qui lui ont été conférées. En parlant d'organe qui a contrevenu aux instructions concernant son activité, on entend se référer au cas d'un organe qui, tout en agissant dans le cadre des fonctions qui lui ont été conférées, agit de façon non conforme aux instructions, générales ou spécifiques, qu'on lui avait données. Il est vrai qu'il peut y avoir d'autres hypothèses moins fréquentes de violation des prescriptions du droit interne concernant l'activité de l'organe : lorsque par exemple l'organe contrevient à des règles générales relatives à l'administration publique, qui ne peuvent pas se définir, à proprement parler, comme des instructions. Mais l'on ne saurait tirer de ce fait aucune conséquence. L'article 10 ne fait en réalité que confirmer, même pour les hypothèses qui ont été les plus discutées, le principe de l'attribution à l'Etat de *tous* les comportements des organes agissant ès qualités. Aucune exception à ce principe ne saurait donc être admise.

29) Enfin, l'expression « ledit organe ayant agi en cette qualité » a été introduite pour indiquer que les comportements visés sont uniquement les actions et omissions accomplies par des organes dans l'exercice de leurs fonctions officielles, et non pas les actions et omissions accomplies par les individus ayant le statut d'organes dans le cadre de leur vie privée. Certains membres de la Commission se sont demandé s'il n'était pas opportun de préciser expressément que ces derniers comportements ne sont pas attribuables à l'Etat d'après le droit international. La majorité des membres a été toutefois d'avis qu'une mention en ce sens serait superflue. La non-attribution de ces comportements à l'Etat résulte clairement du fait que les articles 5, 7 et 10 n'attribuent à l'Etat que les comportements adoptés par les organes agissant en cette qualité. La précision proposée ne serait donc qu'une répétition superflue.

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

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

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

Commentaire

1) Aux articles précédents du présent chapitre (art. 5 à 10), on a indiqué, de façon positive, quels sont les comportements qui doivent être considérés comme des

[95] G. F. de Martens, éd., *Nouveau Recueil général de traités*, Leipzig, Dieterich, 1910, 3e série, t. III, p. 479.

faits de l'Etat d'après le droit international. Le présent article vient confirmer les règles définies aux articles précédents indiquant, de façon négative, que certains comportements qui n'ont pas été mentionnés dans les articles en question ne doivent pas être considérés comme des faits de l'Etat d'après le droit international.

2) Les comportements visés au présent article, qui exclut leur attribution à l'Etat, comprennent avant tout les agissements des personnes physiques ou morales privées, pour autant — et c'est le cas le plus courant — que ces personnes n'agissent ni en droit ni en fait pour le compte de l'Etat. On a indiqué au paragraphe 2 de l'article 7 que l'Etat pouvait confier en droit à des personnes morales, même privées, l'exercice de prérogatives de la puissance publique. Au cas où une personne morale privée s'est vu conférer de telles prérogatives, et qu'elle agit dans l'exercice de ces prérogatives, ses comportements seront donc attribuables à l'Etat. On a en outre indiqué à l'article 8 que les organes de l'Etat (ou de l'une des entités visées à l'article 7) pouvaient, exceptionnellement, charger des personnes physiques ou morales privées d'exercer certaines activités pour le compte de l'Etat, sans pourtant que cela se traduise par une attribution formelle de la qualité d'organe de l'Etat ou d'une autre des entités mentionnées à l'article 7. Des personnes physiques ou morales privées peuvent aussi se trouver, dans des circonstances exceptionnelles, dans la condition de devoir assumer spontanément l'exercice de certaines prérogatives de la puissance publique. Dans ces cas aussi, des comportements de personnes privées seront donc attribuables à l'Etat. Mais dans tous les autres cas — c'est-à-dire, en un mot, dans tous les cas qui ne sont pas expressément prévus aux articles 7 et 8 —, les agissements des personnes physiques et morales privées relèvent des dispositions du présent article, qui prévoit qu'ils ne peuvent pas être considérés comme des faits de l'Etat. Les agissements des personnes morales qui ne peuvent pas être qualifiées de personnes morales privées d'après le droit interne de l'Etat (par exemple des personnes morales « parastatales » et aussi d'autres entités publiques qui n'ont cependant pas été habilitées à l'exercice de prérogatives de la puissance publique ou qui l'ont été, mais par rapport à un secteur d'activité différent de celui dans le cadre duquel elles ont agi) rentrent aussi dans le cadre des agissements visés au présent article. Enfin, il faut aussi considérer comme des agissements visés par l'article ceux des personnes physiques qui revêtent le statut d'organes de l'Etat ou d'une des entités mentionnées à l'article 7 (ou bien d'un Etat étranger, d'une organisation internationale, d'un mouvement insurrectionnel) mais qui, en l'occurrence, agissent en leur qualité de simples particuliers, c'est-à-dire qu'elles accomplissent des actions qui ont trait à leur vie privée et n'ont pas de rapport avec l'appareil de l'Etat.

3) Les agissements des personnes privées ou agissant en l'occurrence à titre privé ne sont en aucun cas attribuables à l'Etat. Il est sans importance à cet égard qu'il existe entre la personne qui agit et l'Etat un lien autre que ceux qui sont indiqués aux articles 7 et 8 — par exemple que la personne ait la nationalité de l'Etat en question ou qu'elle ait agi sur le territoire de cet Etat. Il est de même sans importance que la personne agisse seule ou en groupe, dans une situation normale ou à l'occasion d'agitations populaires, manifestations, émeutes ou troubles en général, en temps de paix ou de guerre, etc. Il est en outre sans importance que ses agissements causent un préjudice à un Etat étranger ou bien à ses organes ou à ses ressortissants.

4) La conclusion rigoureusement négative quant à l'attribution à l'Etat des agissements des personnes physiques et morales privées et des autres personnes mentionnées au paragraphe 2 du présent commentaire n'implique toutefois pas que l'Etat ne peut pas encourir sur d'autres bases une responsabilité internationale à l'occasion de ces agissements. Le paragraphe 2 de l'article 11 a donc pour but de préciser expressément que sont à considérer comme faits de l'Etat d'après le droit international tous les comportements qui sont visés par les dispositions des articles 5 à 10 et qui ont été adoptés en rapport avec des agissements de personnes privées. Cela vaut, bien entendu, si le fait même que ces agissements ont pu avoir lieu fait ressortir qu'il y a eu en l'occurrence violation d'une obligation internationale de la part des organes de l'Etat ou d'une autre entité exerçant des prérogatives de la puissance publique. Il ne rentre bien sûr pas dans le cadre du présent projet de déterminer le contenu et l'étendue des obligations internationales des Etats qui peuvent se trouver violées par des actions ou, plus fréquemment, par des omissions d'organes de l'Etat en rapport avec des agissements de particuliers. Il suffit de rappeler que de telles obligations existent. Il ne fait pas de doute, par exemple, que l'Etat doive assurer, dans une mesure qui varie selon les cas, la protection des Etats étrangers et de leurs représentants en titre ainsi que de leurs simples ressortissants contre toute atteinte de la part de particuliers. Or, si, dans une situation concrète, l'Etat ou les entités mentionnées à l'article 7 n'adoptaient pas des mesures de protection adéquates et qu'une atteinte de la part de particuliers se produise, on serait en présence d'un fait de l'Etat en rapport avec les agissements de particuliers : un fait de l'Etat qui constitue la violation d'une obligation internationale de cet Etat. Il en serait de même si, une fois qu'il y a eu atteinte de la part d'un particulier, les organes de l'Etat manquaient, par exemple, à une obligation internationale de punir ou d'extrader le particulier auteur de cette atteinte. Il n'est pas à exclure non plus que, dans une situation donnée, on puisse attribuer à des organes de l'Etat une attitude complaisante devant l'action du particulier, une sorte de complicité avec cette action : le fait même de cette complaisance ou de cette complicité peut alors représenter la violation d'une obligation internationale de l'Etat. En conclusion, le but du paragraphe 2 de l'article 11 est de faire ressortir que l'Etat peut parfois encourir une responsabilité internationale à l'occasion d'agissements d'une personne privée ou de personnes visées au paragraphe 1 de l'article, en précisant cependant que cette responsabilité ne découle pas d'une sorte d'endossement par l'Etat des agissements des particuliers, mais d'un comportement distinct et attribuable à l'Etat en vertu des articles 5 à 10 du projet — un comportement qui n'est qu'en rapport avec lesdits agissements. Les actions de personnes privées ou agissant à titre privé constituent alors — et il est important de le souligner — un événe-

ment extérieur qui fonctionne comme élément catalyseur de l'illicéité de la conduite de l'Etat.

5) La règle dont on vient d'exposer le contenu a été établie par la Commission sur la base des données fournies par la pratique des Etats et par la jurisprudence internationale. Le point de départ de son analyse a été la constatation que l'on a souvent mis une responsabilité internationale à la charge d'un Etat à l'occasion d'actions ou omissions dont l'auteur matériel était une personne physique ou morale privée qui, en l'occurrence, n'avait pas agi pour le compte de l'Etat. La Commission a donc recherché si l'explication de cette responsabilité se trouvait dans le fait que sur le plan du droit international on attribuerait aussi à l'Etat, en tant qu'élément constitutif d'un fait internationalement illicite de sa part, des agissements de personnes privées qui n'ont pas agi pour le compte de l'Etat (par exemple de toute personne se trouvant sur son territoire ou de toute personne ayant sa nationalité), ou bien si cette responsabilité avait une autre base.

6) De l'avis de la Commission, il ne serait pas vraiment impossible, d'un point de vue purement théorique, de considérer que même les comportements de personnes privées n'agissant pas pour le compte de l'Etat sont des « faits de l'Etat » d'après le droit international. Une conclusion de ce genre toutefois ne saurait être admise qu'à une condition bien précise. L'étude de ce qui se produit dans la pratique des rapports internationaux devrait incontestablement faire ressortir : *a*) que dans les cas en question l'on a fait endosser par l'Etat, sujet de droit international, le fait de la personne privée en tant que telle — et, par conséquent, *b*) que la responsabilité internationale de l'Etat se produit, si tel en est le cas, comme conséquence d'un manquement à une obligation internationale réalisé par ce même fait [96]. Si cela était, il n'y aurait qu'à prendre acte d'une telle constatation et à en tirer les conséquences, aussi étonnantes qu'elles paraissent [97].

7) L'examen de la pratique des rapports internationaux pourrait cependant faire ressortir que les agissements de personnes privées, agissant en tant que telles, n'entrent jamais en ligne de compte pour la détermination d'une responsabilité internationale de l'Etat s'ils ne s'accompagnent pas de certaines actions ou omissions émanant d'organes de l'Etat. Cela ne devrait pas automatiquement exclure l'idée que l'action de la personne puisse être attribuée à l'Etat. On pourrait penser, en effet, qu'elle peut l'être, mais uniquement dans des cas où elle serait spécifiquement entachée d'une certaine participation ou une certaine complicité de la part d'organes de l'Etat [98]. Mais il importe de mettre en relief que cette conclusion comporterait toujours l'idée que l'Etat endosse le fait de la personne privée comme telle, dans les cas où certains organes étatiques auraient eu quelque connivence avec ce fait. C'est l'action de la personne privée qui se trouverait quand même au centre du comportement internationalement illicite de l'Etat, et c'est par l'action de cette personne, dont certains organes ne seraient que des complices, que l'Etat violerait une obligation internationale. La condition, indiquée au paragraphe précédent, d'une attribution à l'Etat de l'action du particulier demeurerait donc inchangée : dans l'examen des cas concrets, on devrait toujours être amené à faire la même constatation, à savoir que le fait internationalement illicite reproché à l'Etat consisterait en la violation d'une obligation internationale perpétrée par l'action de la personne privée en question et non pas, par exemple, en une infraction différente, émanant de quelqu'un d'autre.

8) Au cas où, par contre, il ressortirait des situations examinées qu'en fait l'Etat a été accusé d'avoir manqué à des obligations internationales autres que celle qui aurait pu être enfreinte par l'action de la personne privée, la conclusion devrait forcément être différente. La condition requise pour pouvoir reconnaître l'attribution à l'Etat du fait de la personne privée ferait manifestement défaut. Il ne serait plus question de soutenir que c'est par l'action de cette personne, endossée par l'Etat, que celui-ci aurait commis la violation d'une obligation internationale qu'on lui reproche. Il ne pourrait pas non plus être question de décrire les organes qui, en l'occurrence, auraient commis des actions ou des omissions comme des « complices » d'une violation d'une obligation internationale réalisée par l'action de cette personne, même s'il y avait eu de la bienveillance à l'égard du particulier et de sa conduite. Il faudrait conclure, au contraire, que s'il y a eu manquement au respect d'une obligation internationale, ce manquement a été directement et uniquement commis par ces mêmes organes de l'Etat, et que le « fait de l'Etat » susceptible d'engendrer une responsabilité internationale ne peut avoir été que l'action

---

[96] Imaginons, par exemple, qu'un particulier ait réussi à se faufiler à l'intérieur du siège d'une ambassade étrangère, qu'il y ait détruit des objets ou qu'il y ait soustrait des documents. Pour pouvoir conclure à l'attribution à l'Etat, comme source de responsabilité, du fait du particulier lui-même, il faudrait que l'on ait constaté que, dans le cas en question, l'Etat a été accusé précisément d'avoir violé, par sa propre action, l'obligation de respecter l'inviolabilité du siège de l'ambassade et de ses archives.

[97] Il serait vain d'objecter, comme des auteurs l'ont souvent fait, que seuls les Etats sont des sujets du droit international et donc qu'eux seuls peuvent violer les obligations imposées par ce droit. Sans compter la pétition de principe que cette objection comporte, les cas auxquels on se réfère ici ne sont pas des cas de prétendue responsabilité internationale d'individus, mais des cas de responsabilité internationale de l'Etat. Puisque ce serait à l'Etat que l'on attribuerait l'action du simple particulier, ce serait l'Etat qui agirait par son intermédiaire et qui, par là, manquerait à une obligation internationale.

[98] Il devrait s'agir naturellement d'une vraie participation ou complicité. Il en serait autrement si le terme « complicité » était employé tout à fait improprement, comme il arrive qu'on le fasse, et n'était qu'une fiction voulant désigner autre chose. Il est évident, par exemple, que l'on ne saurait définir correctement comme « complice » du forfait d'un individu le tribunal qui ne lui infligerait pas une peine appropriée.

Il va sans dire que, dans les hypothèses envisagées ici, l'action du particulier n'est sous aucun aspect à considérer comme l'action d'un organe. La « participation » (ou la « complicité ») éventuelle d'organes de l'Etat à l'action individuelle n'a pas pour effet de transformer son auteur en un membre, même occasionnel ou *de facto*, de l'appareil de l'Etat. On se trouve donc dans un domaine tout à fait distinct de celui des actions commises par certains individus à l'instigation et pour le compte de l'Etat, dont traite l'article 8, al. *a*, du projet.

ou l'omission de ceux-ci [99]. Le fait de la personne privée ne serait qu'un événement extérieur, étranger au fait de l'Etat, fait qui aurait simplement été commis en rapport avec cet événement [100].

9) Le critère déterminant pour établir si le comportement attribué à l'Etat comme source de responsabilité internationale est le comportement de la personne privée ou celui d'un organe est donc la nature de l'infraction dont l'Etat est tenu pour coupable sur le plan du droit international. Par contre, le montant de la réparation qui, dans une situation donnée, est exigé par l'Etat réclamant ou est fixé par un tribunal international n'est pas, de l'avis de la Commission, un élément susceptible de nous éclairer sur le problème qui nous occupe. C'est à tort, d'après la Commission, que les auteurs se sont laissés impressionner par le fait que, dans certains cas, le montant de la réparation que l'Etat a dû verser a été calculé en fonction du dommage causé en fait par l'action de la personne privée, et qu'ils ont cru devoir en conclure que l'Etat, dans les situations envisagées, ne répondrait pas du fait de ses organes mais du fait de la personne privée. Une telle induction n'est nullement amenée par la constatation faite par ces auteurs. Si, dans l'examen d'un cas d'espèce donné, on devait conclure, sur la base des éléments indiqués aux paragraphes précédents, que le fait attribué à l'Etat comme cource de responsabilité internationale n'a pas été l'action commise par la personne privée, mais le comportement de l'organe, il n'y aurait aucune raison de remettre ensuite en question cette conclusion. Rien ne s'oppose, en effet, à ce que l'on exige de l'Etat qui, du fait de ses organes, a manqué par exemple à son obligation d'assurer une protection efficace au représentant d'un Etat étranger qu'il verse pour s'acquitter de sa responsabilité une indemnité correspondant au dommage causé par le particulier à ce représentant. On a déjà mis en évidence que l'action de la personne privée, même si l'on ne devait y voir qu'un simple événement extérieur par rapport au fait endossé par l'Etat, pourrait tout de même constituer une condition nécessaire pour que, dans le cas concret, l'illicéité de la conduite des organes de l'Etat apparaisse et pour que la responsabilité de ce dernier soit engagée. Il n'y aurait donc rien de tellement étrange à ce que les conséquences préjudiciables provoquées par la même action fournissent, dans certains cas tout au moins, un critère pour déterminer le montant de la réparation due par l'Etat à la suite de l'infraction commise en l'occurrence par ses organes.

10) L'idée selon laquelle la réponse à la question de l'attribution ou de la non-attribution à l'Etat de comportements de personnes privées dépendrait des critères que l'on utiliserait pour déterminer le montant de la réparation due par l'Etat est liée à l'idée, que la Commission a rejetée lors de l'examen de l'article 3 du projet, selon laquelle l'une des conditions de l'existence d'un fait internationalement illicite de l'Etat serait l'existence d'un « dommage » causé par la violation de l'obligation. On comprend que ceux qui sont d'avis que le dommage serait l'un des éléments constitutifs du fait internationalement illicite puissent penser que la responsabilité découlant d'un tel fait s'identifie avec l'obligation de réparer ce même dommage. Et l'on comprend aussi qu'ils admettent difficilement que le montant de la réparation exigée d'un Etat (qui ne serait tenu pour responsable que d'avoir omis de prévenir ou, surtout, de punir l'action du particulier) puisse être calculé en fonction non pas du « dommage » que cette omission même aurait causé, mais de celui qu'a provoqué l'action de la personne privée. Cependant, d'après la Commission, le dommage — et surtout le dommage économique — doit être vu non pas comme un élément du fait internationalement illicite de l'Etat, mais comme un effet matériel de ce fait, non automatique d'ailleurs, surtout en tant qu'effet susceptible d'être traduit en termes de perte économique. Lorsque la responsabilité qui est la conséquence d'un fait internationalement illicite se traduit en une obligation de réparer, ce que l'Etat dont la responsabilité est engagée doit réparer, c'est le manquement à ses propres obligations internationales, la perturbation qu'il a provoquée dans les rapports juridiques internationaux. Mais le montant de la réparation n'est pas uniquement déterminé par les conséquences économiques du manquement lui-même. Il est fort compréhensible que, dans certains cas, lorsque le manquement a effectivement causé un préjudice, on puisse tenir compte de l'étendue de ce préjudice pour fixer le montant de la réparation. Mais il n'est pas dit que le montant de la réparation doive nécessairement être lié à l'évaluation du dommage économique découlant de l'infraction. Dans certains cas, il peut même être sans objet de chercher quel a été le « dommage » économique qu'un Etat aurait provoqué par la violation commise par ses organes, par exemple dans le cas où un Etat n'aurait pas puni, ou pas puni d'une façon adéquate, la personne qui aurait causé un dommage à un ressortissant étranger. Ce n'est pas ainsi que, dans beaucoup de cas, on trouvera une base sûre pour déterminer le montant de la réparation due pour

---

[99] Ainsi, pour en revenir à l'exemple de l'individu réussissant à pénétrer dans le siège d'une ambassade étrangère et à y commettre des dégâts ou des effractions, nul doute que si l'auteur de ces agissements avait été, par exemple, un fonctionnaire de police agissant ès qualités, l'Etat aurait été spécifiquement accusé d'avoir manqué à ses obligations de respecter l'inviolabilité du siège de l'ambassade et de ses archives. Si l'on devait constater que, là où l'auteur de ces mêmes agissements était un simple particulier, l'Etat n'était pas accusé d'avoir porté atteinte à l'inviolabilité de l'ambassade, mais d'avoir manqué à l'obligation toute différente de veiller, avec la diligence nécessaire, à ce que de tels faits ne se produisent pas, il faudrait alors être cohérent en tirant les conséquences de cette constatation. Ce que l'on ferait endosser par l'Etat ne serait pas l'action du particulier, mais l'omission commise à l'occasion de cette action par les organes chargés de la surveillance.

[100] Cela ne veut pas dire qu'un tel événement serait sans effet pour la détermination de la responsabilité de l'Etat. Au contraire, comme on l'a noté *supra*, il pourrait en conditionner l'existence, en agissant du dehors comme élément catalyseur de l'illicéité de la conduite des organes étatiques dans le cas d'espèce. Par exemple, si l'obligation internationale de l'Etat consiste à veiller à ce que des Etats étrangers ou leurs ressortissants ne fassent pas l'objet d'atteintes de la part de personnes privées, un manquement à une obligation de ce genre ne se réalise que si l'atteinte est commise dans les faits. Mais il ne s'agirait en tout cas pas d'une condition de l'attribution à l'Etat du comportement de ses organes — attribution qui, même sans cela, serait incontestablement acquise. Ce qui dépendrait de l'événement extérieur en question serait la possibilité de considérer le fait de l'Etat comme constituant, dans le cas d'espèce, la violation consommée d'une obligation internationale, et, partant, comme étant la source d'une responsabilité internationale.

une infraction commise par l'Etat. Même si l'on veut prendre comme élément de référence le préjudice économique effectivement causé et en tenir compte pour déterminer le montant de la réparation du manquement en question, ce préjudice ne sera pas nécessairement celui qu'aurait produit le comportement adopté en l'occurrence par les organes de l'Etat. Comme on l'a indiqué, il n'y a rien de surprenant à ce que l'Etat qui a manqué envers un autre Etat à son devoir de protection de ses ressortissants contre les actes de personnes privées soit requis de réparer son manquement en payant une indemnité calculée sur la base du préjudice économique effectivement causé à ces personnes par l'action commise sur son territoire par un particulier. Ce serait, dans bien des cas, une solution plus logique que celle de prendre comme élément de référence le dommage, si difficile à évaluer, que les organes de l'Etat auraient causé eux-mêmes. Mais répétons-le pour terminer : cette solution ne nous oblige nullement, lorsqu'elle est adoptée, à tirer la conclusion que l'Etat aurait fait sienne, en l'occurrence, l'action du particulier.

11) Encore deux précisions. La première est que la responsabilité de l'Etat à l'occasion de faits accomplis par des personnes privées ne saurait en aucun cas être décrite comme une responsabilité « indirecte » ou « pour fait d'autrui » *(« vicarious »)*. On définit comme responsabilité « indirecte » ou « pour fait d'autrui », dans n'importe quel système de droit, la responsabilité qu'un sujet de cet ordre juridique encourt pour le fait illicite d'un autre sujet du même ordre juridique. Cette forme anormale de responsabilité entraîne une scission entre le sujet qui commet un fait internationalement illicite et celui qui porte la responsabilité de ce fait. Or, dans les cas de responsabilité internationale de l'Etat à l'occasion d'actions de personnes privées, ces personnes ne peuvent pas être considérées comme des sujets distincts du droit international. Les conditions pour qu'il y ait responsabilité indirecte font donc entièrement défaut.

12) La deuxième précision est que s'il devait apparaître que dans certaines situations (notamment en cas de troubles) l'Etat répond dans tous les cas des agissements préjudiciables à des Etats étrangers ou à leurs ressortissants sans s'occuper de savoir si de tels agissements, soit de personnes privées soit d'organes, lui sont attribuables, on se trouverait devant quelque chose d'entièrement étranger au domaine de la responsabilité pour faits internationalement illicites — quelque chose qui n'aurait plus de rapport avec la détermination des conditions d'existence d'un fait de l'Etat sur le plan international. On serait en présence d'une garantie que l'Etat accorderait, sur le plan international, contre les risques d'agissements commis sur son territoire, dans certaines conditions, par des personnes privées.

13) C'est en ayant présentes à l'esprit les considérations de principe qui précèdent que la CDI a procédé à l'étude des cas concrets qui se sont présentés dans la réalité des rapports internationaux en commençant par une analyse de la jurisprudence. A cet égard, la Commission a constaté qu'au siècle dernier déjà on faisait état du principe d'après lequel le comportement d'une personne privée ne saurait jamais, à lui seul, justifier que l'on tienne l'Etat pour responsable sur le plan du droit international. Pour qu'une telle responsabilité subsiste, il faut en tout cas que ce comportement soit accompagné d'un comportement coupable émanant d'organes de l'Etat [101]. Cela dit, il faut reconnaître que certaines de ces décisions semblent corroborer la thèse de l'attribution à l'Etat, en tant que source de responsabilité, du fait du particulier lui-même, caractérisé par l'approbation ou la ratification de l'Etat [102].

14) Le principe de l'impossibilité d'attribuer le fait du particulier à l'Etat, en tant que source de responsabilité de celui-ci, ressort par contre nettement des sentences rendues au début du XX^e siècle — le 30 septembre 1901 — par l'arbitre Ramiro Gil de Uríbarri, chargé en vertu de la Convention italo-péruvienne du 25 novembre 1899 de statuer sur les réclamations des ressortissants italiens résidant au Pérou [103]. Dans la complexe *Affaire Poggioli*, jugée par le surarbitre Ralston, de la Commission italo-vénézuélienne instituée en vertu des Protocoles du 13 février et du 7 mai 1903, l'une des réclamations examinées concernait les agissements de quatre particuliers qui avaient essayé, entre autres, d'assassiner l'un des frères Poggioli. Dans la décision, on parle encore d'actes de particuliers qui seraient devenus des actes du gouvernement lui-même du fait que les autorités du pays n'avaient pas puni ces particuliers, mais en même temps on affirme que « certains organes n'ont pas exercé correctement leurs fonctions, et pour ce manquement le Gouvernement du Venezuela doit être tenu pour responsable [104] ». Le langage employé dans la décision n'était donc pas très précis. Toutefois, de l'ensemble de la sentence, il résulte assez clairement que le surarbitre n'entendait nullement admettre que des agissements de particuliers puissent en tant que tels être attribués à l'Etat [105].

---

[101] Voir p. ex. la décision rendue sur l'Affaire Ruden par la Commission des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Pérou, établie par la Convention du 4 décembre 1868 (Moore, *History and Digest... [op. cit.]*, vol. II, p. 1654 et 1655); celle relative à l'Affaire Glenn, rendue par un surarbitre nommé sur la base de la Convention américano-mexicaine du 4 juillet 1868 (*ibid.*, vol. III, p. 3138); celle relative à l'Affaire Cotesworth and Powell, rendue le 5 novembre 1875 par la Commission mixte Grande-Bretagne/Colombie, créée en vertu de la Convention du 14 décembre 1872 (*ibid.*, vol. II, p. 2082); celle relative à l'Affaire De Brissot and others, rendue en 1890 par la Commission mixte Etats-Unis d'Amérique/Venezuela, créée par la Convention du 5 décembre 1885 (*ibid.*, vol. III, p. 2968).

[102] Ainsi, dans la décision relative à l'Affaire Cotesworth and Powell, citée à la note précédente, la Commission indiquait qu'elle fondait uniquement la responsabilité de la Colombie sur les conséquences de l'amnistie accordée aux particuliers auteurs des faits préjudiciables, et ajoutait qu'elle adhérait par là « au principe bien connu du droit international que par le pardon d'un criminel un pays assume la responsabilité de ses actes passés ». On peut voir dans cette prise de position l'indice de l'influence de conceptions encore largement partagées à l'époque de la sentence.

[103] Voir p. ex. les décisions relatives à l'Affaire Capelleti (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV [publication des Nations Unies, numéro de vente : 66.V.3], p. 439) et à l'Affaire Serra (*ibid.*, p. 410).

[104] *Ibid.*, vol. X (numéro de vente : 60.V.4), p. 689 [tr. de l'original anglais].

[105] Certaines incertitudes apparentes provenaient vraisemblablement tout autant de la complexité de la situation de fait examinée que de l'influence persistante de certaines théories encore diffusées à l'époque. Le surarbitre entendait probablement mettre en évidence

(Suite de la note page suivante.)

15) C'est dans la seconde moitié des années 20 que les idées se précisent et se clarifient davantage. Le 1er mai 1925, l'arbitre Max Huber, institué comme tel par l'Accord anglo-espagnol du 29 mai 1923, rendait la sentence bien connue sur l'ensemble des réclamations comprises dans l'*Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol*. Il ressort des considérations de l'arbitre [106] : *a*) que là où des agissements de particuliers, préjudiciables pour des étrangers, étaient à déplorer, il ne voyait comme fait de l'Etat, source possible d'une responsabilité internationale, qu'un défaut éventuel de prévention ou de répression des agissements en question de la part des organes de l'Etat; *b*) qu'il excluait nettement que le fait du particulier puisse être d'aucune manière la source d'une responsabilité de l'Etat; *c*) qu'il considérait le fait du particulier comme un événement dommageable étranger au comportement susceptible d'être attribué à l'Etat en la circonstance; *d*) que, même en vue de la détermination du montant de la réparation, il tenait à souligner que la responsabilité de l'Etat se fondait uniquement sur le manquement à une obligation internationale commis en l'occurrence par ledit Etat, et non pas sur les circonstances et les effets de l'action des particuliers.

16) Ce furent ensuite surtout les décisions des commissions des réclamations constituées entre certains pays et le Mexique qui devaient donner l'occasion d'une nouvelle analyse plus approfondie des problèmes de la responsabilité des Etats à l'occasion d'agissements de particuliers. La Commission générale des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Mexique, créée par la Convention du 8 septembre 1923, devait apporter dans plusieurs cas une contribution importante à l'affirmation définitive du principe que la responsabilité de l'Etat à l'occasion d'agissements de particuliers, là où elle est établie, n'est fondée que sur un comportement de l'Etat, constitué par un défaut de prévention ou de répression à propos desdits agissements. La sentence qui mérite le plus d'attention à cet égard est celle qui a été rendue dans l'*Affaire Janes* le 16 novembre 1925 par la commission en question, présidée par van Vollenhoven. La Commission devait juger d'une réclamation présentée au Mexique par les Etats-Unis d'Amérique à la suite du meurtre d'un ressortissant américain, assassiné par un employé renvoyé de nationalité mexicaine. La réclamation était motivée par le fait que les autorités mexicaines n'avaient pas pris de mesures adéquates pour arrêter le coupable, resté impuni. L'agent des Etats-Unis avait fait valoir la « complicité » de l'Etat mexicain en l'affaire. Ayant négligé d'arrêter et de punir le coupable, l'Etat aurait pardonné et ratifié le crime de ce dernier et, par là, l'aurait fait sien. Mais le tribunal, après s'être assuré de la réalité de la négligence des autorités mexicaines, n'a pas hésité à indiquer [107] : *a*) que le fait du particulier n'est attribué qu'à ce dernier, et que le fait susceptible d'être attribué à l'Etat n'est que celui de ses organes; *b*) que l'un et l'autre entrent en considération sur deux plans entièrement distincts, le premier sur celui du droit interne, le deuxième — et lui seul — sur celui du droit international; *c*) que l'idée d'une complicité inhérente au défaut de répression est une pure fiction, et qu'en tout cas l'on ne saurait s'appuyer sur elle pour renverser les conclusions et pour attribuer à l'Etat l'action du particulier. Pour la détermination de l'indemnité due par le Mexique à la suite des omissions qu'on lui attribuait, le tribunal a estimé nécessaire de tenir compte, à cet effet aussi, de la distinction qu'il avait marquée entre l'infraction commise par le particulier et celle qui était reprochée à l'Etat. Il a souligné que les deux infractions étaient différentes « dans leur origine, leur caractère et leurs effets [108] ». Il a donc estimé que l'Etat était tenu, à titre de réparation de son omission internationalement illicite, de dédommager les ressortissants étrangers lésés par cette omission. L'évaluation du dommage causé par l'omission ne pouvait pas, de l'avis du tribunal, être faite sur la base du dommage provoqué par l'assassin, dommage différent et infligé à une personne physique différente. Le tribunal entendait donc souligner, même pour ce qui était du montant de la réparation, qu'il ne faisait entrer en ligne de compte que l'omission des organes de l'Etat et non pas l'action du particulier [109]. Dans d'autres affaires, et notamment dans l'*Affaire Kennedy*, jugée le 6 mai 1927 [110], l'*Affaire Venable*, jugée le 8 juillet 1927 [111], et l'*Affaire Canahl*, jugée le 15 octobre 1928 [112], la Commission générale des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Mexique appliqua à nouveau les principes exposés à propos de l'Affaire Janes.

17) Après le début des années 30, on ne trouve plus, dans la jurisprudence arbitrale internationale, de décisions d'un intérêt comparable à celle de l'Affaire Janes. Mais le principe de la non-attribution à l'Etat d'agissements de particuliers apparaît désormais comme définitivement acquis, et cela sans que la conclusion négative

(Suite de la note 105.)
deux aspects différents de l'action du gouvernement local. Tout d'abord, il dénonçait la complicité de ce gouvernement dans les agissements des particuliers auteurs des crimes. Mais, dans le cas d'espèce, ce n'était pas une fiction que de parler de « complicité ». Il ne s'agissait pas de se servir de cette expression pour n'indiquer qu'une attitude adoptée *ex post facto* en omettant de soumettre les coupables d'un crime au châtiment mérité. On était même en droit de se demander si, dans les circonstances qui entouraient le cas d'espèce, les autorités locales n'étaient pas allées au-delà d'une « complicité », d'une simple participation à des agissements de particuliers, et si ceux-ci n'étaient pas bel et bien des agents du gouvernement, des personnes qui agissaient à son instigation, de sorte que leurs actions apparaissaient en fin de compte comme étant le fait du gouvernement. L'arbitre relevait qu'un fait était certain en tout cas : les autorités du gouvernement local s'étaient rendues coupables de ne jamais avoir puni ou cherché à punir les auteurs des crimes perpétrés. Dans cette omission il voyait un déni de justice, une infraction commise assurément par le gouvernement, la source indiscutable de la responsabilité internationale de l'Etat.

[106] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1949.V.1), p.636, 709 et 710.

[107] *Ibid.*, vol. IV (numéro de vente : 1951.V.1), p. 86 et suiv.

[108] *Ibid.*, p. 89.

[109] Le membre américain de la Commission, Nielsen, se sépara de l'opinion de la majorité au sujet des critères à suivre dans la détermination de l'indemnisation à payer. Il soutint que l'Etat dont les autorités auraient négligé de prendre des mesures promptes et efficaces pour arrêter et punir les particuliers coupables était précisément tenu de réparer le dommage causé par l'action de ces derniers (*ibid.*, p. 90 et suiv.).

[110] *Ibid.*, p. 194 et suiv.

[111] *Ibid.*, p. 219 et suiv.

[112] *Ibid.*, p. 389 et suiv.

énoncée par ledit principe puisse être modifiée par l'attitude des autorités officielles en relation avec de tels agissements. Les commissions arbitrales se bornent donc à rechercher si, dans une situation concrète, on peut reprocher à l'Etat un manquement à ses obligations internationales de prévention et de répression, et à juger d'après les résultats de cette recherche si un fait internationalement illicite représenté exclusivement par un tel manquement a été commis par l'Etat. Ainsi, dans la décision relative à l'*Affaire des Finnish Shipowners against Great Britain in respect of the Use of certain Finnish Vessels during the War*, rendue le 9 mai 1934 sur la base de l'Accord Grande-Bretagne/Finlande du 30 septembre 1932, l'arbitre, en se référant au jeu de la règle de l'épuisement préalable des recours internes, indiquait que les deux parties étaient d'accord pour reconnaître qu'il pouvait y avoir des cas dans lesquels il était possible de dire qu'une violation du droit international résultait des actes commis en eux-mêmes — donc avant que l'on ait eu recours au tribunal national. Après quoi, il ajoutait que ces actes devaient avoir été commis par le gouvernement défendeur ou par ses fonctionnaires, car il n'y avait pas de responsabilité directe en droit international pour les actes de particuliers [113].

18) Dans le cadre des sentences arbitrales ayant trait à la question ici envisagée, on a souvent considéré comme une catégorie à part les décisions qui se réfèrent à des préjudices infligés par des particuliers à des étrangers à l'occasion d'émeutes, de révoltes et, en général, de troubles que les autorités officielles n'étaient pas en mesure d'éviter ou de contrôler. Le principe excluant la possibilité d'attribuer à l'Etat, en tant que source de responsabilité, l'action des individus auteurs des préjudices en question ressort une fois de plus nettement de ces décisions. La Commission mixte Grande-Bretagne/Etats-Unis d'Amérique, créée par l'Accord du 18 août 1910, observait par exemple dans sa décision du 18 décembre 1920 relative à l'*Affaire Home Frontier and Foreign Missionary Society of the United Brethren in Christ* qu'un gouvernement ne pouvait pas être tenu pour responsable à la suite de l'action commise au mépris de son autorité par des rebelles « s'il n'était pas lui-même coupable de violation de la bonne foi ou de négligence dans la répression de l'insurrection [114] ». Le principe fondamental de la non-responsabilité de l'Etat pour les dommages provoqués sur son territoire lors d'événements tels qu'émeute, révolte, guerre civile, guerre internationale a été également réaffirmé par l'arbitre Max Huber dans sa décision (déjà mentionnée) du 1er mai 1925 à propos de l'*Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol*. On y lit que

> La responsabilité pour l'action ou l'inaction de la puissance publique est tout autre chose que la responsabilité pour des actes imputables à des personnes échappant à l'influence des autorités ou leur étant ouvertement hostiles [115].

19) Pour ce qui est de la pratique des Etats, les prises de position des gouvernements lors des travaux préparatoires de la Conférence de codification de 1930 ainsi qu'au cours de la Conférence elle-même sont particulièrement significatives. Tous les Etats ayant participé à ces travaux ont reconnu que des agissements de simples particuliers ne sauraient jamais être attribués à l'Etat comme source de responsabilité internationale. Ils ont admis que l'Etat n'endosse, le cas échéant, que des comportements adoptés par ses propres organes en relation avec lesdits agissements de particuliers et représentant en tant que tels une violation de ses obligations internationales, et cela même dans le cas où les agissements de particuliers auraient eu lieu dans des circonstances spéciales (émeutes, troubles intérieurs, etc.) ou auraient causé des dommages à des étrangers jouissant d'une protection spéciale (par exemple des agents diplomatiques accrédités auprès de l'Etat). C'est ce qui ressort en premier lieu des réponses fournies par les gouvernements à divers points de la demande d'informations qui leur avait été soumise par le Comité préparatoire de la Conférence [116]. En se prévalant des réponses reçues, le Comité préparatoire élabora les bases de discussion nos 10, 17, 18, 19 et 22, *d*, qui malheureusement se caractérisent toutes par le fait qu'elles traitent de la définition des obligations concernant le traitement des étrangers plutôt que de la détermination des faits attribuables à l'Etat en tant que source d'une responsabilité internationale. La Conférence n'a pas eu la possibilité d'examiner la base no 22, *d*. D'autre part, la base no 19 fut supprimée comme étant un complément inutile de la

---

[113] *Ibid.*, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1051. Voir dans le même sens l'Affaire Kidd, jugée le 23 avril 1931 par la Commission mixte Grande-Bretagne/Mexique instituée par l'Accord spécial du 19 novembre 1926 (*ibid.*, vol. V [numéro de vente : 1952.V.3], p. 142 et suiv.); l'Affaire Noyes, jugée le 22 mai 1933 par la Commission générale des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Panama, créée en application de la Convention du 28 juillet 1926 (*ibid.*, vol. VI [numéro de vente : 1955.V.3], p. 311); et les affaires Denham et Adams, jugées par la même commission respectivement le 22 mai 1933 (*ibid.*, p. 312 et 313) et le 21 juin 1933 (*ibid.*, p. 322 et 323). On trouve une confirmation autorisée du principe que l'Etat ne répond pas automatiquement de tous les agissements illicites qui ont lieu sur son territoire dans la sentence de la CIJ dans l'Affaire du détroit de Corfou [fond] (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 18).

[114] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1955.V.3), p. 44 [tr. de l'original anglais]. Voir aussi la sentence sur l'Affaire Lovett, rendue par la Commission des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Chili, créée par la Convention du 7 août 1892 (Moore, *History and Digest...* [*op. cit.*], vol. III, p. 2990 et suiv.), et la décision relative à l'Affaire Underhill, rendue par la Commission mixte des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Venezuela, créée par le Protocole du 17 février 1903 (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX [publication des Nations Unies, numéro de vente : 59.V.5], p. 159).

[115] *Ibid.*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 642 et suiv. L'arbitre Huber fera une application spéciale de ces principes dans l'Affaire Ziat, Ben Kiran (*ibid.*, p. 730).

[116] Il s'agit des réponses fournies aux points VII, *a* (violation par un Etat du devoir de protéger les étrangers contre les dommages causés par des particuliers); VII, *b* (violation par un Etat du devoir de punir les particuliers ayant causé des dommages aux étrangers); VII, *c* (actes de particuliers dirigés contre les étrangers comme tels); IX, *d* (dommages causés par des personnes participant à une insurrection ou à une émeute ou par la foule, le mouvement étant dirigé contre les étrangers comme tels ou contre des personnes d'une nationalité déterminée); et V, no 1, *c* (dommages causés par des particuliers à des étrangers revêtus « d'un caractère public reconnu par l'Etat ») [SDN, *Bases de discussion... (op. cit.)*, p. 62 et suiv., 93 et suiv., 119 et suiv., et *Supplément au tome III (op. cit.)*, p. 2, 3, 13, 14, 18, 19 et 21].

base n° 18, et les autres trois bases furent réunies dans un seul texte ainsi libellé :

La responsabilité de l'Etat se trouve engagée à l'occasion d'un dommage causé par un particulier à la personne ou aux biens d'un étranger si l'Etat n'a pas pris les mesures de prévention ou de répression que l'on était en droit, eu égard aux circonstances, d'attendre raisonnablement de lui [117].

20) Ce texte provoqua un long débat, au cours duquel se dessina une scission nette entre deux groupes d'Etats : les uns, favorables en principe au texte proposé, étaient convaincus que les Etats étaient tenus d'assurer aux étrangers, dans certaines circonstances, une protection plus grande que celle qu'ils accordent à leurs propres ressortissants; les autres, opposés au texte en discussion, n'étaient pas disposés à admettre que l'on aille au-delà de la possibilité d'exiger pour les étrangers le traitement fait aux ressortissants. La querelle traditionnelle entre ceux qui, en matière de traitement des étrangers, soutiennent la thèse du « standard minimal » et ceux qui soutiennent le principe de l'égalité de traitement avec les ressortissants s'était ainsi glissée dans la discussion. Il en résulta l'impossibilité d'arriver à une solution susceptible de recueillir une large majorité. Certaines propositions ayant été écartées, la discussion fut reprise autour d'un nouveau texte rédigé par les délégations grecque, italienne, britannique et française et celle des Etats-Unis d'Amérique et libellé comme suit :

En ce qui concerne les faits dommageables commis à l'égard d'étrangers ou de leurs biens par des particuliers, l'Etat n'est responsable que lorsque le dommage que les étrangers ont souffert résulte du fait que l'Etat aurait omis de prendre les mesures qu'il convenait de prendre normalement, selon les circonstances, pour prévenir, réparer ou réprimer de tels faits dommageables [118].

Toutefois, ce texte même, emprunté à celui qu'avait adopté l'Institut de droit international à sa session de Lausanne, ne pouvait satisfaire les tenants de la thèse plus restrictive en matière de droit des étrangers. Soumis au vote après avoir été endossé par la Sous-Commission, il obtint 21 voix contre 17, avec 2 abstentions [119]. Il devint par là l'article X du projet adopté en première lecture par la Troisième Commission de la Conférence, mais le résultat du vote ne permettait guère d'espérer une adoption définitive.

21) Compte tenu des considérations qui précèdent, les travaux de la Conférence de codification de 1930 permettent de faire la constatation suivante : s'il n'y avait pas eu une difficulté, étrangère en somme à la matière de la responsabilité proprement dite, si l'on avait pu discuter, par exemple, autour d'un texte qui serait resté neutre quant à la définition de la portée des obligations de l'Etat en matière de protection des étrangers, on aurait pu facilement atteindre un résultat très positif sur la question de responsabilité que l'on examinait. Preuve en est le fait que tous les Etats qui se déclarèrent finalement contre la proposition de la Sous-Commission avaient préalablement voté en faveur d'une proposition présentée par la Chine et qui ne différait de celle de la majorité qu'en ce qu'elle acceptait le principe de l'égalité de traitement entre étrangers et ressortissants [120].

22) Un dernier point qui mérite d'être brièvement relevé dans l'examen des prises de position des Etats à l'occasion de la Conférence de 1930 et de ses travaux préparatoires est celui qui concerne les critères à utiliser dans la détermination du montant de la réparation due par l'Etat pour un manquement à ses obligations internationales de protection des étrangers à l'occasion d'agissements de particuliers. La conviction que ces critères ne sauraient influencer la solution à donner au problème de la détermination du fait qui, dans ces situations, est attribué à l'Etat comme source de responsabilité internationale trouve une confirmation dans la position adoptée par la plupart des Etats à l'égard de la question posée par le Comité préparatoire de la Conférence au point XIV, *d*, de sa demande d'informations [121]. Il est intéressant de remarquer, d'ailleurs, que les gouvernements ont finalement été d'accord, à la Conférence, pour adopter à propos de la réparation une formule qui, sans être aussi précise que celle que le Comité préparatoire avait proposée dans la base de discussion n° 29 [122], n'en paraît pas moins peu susceptible d'une interprétation permettant de tenir compte, dans la détermination du montant de la réparation de dommages autres que ceux qu'a provoqués, dans les hypothèses ici envisagées, l'omission internationalement illicite des organes de l'Etat [123].

23) Les positions prises par les gouvernements à l'occasion de situations concrètes sont également significatives. Il y a lieu de tenir compte, d'abord, de quelques situations dans lesquelles des préjudices ont été causés par des particuliers à de simples particuliers étrangers. Ensuite, il faut prendre en considération des situations spéciales, comme celles d'agissements préjudiciables commis, toujours contre des particuliers étrangers, à l'occasion d'agitations populaires, démonstrations, émeutes et troubles en général. Il reste enfin à passer en revue la situation en cas d'atteintes dont les victimes n'ont plus été de simples particuliers, mais des personnes ayant droit à une protection spéciale, notamment des représentants d'Etats étrangers, ou encore les Etats étrangers eux-mêmes, en cas d'atteinte par des particuliers à leur sécurité.

---

[117] SDN, *Actes de la Conférence... (op. cit.)*, p. 143.

[118] *Ibid.*, p. 175.

[119] *Ibid.*, p. 190.

[120] *Ibid.*, p. 185.

[121] SDN, *Bases de discussion... (op. cit.)*, p. 146 et suiv., et *Supplément au tome III (op. cit.)*, p. 26.

[122] Le paragraphe 3 de la base n° 29 était ainsi conçu :

« Lorsque la responsabilité de l'Etat résulte uniquement du fait qu'il n'a pas pris les mesures requises après l'accomplissement de l'acte dommageable, il n'est tenu qu'à la réparation du dommage résultant de l'omission totale ou partielle de ces mesures. »

(SDN, *Bases de discussion...* [*op. cit.*], p. 152.)

[123] Le texte que la sous-commission chargée de l'examen de la base n° 29 présenta à la Troisième Commission et qui, approuvé par celle-ci avec 32 voix favorables, devint ensuite, avec des retouches de forme, l'article III du projet adopté en première lecture par la Conférence, ne mentionnait la réparation des dommages subis qu'« en tant qu'ils se présentent comme la conséquence de l'inobservation de l'obligation internationale » (SDN, *Actes de la Conférence...* [*op. cit.*], p. 130).

24) En ce qui concerne la première catégorie de situations, la pratique des Etats-Unis d'Amérique est l'une des plus largement connues. A plusieurs occasions, le Gouvernement américain a exprimé la conviction qu'une responsabilité internationale de l'Etat en relation avec des agissements de particuliers ne saurait se produire que si, à l'occasion de ces agissements, il y a eu manquement par l'Etat à ses obligations internationales de protection. On peut citer à titre d'exemple les prises de position de l'American Mexican Claims Commission [124], instituée par la *Mexican Claims Act* de 1942, à propos des *Texas Cattle Claims* [125] et de la réclamation *Dexter* [126], ainsi que des avis donnés par des conseillers juridiques adjoints du Département d'Etat, respectivement le 28 mai 1952 [127] et le 17 juillet 1957 [128]. Dans des instructions envoyées en 1959 par le Département d'Etat à l'Ambassade des Etats-Unis d'Amérique à San Salvador et refusant d'appuyer une réclamation avancée par un ressortissant américain à l'égard d'El Salvador, on peut lire que, depuis longtemps, la politique du Gouvernement des Etats-Unis « est basée sur le principe généralement accepté du droit international qu'un Etat ne peut être tenu responsable envers un autre Etat si un préjudice n'a pas été causé par l'Etat défendeur à l'Etat demandeur » [129]. Les mêmes principes ont été défendus par d'autres gouvernements. Voir, par exemple, une note du Gouvernement allemand communiquée au Secrétaire général de la SDN à propos de l'action de ressortissants allemands qui avaient enlevé trois ressortissants sarrois en territoire sarrois et les avaient amenés en Allemagne pour les y faire arrêter [130], et la réponse donnée le 11 juillet 1962 par le Ministre d'Etat britannique à une interpellation parlementaire à propos de l'*Affaire Diboku*, concernant un ressortissant du Protectorat britannique du Bechuanaland soumis à des sévices par son employeur en Afrique du Sud [131].

25) Pour ce qui est des agissements causant préjudice à des étrangers et commis au cours d'émeutes, de manifestations populaires ou d'autres troubles, la pratique internationale connaît de nombreux exemples de prises de position des gouvernements. Sans remonter trop loin dans l'histoire, on peut mentionner en premier lieu les prises de position des gouvernements des Etats-Unis d'Amérique et de l'Italie dans l'*Affaire Cutler*. Lors d'une manifestation populaire à Florence, en octobre 1925, une foule avait attaqué le bâtiment où se trouvait le bureau d'un ressortissant américain, Cutler, et avait détruit le mobilier du bureau. Il ressort des prises de position respectives que les deux gouvernements étaient d'accord en substance pour reconnaître que seules des actions ou omissions émanant d'autorités officielles de l'Etat étaient susceptibles d'être attribuées à celui-ci en tant que faits internationalement illicites engageant sa responsabilité internationale. Aucun des deux n'invoquait l'attribution à l'Etat du fait du particulier. La divergence entre les deux gouvernements concernait plutôt les critères à utiliser éventuellement pour déterminer le montant de la réparation dans les cas où l'on constaterait une omission internationalement illicite de la part des autorités [132].

26) Au cours des années 30 et des années 50, une double reconnaissance de l'impossibilité d'attribuer à l'Etat les agissements de particuliers au cours de troubles populaires ou de manifestations de foule ressort des instructions données par le Département d'Etat des Etats-Unis d'Amérique à ses ambassades au sujet des préjudices causés à des ressortissants américains à Cuba en 1933 [133] et en Libye en 1956 [134]. Dans les deux cas, le Département d'Etat refusa d'appuyer les réclamations de ses ressortissants, en vertu du principe que la responsabilité de l'Etat ne pouvait naître, dans de tels cas, que d'une négligence des autorités gouvernementales dans la prévention ou dans la répression des agissements préjudiciables. C'est ensuite dans la réponse du Secrétaire d'Etat français aux affaires étrangères à une interrogation parlementaire qui concernait le meurtre au Maroc de certains ressortissants français qu'apparaît l'une des expressions les plus catégoriques de l'opinion d'un gouvernement à propos des questions dont il est question ici. On y lit :

> A chaque occasion nous avons insisté sur la responsabilité du gouvernement, non pas tant en raison d'une complicité directe de sa part qu'en raison du devoir élémentaire qui incombe à tout gouvernement indépendant de maintenir l'ordre sur son territoire [135].

Enfin, au cours d'un débat au Parlement britannique à propos des dommages causés à des ressortissants britanniques à la suite de désordres en Indonésie, on a demandé au Foreign Secretary si le gouvernement tenait présent à l'esprit dans ses négociations avec l'Indonésie le fait que les autorités indonésiennes avaient gardé une attitude passive et tolérante à l'égard des agissements de la foule. En répondant affirmativement, le Secrétaire aux affaires étrangères précisa que c'était précisément en considération de ce fait que le Gouvernement britannique négociait afin d'obtenir du Gouvernement indonésien la reconnaissance de sa responsabilité [136].

---

[124] Organisme interne américain chargé d'examiner les réclamations de ressortissants américains pour lesquelles le Mexique avait versé une somme forfaitaire globale.

[125] Whiteman, *op. cit.*, p. 752 et 753.

[126] *Ibid.*, p. 755 et 756.

[127] *Ibid.*, p. 757.

[128] *Ibid.*, p. 738.

[129] *Ibid.*, p. 816 [tr. de l'original anglais].

[130] SDN, *Journal officiel*, 14e année, n° 8 (août 1933), p. 1050.

[131] E. Lauterpacht, *The Contemporary Practice of the United Kingdom in the Field of International Law*, Londres, The British Institute of International and Comparative Law, 1962, p. 195 et 196.

[132] Hackworth, *op. cit.*, p. 658 et suiv.

[133] *Ibid.*, p. 658.

[134] Whiteman, *op. cit.*, p. 831 et 832. Le fait que trois ans plus tard le Département d'Etat présenta au Gouvernement irakien une demande d'indemnité en faveur des familles de trois ressortissants américains ayant perdu la vie à Bagdad en 1958, à l'occasion d'une attaque de la foule, ne doit pas être interprété comme un retour en arrière par rapport aux principes énoncés ci-dessus. On est enclin à penser que la demande américaine était avancée sur une base d'équité et d'humanité plutôt que de droit. C'est ainsi, en tout cas, que l'interpréta le Gouvernement irakien (*ibid.*, p. 832 et 833).

[135] A.-Ch. Kiss, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, Paris, C.N.R.S., 1965, vol. III, p. 636.

[136] E. Lauterpacht, *British Practice in International Law*, Londres, The British Institute of International and Comparative Law, 1963, p. 120.

27) Les cas où les agissements de particuliers ont été dirigés contre des personnes étrangères investies par leur Etat d'une qualité représentative (et pour lesquelles ce dernier Etat était donc en droit d'exiger une protection spéciale) sont des cas qui exigent une attention particulière [137]. On pourrait se demander en effet si, en pareil cas, la règle générale qui ressort clairement de la pratique des Etats tout autant que de la jurisprudence arbitrale ne devrait pas souffrir une exception afin que l'Etat sur le territoire duquel les faits préjudiciables de particuliers ont été commis soit considéré comme responsable de ces faits, et cela indépendamment du comportement de ses organes en ce qui concerne l'exécution de l'obligation de protection accrue qui incombe aux organes de l'Etat à l'égard des représentants officiels de puissances étrangères.

28) A ce sujet, il y a lieu d'examiner tout d'abord un incident international dont l'intérêt est lié aux prises de position et aux discussions qu'il provoqua au sein du Conseil de la SDN et d'autres organismes internationaux : il s'agit de l'*incident de Janina* ou du *meurtre des membres italiens de la mission Tellini*. Le 27 août 1923, le général Tellini, président de la commission internationale chargée par la Conférence des ambassadeurs de délimiter la frontière gréco-albanaise, et les membres de la délégation italienne à la commission furent assassinés par des inconnus à proximité de Janina, en territoire grec. Le 29 août, le Gouvernement italien adressa au Gouvernement grec une note qui présentait une série de requêtes, allant du châtiment des coupables à différentes formes de réparation du préjudice moral et matériel causé à l'Italie [138]. Le Gouvernement grec répondit le lendemain, niant sa responsabilité dans ce qui était arrivé et ne se déclarant disposé qu'à recevoir certaines des demandes du Gouvernement de Rome, dont celle qui concernait le paiement d'une indemnité en faveur des familles des victimes [139]. L'Italie procéda alors à l'occupation de Corfou à titre de prise de gage pour s'assurer de l'exécution par la Grèce de ses obligations. Sur quoi la Grèce saisit le 1er septembre, le Conseil de la SDN du différend [140]. A cette phase de l'affaire, l'attitude du Gouvernement italien semblait indiquer que, vu le caractère du crime et la personnalité de ses victimes, il estimait que la responsabilité de l'Etat grec découlait simplement du fait que le crime avait été perpétré en territoire grec, et non pas d'une attitude éventuelle d'organes de l'Etat territorial en relation avec ce qui était arrivé. Le Gouvernement italien ne faisait aucune référence à des manquements éventuels des autorités grecques à leurs devoirs de vigilance et de protection. Par contre, le Gouvernement grec, tout en se déclarant conscient que des réparations étaient dues au Gouvernement italien pour le crime odieux, s'éleva contre l'allégation d'une responsabilité morale et matérielle du Gouvernement hellénique concernant ce crime, aucune preuve n'ayant été fournie d'un manquement de sa part à ses propres devoirs [141]. La Conférence des ambassadeurs, qui était intervenue de son côté, adopta, le 5 septembre, une résolution qu'elle communiqua au Conseil de la SDN [142]. Cette résolution présentait quelques aspects contradictoires, et ne manqua pas de soulever des réserves au cours de la discussion qui s'engagea au Conseil de la SDN sur la réponse à donner à la communication reçue de la part de la Conférence des ambassadeurs [143]. D'une part, elle acceptait la proposition grecque de créer une commission d'enquête chargée de faire la lumière sur les circonstances de l'événement et, partant, sur l'existence d'une éventuelle responsabilité de la Grèce. Mais, d'autre part, elle affirmait comme un principe de droit international la responsabilité automatique des Etats pour les crimes et attentats politiques commis sur leur territoire, rejoignant ainsi la position prise alors par le Gouvernement italien. L'incident fut réglé par la Conférence des ambassadeurs, qui, le 13 septembre, adopta une résolution qui prenait acte de l'engagement du Gouvernement grec de présenter des excuses et d'offrir d'autres formes solennelles de satisfaction, ainsi que du versement par ce gouvernement à la Banque nationale suisse d'une somme en garantie de la réparation qui pourrait être fixée au cas où les coupables ne seraient pas retrouvés. La résolution prenait également acte de l'engagement du Gouvernement italien d'évacuer l'île de Corfou [144].

29) Le Conseil de la SDN prit acte du règlement de l'affaire à sa séance du 17 septembre [145]. Toutefois, le 28 septembre, il décida de soumettre à un comité spécial de juristes cinq questions à propos des problèmes de droit international soulevés par l'incident italo-grec [146]. En réponse à la question V posée par le Conseil, le Comité de juristes déclara que

> La responsabilité d'un Etat, pour crime politique commis sur la personne des étrangers sur son territoire, ne se trouve engagée que si cet Etat a négligé de prendre toutes les dispositions appropriées en vue de prévenir le crime et en vue de la poursuite, de l'arrestation et du jugement du criminel.
>
> Le caractère public reconnu que revêt un étranger, les circonstances dans lesquelles il se trouve sur le territoire de l'Etat entraînent, pour celui-ci, un devoir de vigilance spéciale à son égard [147].

L'opinion du Comité de juristes différait donc nettement de celle qu'exprimait la Conférence des ambassadeurs en 1923. La responsabilité de l'Etat ne se produit, d'après le Comité, qu'en cas de manquement par les organes de l'Etat à leur devoir de protéger tout spécialement les personnes lésées par un attentat de la part de particuliers. Le Conseil de la SDN examina la réponse du Comité de juristes et l'approuva à l'unanimité, Italie

---

[137] De ce point de vue, on peut assimiler aux agissements contre des personnalités officielles étrangères ceux qui sont perpétrés par des particuliers contre des biens d'un Etat étranger, comme l'édifice d'une ambassade, le siège d'un consulat, etc.

[138] SDN, *Journal officiel*, 4e année, n° 11 (novembre 1923), p. 1413.

[139] *Ibid.*, p. 1413 et 1414.

[140] *Ibid.*, p. 1412 et 1413.

[141] *Ibid.*, p. 1288 et 1289.

[142] *Ibid.*, p. 1294.

[143] *Ibid.*, p. 1294 et suiv.

[144] *Ibid.*, p. 1305 et 1306.

[145] *Ibid.*, p. 1306 et suiv.

[146] *Ibid.*, p. 1349 et suiv.

[147] *Ibid.*, 5e année, n° 4 (avril 1924), p. 524.

comprise, le 13 mars 1924 [148]. En manifestant son accord avec les conclusions des juristes, la voix de l'Etat lésé s'unit donc, passée l'émotion suscitée par l'événement, à celle des autres pays dans la reconnaissance générale du principe qui veut que, même dans les cas spéciaux envisagés, l'Etat ne soit finalement responsable que des actions ou omissions de ses organes.

30) L'incident en question avait donné lieu à des débats au sein de la plus importante organisation internationale de l'époque. De nombreux incidents, même récents, ont également provoqué des discussions intéressantes à cet égard sur le plan diplomatique bilatéral. D'une façon générale, ces discussions confirment que les cas d'agissements de particuliers contre des personnes étrangères ou des biens étrangers auxquels les Etats sont tenus d'assurer une protection spéciale ne donnent lieu à aucune exception à la règle générale qui concerne la détermination possible d'une responsabilité internationale de l'Etat en relation avec des agissements de particuliers. Dans ces cas-là également, le principe que l'Etat ne répond que du comportement adopté par ses organes à l'occasion d'actes d'individus privés semble bien établi dans la réalité des rapports internationaux. Si dans des cas semblables, la responsabilité internationale de l'Etat territorial est plus fréquemment alléguée par les gouvernements demandeurs (et est même aussi plus fréquemment reconnue par les gouvernements défendeurs), cela ne provient que du caractère beaucoup plus sévère de l'obligation de protection qui incombe à l'Etat à l'égard des personnes ou des biens dont il s'agit.

31) Ainsi, dans le cas *Worowski*, envoyé du Gouvernement soviétique à la Conférence de la paix de Lausanne, abattu le 10 mai 1923 par un dénommé Conradi, et qui entraîna, par la suite, la rupture de toutes relations, commerciales ou autres, entre l'Union soviétique et la Suisse, l'opposition entre les deux pays, ramenée à l'essentiel, ne porta pas sur les principes, mais sur les faits [149]. La question controversée était en réalité le fait de savoir s'il y avait eu ou non, dans le cas d'espèce, un manquement par les organes de l'Etat suisse à ses obligations de protection, car les deux parties étaient manifestement de l'avis qu'en cas d'actions préjudiciables émanant de particuliers on ne peut alléguer, en droit, comme fondement d'une responsabilité de l'Etat autre chose que la conduite des organes de l'Etat en relation avec ces actions. Ce principe apparaît également confirmé dans des prises de position autorisées exprimées à l'occasion d'autres cas, comme par exemple ceux du meurtre du diplomate belge le *baron de Borchgrave* [150] et de l'*agression du Consul d'Italie à Chambéry* [151], ainsi que dans les réclamations adressées par le Secrétaire général de l'ONU à Israël dans le contexte de l'*Affaire Bernadotte* [152], à la Jordanie dans le cas du fonctionnaire *Bakke* [153] et à l'Egypte dans le cas du lieutenant-colonel *Quéru* et du capitaine *Jeannel* [154]. Dans la vie internationale récente, on relève de nombreux cas d'attaques contre des missions diplomatiques ou consulaires ou des installations officielles étrangères. Il est à noter que, là où les problèmes ici envisagés se sont posés expressément, les parties se fondèrent sur le comportement des organes de l'Etat de réception pour affirmer ou pour exclure la responsabilité internationale de cet Etat [155].

32) On pourrait encore se demander si les actes exécutés sur le territoire d'un Etat par des personnes — et surtout par des groupes ou des bandes — ayant mis au point leurs plans d'action sur le sol d'un Etat voisin ne devraient pas être considérés comme une catégorie spéciale d'actes de particuliers, susceptibles de poser des questions de responsabilité internationale. L'histoire n'offre que trop d'exemples d'incidents provoqués par de telles actions. Il est inutile de s'arrêter à citer ici des cas particuliers [156]. Sans doute y a-t-il des situations où l'on se trouve en présence d'actions émanant de groupes qui sont et qui restent des entités privées, ou du moins tout à fait étrangères à l'appareil de l'Etat sur le territoire duquel ils résident. Si tel est le cas, les actions que de pareils groupes peuvent exécuter sur le territoire d'un autre Etat ne forment pas une catégorie à part, distincte des autres agissements de particuliers. Une responsabilité internationale de l'Etat peut apparaître en relation avec ces actions, mais toujours pour l'une des différentes raisons,

---

[148] *Ibid.*, p. 523 et suiv. L'année suivante, le Conseil transmit cette réponse aux Etats membres de la SDN en sollicitant leurs observations. Entre novembre 1925 et février 1926, il reçut vingt et une réponses : tous les gouvernements qui donnèrent leur avis sur ce point étaient unanimes pour exprimer leur conviction que l'Etat n'encourt de responsabilité que lorsque l'autorité constituée a fait preuve de négligence dans l'exercice de ses devoirs (*ibid.*, 7e année, n° 4 [avril 1926], p. 597 et suiv.).

[149] Pour le texte des déclarations, télégrammes et notes des parties relatives à ce cas, voir K. Furgler, *op. cit.*, p. 58 et suiv.; SDN, *Journal officiel*, 7e année, n° 5 (mai 1926), p. 661; Institut d'Etat du droit de l'Académie des sciences de l'Union soviétique, *Kours mejdounarodnogo prava*, rédaction générale par F. I. Kojevnikov *et al.*, Moscou, Naouka, 1969, t. V, p. 430, notes 62 et 63, et p. 438, note 81.

[150] Voir le mémoire du Gouvernement belge du 15 mai 1937 dans *C.P.J.I.*, série C, n° 83, p. 23 et suiv., et notamment p. 28 à 32; le mémoire introductif d'exceptions préliminaires déposé par le Gouvernement espagnol le 29 juin 1937 (*ibid.*, p. 55 et suiv.). Voir aussi les notes annexées aux deux mémoires.

[151] Kiss, *op. cit.*, p. 615.

[152] Whiteman, *op. cit.* p. 742 et suiv.

[153] *Ibid.*, p. 744 et suiv.

[154] *Ibid.*, p. 746 et 747.

[155] Par exemple à propos de l'agression contre la légation de Roumanie à Berne (1954) [G. Perrin, « L'agression contre la légation de Roumanie à Berne et le fondement de la responsabilité internationale dans les délits d'omission », *Revue générale de droit international public*, Paris, 3e série, t. XXVII, n° 3 (juill.-sept. 1957), p. 414 et 415; *Annuaire suisse de droit international, 1959*, Zurich, 1960, p. 225]; de l'agression contre la légation de Hongrie à Berne (1958) [*Revue générale de droit international public*, Paris, 3e série, t. XXX, n° 1 (janv.-mars 1969), p. 115 et suiv.]; de la destruction du pavillon soviétique à la foire d'Izmir (1964) [*Pravda* du 31 août 1964; Institut d'Etat du droit de l'Académie des sciences de l'Union soviétique, *op. cit.*, p. 438]; des manifestations contre l'ambassade des Etats-Unis d'Amérique à Moscou (1964/1965) [*The New York Times* du 11 février et des 5, 6, 7 et 8 mars 1965; *Revue générale de droit international public*, Paris, 3e série, t. XXXVI, n° 1 (janv.-mars 1965), p. 159 et suiv.]; et des manifestations contre l'ambassade de l'URSS à Pékin (1966) [*Revue générale de droit international public*, Paris, 3e série, t. XXXVIII, n° 1 (janv.-mars 1967), p. 182 et suiv.].

[156] Une analyse détaillée de la pratique des Etats à propos des différends provoqués par l'action de bandes armées organisées en pays étrangers est donnée par I. Brownlie : « International law and the activities of armed bands », *The International and Comparative Law Quarterly*, Londres, vol. 7, n° 4, octobre 1958, p. 724 et suiv.

déjà exposées, qui emportent une responsabilité dans des circonstances semblables. On accusera le gouvernement du pays d'avoir manqué, quant à lui, à des obligations internationales de vigilance, de protection et de contrôle, ou d'avoir failli au devoir spécifique de ne pas tolérer sur son territoire la préparation d'actions dirigées contre un gouvernement étranger ou susceptibles de mettre en danger la sécurité de ce gouvernement, etc. Il s'agira, en d'autres termes, toujours des mêmes faits illicites internationaux d'omission qui sont habituellement mis à la charge des Etats en relation avec les agissements de particuliers et dont on a cité des exemples nombreux [157]. Pour que l'Etat puisse encourir une responsabilité due à d'autres causes — une responsabilité naissant directement des actions commises par les bandes ou les groupes considérés —, il faut que la situation soit autre. Il faut que les relations de ces groupes avec le gouvernement du pays où ils ont leur base soient d'une nature différente et plus étroite. Là où l'on constate que ce gouvernement encourage et s'applique même à promouvoir l'organisation de ces groupes, qu'il les aide financièrement, les entraîne, les arme, coordonne leur action avec celle de ses propres forces en vue d'opérations éventuelles, etc., les groupes en question cessent d'être, du point de vue du droit international, des particuliers. Ils deviennent des formations qui agissent de concert avec l'Etat et à son instigation, qui remplissent des missions autorisées, ou même confiées à eux, par l'Etat. Ils rentrent alors dans la catégorie de ces personnes ou groupes liés, en fait sinon formellement, avec l'organisation de l'Etat qu'on appelle souvent « organes de fait » et dont nous nous sommes occupés à l'article 8, al. *a*, du présent projet [158]. Lorsqu'ils exécutent les activités prévues, celles-ci sont attribuées à l'Etat et sont des faits internationalement illicites de ce dernier — des faits illicites d'action et non pas d'omission, qui engagent à ce titre la responsabilité internationale dudit Etat. On est donc manifestement loin des simples hypothèses d'une responsabilité de l'Etat en relation avec des agissements de particuliers.

33) Les opinions exprimées par les auteurs qui ont traité du sujet peuvent pour l'essentiel être groupées en trois courants fondamentaux, suivant leur adhésion de principe à l'une ou à l'autre des quelques solutions théoriquement possibles des problèmes envisagés. On peut d'abord rappeler les opinions qui, se fondant sur des notions de « solidarité du groupe social » ou de « garantie », conduisent à attribuer à l'Etat, comme source d'une responsabilité internationale, des agissements de particuliers, tout à fait indépendamment de l'attitude éventuellement observée par des organes en relation avec de tels agissements. La première idée a pu tenter quelques écrivains modernes [159], mais n'a guère de vrais adeptes à l'époque actuelle. Quant à la seconde, elle a rarement été prônée comme un critère d'application générale [160]. Elle a par contre trouvé, surtout dans le passé, des partisans qui l'ont défendue en vue d'une application à des situations spéciales, allant de celle des faits commis au cours d'émeutes, de guerres civiles ou de manifestations xénophobes [161], à celle de faits perpétrés contre des personnes ou des biens ayant droit à une protection spéciale [162]. Le

[157] C'étaient précisément des accusations de violation par omission de l'obligation d'exercer le contrôle et la vigilance dus qui apparaissaient, par exemple, dans les remontrances faites au début de 1958 par le Gouvernement français au Gouvernement tunisien pour mettre en évidence la responsabilité de ce dernier en relation avec le trafic d'hommes et de matériel qui s'exerçait à la frontière algéro-tunisienne (Kiss, *op. cit.*, p. 558). Les remontrances faites par l'Espagne aux Etats-Unis d'Amérique lors de l'attaque de vedettes anticastristes contre le cargo espagnol *Sierra Aránzazu*, qui a eu lieu dans la mer des Antilles le 14 septembre 1964 (*Revue générale de droit international public*, Paris, 3e série, t. XXXVI, n° 1 [janv.-mars 1965], p. 126 et suiv.), étaient du même ordre.

[158] Il est instructif de lire, à ce sujet, la note du 21 février 1934 du Service juridique du Ministère des affaires étrangères français (Kiss, *op. cit.*, p. 585) concernant la polémique entre le Gouvernement allemand et le Gouvernement autrichien à propos de la création en Allemagne de la Ligue de combat des Autrichiens allemands et des activités de cette ligue. L'histoire des réclamations relatives à des cas de ce genre montre d'ailleurs que c'est surtout sur l'existence de la preuve de liens entre le gouvernement et les organismes prétendument privés poursuivant des activités nuisibles pour des Etats voisins qu'ont porté les discussions entre les pays intéressés. Sur les cas d'« agression indirecte » par l'intermédiaire de groupes armés « privés », voir S. G. Kahn, « Private armed groups and world order », *Netherlands Yearbook of International Law*, 1970, Leyde, vol. I, 1971, p. 32 et suiv.

[159] C'est en effet à une sorte de reprise de cette idée sous une nouvelle forme que semble penser, à un moment donné, G. Arangio-Ruiz (« Stati e altri enti [Soggettività internazionale] », *Novissimo Digesto Italiano*, Turin, vol. XVIII, 1971, p. 154, note 9).

[160] On ne connaît que A. Soldati (*La responsabilité des Etats dans le droit international*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1934, p. 83 et 84) qui soutienne que l'Etat, pour garantir l'exécution de ses obligations, doit en général se porter garant de la conduite de n'importe qui.

[161] Voir E. Brusa, « Responsabilité des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers en cas d'émeute ou de guerre civile », *Annuaire de l'Institut de droit international, 1898*, Paris, t. 17, 1898, p. 96 et suiv.; Fauchille, *ibid., 1900*, t. 18, 1900, p. 234 et 235. Un nouveau rapport conjoint de E. Brusa et de L. von Bar (« Nouvelles thèses », *ibid.*, p. 47 et suiv.), qui allait dans le même sens, fut approuvé par la majorité à l'Institut de droit international (*ibid.*, p. 254 et suiv.). Les auteurs ne réservèrent toutefois pas un accueil favorable à de telles conceptions. Seul J. Goebel (« The international responsibility of States for injuries sustained by aliens on account of mob violence, insurrections and civil wars », *American Journal of International Law, Washington* [D.C.], vol. 8, n° 4 [octobre 1914], p. 802 et suiv.) essaya quelques années plus tard de défendre les idées de Brusa. D'autres auteurs ont plus récemment prôné l'adoption d'une solution prévoyant la responsabilité de l'Etat pour tous les dommages causés à des étrangers au cours de mouvements de foules xénophobes, mais sans prétendre que c'était déjà la solution réalisée dans les rapports internationaux. Voir p. ex. J. W. Garner, « Responsibility of States for injuries suffered by foreigners within their territories on account of mob violence, riots and insurrection », *Proceedings of the American Society of International Law (at its twenty-first annual meeting, Washington* [D.C.], *April 28-30, 1927)*, Washington (D.C.), 1927, p. 57, 58 et 62.

[162] La responsabilité de l'Etat pour tous les faits de particuliers commis dans ces conditions a été soutenue par A. Decencière-Ferrandière (*La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages subis par des étrangers*, Paris, Rousseau, 1925, p. 128), par C. Eagleton (*op. cit.*, p. 80, 81 et 93), par J. Dumas (« La responsabilité des Etats à raison des crimes et délits commis sur leur territoire au préjudice d'étrangers », *Recueil des cours... 1931-II*, Paris, Sirey, 1932, t. 36, p. 254), par L. Cavaré (*Le droit international public positif*, 2e éd., Paris, Pédone, 1962, t. II, p. 496 et 497), par D. W. Greig (*op. cit.*, p. 444). Notons, par la même occasion, que M. R. García-Mora (*International Responsibility for Hostile Acts of Private Persons against Foreign States*, La Haye, Nijhoff, 1962, p. 28, 29 et 35) prône l'adoption d'une règle qui remplacerait celle aujourd'hui en vigueur et rendrait l'Etat automatiquement responsable de tous les faits commis sur son territoire par des particuliers, lorsque ces faits seraient susceptibles de mettre en danger la paix et la sécurité internationales.

deuxième courant d'opinion réunit ceux qui, tout en se différenciant entre eux sous beaucoup d'autres aspects, s'accordent plus ou moins sur un point essentiel. L'action de la personne privée est, d'après eux, susceptible d'être attribuée à l'Etat en tant que source d'une responsabilité internationale, mais à la condition que son exécution ait été caractérisée par la présence d'autres comportements, notamment par une absence de prévention ou de réaction *a posteriori*, ces omissions émanant directement de l'Etat, c'est-à-dire de ses organes. Cette thèse, connue sous le nom de « théorie de la complicité » [163], fut prépondérante dans les ouvrages des internationalistes du XIX^e siècle; on a d'ailleurs pu voir son influence sur certaines décisions arbitrales de la même époque. Généralement abandonnée après la première décennie du XX^e siècle, elle fut quand même encore soutenue ultérieurement par certains auteurs [164]. Sous certains aspects, des théories défendues par certains auteurs plus modernes, qui s'inspirent de conceptions particulières à propos de l'organisation et de la nature de l'Etat en tant que sujet de droit international, s'apparentent également à la thèse qui vient d'être exposée [165]. Leur trait commun est le fait de rendre moins déterminante, sinon d'abolir, la distinction entre faits émanant de personnes privées et faits émanant d'organes en vue de la considération d'un comportement individuel comme un fait de l'Etat. Le troisième courant est celui qui réunit la très grande majorité des auteurs modernes. La constatation scientifique de laquelle ces différents auteurs se réclament d'une manière ou de l'autre est la suivante : les actions et omissions émanant de personnes privées qui sont et qui restent telles ne sont pas attribuées à l'Etat en droit international — ne deviennent pas des « faits de l'Etat » susceptibles d'engager comme tels sa responsabilité vis-à-vis d'autres Etats. Les agissements d'individus ou de sociétés privées préjudiciables à des Etats étrangers, à leurs représentants ou à leurs sujets sont souvent l'occasion d'un fait illicite international de l'Etat, mais d'un fait illicite qui est représenté par des comportements d'organes étatiques. Ils constituent souvent un événement extérieur qui assume la valeur d'élément catalyseur de l'illicéité du comportement de ces organes par rapport à la situation concrète. Mais l'Etat n'est internationalement responsable que de l'action (et plus fréquemment de l'omission) de ses organes, coupables de n'avoir pas fait tout ce qui était en leur pouvoir pour prévenir l'action préjudiciable de la personne privée ou pour la punir de façon adéquate au cas où, malgré tout, cette action se serait produite. Il est responsable d'avoir enfreint, non pas l'obligation internationale avec laquelle l'action de la personne privée pouvait être en contradiction, mais l'obligation générale ou spéciale mettant à la charge de ses organes un devoir de protection [166]. Finalement, il est à noter que la grande majorité des internationalistes qui ont consacré leur attention aux problèmes spécifiques d'actions commises par des individus dans les situations particulières (telles qu'émeutes, manifestations de foule, agitations xénophobes, etc.) ou d'actions constituant des atteintes à des personnes ou à des biens jouissant d'une protection spéciale ont réaffirmé dans ce contexte également la validité de la règle générale : ces actions ne sont pas susceptibles d'être attribuées à l'Etat comme source d'une responsabilité internationale [167].

---

[163] Cette thèse, qui remonte à H. Grotius (*De Jure Belli ac Pacis Libri Tres*, Amsterdam, MDCXLVI, lib. II, p. 366 et suiv.), a été développée par E. de Vattel, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle*, Lyon, Robert et Gauthier, 1802, t. II, p. 72.

[164] Voir p. ex. E. M. Borchard, *op. cit.*, p. 217; C. C. Hyde, « Concerning damages arising from neglect to prosecute », *American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 22, n° 1 (janvier 1928), p. 140 et suiv.; J. L. Brierly, « The theory of implied State complicity in international claims », *The British Year Book of International Law, 1928*, Londres, vol. 9, p. 42 et suiv. Ces deux derniers auteurs remplacent le terme de « complicité », considéré comme trop fort, par celui de « pardon » (« *condonation* »), cela surtout dans l'idée, qui était celle de Nielsen dans l'Affaire Jones, de faciliter le calcul de l'indemnisation dans les hypothèses d' « omissions de punir », en se fondant à cet effet sur le dommage provoqué par l'action du particulier.

[165] G. Biscottini, « Volontà ed attività dello stato nell'ordinamento internazionale », *Rivista di diritto internazionale*, Padoue, XXXIV^e année, 4^e série, vol. XXI, fasc. I-II, 1942, p. 19 et suiv., et 31 et suiv.; G. Arangio-Ruiz (*op. cit.*, p. 153 et 154); L. Reitzer, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international*, Paris, Sirey, 1938, p. 206.

[166] Voir p. ex. H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, Mohr (Siebeck), 1899, p. 333 et 334; D. Anzilotti, « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers », *Revue générale de droit international public*, Paris, t. XIII, n^os 1 et 3 (1906), réimprimé dans *Scritti di diritto internazionale pubblico*, Padoue, CEDAM, 1956, t. I^er, p. 195; P. Schoen, « Die völkerrechtliche Haftung der Staatenaus unerlaubten Handlungen », *Zeitschrift für Völkerrecht*, Breslau Kern's, Supplément 2 au tome X, 1917, p. 36 et suiv., et 63 et suiv.; A. Jess, *Politische Handlungen Privater gegen das Ausland und das Völkerrecht*, Breslau, Marcus, 1923, p. 22 et suiv.; K. Strupp, « Die völkerrechtliche Haftung des Staates, insbesondere bei Handlungen Privater », *Abhandlungen zur fortschreitenden Kodifikation des internationalen Rechts*, Kiel, Verlag des Instituts für Internationales Recht an der Universität Kiel, 1927, fasc. I, p. 8 et suiv., 23 et suiv.; Ch. de Visscher, « La responsabilité des Etats », *Bibliotheca Visseriana*, Leyde, Brill, 1924, t. II, p. 102 et suiv.; A. Decencière-Ferrandière, *op. cit.*, p. 62 et 63, et 118; L. Strisower, *loc. cit.*, p. 472 et suiv., 481 et suiv. et 491; C. Eagleton, *op. cit.*, p. 77 et 79; A. Roth, *Schadenersatz für Verletzungen Privater bei völkerrechtlichen Delikten*, Berlin, Heymann, 1934, p. 28 et suiv.; A. V. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, Londres, Longmans, Green, 1938, p. 20, 27, 367 et suiv.; J. G. Starke, *loc. cit.*, p. 112 et suiv.; R. Ago, *loc. cit.*, p. 473 et suiv.; R. Monaco, *loc. cit.*, p. 225 et suiv.; H. Accioly, *loc. cit.*, p. 395 et suiv. et 404 et suiv.; A. Schüle, « Völkerrechtliches Delikt », *Wörterbuch des Völkerrechts*, 2^e éd., Berlin, de Gruyter, 1960, t. I, p. 333; I. von Münch, *op cit.*, p. 224 et suiv.; D. B. Levin, *op. cit.*, p. 81 et suiv.; C. F. Amerasinghe, *loc. cit.*, p. 92 et suiv.; E. Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, p. 558 et suiv.; G. Ténékidès, *loc. cit.*, p. 788; P. Kuris, *op. cit.*, p. 196 et suiv. Cette thèse est aussi soutenue dans de nombreux ouvrages de caractère général par des auteurs comme Ross, Redslob, Rousseau, Verdross, Cheng, Guggenheim, Quadri, Morelli, Dahm, Sørensen, Sereni, Delbez et Akehurst, ainsi que par l'Institut d'Etat du droit de l'Académie des sciences de l'Union soviétique.

[167] Voir p. ex. H. Arias, « The non-liability of States for damages suffered by foreigners in the course of a riot, an insurrection or a civil war », *American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 7, n° 4 (octobre 1913), p. 724 et suiv.; K. Strupp, « Responsabilité internationale de l'Etat en cas de dommages causés aux ressortissants d'un Etat étranger en cas de troubles, d'émeutes ou de guerres civiles », ILA, *Report of the Thirty-first Conference, held at the Palace of Justice, Buenos Aires, 24th August-30th August, 1922*, Londres, Sweet and Maxwell, 1923, vol. I, p. 133 et suiv.; V. M. Maúrtua et J. B. Scott, *Responsibility of States for Damage caused in their Territory to the Person or Property of Foreigners*, New York, Oxford University Press, 1930, p. 60 et 61; L. A. Podestá Costa, « La responsabilidad del Estado por daños irrogados a la

(Suite de la note page suivante.)

34) Les projets de codification, qu'ils émanent d'associations scientifiques ou d'auteurs privés ou qu'ils aient été rédigés sous les auspices et pour le compte d'organismes officiels, sont unanimes à dire que, en cas d'agissements de particuliers préjudiciables à des étrangers, il ne saurait y avoir une responsabilité de l'Etat que si des organes de l'Etat se sont rendus coupables d'omissions internationalement illicites dans la prévention ou dans la répression desdits agissements, ou encore s'ils ont refusé aux personnes lésées les voies appropriées pour faire valoir leurs réclamations. Mais, cela dit, les projets en question manquent souvent de clarté sur des points essentiels, ou s'engagent dans des domaines autres que celui dont il est ici question. Ils cherchent en même temps à définir les obligations internationales de l'Etat en ce qui concerne la protection des étrangers contre des atteintes de personnes privées. C'est pourquoi on ne saurait s'en inspirer dans la formulation du présent article.

35) L'examen de la jurisprudence internationale, de la pratique des Etats et des opinions des auteurs d'ouvrages scientifiques permet à la Commission de parvenir aux conclusions suivantes : *a*) d'après les critères qui se sont progressivement affirmés dans les rapports juridiques internationaux, le fait d'une personne privée n'agissant pas pour le compte de l'Etat ne saurait être attribué à l'Etat et ne saurait en tant que tel engager la responsabilité de l'Etat; cette conclusion vaut quelles que soient les circonstances dans lesquelles la personne privée agit et quels que soient les intérêts affectés par son comportement; *b*) si on fait parfois valoir une responsabilité internationale de l'Etat à l'occasion d'agissements de personnes privées, cette responsabilité a uniquement comme base le comportement internationalement illicite adopté par des organes de l'Etat en rapport avec les agissements de la personne privée. La Commission est d'avis que la règle qui ressort de l'application des critères résumés ci-dessus répond parfaitement aux besoins de la vie internationale actuelle et qu'il n'y a pas lieu d'y apporter de changement. La Commission estime notamment qu'il ne serait nullement opportun d'introduire une exception à cette règle pour les agissements affectant certains intérêts déterminés (la sécurité des Etats étrangers, par exemple) ou pour les comportements adoptés dans des circonstances spéciales, telles une émeute ou autres formes de troubles internes. La Commission n'est pas non plus d'avis qu'il soit utile de se rallier à la suggestion de certains auteurs consistant à mettre à la charge de l'Etat une véritable garantie pour les conséquences préjudiciables pour des Etats étrangers, leurs représentants et leurs ressortissants, découlant des agissements de personnes privées; cette garantie serait censée opérer même lorsque aucun manquement à ses obligations internationales ne pourrait être reproché à l'Etat à l'occasion des agissements en question. Une garantie de ce genre peut avoir sa place dans une convention spéciale destinée à prévenir ou à réprimer les agissements de certaines catégories particulières de personnes. On ne saurait cependant en faire une règle générale sans bouleverser l'équilibre des rapports juridiques internationaux. La Commission estime donc que la règle qu'elle propose de définir ne doit pas s'éloigner, dans son contenu, de celle aujourd'hui en vigueur dans le droit coutumier international.

36) Pour ce qui est de la formule adoptée par la Commission pour exprimer la règle en question, l'expression « personne ou groupe de personnes n'agissant pas pour le compte de l'Etat », figurant au *paragraphe 1* de l'article, mérite quelques brefs commentaires. Le terme « personnes » a été préféré à d'autres parce qu'il comprend aussi bien les personnes physiques que les personnes morales. On a mentionné les « groupes de personnes » à côté des personnes isolées, car les agissements envisagés au présent article émanent le plus fréquemment de groupes collectifs. On n'a pas estimé utile de qualifier ces termes par l'adjectif « privées », bien qu'il soit évident que dans la très grande majorité des cas le présent article s'appliquera à des agissements de personnes privées, ceci pour une double raison. La première est que, en ce qui concerne les personnes morales, la règle doit s'appliquer aussi à celles qui ne se qualifient pas de « privées » d'après le droit interne, aux personnes morales « parastatales » par exemple. La non-attribution à l'Etat des actions et omissions de ces personnes est tout aussi certaine que celle des actions et omissions d'une société privée, pour autant, évidemment, que les personnes en question ne soient pas habilitées par le droit interne de l'Etat à l'exercice de prérogatives de la puissance publique, ou du moins pour autant que les actions et omissions en cause ne rentrent pas dans le cadre de cet exercice. La deuxième raison est que, lorsqu'il s'agit de personnes physiques surtout, la règle doit s'appliquer aussi à celles qui possèdent le statut d'organes de l'Etat ou d'une autre des entités visées à l'article 7 du projet, pour autant que ces personnes agissent en leur qualité de personnes privées, sans aucun rapport avec les fonctions officielles qu'elles exercent en d'autres occasions. Finalement, les mots « n'agissant pas pour le compte de l'Etat » ont été insérés pour exclure du domaine d'application de la règle les agissements commis dans l'une des circonstances qui, aux termes des articles 7 et 8, justifient exceptionnellement l'attribution à l'Etat du comportement de personnes physiques ou morales qui ne font pas partie de l'appareil étatique proprement dit.

37) Le *paragraphe 2* de l'article énonce une clause de sauvegarde. Celle-ci tend à éviter que, en cas d'agissements préjudiciables pour des Etats étrangers ou pour leurs représentants ou ressortissants et non attribuables à l'Etat parce que émanant des personnes envisagées au paragraphe 1, l'Etat ne prétende se soustraire aussi à la responsabilité internationale qui peut se trouver engagée par des comportements adoptés, en rapport avec lesdits agissements, par des organes de l'Etat. En ce qui concerne la rédaction de cette clause, la Commission a estimé qu'elle devait tenir compte de deux exigences. D'une

(Suite de la note 167.)

persona o a los bienes de extranjeros en luchas civiles », *Revista de derecho internacional*, La Havane, t. 34, n° 67 (septembre 1938) et n° 68 (décembre 1938), p. 220 et suiv.; L. Delbez, « La responsabilité internationale pour crimes commis sur le territoire d'un Etat et dirigés contre la sûreté d'un Etat étranger », *Revue générale de droit international public*, Paris, 3e série, t. IV (1930), p. 469 et suiv.; Q. Wright, « Responsibility for injuries to United Nations officials », *American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 43, n° 1 (janvier 1949), p. 98 et 99.

part, elle a voulu éviter de toucher, même de manière indirecte, à la détermination du contenu des obligations qui lient un Etat à des Etats étrangers en matière de protection de ces derniers, de leurs représentants et de leurs ressortissants, contre des agissements préjudiciables émanant de personnes n'agissant pas pour le compte de l'Etat. D'autre part, elle a tenu à souligner qu'il fallait un rapport, un lien, entre les faits de l'Etat envisagés au présent paragraphe et les agissements préjudiciables des personnes visées au paragraphe 1. Pour ce qui est de la première exigence, la Commission a estimé qu'il y avait lieu d'être particulièrement rigoureux dans l'application du critère choisi et qu'il ne fallait pas oublier que c'était justement en essayant d'établir à la fois le contenu des règles de responsabilité et le contenu des obligations « primaires » des Etats en matière de droit des étrangers que la première tentative de codification de la matière de la responsabilité des Etats, entreprise en 1930 par la SDN, avait échoué. La Commission a donc préféré ne pas s'arrêter sur une formule disant que la règle énoncée au paragraphe 1 serait sans préjudice de l'attribution à l'Etat du défaut d'utilisation de tous les moyens raisonnables dont celui-ci dispose pour prévenir ou réprimer les comportements préjudiciables des personnes en question. Elle a également écarté une autre formule, qui disait que la règle serait sans préjudice de l'attribution à l'Etat de l'omission éventuelle de ses organes au cas où ceux-ci auraient dû agir pour prévenir ou réprimer de tels faits (de personnes privées) et ne l'ont pas fait. En relation avec la seconde exigence, l'expression « comportement qui est en rapport avec celui des personnes ou groupes de personnes » visés au paragraphe 1 a paru la plus indiquée pour exprimer le lien qui doit exister dans les cas examinés ici entre les comportements attribuables à l'Etat et les agissements des personnes envisagées au paragraphe 1 de l'article. Le terme « comportement » a été choisi de préférence à celui d' « omission », parce que la violation par un Etat de ses obligations internationales en rapport avec les agissements des personnes en question peut être aussi représentée par une action, bien que le fait soit rare. Finalement, l'expression « tout [...] comportement [...] qui doit être considéré comme un fait de l'Etat en vertu des articles 5 à 10 » a été préférée à l'expression « tout comportement d'un organe de l'Etat », la violation de l'obligation pouvant être réalisée par l'un quelconque des comportements qui doivent être attribués à l'Etat en vertu des articles mentionnés, et non seulement par un comportement d'organes de l'Etat selon les dispositions des articles 5 et 6.

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

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

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

Commentaire

1) Les exemples d'activités exercées sur le territoire d'un Etat par des organes d'un autre Etat agissant pour le compte de ce dernier, c'est-à-dire dans l'exercice de prérogatives de la puissance publique de leur Etat d'appartenance — et non pas, donc, dans l'exercice de prérogatives de la puissance publique de l'Etat territorial, comme dans l'hypothèse prévue à l'article 9 — abondent dans la vie internationale. C'est un phénomène qui n'a rien d'anormal. Certains organes de l'Etat ont spécialement pour mission d'exercer des activités en territoire étranger, comme les fonctionnaires diplomatiques ou consulaires. Dans d'autres cas, des organes exerçant normalement leurs activités à l'intérieur de leur Etat d'appartenance sont exceptionnellement amenés à déployer des activités sur le territoire d'un autre Etat, avec le consentement de ce dernier, comme dans le cas de visites officielles de personnalités d'un Etat étranger, du fonctionnement de bases militaires étrangères établies par accord, etc. Parfois, enfin, l'exercice d'activités d'organes d'un Etat sur le territoire d'un Etat étranger se fait sans le consentement, ou même contre la volonté, de l'Etat territorial : tels les cas d'opérations militaires conduites contre cet Etat, d'opérations en territoire étranger de services de renseignements, etc. Dans les différents cas, les comportements de ces organes étatiques étrangers ne sauraient en aucune manière être attribués à l'Etat territorial et engager éventuellement une responsabilité de celui-ci du seul fait qu'ils ont eu lieu sur son territoire. Ces comportements sont et restent des faits de l'Etat d'appartenance de l'organe, et cela en application même des articles 5 et suivants du projet, qui ne comportent aucune limitation de caractère territorial quant à l'attribution à l'Etat des faits de ses propres organes. Il ne faut donc voir dans le présent article aucune exception aux principes énoncés aux articles précédents du chapitre II du projet, qui régissent l'attribution d'un fait à l'Etat.

2) A la lumière de ces considérations, on peut se demander — et certains membres de la Commission l'ont fait — s'il était vraiment indispensable de préciser, dans le présent article, que nul problème d'attribution à l'Etat territorial des comportements d'organes d'Etats étrangers ici envisagés ne saurait se poser. Plusieurs raisons militent cependant, de l'avis de la Commission, en faveur de l'inclusion d'une telle précision. L'idée ancienne d'une prétendue responsabilité de l'Etat pour tout ce qui se passe sur le territoire soumis à sa juridiction est toujours ancrée dans certains esprits, et on la voit réapparaître parfois dans la pratique. De surcroît, certaines des règles « primaires » dont la violation peut entraîner une responsabilité internationale trouvent dans les notions de territoire et de juridiction territoriale la délimitation de leur portée et de leur contenu : en premier lieu, les règles relatives au traitement des étrangers. On parle donc habituellement, à ce sujet, de responsabilité de l'Etat à raison des dommages causés *sur son territoire* à la personne ou aux biens des étrangers, et les dommages causés à des étrangers par des organes à leur tour étrangers, agissant sur le territoire de l'Etat, sembleraient être compris dans cette locution. Il convient donc d'écarter expressément toute idée d'une responsabilité quel-

conque de l'Etat territorial fondée sur le seul fait que les agissements en question d'organes étatiques étrangers ont eu lieu sur son territoire.

3) Deuxièmement, une telle précision éclaire la règle énoncée à l'article 9 du projet qui prévoit l'attribution à l'Etat, sujet de droit international, comme source éventuelle d'une responsabilité à sa charge des faits émanant d'organes d'un autre Etat que ce dernier aurait « mis à la disposition » du premier Etat. Comme il a été souligné dans le commentaire de l'article 9, la condition essentielle, à savoir que l'organe dont il est question ait été « mis à la disposition » d'un Etat, ne veut pas dire uniquement que l'organe « prêté » doive agir dans l'exercice des prérogatives de la puissance publique de l'Etat bénéficiaire. Cette condition demande surtout que, dans l'accomplissement des fonctions de l'Etat bénéficiaire qui lui ont été confiées, l'organe « prêté » agisse sous la direction et le contrôle exclusifs de cet Etat. Par contre, dans les cas ici envisagés, l'organe en cause reste aux ordres et sous l'autorité exclusive de son Etat d'appartenance. Il est évident que, dans un cas de ce genre, les actions ou omissions de l'organe ne sont pas des comportements d'un organe « mis à [la] disposition [d'un Etat] par un autre Etat », dans le sens que cette expression a dans l'article 9 du projet. Le présent article complète ainsi utilement cette conclusion en précisant que cela est toujours vrai même si, dans la situation concrète dont il s'agit, l'organe en cause a agi sur le territoire d'un autre Etat.

4) Finalement, il ne faut pas perdre de vue — et cela est important afin d'éviter qu'on invoque des lacunes dans le projet — que si les comportements d'organes d'un Etat agissant sur le territoire d'un autre Etat ne sauraient en aucun cas être attribués *comme tels* à l'Etat territorial, ce dernier pourrait quand même encourir une responsabilité internationale pour des agissements commis à l'occasion et en rapport avec les comportements de ces organes étrangers. Cela, bien entendu, non pas du fait des organes de l'Etat étranger, mais du fait des organes de l'Etat territorial, qui auraient, par exemple, adopté un comportement indument passif lors de l'action préjudiciable pour un Etat tiers commise, à l'intérieur des frontières de l'Etat territorial, par un organe d'un Etat étranger. En d'autres termes, les agissements d'organes étrangers sur le territoire d'un Etat, tout en n'étant pas attribuables à ce dernier, peuvent, dans certains cas, fournir l'occasion matérielle de l'adoption par l'Etat territorial de comportements propres susceptibles d'engager éventuellement sa responsabilité internationale. Par exemple, les organes de l'Etat territorial peuvent eux-mêmes se rendre coupables, en rapport avec des agissements d'organes d'un Etat étranger sur le territoire national, d'un manquement envers un Etat tiers à une obligation internationale de protection de cet Etat tiers, de ses représentants ou de ses ressortissants. Il importe donc de tenir compte des cas où l'Etat territorial pourrait être tenu d'adopter une certaine attitude en rapport avec celle de l'organe étranger en question et où il ne l'aurait pas fait. Sinon, on risquerait d'aboutir à la conclusion — le comportement de l'organe étranger étant attribuable à son Etat d'appartenance — que l'Etat territorial serait libéré de toute responsabilité, même au cas où son propre comportement à l'occasion de l'action de l'organe étranger aurait eu des aspects internationalement illicites.

5) Il serait dangereux, cependant, d'assimiler trop strictement cette situation à celle qui est envisagée au paragraphe 2 de l'article 11, relatif au comportement de personnes privées n'agissant pas pour le compte de l'Etat. Il est normal, dans le cas de simples particuliers, de concevoir l'existence à la charge de l'Etat d'une série d'obligations concernant la prévention et la répression d'agissements de ces personnes qui se traduisent en un préjudice pour des Etats étrangers ou pour des ressortissants de ces Etats. Il est normal, par conséquent, de prévoir l'attribution à l'Etat, comme source de responsabilité internationale, d'un manquement aux obligations en question. Il est moins normal d'imaginer que l'Etat puisse manquer à une obligation internationale du même genre dans le cas envisagé dans le présent article, car des organes d'un Etat étranger ne sont pas soumis, en territoire étranger, aux pouvoirs auxquels se trouvent soumis de simples particuliers. Au surplus, lorsque ce sont des organes d'un Etat étranger qui commettent en cette qualité, sur le territoire d'un autre Etat, des agissements préjudiciables à un Etat tiers, ce qui semble surtout évident, c'est la responsabilité de l'Etat d'appartenance de l'organe, car, comme il a été souligné ci-dessus, les actions ou omissions d'organes de l'Etat sont attribuées à ce dernier, comme source éventuelle d'une responsabilité à sa charge, indépendamment du fait que ces actions ou omissions ont été perpétrées sur le territoire national ou en territoire étranger. La responsabilité de l'Etat d'appartenance de l'organe a donc tendance à prendre le pas sur celle que l'Etat territorial pourrait exceptionnellement encourir, notamment du fait de ses propres organes qui auraient négligé de veiller à ce que de tels agissements ne se produisent pas. Cela explique peut-être le fait que, dans la pratique des Etats, la responsabilité de l'Etat territorial n'a été invoquée qu'assez rarement par rapport à de telles situations. Il serait néanmoins erroné d'en conclure que l'Etat territorial ne puisse jamais encourir une responsabilité internationale à l'occasion des agissements sur son territoire d'organes d'un Etat étranger. Le fait même que la responsabilité de l'Etat territorial dans les hypothèses exceptionnelles ici envisagées, n'apparaît que sous une lumière atténuée n'est qu'une raison de plus pour prévoir dans le présent article une telle éventualité, surtout lorsque des cas concrets ont prouvé la valeur pratique pour les Etats d'une disposition de ce genre.

6) Le 6 février 1956, le Gouvernement de l'Union soviétique adressa au Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne une note de protestation à propos du fait que les forces armées américaines stationnées en Allemagne avaient lancé du territoire de la République fédérale des ballons-sondes munis d'appareils automatiques de photographie et de radio-transmission : ces ballons avaient été interceptés dans l'espace aérien soviétique. Deux jours plus tôt, le 4 février, une protestation soviétique concernant des faits analogues avait été adressée au Gouvernement de la Turquie. Le Gouvernement fédéral allemand et le Gouvernement turc étaient accusés d'avoir toléré que le territoire de leur pays fût utilisé par des organes des Etats-Unis pour y commettre

des agissements illicites. Par contre, dans une note distincte adressée au Gouvernement des Etats-Unis, ce gouvernement était tenu pour responsable du fait de ses propres organes militaires, auteurs des lancements. Dans sa réponse du 6 mars 1956, le Gouvernement fédéral allemand se référa à une note reçue le 8 février du Gouvernement américain, dans laquelle ce dernier donnait l'assurance qu'il essaierait, pour le moment, d'éviter le lancement d'autres ballons, encore que ceux-ci n'aient été destinés qu'à recueillir des informations météorologiques. Le Gouvernement allemand considérait donc la question comme close. La note allemande ajoutait qu'on avait procédé à une enquête et que celle-ci avait prouvé qu'aucun ballon n'avait été lancé du territoire allemand pour diffuser des tracts de propagande politique. Mais le Gouvernement soviétique répliqua par une nouvelle note, du 24 mars 1956, dans laquelle il qualifiait d'inexactes les assertions contenues dans la réponse à sa première note et reprochait de nouveau au Gouvernement fédéral allemand de tolérer des agissements illicites de la part des forces américaines stationnées en Allemagne [168]. Quel qu'ait été le fond de l'affaire, il ressort sans aucun doute possible de cet échange de notes que les protestations adressées à l'Etat territorial se distinguaient nettement de celles qui étaient élevées à titre principal contre l'Etat d'appartenance des organes auteurs des actions incriminées. Ce que l'on reprochait à l'Etat territorial n'était que le manquement dont il se serait rendu coupable quant à ses propres obligations.

7) Dans ce même contexte, on peut rappeler un incident qui se produisit lors de la visite en Autriche, du 30 juin au 8 juillet 1960, du Président du Conseil des ministres de l'URSS, N. Khrouchtchev. Le Premier Ministre soviétique tint de nombreux discours, dans lesquels il accusa le Gouvernement américain d'avoir voulu torpiller, par les vols de ses « avions pirates » U2, la conférence au sommet prévue. En termes violents il mit aussi en cause le militarisme des pays occidentaux, et notamment le revanchisme ouest-allemand. Lors d'une conférence de presse, il alla jusqu'à comparer le chancelier Adenauer à Hitler. Le Gouvernement de la République fédérale s'estima offensé dans son honneur par de tels propos. Mais, en même temps, l'ambassadeur de la République fédérale à Vienne fit une démarche auprès du Gouvernement autrichien pour souligner le caractère inhabituel de la situation, due au fait que les paroles proférées contre le Gouvernement de la République fédérale l'avaient été en présence du Ministre autrichien des affaires étrangères. Le même jour, l'Ambassadeur des Etats-Unis protesta parce que l' « attaque calomnieuse » contre son pays avait eu lieu sans que le Gouvernement autrichien eût estimé nécessaire de s'en dissocier. Le chancelier autrichien Raab saisit alors l'occasion de son discours d'adieu pour marquer cette dissociation. Une note parut en même temps dans la *Wiener Zeitung*, assurant que le Gouvernement autrichien était tout à fait étranger aux propos qui avaient été tenus, et soulignant qu'un gouvernement ne pouvait répondre de ce qui se disait dans une conférence de presse que si lui-même la tenait. On y rappelait aussi que le discours du Premier Ministre soviétique avait été prononcé au siège de l'association austro-soviétique, institution privée, et que la présence du Ministre autrichien des affaires étrangères n'avait été qu'une marque de courtoisie envers l'hôte [169]. Sans qu'ici non plus il n'y ait à entrer dans le fond de l'affaire, il est à noter simplement qu'on y trouve une confirmation de plus du fait que ce que l'on allègue dans de tels cas comme source d'une responsabilité de l'Etat territorial, ce ne sont certes pas les actes émanant d'organes étrangers, mais l'attitude passive ou négligente que les organes de cet Etat auraient eue à l'occasion de ces actes.

8) Le principe selon lequel, dans les hypothèses envisagées, la responsabilité internationale de l'Etat territorial ne peut être engagée que par un comportement éventuel de ses propres organes, adopté en rapport avec les agissements de l'organe étranger et représentant comme tel la violation d'une obligation internationale, est également partagé par la doctrine. Il a été incorporé dans certains projets de codification, comme celui qui a été élaboré en 1929 par la Harvard Law School [170], ainsi que dans l'avant-projet soumis à la CDI en 1961 par F. V. García Amador [171]. Certes, on a parfois prétendu voir dans toute une série d'affaires, remontant pour la plupart au siècle dernier, des cas de responsabilité indirecte de l'Etat territorial [172], mais, comme certains auteurs [173] l'ont mis en évidence depuis lors, la responsabilité de l'Etat territorial n'avait pas été mise en cause dans les cas en question, si ce n'était pour un manquement par ses propres organes à leurs devoirs de protection des Etats ou des ressortissants étrangers. En effet, dans tous les cas, ce que l'on considérait comme fait générateur de la responsabilité de l'Etat territorial n'était pas l'action commise sur le territoire de cet Etat par l'organe étranger, mais la négligence ou le manque de réaction vis-à-vis d'une telle action par les organes propres dudit Etat. Au surplus, cette responsabilité avait été parfois invoquée dans des situations où l'auteur de l'action préjudiciable commise sur le territoire d'un Etat, tout en étant un organe d'un Etat étranger, n'avait agi qu'à titre privé [174].

[168] Voir les détails de cette affaire dans *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Stuttgart, vol. 18 (1957-1958), p. 723 et 724.

[169] *Ibid.*, vol. 23 (1963), p. 348 et 349.

[170] D'après l'article XIV du projet :

« Quand le fait commis sur son territoire et qui cause un dommage à un étranger est imputable à un autre Etat, l'Etat n'est responsable que s'il n'a pas fait preuve de la diligence requise en vue de prévenir le dommage. »

(*Annuaire... 1956*, vol. II, p. 230, doc. A/CN.4/96, annexe 9.)

[171] L'article 15 de l'avant-projet est conçu comme suit :

« Les actes et omissions d'un Etat tiers ou d'une organisation internationale ne sont imputables à l'Etat sur le territoire duquel ils se sont produits que dans le cas où cet Etat a eu la possibilité d'éviter l'acte dommageable et n'a pas exercé la diligence dont les circonstances lui permettaient de faire preuve. »

(*Annuaire... 1961*, vol. II, p. 50, doc. A/CN.4/134 et Add.1, additif.)

[172] F. Klein, *Die mittelbare Haftung im Völkerrecht*, Francfort-sur-le-Main, Klostermann, 1941, p. 265 et suiv., et 299 et suiv.

[173] A. Verdross, « Theorie der mittelbaren Staatenhaftung », *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vienne, vol. I, n° 4 [nouv. sér.] (mai 1948), p. 405 et suiv. Voir aussi, à propos de ces cas, R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, 5e éd., Naples, Liguori, 1968, p. 602 et 603. Les deux auteurs contestent la thèse de Klein.

[174] Ce fut le cas lors de la réclamation adressée en 1852 par la Grande-Bretagne au Gouvernement toscan à cause des mauvais traitements infligés à un ressortissant britannique, *Mather*, par un officier autrichien stationné en Toscane et ayant agi à titre privé.

9) La pratique des Etats et la doctrine confirment donc les considérations et conclusions développées dans les premiers paragraphes du présent commentaire. Il paraît bien établi : *a*) que le comportement d'un organe d'un Etat n'est pas attribuable sur le plan du droit international à un autre Etat, comme source éventuelle d'une responsabilité internationale, pour le seul fait que ce comportement a été adopté sur le territoire de ce dernier Etat; *b*) que, comme dans le cas d'agissements de simples particuliers, une responsabilité de l'Etat territorial n'est engendrée, en de telles occasions, que par le comportement éventuellement adopté par ses propres organes en rapport avec les comportements d'organes de l'Etat étranger et réalisant comme tel la violation d'une obligation internationale à la charge de l'Etat territorial.

10) Cela dit, il convient d'y ajouter deux précisions. La première est que, dans les hypothèses envisagées dans le présent article, les comportements d'organes étrangers sur le territoire de l'Etat doivent avoir été adoptés par lesdits organes en cette qualité. Si tel n'est pas le cas, ces comportements ne sauraient être considérés que comme des agissements de simples particuliers, aussi bien pour l'Etat d'appartenance de l'organe que pour l'Etat territorial, et l'un comme l'autre des deux Etats ne pourrait être tenu pour responsable que d'un manquement éventuel au devoir de protection tel qu'il est prévu au paragraphe 2 de l'article 11. En pareil cas, il resterait à établir, suivant les circonstances, lequel des deux Etats avait en fait l'obligation d'agir pour prévenir ou pour réprimer de tels comportements de particuliers, et auquel des deux incomberait donc la responsabilité d'un manquement dans ce domaine.

11) La deuxième précision revient à rappeler ce que l'on a déjà indiqué *supra* [175], à savoir que, dans l'hypothèse de comportements adoptés sur le territoire d'un Etat par des organes d'un Etat étranger, la situation ne présente que des analogies plus apparentes que réelles avec l'hypothèse de comportements adoptés par de simples particuliers. L'analogie entre les deux hypothèses se réduit en dernier ressort à reconnaître que, dans l'une comme dans l'autre, l'Etat territorial peut se trouver confronté avec une obligation internationale de protection des Etats tiers ou de leurs ressortissants et se rendre coupable d'un manquement à cette obligation. Mais il va sans dire que le contenu et les limites d'une telle obligation peuvent être radicalement différents et que les formes par lesquelles l'Etat territorial doit s'acquitter d'une telle obligation peuvent beaucoup varier d'un cas à l'autre. Il faudra tenir compte, à ce sujet, de l'incidence des privilèges et immunités dont jouissent les organes de l'Etat étranger, de leur éventuel statut spécial, du fait que l'Etat étranger en question se serait réservé l'exercice exclusif de certaines fonctions de surveillance ou de répression, etc. Par exemple, il est évident qu'un Etat ne peut pas punir un ambassadeur étranger qui aurait proféré, sur le territoire de cet Etat, des insultes contre le chef d'un Etat tiers. Cela ne veut pas dire, cependant, que l'Etat territorial n'ait aucun moyen de réagir contre un tel comportement. On pourra tout au moins exiger de l'Etat territorial qu'il désavoue l'ambassadeur ou qu'il élève des protestations à l'égard de l'Etat d'envoi. En cas d'événements très graves, on pourrait même concevoir que l'Etat territorial soit tenu de demander le retrait de l'ambassadeur en question ou de le déclarer *persona non grata*. Si l'Etat territorial ne prenait aucune mesure, l'Etat lésé pourrait alors l'accuser d'un fait internationalement illicite en relation avec le comportement dudit ambassadeur.

12) D'autres exemples peuvent être également mentionnés. Un chef d'Etat en visite à l'étranger peut être victime d'un enlèvement qui est le fait d'un commando dirigé depuis un Etat tiers. En pareil cas, l'Etat territorial semble devoir encourir une responsabilité internationale s'il n'a pas pris les précautions nécessaires ou si, les ayant prises, il ne s'efforce pas de s'emparer des coupables et si, les ayant saisis, il ne les punit pas. Même quand les organes de l'Etat étranger agissant sur le territoire d'un Etat ou à partir du territoire d'un Etat jouissent de certains privilèges et immunités ou d'un statut spécial, l'Etat territorial n'est pas pour autant dépourvu de tout moyen pour réagir contre les agissements commis sur son territoire par ces organes — et dans certaines circonstances il peut même être tenu de le faire s'il ne veut pas encourir une responsabilité internationale du fait de sa propre passivité devant les événements.

13) Compte tenu des considérations qui précèdent, le *paragraphe 1* de l'article 12 dispose que n'est pas considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement adopté sur son territoire ou sur tout autre territoire soumis à sa juridiction par un organe d'un autre Etat agissant en cette qualité. En adoptant la formule très large « sur son territoire ou sur tout autre territoire soumis à sa juridiction », la Commission entend englober des faits se produisant aussi bien dans le « territoire » proprement dit de l'Etat, y compris les eaux territoriales et l'espace aérien adjacents, que dans tout autre territoire, espace, zone, endroit ou chose soumis à la juridiction de l'Etat — par exemple dans un territoire dependant, dans un territoire étranger occupé, sur le plateau continental, dans une base à l'étranger, sur un navire ou dans un avion battant pavillon de l'Etat, etc.

14) Le principe de base de la non-attribution à l'Etat des comportements adoptés sur son territoire par des organes d'un autre Etat étant ainsi affirmé, le *paragraphe 2* de l'article énonce la règle que ledit principe est sans préjudice de l'attribution à l'Etat de tout autre comportement qui est en rapport avec celui qui est envisagé au paragraphe 1 et qui doit être considéré comme un fait de cet Etat en vertu des articles 5 à 10 du projet. Formulée comme une clause de sauvegarde, la règle contenue dans le paragraphe 2 se limite à prévoir la possibilité d'attribuer à l'Etat territorial, comme source éventuelle d'une responsabilité à sa charge, tout manquement à ses propres obligations commis en rapport avec les comportements adoptés sur son territoire, ou sur tout autre territoire soumis à sa juridiction, par les organes d'un autre Etat.

15) Aux fins de l'article 12 du projet, les dispositions qui figurent dans ses paragraphes 1 et 2 semblent suffire. Les hypothèses envisagées dans ledit article changeraient certainement d'aspect si, dans le cas d'espèce, on devait

[175] Voir ci-dessus par. 5.

constater un concours ou une complicité, au sens propre de ces termes, des organes de l'Etat territorial dans l'action illicite des organes de l'Etat étranger. On pourrait alors être en présence de la participation d'un Etat à une situation internationalement illicite créée par un autre Etat ou encore d'un fait internationalement illicite perpétré conjointement par deux Etats [176]. L'action commise par les organes de l'Etat territorial et qui lui serait attribuée comme source de responsabilité — indépendamment de celle que l'on attribuerait parallèlement à l'Etat d'appartenance des organes étrangers — serait alors autre chose qu'un simple manquement aux devoirs de protection envers les Etats tiers. Dans un cas de ce genre, on serait plutôt en présence d'une de ces situations que la Commission se propose d'examiner dans le cadre du chapitre IV de la première partie du projet, consacré aux problèmes particuliers qui se posent à propos de la participation de plusieurs Etats à un même fait internationalement illicite [177]. De même, d'après la Commission, l'article 12 n'est pas censé se prononcer sur la question de savoir si la présence de l'organe étranger sur le territoire de l'Etat constitue en elle-même un fait licite ou illicite. Dans le cas spécifique où une telle présence constituerait comme telle un fait internationalement illicite, soit de l'Etat étranger, soit de l'Etat territorial, soit des deux à la fois, les problèmes d'attribution que poserait un tel fait relèveraient de l'article 5 du projet, et devraient être réglés en conformité avec la disposition énoncée dans ledit article.

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

N'est pas considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'un organe d'une organisation internationale agissant en cette qualité du seul fait que ledit comportement a été adopté sur le territoire de cet Etat ou sur tout autre territoire soumis à sa juridiction.

Commentaire

1) Le présent article énonce la règle en vertu de laquelle les comportements d'organes d'une organisation internationale agissant pour le compte de l'organisation sur le territoire d'un Etat ou sur tout autre territoire soumis à la juridiction de cet Etat ne sont pas, de ce fait — ou, mieux, de ce seul fait —, à considérer comme des faits de cet Etat. Cette règle découle de considérations de principe qui, *mutatis mutandis*, se rapprochent de celles qui ont été développées dans le commentaire de l'article 12 à propos des comportements adoptés sur le territoire d'un Etat par des organes d'un autre Etat agissant en cette qualité. La différence de nature qui sépare une organisation internationale d'un Etat fait, cependant, que le problème se présente sous des aspects différents, en partie tout au moins.

2) Il est avant tout à retenir que le cas où l'action d'un organe d'un Etat s'exerce sur le territoire d'un autre Etat représente l'exception. Par contre, l'action d'un organe d'une organisation internationale s'exerce toujours et nécessairement sur le territoire d'un Etat et, donc, d'un autre sujet de droit international [178]. N'ayant pas un territoire propre, les organisations internationales sont obligées d'agir sur le territoire d'un Etat ou sur un territoire soumis à la juridiction ou au contrôle d'un Etat [179]. En règle générale, une organisation internationale agit sur le territoire d'un Etat déterminé à la suite d'un accord conclu entre ledit Etat et l'organisation internationale en question. Ainsi, les activités d'organes au siège ou dans des bureaux officiels permanents de l'organisation s'exercent dans le cadre d'un accord de siège conclu entre l'organisation et l'Etat hôte. De même, les activités d'organes de l'organisation en dehors du siège ou des bureaux officiels permanents sont normalement soumis à un accord conclu entre l'organisation et l'Etat sur le territoire duquel ces activités sont censées s'exercer. Par exemple, quand un organe de l'organisation ou une conférence convoquée sous les auspices de l'organisation tiennent des réunions en dehors du siège de celle-ci ou de ses bureaux officiels permanents, on a pour habitude de conclure un accord entre l'organisation et l'Etat hôte prévoyant les privilèges, immunités et facilités applicables à la réunion, y compris le droit d'accès à la réunion de toutes les personnes ayant qualité pour assister. Des accords entre l'organisation et l'Etat territorial sont également conclus pour toute une série d'activités que les organisations internationales mènent en dehors de

---

[176] Par exemple, l'article 3 de la définition de l'agression adoptée par la résolution 3314 (XXIX), du 14 décembre 1974, de l'Assemblée générale énumère parmi les actes qui réunissent les conditions d'un acte d'agression « le fait pour un Etat d'admettre que son territoire, qu'il a mis à la disposition d'un autre Etat, soit utilisé par ce dernier pour perpétrer un acte d'agression contre un Etat tiers », et la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, adoptée par la résolution 260 A (III), du 9 décembre 1948, de l'Assemblée générale, punit aussi bien le « génocide » que « l'entente en vue de commettre le génocide » et « la complicité dans le génocide ».

[177] Voir ci-dessus par. 50.

[178] Cette situation a été décrite par C. Eagleton (« L'organisation internationale et le droit de la responsabilité », *Recueil des cours..., 1950-I*, Paris, Sirey, t. 76, 1951, p. 387) dans les termes suivants :

« Alors qu'un agent de l'Etat agit le plus souvent à l'intérieur de l'Etat, l'Organisation des Nations Unies n'a aucun territoire sous son autorité souveraine à l'intérieur duquel ses agents opéreraient, et, alors qu'il est relativement rare qu'un agent de l'Etat engage la responsabilité de son Etat du fait d'actes accomplis en dehors de cet Etat, les actes dommageables d'agents de l'Organisation des Nations Unies risquent beaucoup plus souvent d'être accomplis à l'intérieur du territoire d'un Etat [...].» [Tr. de l'original anglais.]

[179] Il se peut qu'une organisation internationale soit chargée d'administrer pendant un certain temps un territoire déterminé. Par exemple, dans le cadre des fonctions qui lui avaient été confiées par l'Indonésie et les Pays-Bas et approuvées par l'Assemblée générale, l'ONU a exercé des fonctions exécutives temporaires dans le territoire de la Nouvelle-Guinée occidentale (Irian occidental) du 1er octobre 1962 au 1er mai 1963, par l'intermédiaire de l'Autorité exécutive temporaire des Nations Unies (AETNU) ayant à sa tête un administrateur nommé par le Secrétaire général. De même, aux termes des résolutions pertinentes de l'Assemblée générale, le Conseil des Nations Unies pour la Namibie s'est vu confier certains pouvoirs et fonctions « à exercer dans le Territoire ». Mais le fait que l'administration d'un territoire déterminé soit confiée à une organisation internationale ne veut nullement dire que le territoire en question devienne « territoire de l'organisation ».

leur siège ou de leurs bureaux officiels, et cela indépendamment du type d'activité dont il s'agit (maintien de la paix, action dans le domaine politique, diplomatique, économique, assistance technique, secours en cas de catastrophes naturelles, information, enseignement, etc.) [180]. Le cas d'activités exercées par des organes d'une organisation internationale sur le territoire d'un Etat sans l'accord de ce dernier est plutôt exceptionnel mais il n'est pas non plus à exclure. Des situations de ce genre pourraient, par exemple, se produire à la suite de décisions prises par le Conseil de Sécurité de l'ONU dans le cadre du Chapitre VII de la Charte après constatation de l'existence d'une menace pour la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression.

3) En deuxième lieu, une raison de distinguer l'hypothèse prévue au présent article de celle qui est envisagée à l'article précédent tient à ce que l'action d'un organe d'un Etat agissant en cette qualité sur le territoire d'un autre Etat est toujours considérée comme un fait de son Etat d'appartenance. Par contre, il n'est pas toujours certain que l'action d'un organe d'une organisation internationale agissant en cette qualité soit toujours purement et simplement attribuée à l'organisation internationale en tant que telle plutôt que, lorsque les circonstances le veulent, aux Etats membres de l'organisation s'il s'agit d'un organe collectif ou sinon, à l'Etat national de la personne ou des personnes qui constituent l'organe en question. Cela dit, il ne faut pas non plus tirer des conclusions hâtives du fait qu'il n'existe que peu d'exemples mettant en cause sur le plan international des organisations internationales à la suite d'agissements de leurs organes sur le territoire d'un Etat. Les organisations internationales, ayant une personnalité internationale propre, distincte de celle de leurs Etats membres, sont une catégorie de sujets de droit international relativement nouvelle. Il ne faut pas non plus oublier que, de par leur nature, les organisations internationales agissent normalement de manière à ne pas commettre des faits internationalement illicites. Cependant, la pratique internationale connaît déjà des cas concrets d'attribution à l'organisation internationale du fait de l'un de ses organes, et cela en tant que source de responsabilité internationale de l'organisation. Parmi les exemples les plus instructifs, on peut citer les accords conclus en 1965, 1966 et 1967 par l'ONU avec la Belgique [181], la Grèce [182], l'Italie [183], le Luxembourg [184], et la Suisse [185] en vue de l'indemnisation des dommages aux personnes et aux biens des ressortissants de ces pays consécutifs aux opérations de la Force des Nations Unies au Congo. Dans ces accords, qui constituent autant de règlements globaux des réclamations présentées par des ressortissants de chacun de ces Etats, il est dit que l'Organisation a marqué son accord pour que les réclamations de ressortissants du pays en question qui ont pu subir des dommages du fait « d'actes préjudiciables commis par des membres du personnel de l'ONUC et ne résultant pas d'une nécessité militaire soient traitées équitablement », et que l'Organisation « ne se soustrairait pas à sa responsabilité s'il était établi que des agents de l'ONU ont effectivement fait subir un préjudice injustifiable à des innocents » [186]. Ce qui doit être en tout cas retenu ici, ce n'est pas tant la détermination positive du sujet de droit international auquel, dans un cas concret, est attribué le comportement adopté par des agents de l'ONU que le fait de l'exclusion de l'attribution de ce comportement à l'Etat sur le territoire duquel les agents de l'Organisation l'avaient adopté.

4) Le principe de l'exclusion de l'attribution à l'Etat des comportements adoptés sur son territoire par des organes d'une organisation internationale est expressément reconnu dans certains accords conclus entre des organisations internationales et des Etats où ces organisations mènent des opérations. Ces accords prévoient l'attribution de ces comportements à l'organisation comme telle, et instituent en même temps des procédures de règlement entre l'organisation en question et les tiers qui avancent des réclamations pour les suites des comportements adoptés par des organes ou des agents de l'organisation [187]. Par exemple, les accords relatifs à des opérations du maintien de la paix conclus par l'ONU contiennent des dispositions sur la base desquelles on peut présenter des réclamations directement à l'Organisation pour certaines actions ou omissions de membres des forces engagées par l'ONU dans de telles opérations. Ainsi, le paragraphe 10, al. *b*, de l'Accord entre l'ONU et le Congo (Léopoldville) du 27 novembre 1961 concernant le statut juridique et les privilèges et immunités de l'ONU au Congo dispose que

> Dans le cas de dommages pouvant donner lieu à une action civile, et réputés avoir été causés à un citoyen ou à un résident du Congo par un acte imputable à un membre de la Force ou à un fonctionnaire de l'ONU dans l'accomplissement de ses fonctions officielles, l'Organisation des Nations Unies réglera le différend par voie de négociation ou par tout autre moyen convenu entre les parties; s'il n'est pas possible d'obtenir un règlement de cette manière, le différend sera soumis à l'arbitrage, à la demande de l'une ou de l'autre partie [188].

---

[180] Ces accords peuvent revêtir des formes très différentes allant d'un accord en due forme à un accord en forme simplifiée, et même résulter de l'acceptation d'une invitation de se rendre sur son territoire faite par un Etat à un organe ou un agent de l'organisation.

[181] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 535, p. 197.

[182] *Ibid.*, vol. 565, p. 3.

[183] *Ibid.*, vol. 588, p. 197.

[184] *Ibid.*, vol. 585, p. 147.

[185] *Ibid.*, vol. 564, p. 193.

[186] Voir p. ex. l'Echange de lettres du 20 février 1965 constituant un accord entre l'ONU et la Belgique relatif au règlement de réclamations présentées contre l'ONU au Congo par des ressortissants belges (*ibid.*, vol. 535, p. 197). Lorsque l'URSS estima devoir protester contre l'indemnisation des victimes belges, le Secrétaire général de l'ONU affirma que « l'Organisation des Nations Unies, représentée par son secrétaire général, a toujours eu pour politique d'indemniser les victimes de dommages engageant la responsabilité juridique de l'Organisation » (Nations Unies, *Annuaire juridique, 1965* [publication des Nations Unies, numéro de vente : F.67.V.3], p. 44).

[187] Dans la plupart des cas, les comportements en question n'impliqueront que la violation d'obligations de droit interne, et n'entraîneront donc qu'une responsabilité de même nature. Mais la formule utilisée dans les accords ici mentionnés est de nature à couvrir également l'hypothèse, moins fréquente, où le comportement adopté par l'organe d'une organisation internationale représenterait un manquement à une obligation internationale et entraînerait, comme tel, une responsabilité de l'organisation sur le plan du droit international.

[188] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 414, p. 234.

L'échange de lettres entre l'ONU et Chypre du 31 mars 1964 constituant un accord relatif au statut de la Force des Nations Unies chargée du maintien de la paix à Chypre prévoit qu'une commission des réclamations, créée à cet effet, statuera, *inter alia*, sur toute réclamation formulée

Par un ressortissant chypriote à propos de tous dommages dont on prétendra qu'ils ont été causés par un acte ou une omission imputable à un membre de la Force et ayant trait à ses fonctions officielles [189].

5) C'est justement le fait que des agissements d'organes d'une organisation internationale impliquant un manquement à une obligation internationale assumée par l'organisation sont susceptibles d'être attribués à celle-ci, comme source éventuelle d'une responsabilité internationale, et non pas à l'Etat sur le territoire duquel l'agissement a eu lieu, qui explique, dans une grande mesure, que les organisations internationales éprouvent parfois des réserves à l'égard d'initiatives visant à les faire adhérer à des conventions multilatérales qui comportent des obligations dont elles considèrent ne pas être en mesure de s'acquitter [190].

6) La règle de la non-attribution à l'Etat des comportements adoptés sur son territoire par des organes d'une organisation internationale est prônée, du moins quant à son principe, aussi bien par les auteurs qui examinent la question du point de vue de la responsabilité des Etats que par ceux, moins nombreux, qui ont étudié les problèmes que pose la responsabilité des organisations internationales [191]. L'article 15 de l'avant-projet soumis à la CDI en 1961 par F. V. García Amador prévoit expressément que les actes et omissions d'une organisation internationale ne sont pas imputables à l'Etat sur le territoire duquel ils se sont produits [192].

7) Faudrait-il voir une quelconque exception à la règle énoncée par le présent article dans les accords d'assistance, technique ou autre, qui contiennent souvent des clauses [193] en vertu desquelles l'Etat bénéficiaire de l'assistance assume la responsabilité en cas de réclamations que des tiers pourront avancer contre l'organisation internationale ou ses agents ? Par exemple, le paragraphe 6 de l'article 1er de l'Accord du 21 mai 1968 entre l'ONU, l'OIT, la FAO, l'UNESCO, l'OACI, l'OMS, l'UIT, l'OMM, l'AIEA, l'UPU, l'OMCI et l'ONUDI, d'une part, et l'Australie, d'autre part, relatif à la fourniture d'une assistance technique au Territoire du Papua et au Territoire sous tutelle de la Nouvelle-Guinée dispose que

Le Gouvernement sera tenu de répondre à toutes réclamations que des tiers pourraient faire valoir contre les organisations, conjointes ou séparées, contre leurs experts, agents ou employés par suite d'opérations effectuées dans les Territoires en vertu du présent Accord; il mettra hors de cause les organisations et leurs experts, agents et employés en cas de réclamation ou d'action en responsabilité découlant d'opérations exécutées dans les Territoires en vertu du présent Accord, sauf si le Gouvernement, le Directeur du Programme des Nations Unies pour le développement et les organisations intéressées conviennent que ladite réclamation ou ladite action en responsabilité résulte d'une négligence grave ou d'une faute intentionnelle desdits experts, agents ou employés [194].

Indépendamment des questions qui peuvent se poser à propos de la portée de ces clauses [195], qui semblent bien se rapporter à des hypothèses de responsabilité de droit interne plutôt que de droit international, il est en tout cas évident qu'il s'agit là de dispositions exonérant l'organisation de la responsabilité pour des comportements adoptés par ses agents dans l'exécution des plans d'opérations faisant l'objet de l'accord, et non pas de clauses en vertu desquelles on attribuerait à l'Etat territorial des comportements adoptés par des agents de l'organisation. En d'autres termes, l'Etat territorial ne se voit pas du tout attribuer un comportement d'autrui, mais tout simplement il endosse, en vertu d'une convention spéciale, les conséquences d'un comportement qui n'est pas le sien, mais celui de l'organisation. Qu'il en est bien ainsi ressort du libellé même de ces clauses, qui prévoient

---

[189] *Ibid.*, vol. 492, p. 79. Une disposition similaire figure dans l'Echange de lettres entre l'ONU et l'Egypte du 8 février 1957 constituant un accord sur le statut de la Force d'urgence des Nations Unies en Egypte (*ibid.*, vol. 260, p. 61). L'Echange de lettres constituant un accord entre l'ONU et la République arabe unie concernant le règlement, entre la Force d'urgence des Nations Unies (FUNU) et le gouvernement, des demandes d'indemnité relatives à des accidents de la circulation (14 octobre 1959, 15 septembre et 17 octobre 1960) prévoit la suppression réciproque de certaines demandes d'indemnité que la FUNU et le Gouvernement de la RAU peuvent avoir à se présenter mutuellement à l'occasion d'accidents de la circulation (*ibid.*, vol. 388, p. 145).

[190] P. ex. à propos de la question de l'adhésion éventuelle d'organisations intergouvernementales aux Conventions de Genève pour la protection des victimes de guerre. Voir à cet égard l'avis du 15 juin 1972 du Service juridique du Secrétariat de l'ONU (Nations Unies, *Annuaire juridique, 1972* [publication des Nations Unies, numéro de vente : F.74.V.1], p. 159 et 160).

[191] Voir p. ex. parmi ces derniers : Eagleton, « L'organisation internationale et le droit de la responsabilité », *Recueil des cours..., 1950-I* (*loc. cit.*), p. 319; F. V. García Amador, « La responsabilité internationale de l'Etat — La responsabilité des organisations internationales », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, Genève, XXXIVe année, n° 2 (avril-juin 1956), p. 149 et suiv.; A. P. Sereni, *Diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 1960, t. II-2, p. 844; H. Seidl-Hohenveldern, « Die völkerrechtliche Haftung für Handlunglen internationaler Organisationen im Verhältnis zu Nichtmitgliedstaaten », *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vienne, vol. XI, n° 3-4, 1961, p. 497; J.-P. Ritter, « La protection diplomatique à l'égard d'une organisation internationale », *Annuaire français de droit international, 1962*, Paris, vol. VIII, 1963, p. 441 et suiv.; J. J. A. Salmon, « Les accords Spaak-U Thant du 20 février 1965 », *ibid., 1965*, Paris, vol. XI, 1966, p. 477 et suiv.; P. de Visscher, « Observations sur le fondement et la mise en œuvre du principe de la responsabilité de l'Organisation des Nations Unies », *Revue de droit international et de droit comparé*, Bruxelles, t. XL, n° 3-4, 1963, p. 165 et suiv., et « Les conditions d'application des lois de la guerre aux opérations militaires des Nations Unies » (Rapport préliminaire), *Annuaire de l'Institut de droit international, 1971*, Bâle, vol. 54-I, 1972, p. 46 et suiv.; M. Bothe, *Streitkräfte internationaler Organisationen*, Cologne, Heymanns, 1968, p. 166 et suiv.; A. Di Blase, « Sulla responsabilità internazionale per attività dell'ONU », *Rivista di diritto internazionale*, Milan, vol. LVII, n° 2, 1974, p. 250 et suiv.

[192] Voir ci-dessus note 171.

[193] Ces clauses ne font souvent qu'incorporer, à quelques différences de langage près, des dispositions figurant dans un accord type approuvé pour l'activité en question par un organe de l'organisation.

[194] Nations Unies, *Annuaire juridique, 1968* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.70.V.2), p. 47.

[195] Elles peuvent donner lieu à des questions d'interprétation relatives, par exemple, au droit de fond mis en question, à la nature de la responsabilité envisagée, aux tiers visés, etc.

la possibilité que l'organisation assume quand même la responsabilité au cas où les réclamations en question résulteraient d'une négligence grave ou d'une faute intentionnelle des agents de l'organisation. Pour autant qu'elles aient affaire à des cas de responsabilité internationale, ces clauses ne sauraient être qu'une application de ce que l'on appelle la « responsabilité indirecte » ou responsabilité du fait d'autrui, question que la Commission se propose d'étudier dans un autre chapitre du projet [196]. Leur inclusion dans les accords mentionnés ne fait donc que confirmer le bien-fondé du principe de la non-attribution à l'Etat territorial des comportements d'organes d'une organisation internationale qui est énoncé dans l'article 13.

8) En formulant la règle énoncée dans cet article, la Commission n'a pas à donner une définition de la notion d'organisation internationale, à établir comment une organisation internationale peut devenir un sujet de droit international distinct des Etats qui la composent, à indiquer quand la responsabilité de l'organisation internationale ou de ses Etats membres peut être engagée et quels peuvent éventuellement être les cas de responsabilité conjointe, concurrente ou alternative, ni à résoudre toute une série de questions qui peuvent être très pertinentes pour élaborer des règles relatives à la responsabilité internationale des organisations internationales, mais qui dépassent manifestement la portée du présent projet. La personnalité internationale de certaines organisations internationales intergouvernementales, comme l'ONU, et des institutions spécialisées et autres organismes du système des Nations Unies ne paraît pas soulever de difficultés [197]. Il existe, certes, d'autres organisations internationales dont la personnalité de droit international général est moins bien établie, mais il suffit de constater, aux fins qui nous intéressent ici, que certaines organisations internationales, tout au moins, sont dotées d'une personnalité internationale et que, habilitées de ce fait à assumer des obligations internationales, conventionnelles ou autres, elles peuvent se trouver enfreindre ces obligations, et encourir éventuellement une responsabilité internationale, à la suite des comportements internationalement illicites adoptés par leurs organes. Qu'il suffise en tout cas de conclure que c'est dans les cas où les agissements pris en considération émanent d'une organisation internationale dotée d'une personnalité internationale propre que l'article ici examiné s'applique. S'il en était autrement, le comportement incriminé ne pourrait être que soit le comportement d'un organe d'un Etat, soit celui d'un particulier : dans un cas comme dans l'autre, ce serait un autre article du projet qui serait applicable.

9) Cela dit, il convient de préciser qu'en examinant les questions qui se posent dans le cadre de cet article il ne faut pas dépasser la portée du projet à l'étude, qui, comme il a été déjà indiqué [198], est limitée en matière de responsabilité internationale aux questions de la responsabilité des Etats, et ne concerne pas les questions relatives à la responsabilité de sujets de droit international autres que les Etats. Ainsi, s'il faut souligner que le comportement d'un organe étatique étranger agissant en cette qualité sur le territoire d'un Etat est attribuable à son Etat d'appartenance en vertu des articles mêmes du projet, il ne faut pas chercher dans ce même projet une solution au problème de l'attribution à une organisation internationale des comportements de ses organes agissant pour le compte de l'organisation sur le territoire d'un Etat, car la responsabilité des organisations internationales est régie par des règles qui ne sont pas nécessairement les mêmes que celles qui gouvernent la responsabilité des Etats [199]. La codification des règles régissant la responsabilité des Etats ne doit pas empiéter sur les règles qui régissent la responsabilité internationale des organisations internationales, ces dernières n'ayant pas à être définies dans un projet consacré exclusivement à la responsabilité des Etats.

10) L'article 13 présuppose que l'organe de l'organisation internationale visé a agi en qualité d'organe de l'organisation dans l'exercice des fonctions propres de celle-ci, et non sous le contrôle de l'Etat territorial. Il ne couvre pas l'hypothèse spécifique où l'organe de l'organisation a été « mis à la disposition » de l'Etat territorial et se trouve agir dans l'exercice de prérogatives de la puissance publique de ce dernier et sous son contrôle. Cette dernière hypothèse fait l'objet de la règle énoncée à l'article 9. C'est dans ce critère qu'il faut rechercher la décision lorsqu'il s'agit de se prononcer sur un cas d'espèce déterminé. Par exemple, comme la Force des Nations Unies au Congo, ci-dessus mentionnée, avait agi à la demande de la République du Congo, on pourrait se demander si les membres de la Force ne devaient pas être considérés comme des agents de cet Etat, auquel leurs comportements auraient alors dû être attribués. On trouve une réponse à cette question dans un rapport du Secrétaire général du 18 juillet 1960, où il est dit :

> Bien qu'aux termes de la résolution [résolution 143 (1960) du Conseil de sécurité, du 14 juillet 1960] la Force des Nations Unies soit envoyée au Congo à la demande du gouvernement et qu'elle soit appelée à y demeurer avec le consentement de ce gouvernement, et bien qu'on puisse la considérer comme un organe mis à la disposition du gouvernement pour le maintien de l'ordre et la protection des vies humaines — tâche qui incombe naturellement aux autorités nationales et qui leur reviendra dès que, de l'avis du gouvernement, leur pouvoir aura été suffisamment établi —, la Force est placée nécessairement sous le commandement exclusif de l'Organisation des Nations Unies en la personne du Secrétaire général, sous le contrôle du Conseil de sécurité [200].

11) Il faut aussi avoir présent à l'esprit le fait que les activités entreprises dans le cadre des organisations internationales, sous leurs auspices ou par leur intermédiaire, ne sont pas nécessairement des activités confiées à des

---

[196] Voir ci-dessus par. 50.

[197] La personnalité internationale de l'ONU a trouvé un fondement particulièrement solide dans l'avis consultatif de la CIJ émis le 11 avril 1949 dans l'affaire relative à la Réparation des dommages subis au service des Nations Unies (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 179).

[198] Voir ci-dessus par. 32.

[199] A cet égard, J. J. A. Salmon (*loc. cit.*, p. 479) s'exprime ainsi : « Le problème de la responsabilité quasi délictuelle ou civile d'une organisation internationale est de ceux qui, tant sur le plan scientifique que sur le plan pratique, paraissent parmi les plus obscurs du droit des organisations internationales. »

[200] *Documents officiels du Conseil de sécurité, quinzième année, Supplément de juillet, août et septembre 1960*, doc. S/4389, par. 7.

organes de l'organisation. Les opérations des organisations internationales sont menées souvent d'après des modalités fort différentes, et ceci, parfois, dans un même domaine d'activités [201]. Le statut juridique d'une équipe de secours fournie, en cas de catastrophe naturelle, par l'intermédiaire de l'ONU peut être soit celui d'un organe subsidiaire de l'Organisation, soit celui d'une entité dotée d'un statut juridique distinct par rapport à l'Organisation, soit celui d'une équipe nationale de l'un des Etats membres; le statut juridique d'une force du maintien de la paix de l'ONU et des contingents nationaux qui la composent vis-à-vis de l'Organisation peut aussi varier d'un cas à l'autre [202], etc. Il va de soi que si, dans le cas d'espèce, l'auteur du comportement adopté sur le territoire d'un Etat est en réalité l'organe d'un Etat et non pas celui d'une organisation internationale, c'est l'article 12 qui devient applicable, et non pas l'article 13.

12) Compte tenu des considérations qui précèdent, l'article 13 n'est pas censé donner une définition de la responsabilité des organisations internationales ni des problèmes d'attribution qu'une telle responsabilité pose. Il se borne à affirmer que les comportements des organes d'une organisation internationale agissant en cette qualité ne sont pas attribuables à un Etat du seul fait que lesdits comportements ont été adoptés sur le territoire de l'Etat en question ou sur tout autre territoire soumis à sa juridiction. Le sens de l'expression « ou sur tout autre territoire soumis à sa juridiction » a déjà été expliqué dans le commentaire de l'article 12 [203]. Il convient également de préciser que l'expression « organisation internationale » s'entend d'une « organisation intergouvernementale » suivant le sens donné à cette expression dans les projets d'articles élaborés par la Commission sur d'autres sujets. Les mots « agissant en cette qualité » soulignent utilement que l'organe en question doit avoir agi au nom et pour le compte de l'organisation, dans l'exercice des fonctions de celle-ci et sous son contrôle exclusif. Finalement, les mots « du seul fait » ont été introduits afin de ne pas préjuger des problèmes d'attribution qui peuvent se poser pour l'Etat territorial en vertu des règles qui régissent la responsabilité des organisations internationales lorsque, par exemple, ledit Etat est un Etat membre de l'organisation en question, voire a participé, d'une façon ou d'une autre, à la décision de l'organisation qui est à l'origine du comportement de l'organe en cause, ou encore a mis à la disposition dudit organe ses propres moyens.

13) La Commission n'a pas estimé devoir inclure dans cet article, comme elle l'a fait aux articles 11, 12 et 14, une disposition prévoyant expressément que la règle énoncée dans l'article est sans préjudice de l'attribution à l'Etat territorial des comportements qui seraient attribuables audit Etat en vertu des articles 5 à 10 du projet et qui auraient été adoptés en rapport avec le comportement de l'organe de l'organisation. La formulation d'une telle disposition poserait, dans le cas de l'article 13, des problèmes particuliers dépassant la portée du présent projet, car il s'agirait de problèmes liés, dans une certaine mesure, au statut des relations entre l'Etat territorial et l'organisation en question ainsi qu'aux dispositions spécifiques, y compris les dispositions relatives au statut juridique de l'organisation et aux privilèges et immunités de ses organes, prévues dans les accords sur la base desquels les organisations internationales agissent normalement sur le territoire d'un Etat. La Commission a surtout hésité devant l'idée d'inclure dans le projet une disposition quelconque qui pourrait suggérer l'idée d'une soumission de l'action d'une organisation internationale au pouvoir de contrôle de l'Etat sur le territoire duquel cette organisation est appelée à opérer. Mais le silence de l'article à cet égard ne saurait être interprété dans le sens que l'Etat territorial ne pourrait jamais encourir, dans les hypothèses envisagées dans l'article, une responsabilité internationale du chef de ses propres comportements adoptés en rapport avec ceux de l'organisation en question. Ainsi, si l'Etat territorial s'associait à l'accomplissement par un organe de l'organisation d'une action constituant un fait internationalement illicite ou si, devant l'accomplissement de cette action, il ne réagissait pas dans les formes appropriées, il pourrait engager sa responsabilité internationale du fait de son propre comportement, comportement qui, en vertu des articles 5 à 10 du projet, lui serait toujours attribuable [204].

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

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

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

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

---

[201] Voir p. ex. F. Seyersted, *United Nations Forces in the Law of Peace and War*, Leyde, Sijthoff, 1966; D. S. Wijewardane, « Criminal jurisdiction over visiting forces with special reference to international forces », *The British Year Book of International Law, 1965-66*, Londres, vol. XLI, 1968, p. 179 et suiv.

[202] A propos du statut juridique des troupes britanniques faisant partie de la Force des Nations Unies chargée du maintien de la paix à Chypre, voir l'arrêt de la Chambre des lords du 11 février 1969 dans l'Affaire Nissan *c.* Attorney-General (*The All England Law Reports, 1969*, Londres, vol. 1, p. 629). Pour une analyse de cet arrêt, voir J. W. Bridge, « The legal status of British troops forming part of the United Nations Force in Cyprus », *The Modern Law Review*, Londres, vol. 34, n° 2 (mars 1971), p. 121 et suiv.

[203] Par. 13 du commentaire.

[204] Sur la possibilité que la responsabilité de l'Etat territorial soit engagée du chef d'un déni de justice à la suite d'un fait internationalement illicite d'une organisation internationale, voir J.-P. Ritter, *loc. cit.*, p. 446 et 447.

Commentaire

1) Le présent article traite de la question de la possibilité d'attribuer à l'Etat, comme source éventuelle d'une responsabilité internationale à sa charge, des comportements d'organes d'un mouvement insurrectionnel établi sur le territoire de cet Etat ou sur un autre territoire soumis à son administration. Il est tout d'abord essentiel de préciser que le problème de l'attribution ou de la non-attribution à l'Etat du fait d'organes d'un mouvement insurrectionnel, objet du présent article, ne saurait se poser que si, au moment où l'Etat lésé présentait à l'Etat territorial une réclamation en relation avec des comportements d'organes d'un mouvement insurrectionnel, le mouvement existait toujours comme tel, ou avait cessé d'exister, mais en entraînant dans sa chute sa propre structure et son organisation. En d'autres termes, le problème se pose seulement, aux fins du présent article, quand le mouvement insurrectionnel et l'Etat sur le territoire duquel le mouvement est établi continuent d'exister tous les deux, ou éventuellement quand, la rébellion matée, le mouvement insurrectionnel a tout à fait disparu. Les problèmes d'attribution qui surgissent lorsqu'un mouvement insurrectionnel ne cesse d'exister comme tel que parce qu'il a eu gain de cause et que ses structures sont ensuite devenues, en tout ou en partie, le nouvel appareil gouvernemental de l'Etat préexistant ou celles d'un nouvel Etat s'étant formé à son instigation sur une partie des territoires auparavant soumis à la souveraineté ou à l'administration de l'Etat préexistant sont d'une tout autre nature, et, à ce titre, ils sont traités dans le cadre de l'article 15.

2) Il arrive souvent que la question d'une éventuelle responsabilité de l'Etat en relation avec des faits émanant d'organes d'un mouvement insurrectionnel proprement dit soit examinée conjointement avec celle d'une responsabilité de l'Etat à l'occasion des comportements de simples particuliers agissant au cours d'une émeute, d'une manifestation de foule, d'autres troubles et subversions, ou aussi au cours d'une insurrection n'ayant pas encore abouti à la formation d'un mouvement insurrectionnel doté d'un appareil distinct de celui de l'Etat. Or, il n'y a pas qu'une simple distinction quantitative (c'est-à-dire concernant l'intensité de la subversion) entre ces derniers cas et ceux où un mouvement insurrectionnel établit son autorité sur une portion du territoire de l'Etat ou d'un autre territoire sous l'administration de cet Etat. Il y a aussi une différence qualitative entre les deux hypothèses mentionnées — une différence qui justifie que l'on en traite séparément.

3) Certes, au début de l'insurrection les comportements de personnes ou de groupes de personnes qui par la suite deviennent des organes d'un mouvement insurrectionnel se présentent comme des comportements de simples particuliers. Du point de vue de l'attribution d'un fait à l'Etat comme source éventuelle d'une responsabilité internationale, ces comportements sont effectivement assimilables à ceux de personnes ou de groupes de personnes qui participent à une émeute ou à une manifestation de foule et, comme ceux de ces derniers, ils rentrent dans le cadre de la disposition énoncée à l'article 11. Mais la situation change à partir du moment où un mouvement insurrectionnel, au sens que ce terme prend en droit international, est né. Dès ce moment-là, on est en présence, parallèlement à l'Etat, d'une organisation dotée de son propre appareil, dont les organes peuvent agir pour le compte du mouvement insurrectionnel lui-même sur une portion du territoire soumis à la souveraineté ou à l'administration de l'Etat. Les organes qui font partie des structures du mouvement insurrectionnel et qui agissent en son nom ne sont à aucun titre des organes de l'Etat [205], pas plus que les particuliers qui participent à une émeute ou à une manifestation de foule, mais en tant qu'organes d'un mouvement insurrectionnel ils peuvent adopter des comportements susceptibles d'engager une responsabilité internationale du mouvement insurrectionnel lui-même, lorsque ces comportements constitueraient une violation d'une obligation internationale que l'on reconnaîtrait comme existant à la charge du mouvement insurrectionnel [206].

4) Il ne s'agit pas, bien entendu, de codifier dans le présent projet les règles qui régissent l'éventuelle responsabilité internationale des mouvements insurrectionnels, mais une fois de plus de partir de la prémisse que, dès le commencement de leur existence autonome sur la scène internationale, ces mouvements peuvent être, dans certaines limites, capables de commettre des faits internationalement illicites propres; il s'agit ensuite de tirer de cette prémisse les conclusions qui en découlent en ce qui concerne la détermination des conséquences pour l'Etat des agissements illicites d'un mouvement insurrectionnel. A ce propos, une première remarque s'impose, à savoir que l'éventuelle responsabilité que l'Etat pourrait encourir pour n'avoir pas adopté, s'il en avait la possibilité, les mesures de vigilance, de prévention et de répression requises serait une responsabilité autrement exceptionnelle que celle qu'il peut encourir par suite du défaut de vigilance, de prévention ou de répression qui lui serait reproché à l'occasion d'une simple émeute ou d'une manifestation de foule. On ne pourra que rarement accuser l'Etat d'avoir manqué à ses propres obligations de vigilance et de protection en rapport avec les comportements d'organes d'un mouvement insurrectionnel, car la plupart du temps les agissements en question

---

[205] Il va sans dire qu'ils ne sauraient non plus être assimilés à des « personnes agissant en fait pour le compte de l'Etat », dans le sens que cette expression prend à l'article 8 du projet. Les personnes ou groupes de personnes qui agissent en tant qu'organes d'un mouvement insurrectionnel dirigé contre un Etat ou contre un gouvernement déterminé n'entendent nullement agir « en fait pour le compte » de cet Etat ou de ce gouvernement ou exercer « en fait des prérogatives de la puissance publique » dudit Etat ou dudit gouvernement pendant la durée de certaines circonstances exceptionnelles. Au contraire, leur but est d'abattre les structures de l'Etat en question et de les remplacer en tant que nouveau gouvernement dudit Etat ou en tant que gouvernement d'un Etat nouveau s'étant séparé de celui préexistant.

[206] Voir H. Kelsen, *Principles of International Law*, New York, Rinehart, 1952, p. 292 :

« Par le contrôle effectif du gouvernement insurrectionnel sur une partie du territoire et du peuple de l'Etat impliqué dans la guerre civile, une entité s'est formée qui ressemble vraiment à un Etat dans le sens du droit international » [tr. de l'original anglais]. Voir aussi G. Arangio-Ruiz, *loc. cit.*, p. 165.

échappent totalement à son contrôle [207]. Et il sera plus rare encore que l'on porte contre l'Etat de telles accusations dans les cas où, le mouvement insurrectionnel ayant réussi à établir d'une manière stable son autorité sur une portion congrue du territoire de l'Etat, les Etats tiers en viendront à tenir le gouvernement lui-même pour responsable d'agissements internationalement illicites de ses propres organes.

5) L'existence d'un mouvement insurrectionnel pose en soi certains problèmes spécifiques qu'on ne saurait passer sous silence dans un projet de codification des règles de droit international régissant la responsabilité des Etats. Mais la prise en considération de ces problèmes ne signifie nullement qu'il soit nécessaire de définir, dans le cas du présent projet de codification, les données requises par le droit international pour qu'un mouvement donné puisse se qualifier comme un « mouvement insurrectionnel », ou de préciser à quelles conditions, à quel moment et envers qui un tel mouvement peut être considéré comme étant doté de la personnalité internationale et quelle est alors l'étendue — d'ailleurs changeante selon les cas et, dans chaque cas, selon le temps — de sa capacité juridique internationale [208]. L'examen de toutes ces questions, qui d'ailleurs devraient se poser également, *mutatis mutandis*, pour les Etats et pour les organisations internationales, ne relève pas de la matière à l'étude, mais plutôt d'autres grands chapitres du droit international, à savoir ceux qui traitent des sujets de droit international.

6) Aux fins du présent article, l'existence d'un « mouvement insurrectionnel » au sens du droit international doit donc être prise comme une donnée présupposée. Si cette donnée existe dans la réalité, les questions d'attribution ou de non-attribution à l'Etat des comportements d'organes du mouvement en question rentrent dans le cadre des hypothèses à envisager. Par contre, si le mouvement en question n'est pas à considérer comme un « mouvement insurrectionnel » d'après le droit international, les problèmes d'attribution qui peuvent se poser doivent alors être réglés d'après les dispositions énoncées dans l'autres articles du projet, et notamment à l'article 11.

7) Pour formuler les règles qui doivent figurer dans le présent article, la Commission n'a pas besoin non plus de se prononcer sur les diverses formes que peuvent revêtir les mouvements insurrectionnels selon que l'on se trouve en présence d'une lutte interne relativement limitée, d'une situation de véritable guerre civile, d'une lutte anticoloniale, de l'action d'un front de libération nationale, d'un mouvement révolutionnaire ou contre-révolutionnaire, etc., ni sur les questions que peut poser le problème de la légitimité internationale de certaines desdites formes [209]. Par contre, ce qu'il importe de retenir ici est le fait que les mouvements insurrectionnels peuvent parfois être dirigés contre l'Etat lui-même, comme dans le cas d'un mouvement sécessionniste ou d'un mouvement de décolonisation d'un ancien territoire dépendant. Mais les mouvements insurrectionnels peuvent aussi se proposer comme objectif de remplacer le gouvernement de l'Etat par un nouveau gouvernement. En outre, et cela est également important aux fins de la formulation des règles pertinentes, un mouvement insurrectionnel peut être dirigé contre un Etat ou contre le gouvernement d'un Etat autre que celui de l'Etat sur le territoire duquel il est établi. Il en est ainsi, par exemple, lorsqu'un mouvement insurrectionnel a son quartier général dans un Etat tiers et opère depuis cet Etat.

8) La responsabilité internationale d'un mouvement insurrectionnel est normalement plus difficile à mettre en cause que celle d'un Etat proprement dit. Le mouvement en question, de par son essence même, a un caractère provisoire [210]. Sa durée se limite à celle de la lutte qu'il a engagée. A l'issue de cette lutte, il est destiné à disparaître en tant que tel. S'il est vaincu, son existence prend fin et son organisation se dissout. S'il gagne, il peut soit transmettre à l'Etat les structures de son organisation, en tant que nouveau gouvernement dudit Etat, soit se muer lui-même en un Etat nouveau, constitué sur une partie du territoire auparavant soumis à la souveraineté ou à l'administration de l'Etat préexistant. Or, la mise en cause de la responsabilité internationale engendrée par un fait internationalement illicite est une opération qui demande souvent un laps de temps relativement long, plus long peut-être que la durée de la lutte insurrectionnelle. De plus, l'ampleur et l'importance du mouvement insurrectionnel peuvent varier au gré des vicissitudes de la lutte. Par exemple, le territoire sur lequel il exerce son autorité peut se rétrécir ou s'étendre, et les moyens financiers ou autres sous son contrôle se modifier également. Tout cela crée un climat d'incertitude quant à la perspective d'obtenir de ce mouvement, au cours de la lutte, la réparation d'un fait internationalement illicite. En outre, si l'Etat qui se plaint de préjudices causés par

---

[207] C'est par là que souvent se distingue la situation créée dans les cas d'actions d'organes d'un mouvement insurrectionnel de celle qui est créée dans les cas d'actions d'organes d'un Etat étranger. Dans ces derniers cas, l'Etat conserve normalement son autorité sur le territoire où ces actions se produisent, tandis qu'il n'en a souvent plus aucune sur le territoire contrôlé par le mouvement insurrectionnel.

[208] Il ne faut donc pas s'attarder ici à déterminer les conditions exigées par le droit international pour qu'un mouvement donné acquière comme tel la qualité internationale de « mouvement insurrectionnel », voire même à établir si une telle détermination doit se faire sur la base de critères objectifs (effectivité, durée, ampleur, organisation, etc.) ou si elle dépend d'éléments subjectifs tels que la reconnaissance par des Etats ou par des organisations internationales, et, de même, si la personnalité internationale d'un mouvement de ce genre est valable *erga omnes* ou si elle a plutôt un caractère relatif, etc.

[209] Au cours du débat, certains membres de la Commission ont affirmé la légitimité internationale de certaines formes de mouvements insurrectionnels et, notamment, des mouvements de lutte anticoloniale et de libération nationale qui se réclament du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, proclamé par la Charte des Nations Unies et développé dans toute une série de résolutions de l'Assemblée générale.

[210] Pour G. Arangio-Ruiz (*Sulla dinamica della base sociale nel diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 1954, p. 129 et 130; et « Stati e altri enti... » [*loc. cit.*], p. 165 et 166), le caractère « provisoire » ne serait pas une caractéristique « nécessaire » du sujet mouvement insurrectionnel. Toutefois, s'il est vrai que l'Etat lui-même peut en fait cesser d'exister tout autant que les insurgés, on ne saurait oublier la différence qui sépare les deux types d'entités du point de vue de leurs finalités respectives. L'Etat se propose de durer indéfiniment en tant que tel. Par contre, le mouvement insurrectionnel n'entend pas se perpétuer en tant que tel, et vise à devenir lui-même un Etat. Il s'agit donc d'un type d'entité institutionnel provisoire.

des comportements illicites d'organes du mouvement insurrectionnel ne reconnaît pas et n'entend pas reconnaître ce mouvement, avec lequel il n'entretient pas de rapports, la présentation d'une réclamation et la mise en cause d'une responsabilité peuvent présenter des difficultés supplémentaires.

9) Bien qu'il n'en soit pas toujours ainsi — et la pratique internationale connaît des exemples où les réclamations ont été présentées au cours de la lutte [211] —, il arrive souvent que, pour les raisons mentionnées, les Etats victimes de comportements illicites de la part d'organes de mouvements insurrectionnels estiment utile d'attendre, pour avancer leurs réclamations, que la situation se soit clarifiée. Ainsi, fréquemment, les réclamations sont adressées à l'issue de la lutte soit au gouvernement légitime de l'Etat, au cas où celui-ci aurait eu raison de l'insurrection et aurait rétabli son autorité sur tout le territoire, soit au nouveau gouvernement qui aurait remplacé le gouvernement antérieur à la suite de la victoire de l'insurrection, ou encore au gouvernement du nouvel Etat qui se serait formé par sécession d'une partie du territoire de l'Etat préexistant ou par décolonisation d'un ancien territoire dépendant dudit Etat.

10) Ces situations, cependant, diffèrent nettement les unes des autres, et le fondement des réclamations présentées n'est pas le même pour toutes. Certaines de ces situations relèvent de l'article 15 et restent en dehors du domaine du présent article. Celui-ci, comme il a déjà été indiqué, n'est consacré qu'à l'examen du problème de l'attribution ou de la non-attribution à l'Etat, comme source éventuelle d'une responsabilité internationale, des comportements adoptés par des organes d'un mouvement insurrectionnel établi sur son territoire, ou sur un territoire soumis à son administration, dans les cas où ce mouvement existerait toujours comme tel au moment de la présentation de la réclamation, ou bien aurait alors cessé d'exister mais en ayant entraîné dans sa chute sa propre structure et son organisation.

11) La portée du présent article étant ainsi délimitée, trois questions seulement se posent à propos de sa formulation. La première revient à se demander s'il est ou non possible d'attribuer à l'Etat, comme source de responsabilité, des faits d'organes d'un mouvement insurrectionnel établi sur son territoire ou sur un autre territoire soumis à son administration. La deuxième question (qui suppose qu'on ait répondu négativement à la première) consiste à déterminer s'il est néanmoins possible à l'Etat d'encourir une responsabilité internationale du fait du comportement adopté par ses propres organes en rapport avec des agissements d'organes du mouvement insurrectionnel, et cela soit avant soit après la fin de la lutte contre ce mouvement et le rétablissement éventuel de l'autorité de l'Etat sur la totalité du territoire. La troisième question est de savoir s'il convient d'insérer dans l'article une clause de sauvegarde relative à la possibilité d'attribuer le comportement de l'organe du mouvement insurrectionnel au mouvement lui-même.

12) L'analyse de la jurisprudence arbitrale internationale et de la pratique des Etats confirme que les faits commis par les organes d'un mouvement insurrectionnel, abstraction faite de l'hypothèse où celui-ci se transformerait en autre chose à la suite d'une issue de la lutte qui serait pour lui favorable (hypothèse envisagée dans l'article 15), ne peuvent pas être attribués à l'Etat territorial. L'attribution à l'Etat des faits des organes du mouvement insurrectionnel ne saurait avoir lieu ni tant que dure la lutte entre ce mouvement et le pouvoir constitué, ni, et à plus forte raison, une fois la lutte terminée au profit de l'Etat [212]. Ces conclusions sont également celles de la grande majorité des auteurs qui ont examiné le problème d'un point de vue doctrinal. Une responsabilité ne peut être mise à la charge de l'Etat territorial que du fait d'un manquement éventuellement commis à cette occasion par ses propres organes aux obligations de vigilance, de prévention ou de répression qui sont les siennes. Ajoutons qu'il ne saurait y avoir de différence selon que le prétendu manquement de l'Etat se serait produit avant la cessation de l'existence active du mouvement insurrectionnel ou après, lorsque, par exemple, la paix interne ayant été rétablie, les autorités de l'Etat omettraient de punir de façon adéquate les auteurs des faits préjudiciables commis au cours de la lutte. Ce sera même sur cette base que la responsabilité de l'Etat se trouvera le plus souvent invoquée, puisque les cas où le gouvernement « légitime » aurait eu, pendant la lutte, la possibilité matérielle de prévenir ou de réprimer l'action préjudiciable de la personne-organe du mouvement insurrectionnel sont plutôt exceptionnels. Il est aussi à noter que le fait que la source de la responsabilité de l'Etat ne se trouve pas dans l'action de la personne qui, au moment où elle agissait, était organe du mouvement insurrectionnel, mais dans le comportement adopté par les organes de l'Etat en rapport avec une telle action, n'a pas nécessairement une influence décisive sur le choix des critères applicables pour déterminer, dans le cas concret, la mesure de la réparation. Rien n'empêche qu'on établisse le montant de la réparation due à la suite d'un manquement par l'Etat à une obligation de prévention ou de répression en prenant comme critère le dommage matériellement causé par l'action de l'individu ayant agi en tant qu'organe du mouvement insurrectionnel. Finalement, une responsabilité internationale propre des mouvements insurrectionnels du fait des agissements de leurs organes est reconnue aussi bien dans la pratique des Etats que par la doctrine.

13) Au XIX[e] siècle déjà, de nombreuses commissions mixtes avaient affirmé à plusieurs reprises — sur la base, d'ailleurs, de clauses expresses des traités en vertu desquels on les avait constituées — le principe qu'en règle générale un gouvernement n'était pas responsable des préjudices causés à des étrangers par les membres d'une insurrection armée ayant échappé au contrôle dudit gouvernement. La Commission mixte des réclamations

[211] Voir ci-dessus par. 28.

[212] Cela dit, rien n'empêche l'Etat ayant maîtrisé l'insurrection d'accepter (p. ex. par une convention spéciale) de reprendre à son compte la responsabilité qui incomberait au mouvement insurrectionnel et que l'Etat tiers n'aurait pas pu faire valoir contre ce dernier. Mais le caractère dérogatoire par rapport au droit international général d'une telle solution est manifeste.

américano-mexicaine, créée par la Convention du 4 juillet 1868, avait suivi ce principe dans des jugements relatifs à des réclamations pour des préjudices causés soit par des insurgés au Mexique, soit par des organes des Confédérés en lutte contre les Fédéraux aux Etats-Unis d'Amérique [213]. La Commission mixte des réclamations anglo-américaine créée par le Traité du 8 mai 1871 l'avait appliqué à l'occasion de réclamations provoquées elles aussi par des agissements des Confédérés pendant la guerre de Sécession [214]. La Commission mixte hispano-américaine créée en 1871 en avait fait autant pour des réclamations concernant des préjudices causés par les insurgés à Cuba [215].

14) Pour ce qui est du XX^e siècle, la jurisprudence arbitrale internationale présente une série de jugements qui portent tous sur les questions faisant l'objet du présent article et qui font partie de l'ensemble des décisions adoptées entre 1903 et 1905 par les commissions mixtes des réclamations constituées en vertu des protocoles de Paris (1902) et de Washington (1903), conclus entre le Venezuela et d'autres puissances. Ces dernières se plaignaient des préjudices causés à leurs ressortissants, notamment à l'occasion d'agissements de mouvements révolutionnaires. Le jugement le plus significatif est peut-être celui qu'a rendu la Commission mixte italo-vénézuélienne dans l'*Affaire Sambiaggio*, concernant des exactions et des réquisitions forcées de la part des forces révolutionnaires du colonel Guevara dont un ressortissant italien avait été la victime en 1902. Le surarbitre Ralston conclut, à la suite d'un examen détaillé des précédents fournis par la jurisprudence, des opinions d'auteurs et des clauses des traités en vigueur entre l'Italie et le Venezuela, que le Venezuela ne pouvait être tenu pour responsable que s'il avait été allégué et prouvé que les autorités du pays n'avaient pas employé la diligence requise pour empêcher les révolutionnaires d'infliger des préjudices. Ayant noté qu'aucun manque de diligence n'avait été allégué ni prouvé dans le cas d'espèce, l'arbitre rejeta la réclamation italienne [216].

15) Le surarbitre Plumley dans les affaires *Aroa Mines* [217] (soumises à la Commission mixte Grande-Bretagne/Venezuela), *Henriquez* et *Salas* [218] (soumises à la Commission mixte Pays-Bas/Venezuela) et *French Company of Venezuelan Railroads* [219] (soumise à la Commission mixte France/Venezuela), le surarbitre Duffield dans les affaires *Kummerov*, *Redler*, *Fulda*, *Fischbach* et *Friedericy* [220] (soumises à la Commission mixte Allemagne/Venezuela), le surarbitre Gutiérrez-Otero dans les affaires *Padrón* [221] et *Mena* [222] (soumises à la Commission mixte Espagne/Venezuela), et le commissaire Paúl dans l'*Affaire Acquatella, Bianchi et al.* [223] (soumise à la Commission mixte France-Venezuela de 1903) appliquèrent pratiquement les mêmes principes dans les jugements relatifs à toutes ces affaires et parvinrent à des conclusions analogues. Dans l'*Affaire Padrón*, par exemple, le surarbitre affirma comme un principe reconnu de droit international que les Etats n'étaient pas responsables des actions préjudiciables à des étrangers commises par des insurgés, mais exclusivement d'une éventuelle « négligence des autorités constituées » dans l'adoption de mesures adéquates de protection ou de répression contre les agissements d'insurgés.

16) La non-responsabilité de l'Etat pour les préjudices causés par une personne ou un groupe de personnes qui sont les organes d'un mouvement insurrectionnel se trouve affirmée également par la décision rendue le 1^er mai 1925 par l'arbitre Huber dans l'*Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol*. Le jurisconsulte suisse n'excluait cependant pas que l'Etat puisse se voir attribuer, comme source éventuelle d'une responsabilité internationale, le manque de vigilance de ses autorités dans la prévention et dans la répression des agissements préjudiciables de rebelles et d'organes de mouvements insurrectionnels, pour autant que cette prévention et cette répression aient été possibles [224]. On trouve une autre affirmation du même principe, remontant plus ou moins à la même époque, dans le jugement rendu le 19 novembre 1925 par le Tribunal arbitral anglo-américain constitué en vertu de l'Accord spécial du 18 août 1910 à propos de l'*Affaire Several British Subjects (Iloilo Claims)*. Le Tribunal rejeta la réclamation britannique, n'ayant pu relever de négligence imputable aux forces américaines [225].

---

[213] Voir les cas relatés dans Moore, *History and Digest... (op. cit.)*, vol. III, p. 2873 et suiv., 2881 et suiv., 2886 et suiv., 2902 et suiv., et 2973 à 2981.

[214] *Ibid.*, p. 2900 et 2901, et 2982 à 2990.

[215] *Ibid.*, p. 2981 et 2982.

[216] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (publication des Nations Unies, numéro de vente : 60.V.4), p. 524.

Examinant d'abord la question d'un point de vue abstrait, l'arbitre Ralston conclut

« qu'en principe général, et hormis [...] circonstances exceptionnelles [...], le gouvernement ne doit pas être tenu pour responsable d'actes de révolutionnaires, car :

« 1. Les révolutionnaires ne sont pas des agents du gouvernement et il n'existe pas de responsabilité naturelle;

« 2. Leurs actes visent à détruire le gouvernement, et personne ne peut être tenu pour responsable des actes d'un ennemi qui porte atteinte à votre vie;

« 3. Les révolutionnaires n'étaient pas sous contrôle du gouvernement, et ce dernier ne peut pas être tenu pour responsable des préjudices causés par ceux qui ont échappé à sa contrainte. »

(*Ibid.*, p. 513 [tr. de l'original anglais].)

La Commission italo-vénézuélienne fit application des mêmes principes dans l'Affaire Revesno *et al.* (*ibid.*, p. 582 et 583) et dans l'Affaire Guastini (*ibid.*, p. 577 et suiv.).

[217] *Ibid.*, vol. IX (numéro de vente : 59.V.5), p. 408 et suiv., et surtout p. 439 et suiv.

[218] *Ibid.*, vol. X (numéro de vente : 60.V.4), p. 714 et suiv., et 720 et 721.

[219] *Ibid.*, p. 354.

[220] *Ibid.*, p. 397 et 398.

[221] *Ibid.*, p. 742 et 743.

[222] *Ibid.*, p. 749.

[223] Le commissaire Paúl observa :

« [...] ce n'est que lorsqu'il est évident que le gouvernement a manqué de faire un usage prompt et efficient de son autorité pour obtenir le retour dudit groupe révolté à l'obéissance et pour protéger, dans la mesure de ses possibilités, les biens et les personnes menacés par les troubles révolutionnaires qu'il peut être tenu pour responsable d'une telle situation anormale. »

(*Ibid.*, p. 6 [tr. de l'original anglais].)

[224] *Ibid.*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 642.

[225] *Ibid.*, vol. VI (numéro de vente : 1955.V.3), p. 159 et 160.

17) Vers la même époque, une autre série de jugements intéressants ont été rendus par les différentes Commissions des réclamations créées par les accords passés entre le Mexique et diverses puissances à la suite des événements survenus au Mexique entre 1910 et le milieu des années 20. Par exemple, dans l'*Affaire de la Home Insurance Company*, tranchée le 31 mars 1926, la Commission générale des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Mexique nia la responsabilité du Gouvernement mexicain pour une action commise à Puerto Mexico, au détriment de la société américaine, par le commandant local des forces insurrectionnelles du général de la Huerta [226]. La décision rendue le 3 octobre 1928 dans l'*Affaire Solis*, et rédigée pour la Commission générale par le commissaire Nielsen, jugea insuffisante la preuve fournie du prétendu défaut de protection dont les forces du Gouvernement mexicain étaient accusées par le plaignant. La décision fait état comme d'un « principe bien établi du droit international » qu'un gouvernement ne peut pas être tenu pour responsable d'une action commise en violation de son autorité par des groupes de rebelles lorsqu'il n'est pas lui-même coupable d'un manquement à la bonne foi ou d'une négligence dans la répression de l'insurrection. Seul un manquement par les autorités légitimes de l'Etat à ce devoir de protection pouvait constituer la source d'une responsabilité de l'Etat [227]. Le principe de la non-responsabilité de l'Etat pour des actions délictueuses commises par des mouvements insurrectionnels ressort aussi du jugement de l'arbitre Verzijl dans l'*Affaire Georges Pinson*, tranchée le 19 octobre 1928 par la Commission des réclamations France/Mexique [228].

18) Certaines décisions de la Commission des réclamations Grande-Bretagne/Mexique, constituée en vertu de la Convention du 19 novembre 1926, revêtent un intérêt particulier en ce qu'elles prennent spécialement en considération l'hypothèse d'un défaut de répression de l'insurrection ou de punition des coupables. Elles s'attachent même à fournir des critères pour établir la preuve d'un tel défaut. Par exemple, dans le jugement du 15 février 1930 relatif à l'*Affaire des Mexico City Bombardment Claims*, la Commission indiqua que

> Dans un grand nombre de cas, il sera extrêmement difficile d'établir sans doute aucun l'omission ou l'absence de mesures de répression ou de punition. La Commission se rend compte de ce qu'il est toujours difficile de fournir d'une manière absolument convaincante la preuve de faits négatifs. Mais on pourra présumer qu'il existe à première vue une preuve solide dans les cas où, *primo*, l'agent britannique pourra faire admettre que les faits étaient connus par les autorités compétentes, soit parce qu'ils étaient de notoriété publique soit parce qu'ils avaient été portés en temps voulu à leur connaissance, et où, *secundo*, l'agent mexicain ne pourra fournir aucune preuve d'une action entreprise par les autorités [229].

Sue ces bases, la majorité de la Commission conclut à la responsabilité du Gouvernement mexicain, notant en particulier que l'agent du Mexique n'avait pas pu fournir de preuve d'une action d'enquête, de répression ou de poursuite de la part des autorités, malgré que celles-ci, dûment informées des faits, eussent pu agir en ce sens. Dans l'*Affaire John Gill*, la majorité de la Commission conclut à la responsabilité de l'Etat mexicain, et cela pour les mêmes raisons que celles qui ont été indiquées dans le jugement relatif aux *Mexico City Bombardment Claims*.

19) La jurisprudence arbitrale internationale fait donc preuve d'une remarquable unité de vues. Il en est de même pour la pratique diplomatique. A une époque assez éloignée déjà, les chancelleries des puissances avaient fait leur le principe que l'Etat ne pouvait pas être tenu pour responsable des faits d'un mouvement insurrectionnel en révolte contre le gouvernement légitime et que, en pareil cas, on ne saurait envisager une responsabilité de l'Etat que si ses organes, tout en ayant la possibilité de le faire, ne prenaient pas les mesures de prévention et de répression appropriées. Les vues des gouvernements rejoignaient donc celles qu'exprimaient alors les tribunaux arbitraux, souvent à l'occasion des mêmes situations. On le constate dans bon nombre de cas, que les événements au cours desquels des préjudices furent causés à des étrangers par des organes de mouvements insurrectionnels aient eu pour cadre la guerre de Sécession (1861-1865) aux Etats-Unis d'Amérique [230], la Commune de Paris (1871) en France [231], l'insurrection carliste (1874) en Espagne [232], la révolte d'Arabi Pacha (1882) en Egypte [233], les deux insurrections (1868-1878 et 1895-1898) pour l'indépendance de Cuba [234], ou encore les différentes insurrections dirigées contre les gouvernements de telle ou telle autre nation latino-américaine [235]. Le principe que, dans le cas de préjudices causés par des organes d'un mouvement insurrectionnel, l'Etat ne peut

---

[226] *Ibid.*, vol. IV (numéro de vente : 1951.V.1), p. 48 et suiv., et notamment p. 52.

[227] *Ibid.*, p. 358 et suiv. Le commissaire Nielsen constata que, abstraction faite des données de chaque cas particulier, « le caractère et l'étendue d'un mouvement insurrectionnel doivent être un facteur d'importance pour juger de la question de la possibilité d'assurer la protection » (*ibid.*, p. 362 [tr. de l'original anglais]). Par la suite, des critères similaires furent appliqués par la même commission dans la décision relative à l'Affaire Bond Coleman (*ibid.*, p. 364 et suiv.), et évoqués par le commissaire Nielsen dans son opinion se rapportant à l'Affaire Russel, jugée par la commission créée par la Convention spéciale américano-mexicaine du 10 septembre 1923 (*ibid.*, p. 831).

[228] *Ibid.*, vol. V (numéro de vente : 1952.V.3), p. 352 et 353. Voir aussi à ce propos les critères énoncés dans la décision du 19 mai 1931, relative à l'Affaire John Gill (*ibid.*, p. 159).

[229] *Ibid.*, p. 80 [tr. de l'original anglais].

[230] Voir, pour des cas figurant dans les recueils de la pratique des Etats-Unis d'Amérique, Moore, *History and Digest... (op. cit.)*, vol. II, p. 1621 à 1624, et *A Digest... (op. cit.)*, p. 957 et 958; et, pour des opinions émanant des conseils de la Couronne britannique, A. D. McNair, *International Law Opinions*, Cambridge, University Press, 1956, vol. II, p. 256 et 257.

[231] McNair, *op. cit.*, p. 261 et suiv.

[232] *Ibid.*, p. 265.

[233] *Ibid.*, p. 267 et 268.

[234] Moore, *A Digest... (op. cit.)*, p. 961 et suiv., et 966 et suiv.

[235] Voir Moore, *A Digest... (op. cit.)*, p. 966 (insurrection de 1893 au Brésil), 980 et 981 (prise temporaire du pouvoir au Mexique par l'empereur Maximilien), 981 à 984 (insurrection de 1873 au Venezuela); Hackworth, *op. cit.*, p. 673 (insurrection de 1926 au Honduras); McNair, *op. cit.*, p. 259 et 260 (insurrection au Venezuela), 271 (insurrection au Brésil). Voir aussi la lettre du 17 août 1894 du Ministre italien des affaires étrangères, Blanc, au Chargé d'affaires italien à Rio, dans le Livre vert présenté le 6 décembre 1894 à la Chambre des députés (Italie, Atti parlamentari, Camera dei deputati, Documenti diplomatici presentati al Parlamento italiano dal Ministro degli Affari esteri, doc. n° VII *bis*, *Brasile : Reclami italiani*, Rome, 1895).

se voir attribuer, comme source éventuelle d'une responsabilité, que les omissions de ses propres organes est également souligné dans une série de prises de position significatives qui remontent aux premières années du XXe siècle [236].

20) Des réponses données par les gouvernements au point IX de la demande d'informations que leur a adressée le Comité préparatoire de la Conférence de codification de 1930, il ressort clairement que les Etats étaient en substance d'accord pour reconnaître : *a*) que le comportement d'organes d'un mouvement insurrectionnel agissant sur le territoire de l'Etat contre lequel ce mouvement s'est soulevé ne saurait pas être attribué comme tel à l'Etat ni engager sa responsabilité internationale; *b*) que seul un comportement adopté par des organes de l'Etat en rapport avec des agissements préjudiciables des insurgés pourrait être attribué à l'Etat et engager sa responsabilité internationale au cas où ce même comportement constituerait un manquement à une obligation internationale de cet Etat [237]. En se fondant sur les réponses reçues, le Comité préparatoire de la Conférence rédigea deux bases de discussion (nº 22 [238] et nº 22, *a* [239]), mais la Conférence a dû interrompre ses travaux avant d'avoir pu passer à l'examen de ces bases. La conviction des gouvernements ressort toutefois clairement de leurs réponses à la demande formulée par le Comité préparatoire. En outre, cette conviction paraît entièrement confirmée par celle que certains de ces gouvernements ont ensuite exprimée lors de situations concrètes qui remontent aux années 30 [240].

21) Après la seconde guerre mondiale, les mêmes principes ont été affirmés dans les décisions rendues par des commissions nationales américaines chargées de répartir entre les réclamants les sommes globales versées à titre forfaitaire au Gouvernement des Etats-Unis pour le règlement de différends concernant des dommages causés à des ressortissants américains [241]. Plus récemment, en 1958, au cours de la guerre contre les dissidents indonésiens, les navires marchands *San Flaviano* et *Daronia* et plus tard le sous-marin *Aurochs*, tous britanniques, furent bombardés par des avions dans les eaux territoriales indonésiennes et l'un des navires marchands fut détruit. Interrogé à la Chambre des communes sur l'action entreprise par le gouvernement, le Sous-Secrétaire d'Etat britannique a déclaré le 11 juin 1958 que

> Dans les deux cas l'Ambassadeur de Sa Majesté à Djakarta a enquêté auprès du Gouvernement indonésien, à la suite de quoi le Gouvernement de Sa Majesté a acquis la conviction que l'action n'a pas été effectuée par les forces armées du Gouvernement indonésien. Il semble que les avions attaquants étaient aux ordres des forces indonésiennes dissidentes du nord des Célèbes [242].

Le Gouvernement britannique n'estimait donc pas possible d'attribuer à l'Etat indonésien, comme source de responsabilité de ce dernier, les agissements illicites des forces armées des insurgés [243].

22) On peut aussi rappeler la position prise par le Gouvernement belge à propos de la réparation des dommages subis par des ressortissants belges dans la République démocratique du Congo pendant la guerre civile. Le 10 décembre 1969, répondant à une interpellation parlementaire, le Ministre belge des affaires étrangères a affirmé que « les actes fautifs et dommageables commis par des émeutiers ou insurgés » ne pouvaient faire l'objet d'une réparation que « s'il y avait eu, de la part des forces de l'ordre, dans leur mission de maintien de l'ordre, une négligence coupable [244] ».

23) Les prises de position des gouvernements à propos de situations concrètes paraissent d'autant plus significatives qu'elles aboutissent, dans la plupart des cas, à une décision négative à propos de la présentation d'une réclamation. Cela mis à part, on ne doit pas prendre à la lettre le langage employé dans certaines notes. Le fait que l'on parle, par exemple, de négligence des organes constitués « dans la répression de l'insurrection » ne signifie certes pas que l'on rend l'Etat responsable en cas de préjudices causés par les organes d'un mouvement in-

---

[236] P. ex. dans la conclusion générale nº 3 de la commission créée aux Etats-Unis d'Amérique par la loi du 2 mars 1901 pour l'examen des réclamations admises en exécution du Traité du 10 décembre 1898 avec l'Espagne mettant fin à la guerre de Cuba (Moore, *A Digest...* [*op. cit.*], p. 971 et 972); dans une lettre du 7 novembre 1911 adressée par le Secrétaire d'Etat par intérim, Adee, à l'ambassadeur des Etats-Unis à Mexico (Hackworth, *op. cit.*, p. 668); dans des instructions envoyées par le Foreign Office britannique à ses services consulaires à l'étranger *(ibid.)*.

[237] SDN, *Bases de discussion... (op. cit.)*, p. 108 et suiv.; et *Supplément au tome III (op. cit.)*, p. 3 et 20. Voir p. ex. les réponses de l'Allemagne, de la Pologne et de la Suède (SDN, *Bases de discussion...* [*op. cit.*], p. 108, 110 et 111).

[238] « La responsabilité de l'Etat n'est pas engagée, en principe, en cas de dommages causés à la personne ou aux biens d'un étranger par des personnes participant à une insurrection ou à une émeute, ou par la foule. » (*Annuaire... 1956*, vol. II, p. 225, doc. A/CN.4/96, annexe 2.)

[239] « Toutefois, la responsabilité de l'Etat se trouve engagée en cas de dommages causés à la personne ou aux biens d'un étranger par des personnes participant à une insurrection ou à une émeute, ou par la foule, si l'Etat n'a pas apporté la diligence qui convenait en ces circonstances pour prévenir les dommages et punir leurs auteurs. » *(Ibid.)*

[240] Voir, à titre d'exemple, les prises de position du Gouvernement américain à l'occasion des agissements de mouvements insurrectionnels opérant au Mexique (Hackworth, *op. cit.*, vol. V, p. 671 et 672), à Cuba (*ibid.*, p. 670) et en Espagne *(ibid.)*, et du Service juridique du Ministère français des affaires étrangères (Kiss, *op. cit.*, p. 637).

[241] Voir p. ex. les décisions de la Commission des réclamations américano-mexicaine instituée par la loi du 18 décembre 1942 dans l'Affaire Batopilas Mining Company et dans l'Affaire Simpson (Whiteman, *op. cit.*, p. 822 et 823) et de la Commission des réclamations internationales, créée en 1949 pour la répartition d'une somme globale versée à titre forfaitaire par le Gouvernement yougoslave, dans la décision relative à la Socony Vacuum Oil Company (H. Lauterpacht, éd., *International Law Reports, 1954*, Londres, vol. 21, 1957, p. 61). Ces deux commissions étaient des organes de droit interne américain.

[242] British Institute of International and Comparative Law, *International and Comparative Law Quarterly*, Londres, vol. 7, juillet 1958, p. 552 [tr. de l'original anglais].

[243] Sont à relever également les instructions envoyées le 28 novembre 1958 par le Département d'Etat américain à l'ambassade des Etats-Unis à Cuba (Whiteman, *op. cit.*, p. 819) et celles qui ont été données le 18 mai 1967 par le Département canadien des affaires extérieures pour déterminer les cas dans lesquels le Gouvernement canadien était disposé à accorder la protection diplomatique (voir notamment le point 3 de ces instructions), *Canadian Yearbook of International Law, 1968*, Vancouver [B.C.], t. VI, p. 265.

[244] *Revue belge de droit international*, Bruxelles, vol. VIII, nº 1, 1972, p. 372.

surrectionnel à un Etat étranger parce qu'en général la lutte contre l'insurrection n'aurait pas été menée avec vigueur. Le défaut de vigilance et d'intervention des autorités étatiques doit évidemment s'être produit à propos de la protection des Etats ou des particuliers étrangers victimes de certains agissements des insurgés, et encore à l'occasion de ces agissements. De même, le fait que l'on dise que l'Etat n'est pas responsable « des dommages » causés par les insurgés « à moins qu'il » n'y ait eu dans un cas concret défaut de protection de la part des organes étatiques ne signifie nullement qu'une telle négligence rendrait tout à coup possible l'attribution à l'Etat, exclue en principe, des faits du mouvement insurrectionnel. Tout ce que l'on veut dire, c'est que dans de tels cas l'Etat, responsable de l'omission reprochée à ses organes, est tenu d'indemniser les dommages causés par les agissements des insurgés à titre de réparation de son omission. Mais le fait internationalement illicite de l'Etat n'est encore, et toujours, que cette omission. L'action commise par les organes des insurgés n'est, par rapport au comportement de l'Etat, que l'événement extérieur catalyseur de l'illicéité de ce comportement.

24) L'analyse des opinions doctrinales permet de constater que les internationalistes font eux aussi preuve d'une remarquable unité de vues en ce qui concerne les questions qui rentrent dans le cadre du présent article. Il y a longtemps qu'ils sont d'accord pour reconnaître que les comportements d'organes d'un mouvement insurrectionnel ne sont pas susceptibles d'être considérés comme des faits de l'Etat et d'engendrer sa responsabilité internationale. Ils admettent que l'on ne saurait parler d'une responsabilité de l'Etat en rapport avec de tels comportements que si ceux-ci ont été l'occasion d'un manquement par des organes de l'Etat à une obligation internationale incombant à ce dernier. Au XIXe siècle déjà, des auteurs s'étaient exprimés dans ce sens [245]. La tentative faite à l'Institut de droit international entre 1898 et 1900 visant à faire admettre une sorte de garantie objective de l'Etat pour tous les événements préjudiciables causés par des émeutes ou des guerres civiles fut vite abandonnée. D'ailleurs, les propositions faites à l'Institut entendaient se référer essentiellement à l'hypothèse où les révolutionnaires n'étaient que de simples particuliers [246].

25) Quant aux auteurs modernes, que leurs études aient été consacrées spécifiquement au problème [247] ou qu'il s'agisse d'ouvrages plus vastes sur la responsabilité internationale [248] ou sur le problème de la reconnaissance [249], ou encore qu'il s'agisse de traités généraux [250], on peut dire que leurs positions, si elles sont parfois divergentes sur d'autres points, sont pratiquement unanimes à reconnaître que, d'après les règles aujourd'hui en vigueur [251], les comportements préjudiciables des organes d'un mouvement insurrectionnel ne sont pas attribués à l'Etat et n'engagent donc pas sa responsabilité internationale. Une telle responsabilité ne peut à la rigueur naître que là où les organes de l'Etat ont manqué à des obligations reconnues de diligence pour prévenir ou pour réprimer les comportements préjudiciables en question. Et d'ailleurs, même cela ne semble pas aller de soi pour

---

[245] Voir p. ex. Ch. Calvo, « De la non-responsabilité de l'Etat à raison des pertes et dommages éprouvés par les étrangers en temps de troubles intérieurs ou de guerres civiles », *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruxelles, 1re série, t. I, n° 3, 1869, p. 417 et suiv.

[246] Propositions faites par Brusa, Fauchille et von Bar. L'article II, al. 2 et 3, de la résolution adoptée en 1900 par l'Institut de droit international (*Annuaire de l'Institut de droit international, 1900*, Paris, vol. 18, 1900, p. 236 et suiv.) précisait que si le « gouvernement insurrectionnel » avait été reconnu comme « puissance belligérante » et donc comme un sujet distinct de droit international, c'était à ce dernier gouvernement que les Etats lésés devaient adresser leurs demandes en vue de la réparation des préjudices subis. L. von Bar s'exprimait dans le même sens (« De la responsabilité des Etats à raison des dommages soufferts par des étrangers en cas de troubles, d'émeute ou de guerre civile », *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruxelles, 2e série, t. I, n° 4, 1899, p. 475). Les auteurs qui ont par la suite appuyé la proposition tendant à rendre l'Etat responsable, dans certaines hypothèses, des faits des insurgés ont en même temps tous exclu une telle responsabilité au cas où l'Etat aurait reconnu les insurgés en tant que « belligérants ». Voir p. ex. A. Rougier, *Les guerres civiles et le droit des gens*, Paris, Larose, 1903, p. 462.

[247] P. ex. H. Arias, *loc. cit.*, p. 724 et suiv.; K. Strupp, « Responsabilité internationale de l'Etat... » *(loc. cit.)*, p. 133 et suiv.; L. A. Podestá Costa, *loc. cit.*, p. 220 et 221; J. Spiropoulos, *Die de facto-Regierung im Völkerrechts (Beiträge zur Reform und Kodifikation des Völkerrechts*, n° 2), Kiel, Verlag des Instituts für Internationales Recht an der Universität Kiel, 1926, p. 180 et suiv.; J. W. Garner, *loc. cit.*, p. 58 et suiv.; G. Berlia, « La guerre civile et la responsabilité internationale de l'Etat », *Revue générale de droit international public*, Paris, 3e série, t. XI, n° 1 (janv.-févr. 1937), p. 55 et suiv.; Ch. Rousseau, « La non-intervention en Espagne », *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruxelles, 3e série, t. XIX, n° 2, 1938, p. 275 et suiv.; H. Silvanie, « Responsibility of States for acts of insurgent governments », *American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 33, n° 1 (janvier 1939), p. 90 et suiv., et *Responsibility of States for Acts of Unsuccessful Insurgent Governments*, New York, Columbia University Press, 1939, p. 135 et suiv., et 159 et suiv.; M. Akehurst, « State responsibility for the wrongful acts of rebels — An aspect of the Southern Rhodesian problem », *The British Year Book of International Law, 1968-1969*, Londres, vol. 43, 1970, p. 49 et suiv.

[248] P. ex. E. M. Borchard, *op. cit.*, p. 228 et suiv.; P. Schoen, *loc. cit.*, p. 78; A. Decencière-Ferrandière, *op. cit.*, p. 158 et suiv.; M. G. Guerrero, « La responsabilité internationale des Etats dans les faits et dans sa règle », Académie diplomatique internationale, *Dictionnaire diplomatique*, Paris [s.d.], vol. II, p. 567 et suiv.; L. Strisower, *loc. cit.*, p. 481 et suiv.; C. Eagleton, *The Responsibility of States... (op. cit.)*, p. 138 et suiv.; V. M. Maúrtua et J. B. Scott, *op. cit.*, p. 55 et suiv.; P. Reuter, *loc. cit.*, p. 93 et 94; H. Accioly, *loc. cit.*, p. 395 et suiv.; I. von Münch, *op. cit.*, p. 232; C. F. Amerasinghe, *loc. cit.*, p. 127 et 128; E. Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, p. 562 et suiv.; G. Ténékidès, *loc. cit.*, p. 788; P. Kuris, *op. cit.*, p. 202 et suiv.

[249] P. ex. H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, Cambridge, University Press, 1947, p. 247 et suiv.; B. Chen, *The International Law of Recognition*, New York, Praeger, 1951, p. 327 et suiv.

[250] P. ex. C. C. Hyde, *International Law chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, 2e éd. rév., Boston, Little, Brown, 1951, vol. 2, p. 979 et suiv.; Ch. Fenwich, *op. cit.*, p. 284 et suiv.; G. Schwarzenberger, *op. cit.*, p. 629 et 630; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1966, p. 373 et suiv.; L. Cavaré, *op. cit.*, p. 548 et suiv.; D. P. O'Connell, *International Law*, 2e éd., Londres, Stevens, 1970, vol. II, p. 969 et suiv.; G. Von Glahn, *Law among Nations : An introduction to Public International Law*, 2e éd., Londres, Macmillan, 1970, p. 242 et suiv.

[251] Il y a cependant des auteurs — comme D. P. O'Connell (*op. cit.*, p. 969 et 970) et E. Castrén (« Civil War », *Annales Academiae Scientiarum Fennicae*, sér. B, t. 142, fasc. 2, Helsinki, Suomalainen Tiedeakatemia, 1966, p. 232) — qui souhaiteraient de *jure condendo* que l'Etat soit toujours tenu pour responsable, après la fin de la révolution, des faits d'insurgés agissant pour le compte d'un gouvernement *de facto* local.

certains auteurs moins récents, du moins dans le cas spécifique d' « insurgés reconnus » et, donc, dotés de la personnalité internationale [252].

26) D'après certains des auteurs mentionnés au paragraphe précédent (tels Silvanie, Reuter, Schwarzenberger et O'Connell), on devrait prévoir une exception à la règle générale de la non-attribution à l'Etat, comme source de responsabilité internationale, des comportements des organes d'un mouvement insurrectionnel : l'exception vaudrait pour les actes de routine administrative que les organes du mouvement insurrectionnel auraient accomplis dans la partie du territoire étatique soumise à leur contrôle. Toutefois, s'il est concevable que parfois un Etat puisse se reconnaître lié par certaines obligations découlant d'actes courants d'administration accomplis par des organes d'un mouvement insurrectionnel dans le territoire anciennement administré par lui, il est beaucoup moins certain, pour ne pas dire tout à fait improbable, qu'il en fasse autant pour des obligations engendrées par des comportements internationalement illicites desdits organes. Même en admettant qu'un Etat veuille assumer *in proprio* certaines obligations encourues par un mouvement insurrectionnel, cela se ferait en vertu de la succession d'un sujet de droit international aux obligations d'un autre sujet, et non pas en vertu de l'attribution au premier des actions du second en application des règles qui régissent la responsabilité internationale des Etats. Une conclusion négative semble s'imposer aussi à propos d'une autre prétendue exception au principe général, qui prévoirait l'attribution à l'Etat des comportements illicites d'un mouvement insurrectionnel maté dans le cas d'une amnistie accordée par cet Etat. Certains auteurs (tels Berlia, Reuter, Ténékidès et Brownlie) voudraient voir dans le pardon donné aux insurgés une sorte de ratification par l'Etat de leurs actes. Il peut arriver, certes, qu'en accordant l'amnistie l'Etat contrevienne à une obligation internationale de répression qu'il aurait dû respecter, mais cela ne veut pas dire qu'il fasse siens les actes d'autrui. Ce sera alors le manquement en question qui lui sera attribué comme fait générateur de responsabilité, et non pas l'action commise en son temps par les organes du mouvement insurrectionnel [253].

27) En ce qui concerne les projets de codification, la règle VII de la résolution votée en 1927 à Lausanne par l'Institut de droit international concernait les « dommages causés en cas d'attroupement, d'émeute, d'insurrection ou de guerre civile », et la responsabilité de l'Etat y était reconnue dans les cas de défaut de diligence dans la prévention ou dans la répression des actes dommageables [254]. Le projet rédigé en 1930 par l'Association allemande de droit international se distinguait par le rôle de facteur décisif qu'on donnait à la reconnaissance du mouvement insurrectionnel comme partie belligérante [255]. Les deux projets rédigés par la Harvard Law School étaient caractérisés, par contre, par l'introduction de la distinction entre l'hypothèse d'une révolution avortée et celle d'une révolution victorieuse [256]. Parmi les projets émanant de source officielle, les deux textes préparés par les soins du Comité juridique interaméricain — celui qui exprimait l'opinion des pays latino-américains (art. V) et celui où étaient exposées les vues des Etats-Unis d'Amérique (art. VI) — suivaient l'un comme l'autre, en matière d'actions préjudiciables commises par des insurgés, les critères adoptés en matière d'actions préjudiciables commises par des particuliers [257]. Quant aux projets rédigés sous les auspices de la SDN ou de l'ONU, le « rapport Guerrero » de 1926 suivait lui aussi, au point 8 de ses conclusions, les critères formulés au point 5 à propos des actions de particuliers, mais au point 9 il introduisait une réserve pour les saisies et les confiscations faites par les révolutionnaires, obligeant l'Etat à mettre à la disposition des étrangers lésés les recours nécessaires [258]. D'autre part, on a déjà cité le texte des bases de discussion nos 22 et 22 *a* rédigées par le Comité préparatoire de la Conférence. Finalement, la question a été également traitée par F. V. García Amador dans les projets préparés en 1957 et en 1961 à l'intention de la CDI [259].

28) Comme il a été souligné dès le début du présent commentaire, les comportements préjudiciables émanant d'organes d'un mouvement insurrectionnel se distinguent de ceux que commettent des individus ou des groupes d'individus au cours d'une émeute ou de manifestations d'une foule révoltée. Cela provient de ce que, lorsqu'on est en présence d'un véritable mouvement insurrectionnel, au sens que ce terme prend en droit international, la possibilité existe de tenir ce mouvement même pour responsable des agissements illicites de ses organes. En dépit des difficultés que rencontre souvent ce genre de démarches, les Etats ont parfois réellement adressé des réclamations au mouvement insurrectionnel pour des

---

[252] Spiropoulos, comme avant lui Schoen et Strupp, voudrait voir dans la reconnaissance du « gouvernement insurrectionnel comme partie belligérante » une libération, pour le gouvernement légitime, de toute responsabilité, même en cas de négligence illicite. On ne voit cependant pas pourquoi l'Etat, qui répond sans sucun doute d'un défaut illicite de protection contre des comportements d'organes d'un autre Etat, cesserait d'être responsable lorsqu'il s'agit des comportements d'organes d'un mouvement insurrectionnel.

[253] Cette constatation n'entraîne pas nécessairement des conséquences quant à la détermination du montant de l'indemnité que l'Etat pourra être appelé à payer comme réparation du manquement qui lui est reproché.

[254] *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 228, doc. A/CN.4/96, annexe 8.

[255] *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 156, doc. A/CN.4/217 et Add. 1, annexe VIII.

[256] *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 230, doc. A/CN.4/96, annexe 9; et *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 151, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe VII.

[257] *Annuaire... 1969*, p. 159 et 160, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexes XIV et XV.

[258] *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 223, doc. A/CN.4/96, annexe 1.

[259] Article 11 de l'avant-projet de 1957 (*Annuaire... 1957*, vol. II, p. 146, doc. A/CN.4/106, annexe) et article 7, par 1, de l'avant-projet révisé de 1961 (*Annuaire... 1961*, vol. II, p. 49, doc. A/CN.4/134 et Add.1, additif). Le paragraphe 1 de l'article 7 du texte de 1961 se lit comme suit :

« L'Etat est responsable des dommages causés à l'étranger par des actes illégaux de particuliers, commis isolément ou à l'occasion de troubles intérieurs (émeutes, manifestations violentes de la foule, ou guerre civile), si les autorités ont fait preuve d'une négligence notoire dans l'adoption des mesures que l'on prend normalement, en raison des circonstances, pour prévenir de tels actes. »

préjudices causés à eux ou à leurs ressortissants par des organes dudit mouvement [260]. On peut citer des cas même anciens de réclamations de ce genre. Ainsi, la note du 26 novembre 1861 du Secrétaire d'Etat britannique aux affaires étrangères, le comte Russel, à M. Adams, ambassadeur des Etats-Unis d'Amérique, justifia la nécessité des relations que la Grande-Bretagne entretenait avec les Confédérés dans les termes suivants :

> Le Gouvernement de Sa Majesté considère comme un principe certain du droit international, lorsque la personne ou les biens de sujets ou de citoyens d'un Etat subissent un préjudice de la part d'un gouvernement *de facto*, le droit de l'Etat ainsi lésé de réclamer au gouvernement *de facto* le redressement du tort et la réparation [261].

Le 9 avril 1914, des membres de l'équipage du bateau américain *Dolphin*, à l'ancre à Tampico (Mexique), furent arrêtés par une bande armée du général de la Huerta, chef du gouvernement qui alors s'était temporairement emparé du pouvoir. Le 11 avril, le commandant de l'escadre américaine demanda aux autorités de ce gouvernement diverses formes de réparation. Le Département d'Etat appuya ces demandes dans des instructions envoyées le 14 avril au Chargé d'affaires des Etats-Unis à Mexico. Le général de la Huerta n'ayant pas donné satisfaction, les forces américaines procédèrent le 21 avril à l'occupation de Veracruz [262]. Plus récemment, le Gouvernement britannique présenta à trois reprises, pendant la guerre civile espagnole, des réclamations au gouvernement nationaliste, alors installé à Burgos ou à Salamanque. Ce fut après la perte du destroyer *Hunter*, qui sauta le 13 mai 1937 sur une mine posée par les nationalistes à 4 milles au large d'Almería, après la destruction du vapeur *Alcyra*, coulé à 20 milles de Barcelone le 4 février 1938 par deux hydravions de la base nationaliste de Majorque, et après l'attaque du cargo britannique *Stanwell* par un avion nationaliste, le 15 mars 1938, dans le port de Tarragone. Dans les trois cas, une demande formelle de réparation fut adressée aux autorités nationalistes [263].

29) En ce qui concerne la formulation de la règle devant figurer dans le présent article, la Commission, compte tenu des considérations qui précèdent, a décidé de consacrer au *paragraphe 1* le principe de base de la non-attribution à l'Etat du comportement d'un organe d'un mouvement insurrectionnel établi sur le territoire de cet Etat ou sur tout autre territoire sous son administration. L'expression « ou sur tout autre territoire sous son administration » a été insérée afin de tenir compte du statut juridique des territoires dépendants, que l'on ne saurait aujourd'hui considérer, sans un abus de langage, comme « territoires de l'Etat ». L'expression « mouvement insurrectionnel établi sur le territoire » a été choisie comme étant celle qui soulignait le mieux que le comportement de l'organe du mouvement insurrectionnel ne saurait être attribué à l'Etat territorial, et cela indépendamment de la question de savoir si cet Etat est ou non l'Etat contre lequel ou contre le gouvernement duquel le mouvement est dirigé. On tient ainsi compte du cas où le mouvement insurrectionnel opère dans un Etat tiers ou à partir de celui-ci. L'hypothèse à laquelle l'article 14 se réfère est évidemment celle où l'organe du mouvement insurrectionnel en question agit en qualité d'organe. La Commission n'a cependant pas estimé nécessaire d'introduire une telle précision dans le texte de l'article, ce dernier étant rédigé sous une forme négative. La conclusion de la non-attribution à l'Etat vaudrait évidemment aussi — en vertu de l'article 11 — pour les faits qu'un organe d'un mouvement insurrectionnel commettrait à titre privé.

30) C'est pour éviter toute équivoque concernant un manquement éventuel par l'Etat à ses propres obligations internationales que le *paragraphe 2* de l'article énonce, sous la forme d'une clause de sauvegarde, que le principe de la non-attribution à l'Etat du comportement d'un organe d'un mouvement insurrectionnel est sans préjudice de l'attribution à un Etat de tout autre comportement qui est en rapport avec celui de l'organe du mouvement insurrectionnel et qui doit être considéré comme un fait de cet Etat en vertu des articles 5 à 10 du projet. Il est à noter qu'en renvoyant à ces articles du projet la formule adoptée embrasse tous les cas où un fait peut être considéré comme un « fait de l'Etat » selon le droit international et engager éventuellement sa responsabilité internationale, et pas seulement les cas où l'auteur du comportement est un organe de l'Etat du point de vue de son droit interne.

31) Le *paragraphe 3* de l'article contient une seconde clause de sauvegarde, relative celle-là au mouvement insurrectionnel lui-même. En vertu de cette clause, la non-attribution à l'Etat du comportement d'un organe d'un mouvement insurrectionnel est sans préjudice de l'attribution du comportement de l'organe du mouvement insurrectionnel à ce mouvement. Le but de cette clause n'est pas de régler par elle-même les problèmes d'attribution qui se posent à ce sujet, mais de prévoir, compte tenu de la pratique internationale, la possibilité d'une telle attribution en renvoyant, pour la solution de ces problèmes, aux principes du droit international en la matière. C'est précisément pour ne pas préjuger ces solutions que la Commission a préféré la formule « dans tous les cas où une telle attribution peut se faire d'après le droit international » à d'autres expressions suggérées au cours du débat, telles que « doté d'une personnalité distincte (ou propre) », « doté d'une personnalité reconnue », « s'il contrôle une partie de l'Etat en question », ou encore « dont le statut international est applicable aux relations en cause ». L'emploi d'une quelconque de ces dernières expressions aurait pu faire croire que la

---

[260] Il y a là, manifestement, une preuve de plus de la conviction des Etats demandeurs de l'impossibilité d'attribuer au gouvernement « légitime » les comportements préjudiciables en question.

[261] Moore, *A Digest... (op. cit.)*, vol. I, p. 209 [tr. de l'original anglais].

[262] Hackworth, *op. cit.*, 1941, vol. II, p. 420 et 421.

[263] Ces cas sont relatés dans l'article de Ch. Rousseau : « La non-intervention en Espagne » (*loc. cit.*, p. 277 et 278). L'auteur rappelle aussi que la Junte de défense nationale de Burgos accepta une réclamation portugaise pour des événements antérieurs à l'occupation par les forces nationalistes de la zone qui en avait été le théâtre (*ibid.*, p. 278 et suiv.), mais elle agissait alors plutôt comme « successeur » du Gouvernement de la République espagnole. Voir aussi la position adoptée par le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique à l'occasion de l'attaque du navire américain *Kane* (Hackworth, *op. cit.*, 1940, vol. I, p. 362 et 363; *ibid.*, 1943, vol. VII, p. 172 et 173).

Commission entendait prendre par là position sur des problèmes qui, comme il a été indiqué [264], ne relèvent pas de la matière objet du présent projet de codification.

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

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

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

Commentaire

1) Cet article concerne des comportements qui, au moment où ils ont été adoptés, émanaient d'organes d'un mouvement insurrectionnel en lutte contre le pouvoir constitué. Il prévoit que, au cas où ce mouvement deviendrait par la suite le nouveau gouvernement de l'Etat contre le pouvoir duquel il s'était insurgé, ou le gouvernement d'un Etat nouveau ayant acquis son indépendance par rapport au premier, les comportements en question seraient considérés comme des faits de ces Etats. Il faut donc souligner que les problèmes d'attribution dont il est question dans le présent article ne se posent que dans le cas où le mouvement insurrectionnel, ayant eu gain de cause, a vu ses structures remplacer celles du gouvernement précédent de l'Etat en question ou dans le cas où les structures du mouvement insurrectionnel sont devenues celles d'un Etat nouveau, constitué, par voie de sécession ou de décolonisation, sur une partie du territoire auparavant soumis à la souveraineté ou à l'administration de l'Etat préexistant.

2) Pour justifier l'attribution à l'Etat, comme source éventuelle de responsabilité, des faits commis par des insurgés qui ont par la suite été victorieux, on invoque parfois le fait que pendant la lutte déjà ces insurgés exerçaient une autorité de « gouvernement de fait » sur une partie au moins du territoire de l'Etat. Mais dans la pratique on ne fait pas de distinction, aux fins de leur attribution à l'Etat, entre les agissements d'organes du mouvement insurrectionnel selon qu'ils ont eu lieu avant ou après l'acquisition par le mouvement d'un pouvoir effectif sur une région donnée. En même temps, on l'a vu, les faits des insurgés ne sont pas considérés comme des faits de l'Etat lorsque l'issue finale de la guerre civile leur a été défavorable, même si, à un moment donné, ils ont pu exercer une activité *de facto* sur une portion quelconque du territoire étatique : cela prouve que l'attribution ou la non-attribution à l'Etat des faits d'insurgés est tout à fait indépendante de l'exercice d'un pouvoir de fait de leur part. On a aussi avancé l'idée que, là où l'action des insurgés serait couronnée de succès, ceux-ci seraient censés avoir représenté la vraie volonté nationale dès leur soulèvement contre le pouvoir constitué. Mais la notion même de « volonté nationale » est sujette à caution — sans compter qu'en général le droit international se soucie peu de savoir si un gouvernement donné est ou n'est pas le représentant de la « vraie » volonté nationale. Cela mis à part, il est difficile de soutenir que le sort des armes devrait, tel un jugement de Dieu, établir rétrospectivement que les vainqueurs étaient, dès le début de la guerre civile, plus représentatifs de la vraie volonté nationale que les vaincus. Au surplus, l'idée que le mouvement insurrectionnel qui a plus tard remporté la victoire aurait été dès ses débuts le « vrai » gouvernement de l'Etat parce que incarnant la « vraie » volonté nationale comporterait la conséquence que seuls les faits des organes de ce mouvement pourraient être par la suite considérés comme des faits de l'Etat. Or, cela est nettement contredit par la pratique, qui, comme on va le voir, tient aussi l'Etat pour responsable des faits commis pendant la lutte par le gouvernement renversé par les insurgés.

3) A vrai dire, il ne s'agit pas tellement de trouver une justification à l'attribution à l'Etat, comme source éventuelle de responsabilité internationale, des comportements adoptés par les organes d'un mouvement insurrectionnel avant la prise du pouvoir par ce dernier. Ce qui importe, c'est de vérifier si cette attribution se fait ou ne se fait pas dans la réalité des rapports internationaux. Mais si l'on veut à tout prix trouver une justification de principe à cette attribution, il faudrait plutôt la chercher dans le fait qu'il existe une continuité entre l'organisation que le mouvement insurrectionnel s'était donnée avant de s'emparer du pouvoir et l'organisation dont, à la suite du triomphe de sa cause, il a doté le gouvernement de l'Etat préexistant ou celui de l'Etat nouveau qui s'est séparé de cet Etat. Et c'est d'ailleurs l'existence de cette continuité qui justifie que l'on se demande s'il est ou non possible d'attribuer à l'Etat en cause, comme source éventuelle d'une responsabilité internationale à sa charge, les comportements adoptés par des organes du mouvement insurrectionnel avant qu'il ne sorte victorieux de la guerre civile. Cela dit, il convient de préciser que la question ne se pose pas de la même façon pour les deux hypothèses ci-dessus formulées.

4) Dans la première hypothèse, le mouvement insurrectionnel remplace, en tant que nouveau gouvernement ou nouveau régime, le gouvernement ou le régime précédent de l'Etat. L'organisation dirigeante du mouvement insurrectionnel s'empare du pouvoir dans l'Etat et devient l'organisation dirigeante de ce dernier, ou du moins elle s'intègre, sous une forme ou sous une autre, dans l'organisation précédente de l'Etat. La continuité qui existe ainsi entre la nouvelle organisation de l'Etat et celle du mouvement insurrectionnel entraîne donc naturellement l'attribution à l'Etat des comportements que les organes du mouvement insurrectionnel ont pu adopter pendant la lutte, et sans pour cela dévier des principes habituellement appliqués.

[264] Voir ci-dessus par. 5 à 7 du commentaire.

5) Dans cette hypothèse, l'Etat en tant que sujet de droit international ne s'éteint pas. Son identité reste la même, sans qu'il y ait de solution de continuité, en dépit des changements, des réorganisations et des adaptations qui se produisent dans les institutions de l'Etat. Cela implique qu'il faut continuer à attribuer à l'Etat, après le succès du mouvement insurrectionnel, les comportement précédemment adoptés par des organes de l'appareil étatique préexistant. La situation veut donc que l'Etat soit appelé à répondre des faits commis durant la lutte pour le pouvoir aussi bien par l'appareil du mouvement insurrectionnel que par l'appareil du gouvernement constitué. Il n'y a là rien qui puisse surprendre. Pendant la lutte insurrectionnelle, deux organisations s'opposent et se combattent en vue de la victoire finale. Chacune des deux se veut organisation de l'Etat : au départ, l'une *in acto* et l'autre en puissance. Au cas où les insurgés triomphent et s'installent au gouvernement de l'Etat préexistant, il y a intégration de l'organisation du mouvement insurrectionnel dans le cadre de l'organisation étatique. L'appareil étatique qui en résulte est en réalité la continuation de l'une autant que de l'autre des deux organisations qui se sont affrontées pendant la lutte. Il est donc logique que l'on attribue à l'Etat les comportements des organes de son organisation précédente comme ceux des organes de l'organisation mûrie dans l'insurrection et devenue ensuite l'organisation de l'Etat lui-même. Ajoutons que cette conclusion se justifie autant dans l'hypothèse d'un succès total du mouvement insurrectionnel (lequel modifie alors à son gré l'appareil étatique) que dans celle d'un accord entre le gouvernement constitué et le gouvernement insurrectionnel, accord en vertu duquel les membres de l'insurrection sont appelés à participer au gouvernement de l'Etat [265].

6) Dans la deuxième hypothèse, le succès du mouvement insurrectionnel conduit à la création d'un Etat nouveau, soit sur une partie du territoire de l'Etat préexistant, soit sur un territoire qui était auparavant soumis à l'administration de ce dernier. C'est alors l'attribution à l'Etat nouveau des comportements adoptés par les organes du mouvement insurrectionnel qui l'a précédé — et de ces comportements seulement — qui se justifie en vertu de la continuité entre l'organisation du mouvement insurrectionnel et celle de l'Etat auquel celui-ci a donné naissance. D'un simple embryon d'Etat, le mouvement insurrectionnel est devenu un Etat proprement dit, sans que pour autant se produise entre les deux une solution de continuité. C'est en fait la même entité qui se présentait auparavant sous les traits d'un mouvement insurrectionnel et qui se présente ensuite sous ceux d'un Etat proprement dit. Par contre, les comportements adoptés par les organes de l'Etat préexistant ne sont nullement attribuables à l'Etat nouveau qui s'en est séparé par sécession ou par décolonisation : ils sont et restent exclusivement des comportements de l'Etat préexistant — qui, en règle générale, continuera d'ailleurs d'exister après la constitution par le mouvement insurrectionnel du nouvel Etat.

7) On a parfois soutenu que, dans certains cas rentrant dans la première des deux hypothèses analysées ci-dessus (notamment dans le cas de certaines grandes révolutions sociales), le changement opéré dans l'appareil de l'Etat par le mouvement insurrectionnel à la suite de son triomphe pourrait aller si loin que l'identité de l'Etat lui-même en serait changée [266]. Mais il s'agit là, même pour ceux qui soutiennent une telle thèse, de cas plutôt exceptionnels [267]. D'ailleurs, dans l'appréciation de la situation qui les caractérise, des considérations d'ordre politique et philosophique prennent parfois le pas sur les considérations d'ordre strictement juridique. Ces cas restent en tout cas plutôt marginaux par rapport à ce qui se passe normalement, sur le plan international, dans la pratique des Etats. La Commission a déjà eu l'occasion de s'exprimer à ce sujet dans l'introduction à son projet d'articles sur la succession d'Etats en matière de traités [268]. En ce qui concerne les problèmes dont il est question ici, il faut souligner que même là où un changement se produirait dans l'identité de l'Etat, l'Etat nouveau se présenterait, sur le plan international, comme la continuation sous une forme plus stable et plus perfectionnée du mouvement insurrectionnel, dont l'organisation serait devenue celle dudit Etat nouveau. L'attribution à un tel Etat, comme source éventuelle d'une responsabilité internationale, des comportements attribués auparavant au mouvement insurrectionnel, parce que étant ceux de ses organes, ne serait que naturelle. Le lien de continuité entre le mouvement insurrectionnel et le nouvel Etat issu de la révolution serait encore plus évident que dans le cas normal, où le soulèvement insurrectionnel n'aurait abouti qu'à un changement de gouvernement sans affecter l'identité de l'Etat. La validité du principe de base énoncé au présent article s'en trouverait donc pleinement confirmée. Ce n'est qu'à propos de la possibilité d'attribuer à l'Etat les comportements adoptés par des organes de l'ancien appareil gouvernemental que les conclusions pourraient être différentes de celles qui sont mentionnées au paragraphe 5 du présent commentaire. En réalité, ce second aspect du problème devrait alors être vu sous un autre angle. On ne serait plus en présence d'une question d'attribution à l'Etat du comportement d'organes d'un gouvernement précédent du même Etat, mais d'une question impliquant l'existence de deux Etats différents.

---

[265] Ce n'est que lorsque la lutte se termine par la victoire du pouvoir préexistant que l'organisation insurrectionnelle se dissout et que seul subsiste l'appareil établi. Il est alors logique que l'on n'attribue à l'Etat que les comportements d'organes de cet appareil qui continue, et non pas les comportements des organes d'un mouvement qui a disparu sans avoir jamais réussi à être l'organisation *in acto* d'un Etat, ou du moins à y participer.

[266] Voir p. ex. R. Quadri, « Stato (Diritto internazionale) », *Nuovo Digesto Italiano*, Turin, vol. XII, Ire partie, 1940, p. 815 et 816, et *Diritto internazionale pubblico (op. cit.)*, p. 500 et suiv.; M. Giuliano, *La Comunità internazionale e il diritto*, Padoue, CEDAM, 1950, p. 248 et 290; G. Arangio-Ruiz, *Sulla dinamica... (op. cit.)*, p. 19, et 131 et suiv., et « Stati e altri enti... » *(loc. cit.)*, p. 167. Ce dernier auteur emploie le terme « révolution » pour décrire le cas où l'entité issue du changement présente des caractères différentiels si marqués par rapport à l'entité préexistante qu'il faut admettre sa « nouveauté ».

[267] G. Arangio-Ruiz (« Stati e altri enti... » [*loc. cit.*], p. 167) souligne que, dans l'hypothèse la plus courante, il n'y a pas d'extinction de la personnalité de l'Etat, mais uniquement des modifications « matérielles » de celui-ci.

[268] *Annuaire... 1974*, vol. II (1re partie), p. 175, doc. A/9610/Rev.1, par. 66.

8) Cette hypothèse particulière mise à part, il est par contre évident que, partout où l'identité de l'Etat et la continuité de son existence n'ont pas été mises en cause par le succès définitif du mouvement insurrectionnel, aucune question de succession entre différents sujets de droit international ne se pose. Comme on l'a montré, l'attribution à l'Etat des faits commis par des agents du mouvement insurrectionnel avant que ce dernier ne s'installe au pouvoir a lieu parce qu'il y a continuité entre l'appareil du mouvement insurrectionnel et le nouvel appareil gouvernemental de l'Etat, et non pas succession du sujet Etat au sujet mouvement insurrectionnel [269]. Qu'il en soit ainsi ressort d'ailleurs du fait que la question se pose de la même façon dans le cas où le mouvement insurrectionnel a constitué, à un moment donné de la lutte, une entité susceptible comme telle de se voir attribuer une responsabilité internationale et dans celui où il n'est pas passé par cette phase « intermédiaire ». Or, il est difficile de concevoir que l'on puisse parler de succession d'un sujet de droit international aux obligations d'un autre sujet dans le cas où les insurgés n'auraient pas constitué un mouvement doté d'une personnalité internationale propre. Il convient aussi de préciser que l'article à l'examen ne concerne que l'attribution de certains faits à l'Etat. Il ne cherche nullement à définir en même temps la responsabilité internationale qui pourrait éventuellement découler de cette attribution ni à fixer le montant de la réparation due.

9) Quelques décisions de jurisprudence internationale reconnaissent expressément le principe de la responsabilité internationale de l'Etat pour les agissements commis pendant la guerre civile par des agents d'un mouvement insurrectionnel qui l'a ensuite emporté. Les déclarations à ce sujet sont moins nombreuses que celles qu'on a pu relever à propos des questions examinées à l'article précédent [270], mais cela s'explique justement par le fait qu'il n'y a aucune divergence de vues, aucun doute, quant à la validité du principe en question. Les déclarations les plus intéressantes se trouvent dans certaines décisions des commissions mixtes instituées pour le Venezuela en 1903 et pour le Mexique en 1920-1930, rendues à propos de différends occasionnés par des préjudices infligés à des ressortissants étrangers pendant les événements révolutionnaires dont lesdits pays avaient été le théâtre.

10) Dans le cadre des « arbitrages vénézuéliens », la déclaration de principe la plus connue est celle qui figure dans le jugement concernant l'*Affaire de la Bolivar Railway Company*, rédigé par le surarbitre Plumley pour la Commission mixte Grande-Bretagne/Venezuela de 1903. Dans ce jugement, le principe en question est affirmé dans les termes suivants :

> L'Etat est responsable des obligations d'une révolution victorieuse, et cela dès ses débuts, car en théorie elle représente *ab initio* un changement de la volonté nationale, cristallisé par le résultat favorable final [271].

L'application du principe de l'attribution à l'Etat des actes de mouvements insurrectionnels victorieux, affirmé dans ce jugement, a été faite par le même surarbitre dans la sentence relative à l'*Affaire de la Puerto Cabello and Valencia Railway Company* [272], où justement il était question de préjudices causés à des étrangers par des agissements illicites d'insurgés et, pour la Commission mixte France/Venezuela de 1902, dans la sentence réglant l'*Affaire de la French Company of Venezuelan Railroads* [273]. Cette dernière sentence affirme le principe de l'impossibilité de mettre à la charge de l'Etat les agissements de révolutionnaires « à moins que la révolution n'ait été victorieuse », car de tels agissements engagent alors la responsabilité de l'Etat « d'après les règles reconnues du droit public ».

Dans les motifs de la sentence concernant l'*Affaire Dix*, rédigée par le commissaire américain Bainbridge au nom de la Commission mixte Etats-Unis d'Amérique/ Venezuela instituée par le Protocole du 17 février 1903, on lit que

> La révolution de 1899 [...] se révéla victorieuse, et ses actes, d'après une règle bien établie de droit international, doivent être considérés comme les actes d'un gouvernement *de facto*. Ses organes administratifs et militaires agissaient en exécution de la politique de ce gouvernement, sous le contrôle de son exécutif. Les empiétements sur les droits des neutres commis par des gouvernements révolutionnaires victorieux engagent la même responsabilité que ceux que commet tout autre gouvernement *de facto* [274].

11) Dans le cadre des « arbitrages mexicains », il y a lieu de signaler avant tout la sentence concernant l'*Affaire Pinson*, rendue le 19 octobre 1928 par la Commission des réclamations France/Mexique de 1924, et où le Président de la Commission, Verzijl, auteur de la sentence, a statué que

> si les dommages trouvent leur origine, par exemple, dans des réquisitions ou contributions forcées réclamées [...] par les révolutionnaires avant leur triomphe final, ou qu'ils aient été causés [...] par des délits commis par les forces révolutionnaires victorieuses, la responsabilité de l'Etat ne saurait, à mon avis, être niée [275].

---

[269] Il ne paraît donc pas tout à fait exact de se référer à ces hypothèses comme si elles étaient des cas de responsabilité de l'Etat « pour faits illicites d'un mouvement insurrectionnel ».

[270] On trouve, par contre, plusieurs décisions arbitrales qui ont considéré comme faits de l'Etat des actes licites accomplis pendant la guerre civile par les insurgés victorieux — des contrats, notamment. Mais l'on ne peut généralement pas produire de telles décisions à l'appui du principe de la responsabilité de l'Etat pour les faits illicites des insurgés en question.

[271] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (publication des Nations Unies, numéro de vente : 59.V.5), p. 453 [tr. de l'original anglais]. Dans le cas d'espèce, il s'agissait à vrai dire de l'attribution à l'Etat, non pas d'un fait internationalement illicite mais d'un fait licite — d'une dette contractée par les insurgés. Toutefois, le principe énoncé par le surarbitre est formulé en des termes qui conviennent aussi à l'hypothèse de l'attribution à l'Etat d'un fait illicite. Il faut ajouter que, si le principe énoncé est correct et ne prête pas à contestation, la justification donnée par le surarbitre de la solution adoptée l'est beaucoup moins, et a été vivement critiquée par certains auteurs.

[272] *Ibid.*, p. 513.

[273] *Ibid.*, vol. X (numéro de vente : 60.V.4), p. 354.

[274] *Ibid.*, vol. IX (numéro de vente : 59.V.5), p. 120 [tr. de l'original anglais]. Il est à noter qu'ici on donne comme justification du principe dont on fait application le fait qu'au moment des préjudices causés par ces organes le mouvement insurrectionnel exerçait déjà l'autorité d'un gouvernement *de facto*. Voir aussi à ce propos les motifs de la décision relative à l'Affaire Heny, rédigée par le surarbitre Barge (*ibid.*, p. 133).

[275] *Ibid.*, vol. V (numéro de vente : 1952.V.3), p. 353.

La responsabilité de l'Etat pour des faits d'insurgés victorieux a été affirmée également par Nielsen dans deux opinions rendues en qualité de commissaire américain, respectivement dans la Commission générale des réclamations Etats-Unis d'Amérique/Mexique créée par la Convention du 8 septembre 1923 et dans la Commission spéciale des réclamations instituée par les mêmes pays par la Convention du 10 septembre de la même année. Dans la première opinion, dissidente, se référant à la décision relative à l'*Affaire Pomeroy's El Paso Transfer Company* (rendue le 8 octobre 1930 par la Commission générale), Nielsen souligne qu'à « plusieurs reprises les tribunaux internationaux ont tenu un gouvernement pour responsable des actes de révolutionnaires victorieux [276] ». Dans la seconde, se référant à la décision dans l'*Affaire Russel* (jugée le 24 avril 1931 par la Commission spéciale), Nielsen soutient explicitement que, d'après le droit international général, « un gouvernement est responsable des actes de révolutionnaires victorieux [277] ». Dans les deux cas, d'ailleurs, les autres membres de la commission n'ont nullement défendu un principe différent. Ils se sont tout simplement abstenus d'aborder la question, car ils l'ont jugée non pertinente pour la décision des affaires examinées.

12) L'analyse de la pratique des Etats montre que les gouvernements ont pris position, à propos du problème, dans le même sens que les arbitres chargés de statuer sur certaines réclamations. Ainsi, dans un avis relatif à la possibilité d'obtenir réparation des préjudices causés à des sujets britanniques, donné par les conseils de la Couronne britannique le 21 octobre 1861, c'est-à-dire juste au commencement de la guerre civile aux Etats-Unis d'Amérique, on lit que

> au cas où la partie dont les officiers ou les troupes ont causé ces pertes ou ces destructions, ou sous l'autorité de laquelle elles ont été infligées, réussirait à s'emparer du pouvoir et à être reconnue par le Gouvernement de Sa Majesté comme étant le gouvernement souverain, il serait loisible à Sa Majesté d'exiger le dédommagement de ces pertes et de ces préjudices [278].

Plus tard, en pleine guerre de Sécession, les conseils de la Couronne envisagèrent, dans un avis donné le 16 février 1863, la possibilité que les Confédérés réussissent dans leurs buts séparatistes et affirment leur souveraineté sur les territoires du Sud en y constituant un Etat indépendant de l'Union. L'hypothèse formulée était alors celle de la formation d'un Etat nouveau par sécession de l'Etat préexistant. Se référant à cette hypothèse spécifique, les conseils de la Couronne britannique observèrent que

> Au cas où la guerre cesserait et où l'autorité des Etats confédérés serait établie *de jure* aussi bien que *de facto*, le Gouvernement de Sa Majesté serait autorisé à réclamer le paiement d'une indemnité pour les pertes causées pendant la guerre [...] par les autorités confédérées à des sujets de Sa Majesté [279].

13) Au cours des événements révolutionnaires qui se déroulèrent au Mexique après la restauration de la république et qui aboutirent à la prise du pouvoir par les insurgés (et, ensuite, à la nomination à la présidence du général Porfirio Díaz), le secrétaire d'Etat Evarts envoya, le 4 avril 1879, au Ministre des Etats-Unis d'Amérique à Mexico des instructions dans lesquelles il se déclarait convaincu que le Gouvernement mexicain ne rejetterait pas les réclamations de ressortissants américains pour des préjudices subis, pendant la révolution, du fait des insurgés. D'après le Secrétaire d'Etat, l'objection habituelle que l'Etat n'est pas responsable des faits d'un mouvement insurrectionnel n'aurait pas été « soulevée dans ce cas, puisque les insurgés étaient devenus le gouvernement régulier [280] ».

14) Ensuite, on relève une série de prises de position intéressantes en relation avec la question de la réparation des préjudices causés à des étrangers au Mexique, en 1910, d'abord par des agents du mouvement révolutionnaire de Francisco Madero et, plus tard, par des partisans de tentatives d'insurrection avortées contre le gouvernement Madero. La distinction entre les deux situations ressort avec beaucoup de netteté dans les notes envoyées par le Ministre de Grande-Bretagne à Mexico [281] à son collègue l'Ambassadeur des Etats-Unis d'Amérique, qui ne partageait pas la même opinion. Le Département d'Etat des Etats-Unis adopta cependant un point de vue similaire à celui que défendait le représentant diplomatique britannique, et, dans une dépêche adressée à son ambassadeur (signée au nom du Secrétaire d'Etat), il fit le commentaire suivant :

> Etant établi que la révolution dite de Madero a été victorieuse, il s'ensuit que, d'après les règles généralement acceptées du droit international, les réclamants qui demandent à être indemnisés des dommages subis pendant cette révolution se trouvent, en tant que catégorie, dans une position juridique meilleure que ne le seraient des personnes dont les réclamations seraient occasionnées par une révolution avortée.
>
> L'assertion qui apparaît dans vos notes au Ministère mexicain des affaires étrangères et au Ministre britannique, selon laquelle le Gouvernement des Etats-Unis ne verrait pas de distinction entre les deux catégories de réclamations, a été manifestement faite sous votre propre responsabilité et sans instruction de la part du Département. Elle s'inspirait probablement de l'idée que les réclamations occasionnées par les derniers mouvements révolutionnaires étaient fondées; mais, d'un autre côté, elle pourrait être interprétée comme impliquant une renonciation au bénéfice de la règle qui impose aux révolutionnaires victorieux la responsabilité de leurs actes. Vous saisirez donc l'occasion d'informer les autorités compétentes que les assertions contenues dans votre note du 21 janvier 1913 étaient faites sous votre propre responsabilité, et qu'elles n'entendaient

[276] *Ibid.*, vol. IV (numéro de vente : 1951.V.1), p. 563 [tr. de l'original anglais].

[277] *Ibid.*, p. 831 [tr. de l'original anglais].

[278] McNair, *op. cit.*, p. 255 [tr. de l'original anglais].

[279] *Ibid.*, p. 257 [tr. de l'original anglais].

[280] Moore, *A Digest... (op. cit.)*, vol. VI, p. 991 et 992. Des argumentations analogues étaient à la base des demandes de réparation présentées par les Etats-Unis d'Amérique aux gouvernements établis à la suite de révolutions victorieuses au Honduras (Affaire Oteri, *ibid.*, p. 992 et 993) et au Pérou (Affaire Fowks, *ibid.*, p. 993 et 994).

[281] Voir notamment la note du 28 janvier 1913 (Etats-Unis d'Amérique, Department of State, *Papers relating to the Foreign Relations of the United States, 1913*, Washington [D.C.], U.S. Government Printing Office, 1920, p. 938). Dans une des notes échangées, le Ministre de Grande-Bretagne se référa aux instructions envoyées par le Ministre des affaires étrangères de Grande-Bretagne aux bureaux consulaires britanniques (*ibid.*, p. 937).

aucunement mettre en doute les fondements établis de la responsabilité internationale. Vous ferez une communication analogue au Ministre britannique au sujet des assertions contenues dans la lettre que vous lui avez adressée le 27 janvier 1913 [282].

15) La possibilité de tenir l'Etat responsable des agissements des organes d'un mouvement insurrectionnel lorsque celui-ci a été ensuite couronné de succès était posée de façon claire dans la demande d'informations soumise aux gouvernements par le Comité préparatoire de la Conférence de codification de 1930, sous la rubrique générale du point IX, concernant le « dommage causé à la personne ou aux biens des étrangers par des personnes participant à une insurrection ou à une émeute ou par la foule [283] ». En réponse à la question « Quelle est la situation lorsqu'une insurrection triomphe et que le parti insurrectionnel qui a causé le dommage prend le pouvoir et devient le gouvernement ? » (point IX, al. *c*), dix gouvernements [284] affirmèrent tous nettement que, là où le parti insurrectionnel, ayant pris le pouvoir, est devenu le gouvernement de l'Etat, celui-ci doit être tenu pour responsable des préjudices causés par les insurgés pendant la guerre civile à la personne ou aux biens des étrangers. Se basant sur les réponses reçues, le Comité préparatoire de la Conférence rédigea la base de discussion n° 22, *c* [285], mais la Conférence dut interrompre ses travaux avant de pouvoir passer à l'examen de cette base de discussion. Il convient également de noter les réponses de deux gouvernements [286] qui, en se rapportant à un problème différent de celui qui avait été évoqué dans la demande du Comité préparatoire, affirmaient le principe de la responsabilité du gouvernement issu de la révolution pour les faits illicites commis par des organes du gouvernement précédent.

16) L'ensemble des réponses envoyées par les gouvernements au questionnaire du Comité préparatoire paraît suffisant pour confirmer l'existence largement reconnue d'un principe de droit international général prévoyant précisément l'attribution à l'Etat ou au gouvernement issu d'une révolution victorieuse des faits commis par les insurgés au cours de leur lutte pour la prise du pouvoir, comme source éventuelle d'une responsabilité internationale. On connaît avec moins de précision la pratique des Etats en la matière après 1930. Mais rien ne donne à penser qu'il y ait eu changement par rapport au principe généralement accepté à l'époque de la Conférence de La Haye. Le principe a été repris, par exemple, dans une prise de position récente : les instructions envoyées le 26 janvier 1959 par le Département d'Etat à l'ambassade des Etats-Unis d'Amérique à Cuba [287].

17) Le principe qu'il est légitime d'attribuer à un gouvernement issu d'une révolution victorieuse les faits préjudiciables commis auparavant par les meneurs de la révolution s'applique également, comme il a été déjà mentionné, au cas d'un gouvernement de coalition qui se formerait à la suite d'un accord entre les autorités « légitimes » et les chefs du mouvement insurrectionnel [288]. La guerre civile péruvienne, terminée par l'accord signé le 2 décembre 1885 par le chef de l'Etat, le général Iglesias, et le chef du mouvement insurrectionnel, le général Cáceres, offre un exemple historique à ce sujet. En exécution de cet accord, un gouvernement provisoire fut constitué, composé de représentants des deux parties, et ce gouvernement eut recours aux élections. Le Congrès élu grâce à cette consultation populaire proclama, le 3 juin 1886, Cáceres président de la République. Après ces événements, le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique présenta au Pérou certaines réclamations pour des faits commis durant la révolution par des adhérents du mouvement insurrectionnel du général Cáceres. La première de ces réclamations, qui concernait la réquisition, faite en 1884 par les forces des insurgés, d'une certaine quantité de guano appartenant à une société américaine, était basée sur le fait que le guano réquisitionné avait été destiné à soutenir une cause « qui est devenue nationale de par l'action volontaire du peuple du Pérou, puisque son représentant principal est à l'heure actuelle le chef exécutif constitutionnel de la République, dûment élu et constitué [289] ». Une deuxième réclamation, plus significative, concernait les mauvais traitements infligés en 1885 à un agent consulaire des Etats-Unis. Le Gouvernement péruvien rejeta d'abord la réclamation en faisant valoir que les faits déplorés avaient été commis par « un chef en armes contre le gouvernement alors reconnu comme légitime par toutes les nations », et que l'Etat péruvien ne pouvait donc pas être tenu pour responsable. Le Ministre des Etats-Unis au Pérou répliqua que le

---

[282] *Ibid.*, p. 949 [tr. de l'original anglais].

[283] SDN, *Bases de discussion... (op. cit.)*, p. 108 et 116.

[284] Afrique du Sud, Australie, Autriche, Grande-Bretagne, Inde, Japon, Norvège, Nouvelle-Zélande, Suisse et Etats-Unis d'Amérique (*ibid.*, p. 116 et suiv., et *Supplément au tome III* [*op. cit.*], p. 21). Les réponses envoyées par trois autres gouvernements (Hongrie, Pays-Bas et Tchécoslovaquie) sont incertaines et l'on ne peut pas en tirer de conclusions sûres (SDN, *Bases de discussion...* [*op. cit.*], p. 117 et 118). Deux autres (Danemark et Finlande) semblent se prononcer pour la responsabilité de l'Etat dans les circonstances indiquées dans la demande; elles ne sont pourtant pas claires non plus (*ibid.*, p. 117).

[285] « L'Etat est responsable des dommages causés aux étrangers par un parti insurrectionnel qui a triomphé et est devenu le gouvernement dans la mesure où sa responsabilité serait engagée pour des dommages causés par les actes du gouvernement légal, de ses fonctionnaires ou de ses troupes. »
(SDN, *Bases de discussion...* [*op. cit.*], p. 118; et *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 225, doc. A/CN.4/96, annexe 2.)

[286] Pologne et Canada (SDN, *Bases de discussion...* [*op. cit.*], p. 118, et *Supplément au tome III* [*op. cit.*], p. 3).

[287] On y lit que
« [...] un gouvernement qui est devenu le gouvernement légitime d'un Etat à la suite d'une révolution victorieuse, tel le présent gouvernement de Cuba, [...] est en règle générale internationalement responsable des dommages causés par des actes commis par les forces ou les autorités aussi bien du gouvernement précédent que des révolutionnaires, si ces actes n'étaient pas légitimés du point de vue militaire ou autorisés par les règles du droit de la guerre, tel un préjudice gratuit ou non nécessaire causé à des personnes ou à des biens, ou un pillage. Le gouvernement des révolutionnaires victorieux est aussi internationalement tenu de payer pour les biens qui ont été réquisitionnés soit par le gouvernement précédent soit par les révolutionnaires. »
(Whiteman, *op. cit.*, p. 819 [tr. de l'original anglais].)

[288] Une telle situation n'est pas à confondre avec celle d'un gouvernement « légitime » qui, après avoir eu raison de l'insurrection, accorde aux insurgés une amnistie. Dans un cas de ce genre, le seul gouvernement existant est toujours le gouvernement « légitime ». Voir à ce propos, ci-dessus, art. 14, par. 26 du commentaire.

[289] Moore, *A Digest... (op. cit.)*, p. 992 [tr. de l'original anglais].

gouvernement péruvien en charge était le successeur du gouvernement provisoire d'Iglesias et Cáceres et que, partant, il était responsable des faits commis par les agents respectifs de l'un et de l'autre. A la suite de quoi le Gouvernement péruvien abandonna sa première argumentation et admit que les mesures prises à l'encontre de l'agent consulaire américain émanaient d'une « autorité légitime » [290].

18) Les auteurs de droit international, tout en gardant chacun des particularités dans leur conception propre, sont en principe d'accord pour affirmer que l'Etat dont le gouvernement est l'expression d'un mouvement insurrectionnel victorieux doit répondre des faits commis par des agents dudit mouvement au cours de la lutte [291]. A cet effet, ils ne font pas, en général, de distinction entre l'hypothèse où les insurgés se sont affirmés comme nouveau gouvernement ou nouveau régime sur la totalité du territoire de l'Etat préexistant et celle où ils ont par contre provoqué la formation d'un Etat nouveau sur une partie du territoire de l'Etat préexistant, donc détachée de ce dernier. Les internationalistes sont aussi généralement d'accord pour affirmer que, dans la première de ces deux hypothèses, le fait que l'on tienne l'Etat pour responsable des faits illicites commis par les insurgés pendant la révolution n'exclut nullement la possibilité de lui attribuer en même temps la responsabilité des comportements des organes du gouvernement précédent. Finalement, à quelques exceptions près, les auteurs qui ont le plus approfondi la question n'hésitent pas à dire explicitement que les faits du mouvement insurrectionnel doivent être rétrospectivement considérés comme des faits du gouvernement qu'ils ont créé par la suite [292]. Pour ces auteurs, de tels faits sont à considérer, à partir du moment où le mouvement insurrectionnel est devenu victorieux, comme des « faits de l'Etat ».

19) Abstraction faite de la base de discussion n° 22, *c*, rédigée par le Comité préparatoire de la Conférence de 1930, cinq projets de codification traitent de la question qui fait l'objet du présent article. Le projet de Harvard de 1929 [293], celui du Comité juridique interaméricain de 1965 [294] et celui de García Amador de 1957 [295] parlent d'une façon générale de responsabilité de l'Etat pour faits d'une insurrection victorieuse. Le projet de Harvard de 1961 exprime avec plus de précision l'idée de l'attribution à l'Etat des faits d'organes d'un mouvement insurrectionnel devenu ensuite le gouvernement dudit Etat [296]. Seul le projet révisé de García Amador (1961) s'éloigne des autres, car il semble vouloir limiter la question, même en cas de triomphe de l'insurrection, à l'hypothèse de négligence de la part des organes « légitimes » de l'Etat [297].

20) Compte tenu des considérations qui précèdent, le présent article comporte deux paragraphes, consacrés respectivement à l'hypothèse où l'organisation du mouvement insurrectionnel devient le nouveau gouvernement de l'ensemble du pays et à l'hypothèse où l'organisation du mouvement insurrectionnel devient celle d'un nouvel Etat, constitué sur une partie du territoire soumis auparavant à la souveraineté ou à l'administration d'un Etat préexistant. La Commission a estimé qu'il ne faut pas faire de distinction, aux fins du présent article, entre différentes catégories de mouvements insurrectionnels sur la base de leur éventuelle « légitimité » internationale ou de l'illicéité éventuelle de leur installation au pouvoir, et cela en dépit de l'importance que de telles distinctions peuvent avoir dans d'autres contextes. Du point de vue de la formulation des règles juridiques régissant la responsabilité des Etats, il serait extrêmement dangereux

---

[290] Voir en particulier les notes Alzamora à Buck du 28 août 1888, Buck à Alzamora du 3 septembre 1888, et de nouveau Alzamora à Buck du 6 novembre 1888 (*ibid.*, p. 985 et suiv.). Si le Gouvernement péruvien continua néanmoins à rejeter toute responsabilité, ce fut en contestant le caractère objectivement illicite des mesures en question.

[291] Voir à ce sujet, parmi les ouvrages consacrés spécifiquement à la question des insurrections, des guerres civiles et des gouvernements *de facto* : Goebel, *loc. cit.*, p. 818; Spiropoulos, *op. cit.*, p. 176 et 177; Silvanie, *loc. cit.*, p. 78 et suiv.; Berlia, *loc. cit.*, p. 59; J. Charpentier, *La reconnaissance internationale et l'évolution du droit des gens*, Paris, Pédone, 1956, p. 52 et 53; Castrén, *loc. cit.*, p. 236 et suiv.; J. A. Frowein, *Das de facto-Regime im Völkerrecht*, Cologne, Heymann, 1968, p. 85 et 86.

Voir aussi, parmi les ouvrages consacrés en général à la responsabilité : Borchard, *op. cit.*, p. 241 et 242; Strupp, « Das völkerrechtliche Delikt », *Handbuch des Völkerrechts*, Stuttgart, Kohlhammer, 1920, t. III, 4e partie, p. 91 et 92; Decencière-Ferrandière, *op. cit.*, p. 166; Eagleton, *The Responsibility of States... (op. cit.)*, p. 147; Maúrtua et Scott, *op. cit.*, p. 57 et suiv.; Reuter *(op. cit.)*, p. 94 et 95; Amerasinghe, *loc. cit.*, p. 123 et suiv.; Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, p. 563 et 564.

Enfin, parmi les ouvrages généraux et les manuels de droit international, voir : J. H. Ralston, *The Law and Procedure of International Tribunals*, Stanford (Calif.), Stanford University Press, 1926, p. 343 et suiv.; Hyde, *International Law... (op. cit.)*, p. 987 et 988; Cheng, *op. cit.*, p. 190 et 191; Ch. Rousseau, *Droit international public*, Paris, Sirey, 1953, p. 380; G. Schwarzenberger, *op. cit.*, p. 627 et suiv.; Dahm, *op. cit.*, p. 202; W. Wengler, *Völkerrecht*, Berlin, Springer, 1964, t. II, p. 1020; Brownlie, *Principles... (op. cit.)*, p. 375; Cavaré, *op. cit.*, p. 547 et 548; O'Connell, *op. cit.*, p. 968; Von Glahn, *op. cit.*, p. 245.

[292] Voir Goebel, *loc. cit.*, p. 818; Eagleton, *The Responsibility of States... (op. cit.)*, p. 147; Ralston, *op. cit.*, p. 343; Hyde, *International Law... (op. cit.)*, p. 987 et 988; Cavaré, *op. cit.*, p. 547; Cheng, *op. cit.*, p. 190; Reuter, *loc. cit.*, p. 94; Schwarzenberger, *op. cit.*, p. 628 et 629; Amerasinghe, *loc. cit.*, p. 127 et 128. On peut aussi relever que tous les auteurs qui (comme Borchard, Berlia, Rousseau, Verdross, Castrén) souscrivent à l'idée que les insurgés victorieux sont censés avoir dès le début représenté la *vraie volonté nationale* doivent nécessairement considérer les organes du mouvement insurrectionnel comme étant déjà des organes de l'Etat au moment où ils ont commis les actes préjudiciables. De tous les auteurs consultés, seuls Strupp et, dans son sillage, Decencière-Ferrandière paraissent être négatifs quant à l'attribution à l'Etat du comportement des organes du mouvement insurrectionnel pendant la révolution.

[293] Article XIII, al. *b* (*Annuaire... 1956*, vol. II, p. 230, doc. A/CN.4/96, annexe 9).

[294] Point VI (*Annuaire... 1969*, vol. II, p. 160, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe XV).

[295] Article 12, par. 2 (*Annuaire... 1957*, vol. II, p. 146, doc. A/CN.4/106, annexe).

[296] Article 18, par. 1 :

« Dans le cas d'une révolution ou d'une insurrection qui aboutit à un changement de gouvernement de l'Etat ou à la création d'un nouvel Etat, tout acte ou omission d'un organe, organisme, agent ou employé d'un groupement révolutionnaire ou insurrectionnel est, aux fins de la présente Convention, imputable à l'Etat dans lequel ledit gouvernement s'est installé au pouvoir. »

(*Annuaire... 1969*, vol. II, p. 151, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe VII.)

[297] Article 16 (*Annuaire... 1961*, vol. II, p. 50, doc. A/CN.4/134 et Add.1, additif).

d'introduire des notions qui risqueraient de laisser à l'abri de toute responsabilité un nouveau gouvernement ou un nouvel Etat du fait qu'il tire son origine d'un mouvement insurrectionnel qualifié d'« illégitime » ou d'un mouvement insurrectionnel arrivé au pouvoir à la suite d'agissements internationalement illicites. Si le triomphe du mouvement insurrectionnel est dû à l'intervention d'un Etat étranger qui lui aurait fourni une assistance déterminante en violation de ses obligations internationales, ce fait de l'Etat étranger en question sera attribué à ce dernier et engagera sa propre responsabilité internationale. Mais cela est sans incidence sur le problème de l'attribution à l'Etat où le mouvement insurrectionnel a pris les rênes du gouvernement ou à l'Etat dont il a provoqué la naissance des comportements internationalement illicites adoptés pendant la lutte par le mouvement insurrectionnel. Pour cette attribution, aucune autre condition n'est requise que la simple existence de ce mouvement et le lien de continuité existant entre son organisation et celle du gouvernement ou de l'Etat nouveau issu de son action.

21) Le *paragraphe 1* de l'article commence par énoncer la règle que le fait d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement d'un Etat est considéré comme un fait de cet Etat. Ce principe général ne saurait comporter d'exception. La deuxième phrase dudit paragraphe précise qu'une telle attribution est sans préjudice de l'attribution à l'Etat en question de tout comportement qui aurait auparavant été considéré comme un fait de cet Etat en vertu des articles 5 à 10 du projet. En d'autres termes, cette disposition souligne que l'attribution à l'Etat du comportement des organes du mouvement insurrectionnel n'exclut nullement l'attribution parallèle audit Etat des comportements adoptés, au cours de la lutte, par les organes du gouvernement alors en place, car il importe de maintenir la responsabilité éventuelle de l'Etat pour les faits du gouvernement qui était le sien jusqu'au moment de son remplacement par celui du mouvement insurrectionnel. Formulée comme une clause de sauvegarde, la règle en question n'exclut pas la possibilité de tenir compte de situations exceptionnelles, comme celles qui sont mentionnées au paragraphe 7 du présent commentaire.

22) Le *paragraphe 2*, comme il a été souligné, concerne les cas de formation d'un Etat nouveau par voie de sécession ou de décolonisation. Il prévoit que le fait d'un mouvement insurrectionnel dont l'action aboutit à la création d'un nouvel Etat *sur une partie* du territoire d'un Etat préexistant ou sur un territoire qui était auparavant sous son administration est considéré comme un fait de ce nouvel Etat. L'expression « ou sur un territoire sous son administration » a été insérée, ainsi qu'on l'a déjà précisé [298], afin de tenir compte du statut juridique des territoires dépendants. Il va de soi que l'Etat préexistant continuant à exister, bien qu'amputé, continue également à être responsable de ses propres faits accomplis avant la création du nouvel Etat, et cela en vertu même des dispositions figurant dans d'autres articles du présent chapitre du projet. Il n'est donc point nécessaire d'ajouter de clause particulière de sauvegarde à ce sujet.

[298] Voir ci-dessus art. 14, par. 29 du commentaire.

Chapitre III

SUCCESSION D'ÉTATS DANS LES MATIÈRES AUTRES QUE LES TRAITÉS

A. — Introduction

1. — Aperçu historique des travaux de la Commission

53. Ainsi qu'il est rappelé dans le rapport de la CDI sur sa vingt-cinquième session [299], la Commission a pris, à sa dix-neuvième session, en 1967, de nouvelles dispositions pour traiter de la « Succession d'Etats et de gouvernements » [300], question qui figure sur la liste des matières qu'elle avait choisies en 1949 en vue de leur codification [301]. Elle a décidé notamment de partager la question entre plusieurs rapporteurs spéciaux, en la divisant selon les trois grandes rubriques du plan général énoncé dans le rapport présenté en 1963 par sa sous-commission sur la succession d'Etats et de gouvernements [302]. Ces trois rubriques étaient libellées comme suit :

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 membre des organisations internationales

54. Egalement en 1967, la Commission a nommé sir Humphrey Waldock rapporteur spécial sur la succession en matière de traités et M. Mohammed Bedjaoui rapporteur spécial sur la succession et les droits et obligations découlant d'autres sources que les traités. Elle a décidé de ne pas s'occuper pour le moment de la troisième rubrique, à savoir la succession et la qualité de membre des organisations internationales [303].

55. De 1968 à 1972, sir Humphrey Waldock a présenté à la CDI cinq rapports sur la succession d'Etats en

[299] Voir *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 202 et suiv., doc. A/9010/Rev.1, par 60 et suiv.

[300] Pour un aperçu historique détaillé de l'ensemble de la question, voir *Annuaire... 1968*, vol. II, p. 221 et suiv., doc. A/7209/Rev.1, par. 29 à 42, et *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 231 et suiv., doc. A/7610/Rev.1, par. 20 à 34.

[301] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quatrième session, Supplément n° 10* (A/925), p. 3, par. 16.

[302] *Annuaire... 1963*, vol. II, p. 271, doc. A/5509, annexe II.

[303] *Annuaire... 1967*, vol. II, p. 406, doc. A/6709/Rev.1, par. 38 à 41.

matière de traités [304]. En 1972, à sa vingt-quatrième session, la Commission adoptait à la lumière de ces rapports un projet provisoire de trente et un articles sur le sujet [305], qui fut transmis la même année aux gouvernements des Etats membres pour observations, par application des articles 16 et 21 du statut de la Commission [306]. En 1974, compte tenu des observations reçues entre-temps des gouvernements d'Etats Membres, elle a adopté un projet final d'articles sur la succession d'Etats en matière de traités [307].

56. A la suite de sa désignation comme rapporteur spécial, M. Bedjaoui présentait à la Commission, en 1968, un premier rapport sur la succession d'Etats et les droits et obligations découlant de sources autres que les traités [308]. Il y examinait notamment la délimitation du sujet qui lui était confié et, partant, l'intitulé qu'il convenait de lui donner ainsi que les divers aspects que l'on pouvait y distinguer. A la suite de la discussion de ce rapport, la Commission prenait la même année, à sa vingtième session, plusieurs décisions dont une concerne la délimitation et l'intitulé du sujet et une autre la priorité à accorder à un aspect particulier de la succession d'Etats.

57. Faisant siennes les recommandations contenues dans le premier rapport de M. Bedjaoui, la Commission a estimé que le critère de la délimitation entre le sujet qui était confié à M. Bedjaoui et celui de la succession d'Etats en matière de traités devrait être « la matière successorale ». Elle a décidé, comme l'avait suggéré le Rapporteur spécial, de supprimer de l'intitulé du sujet qui lui était confié toute mention des « sources », afin d'éviter toute ambiguïté quant à la délimitation de ce sujet. En conséquence, la Commission en a modifié l'intitulé, en remplaçant le libellé primitif, à savoir « La succession et les droits et obligations découlant de sources autres que les traités », par le titre suivant : « La succession dans les matières autres que les traités » [309].

58. Cette décision a été entérinée par l'Assemblée générale, notamment au paragraphe 4, al. *b*, de sa résolution 2634 (XXV), en date du 12 novembre 1970, par lequel elle recommandait à la Commission de poursuivre ses travaux en vue « d'avancer l'examen de la succession d'Etats dans les matières autres que les traités ». L'omission par l'Assemblée dans cette recommandation de toute référence à « la succession des gouvernements » reflète la décision prise par la Commission à sa vingtième session d'accorder la priorité à la succession d'Etats et de ne considérer pour le moment la succession des gouvernements « que dans la mesure où cela sera nécessaire pour compléter l'étude sur la succession d'Etats [310] ».

59. Ainsi qu'il a été indiqué plus haut [311], le premier rapport de M. Bedjaoui passait en revue les divers aspects particuliers que présente le sujet de la succession d'Etats dans les matières autres que les traités. Le rapport de la CDI sur les travaux de sa vingtième session observe à cet égard que pendant le débat

> quelques membres de la Commission ont évoqué certains aspects particuliers du sujet (biens publics, dettes publiques, régime juridique de l'Etat prédécesseur, problèmes territoriaux, condition des habitants, droits acquis) et ont présenté à ce propos des observations de caractère préliminaire.

Il ajoute que, étant donné l'ampleur et la complexité du sujet,

> les membres de la Commission ont été partisans d'accorder la priorité, dans l'immédiat, à l'étude d'un ou deux aspects particuliers, étant entendu que cela ne signifiant en aucune manière que l'on ne devrait pas examiner ultérieurement toutes les questions comprises dans ce sujet [312].

Le rapport note que l'opinion dominante des membres de la Commission a été qu'il convenait de commencer par examiner les aspects économiques de la succession. Il précise :

> On a d'abord suggéré de commencer par les problèmes des biens publics et des dettes publiques. Mais comme cet aspect de la question paraissait trop limité, on a proposé de le combiner avec la question des ressources naturelles, de manière à réunir en un tout les problèmes de succession concernant les divers moyens (intérêts et droits) économiques, y compris les questions liées aux droits de concession et aux contrats administratifs (droits acquis). En conséquence, la Commission a décidé d'intituler cet aspect du sujet « La succession d'Etats en matière économique et financière » et a chargé le Rapporteur spécial de préparer un rapport sur cette question pour la prochaine [vingt et unième] session de la Commission [313].

60. Le deuxième rapport de M. Bedjaoui [314], présenté à la vingt et unième session de la CDI (1969), était intitulé « Les droits acquis économiques et financiers et la succession d'Etats ». Le rapport de la Commission sur les travaux de cette session observe qu'au cours de la discussion de la matière la plupart des membres ont estimé que la question des droits acquis était extrêmement controversée et que son étude prématurée risquerait de retarder les travaux sur l'ensemble du sujet. Ils ont exprimé l'avis « qu'il y avait lieu d'adopter une méthode empirique pour la codification de la succession en matière économique et financière, en commençant de préférence par une étude sur les biens et dettes publics [315] ». Le rapport de la Commission note que celle-ci a « prié le Rapporteur spécial de préparer un autre rapport contenant un projet d'articles sur la succession d'Etats en matière économique et financière ». Il constate, en outre, que « la Commission a pris acte de l'intention du Rapporteur spécial de consacrer son prochain rapport aux biens et dettes publics [316] ».

61. De 1970 à 1972, M. Bedjaoui a présenté trois rapports à la CDI, savoir son troisième rapport [317] en 1970,

---

[304] *Annuaire... 1972*, vol. II, p. 241 et 242, doc. A/8710/Rev.1, par. 17 à 21.

[305] *Ibid.*, p. 248 et suiv., doc. A/8710/Rev.1, chap. II, C.

[306] *Ibid.*, p. 242, doc. A/8710/Rev.1, par. 23.

[307] *Annuaire... 1974*, vol. II (1re partie), p. 178 et suiv., doc. A/9610/Rev.1, chap. II, sect. D.

[308] *Annuaire... 1968*, vol. II, p. 96, doc. A/CN.4/204.

[309] *Annuaire... 1968*, vol. II, p. 225, doc. A/7209/Rev.1, par. 46.

[310] *Annuaire... 1963*, vol. II, p. 234, doc. A/5509, par. 57.

[311] Par. 56.

[312] *Annuaire... 1968*, vol. II, p. 228 et 229, doc. A/7209/Rev.1, par. 73 et 78.

[313] *Ibid.*, p. 229, par. 79.

[314] *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 70, doc. A/CN.4/216/Rev.1.

[315] *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 237 et 238, doc. A/7610/Rev.1, par. 61.

[316] *Ibid.*, p. 238, par. 62.

[317] *Annuaire... 1970*, vol. II, p. 143, doc. A/CN.4/226.

son quatrième [318] en 1971 et son cinquième [319] en 1972. Chacun de ces rapports était consacré à la succession d'Etats aux biens publics et contenait des projets d'articles sur la matière. Absorbée par d'autres tâches, la Commission n'a pu en examiner aucun au cours de ses vingt-deuxième (1970), vingt-troisième (1971) et vingt-quatrième (1972) sessions. Elle a toutefois inclus un résumé des troisième et quatrième rapports dans son rapport sur les travaux de sa vingt-troisième session [320] et un aperçu du cinquième dans son rapport sur sa vingt-quatrième session [321].

62. Aux vingt-cinquième (1970), vingt-sixième (1971) et vingt-septième (1972) sessions de l'Assemblée générale, pendant l'examen par la Sixième Commission des rapports de la CDI, plusieurs représentants ont émis le vœu que des progrès soient accomplis dans l'étude de la succession d'Etats dans les matières autres que les traités [322]. Quant à l'Assemblée générale, elle adoptait le 12 novembre 1970 sa résolution 2634 (XXV), dont le paragraphe 4, al. *b*, recommandait à la Commission

de poursuivre ses travaux sur la succession d'Etats, compte tenu des vues et des considérations indiquées dans les résolutions 1765 (XVII) et 1902 (XVIII) de l'Assemblée générale, en date des 20 novembre 1962 et 18 novembre 1963, en vue [...] d'avancer l'examen de la succession d'Etats dans les matières autres que les traités.

Le 3 décembre 1971, au paragraphe 4, al. *a*, de la section I de la résolution 2780 (XXVI), l'Assemblée recommandait à nouveau à la Commission « d'avancer l'examen de la succession d'Etats dans les matières autres que les traités ». Enfin, le 28 novembre 1972, au paragraphe 3, al. *c*, de la section I de la résolution 2926 (XXVII), l'Assemblée recommandait à la Commission « de poursuivre ses travaux sur la succession d'Etats dans les matières autres que les traités, compte tenu des vues et des considérations indiquées dans les résolutions pertinentes de l'Assemblée générale ».

63. En 1973, pour la vingt-cinquième session de la Commission, M. Bedjaoui a présenté un sixième rapport [323] consacré, comme ses trois rapports précédents, à la succession d'Etats aux biens publics. Le sixième rapport révisait et complétait les projets d'articles antérieurement soumis, compte tenu, notamment, du projet provisoire sur la succession d'Etats en matière de traités adopté par la Commission en 1972 [324]. Il contenait une série de projets d'articles ayant trait aux biens publics en général. Ces articles divisaient les biens publics en trois catégories : biens d'Etat; biens des collectivités territoriales autres qu'étatiques ou biens des entreprises publiques ou des organismes à caractère public; biens propres au territoire auquel se rapporte la succession d'Etats.

64. Le sixième rapport de M. Bedjaoui fut examiné par la Commission à sa vingt-cinquième session, en 1973. Devant la complexité du sujet, la Commission a décidé, après un débat approfondi et sur la proposition du Rapporteur spécial, de limiter son étude pour l'instant à une seule des trois catégories de biens publics traitées par le Rapporteur spécial, à savoir celle des biens d'Etat [325]. Elle adoptait la même année huit projets d'articles, dont le texte est reproduit ci-après [326]. Les articles 1 à 3 constituent l'Introduction du projet, relative à l'ensemble de la question de la succession d'Etats dans les matières autres que les traités. Les articles 4 à 8 appartiennent à la première partie du projet, intitulée « Succession d'Etats en matière de biens d'Etat ». Ils forment les premiers textes de la section 1 de cette partie, qui a pour titre « Dispositions générales ».

65. En 1974, pour la vingt-sixième session de la Commission, le Rapporteur spécial a présenté un septième rapport, consacré exclusivement à la succession d'Etats en matière de biens d'Etat [327]. Le rapport contenait vingt-deux projets d'articles accompagnés de commentaires qui faisaient suite aux huit projets d'articles adoptés en 1973. La Commission n'a pas été en mesure d'examiner ce rapport à sa vingt-sixième session ayant dû consacrer, en application des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de la résolution 3071 (XXVIII) de l'Assemblée générale, la majeure partie de la session à la deuxième lecture du projet d'articles sur la succession d'Etats en matière de traités et à l'élaboration d'un premier projet d'articles sur la responsabilité des Etats [328]. La même année, par la résolution 3315 (XXIX), en date du 14 décembre 1974, l'Assemblée générale recommandait à la Commission « de poursuivre en priorité la préparation de projets d'articles sur la succession d'Etats dans les matières autres que les traités » (sect. I, par. 4, al. *b*).

66. A la présente session, la Commission a examiné, au cours des 1318e à 1329e séances, les projets d'articles 9 à 15 et X, Y et Z contenus dans le septième rapport de M. Bedjaoui. Elle a renvoyé toutes ces dispositions au Comité de rédaction, à l'exception de celles de l'article 10 [329], à l'égard desquelles elle a réservé sa position.

---

[318] *Annuaire... 1971*, vol. II (1re partie), p. 167, doc. A/CN.4/247 et Add.1.

[319] *Annuaire... 1972*, vol. II, p. 67, doc. A/CN.4/259.

[320] Voir *Annuaire... 1971*, vol. II (1re partie), p. 361 et suiv., doc. A/8410/Rev.1, par. 77 à 98.

[321] *Annuaire... 1972*, vol. II, p. 351 et 352, doc. A/8710/Rev.1, par. 71.

[322] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-cinquième session, Annexes*, point 84 de l'ordre du jour, doc. A/8147, par. 72; *ibid., vingt-sixième session, Annexes*, point 88 de l'ordre du jour, doc. A/8537, par. 135; *ibid., vingt-septième session, Annexes*, point 85 de l'ordre du jour, doc. A/8892, par. 194.

[323] *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 3 et suiv., doc. A/CN.4/267.

[324] *Annuaire... 1972*, vol. II, p. 248 et suiv., doc. A/8710/Rev.1, chap. II, C.

[325] *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 206, doc. A/9010/Rev.1, par. 87.

[326] Pour le texte des articles 1 à 8 et des commentaires y relatifs adoptés par la CDI à sa vingt-cinquième session, voir *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 206 et suiv., doc. A/9010/Rev.1, chap. III, sect. B. Pour le texte des articles 1 à 9, 11 et X adoptés par la CDI à ses vingt-cinquième et vingt-septième sessions, voir ci-après sect. B, sous-sect. 1.

[327] *Annuaire... 1974*, vol. II (1re partie), p. 93, doc. A/CN.4/282.

[328] *Ibid.*, p. 316, doc. A/9610/Rev.1, par. 160.

[329] Le projet d'article 10 a la teneur suivante :

« *Article 10. — Droits de puissance concédante*

« 1. Au sens du présent article, le terme « concession » désigne l'acte par lequel l'Etat attribue, sur le territoire relevant de sa compétence nationale, à une entreprise privée ou une personne

(Suite de la note page suivante.)

Elle tient à souligner toutefois que, en ce qui concerne cet article, elle estime superflu d'affirmer dans le projet le principe de la souveraineté de l'Etat successeur sur ses ressources naturelles, ce principe découlant de la qualité même d'Etat et non du droit de la succession d'Etats. Après avoir étudié toutes les dispositions qui lui avaient été renvoyées (à l'exception, faute de temps, de celles des articles 12 à 15), le Comité a soumis à la Commission des textes pour les articles 9 et 11 ainsi que, sur la base des articles X, Y et Z, pour l'article X et pour l'alinéa *e* de l'article 3. A sa 1329e séance, la Commission a adopté avec quelques amendements tous les textes soumis par le Comité. Ces textes sont reproduits ci-après dans la forme qui leur a été donnée par la Commission [330]. L'un de ces textes, à savoir l'alinéa *e* de l'article 3, fait partie de l'Introduction du projet. Les autres (art. 9, 11 et X) appartiennent à la section 1 (Dispositions générales) de la première partie (Succession d'Etats en matière de biens d'Etat).

2. Remarques d'ordre général relatives au projet d'articles

a) *Forme du projet*

67. De même que pour la codification d'autres questions par la Commission, la forme à donner à la codification de la succession d'Etats dans les matières autres que les traités ne pourra être déterminée que lorsque l'étude de ce sujet sera achevée. La Commission formulera alors, conformément à son statut, les recommandations qu'elle jugera appropriées. Sans préjuger de ces recommandations, elle a décidé de donner dès maintenant la forme d'un *projet d'articles* à son étude sur le sujet en question, estimant que c'était là la meilleure méthode pour dégager ou développer les règles de droit international relatives à la matière. Le projet d'articles est rédigé sous une forme qui permettrait de l'utiliser éventuellement comme base pour la conclusion d'une convention, s'il en était ainsi décidé.

b) *L'expression « matières autres que les traités »*

68. Ainsi que cela a été rappelé [331], l'expression « matières autres que les traités » ne figurait pas dans les intitulés des trois sujets entre lesquels la question de la succession avait été divisée en 1967, à savoir *a*) la succession en matière de traités, *b*) la succession et les droits et obligations découlant d'autres sources que les traités, *c*) la succession et la qualité de membres des organisations internationales. En 1968, dans un rapport présenté à la vingtième session de la Commission, le Rapporteur spécial pour le deuxième sujet faisait observer que si l'on comparait l'intitulé de celui-ci (la succession et les droits et obligations découlant d'autres sources que les traités) avec l'intitulé du premier sujet (la succession en matière de traités), on constatait que le mot « traité » était considéré dans les deux intitulés de deux points de vue différents. Le traité était considéré dans le premier cas comme matière successorale, et dans le deuxième comme source de succession. Le Rapporteur spécial remarquait que, outre son manque d'homogénéité, cette division de la question avait l'inconvénient d'exclure du deuxième sujet toutes les matières faisant l'objet de dispositions conventionnelles. Il signalait que, dans beaucoup de cas, une succession d'Etats était accompagnée de la conclusion d'un traité réglant, entre autres, certains aspects de la succession qui, de ce fait, étaient exclus du deuxième sujet, tel qu'il avait été intitulé en 1967. Comme ces aspects ne relevaient pas non plus du premier sujet, la Commission aurait été amenée, si cet intitulé avait été maintenu, à écarter de son étude sur la succession d'Etats une partie importante de la matière [332].

69. En conséquence, le Rapporteur spécial proposait de prendre la *matière successorale* comme critère pour le deuxième sujet en l'intitulant : « la succession dans les matières autres que les traités [333] ». Cette proposition fut adoptée par la Commission, qui a précisé dans son rapport sur sa vingtième session que

> Tous les membres de la Commission qui ont participé au débat ont été d'accord pour admettre que le critère de la délimitation entre ce sujet et celui qui a trait à la succession en matière de traités devait être « la matière successorale », c'est-à-dire le contenu de la succession et non ses modalités. Afin d'éviter toute ambiguïté, il a été décidé, comme l'avait suggéré le Rapporteur spécial, de supprimer de l'intitulé du sujet toute mention des « sources », qui pouvait faire croire que l'on cherchait à diviser le sujet, en distinguant entre succession conventionnelle et succession non conventionnelle [334].

70. Ce n'est qu'après avoir achevé l'étude en cours que la Commission pourra indiquer avec précision quelles sont les « matières autres que les traités » qui entrent dans le cadre du sujet.

c) *Economie du projet*

71. A sa vingtième session, la Commission a estimé qu'il y avait lieu, eu égard à l'ampleur et à la complexité du sujet, d'en commencer l'étude par un ou deux aspects particuliers, et elle a accordé la priorité aux matières économiques et financières. Elle a précisé cependant que « cela ne signifiait en aucune manière que l'on ne devrait pas examiner ultérieurement toutes les questions comprises dans ce sujet » [335]. Aussi, et sous réserve des décisions qu'elle pourrait prendre par la suite, la Com-

---

(Suite de la note 329.)

de droit privé ou à un autre Etat la gestion d'un service public ou l'exploitation d'une ressource naturelle.

« 2. Quel que soit le type de succession d'Etats, l'Etat successeur se substitue à l'Etat prédécesseur dans ses droits de propriété sur l'ensemble des biens publics faisant l'objet d'une concession dans le territoire affecté par le changement de souveraineté.

« 3. L'existence d'accords de dévolution portant règlement du sort des concessions n'affecte pas le droit éminent de l'Etat sur les biens publics et les ressources naturelles de son territoire. »

[330] Voir sect. B, sous-sect. 2.

[331] Voir ci-dessus par. 53.

[332] *Annuaire... 1968*, vol. II, p. 99, doc. A/CN.4/204, par. 18 à 21.

[333] Pour l'addition par l'Assemblée générale des mots « d'Etats » après le mot « succession » dans l'intitulé du sujet, voir ci-dessus par. 58.

[334] *Annuaire... 1968*, vol. II, p. 225, doc. A/7209/Rev.1, par 46.

[335] Voir ci-dessus par. 59.

mission a-t-elle exprimé à sa vingt-cinquième session l'intention d'inclure dans le projet d'articles le plus grand nombre possible de « matières autres que les traités » [336].

72. Dans l'état actuel de ses travaux, la Commission a l'intention de diviser le projet d'articles en une introduction et plusieurs parties. L'introduction comprendra les dispositions qui s'appliquent à l'ensemble du projet, et chaque partie celles qui s'appliquent exclusivement à une catégorie de matières déterminées. Elle a en outre décidé, dans les circonstances rappelées plus haut [337], de consacrer la première partie du projet à la succession d'Etats en matière de biens d'Etat.

73. Comme il résulte des paragraphes 64 et 66 ci-dessus, la Commission a adopté jusqu'à présent, au cours de deux sessions, onze articles du projet, dont trois font partie de l'Introduction et huit de la première partie du projet d'articles. Ces huit articles appartiennent à la section 1, intitulée « Dispositions générales », et sont applicables à tous les types de succession d'Etats en matière de biens d'Etat. Au stade actuel de ses travaux, la Commission a l'intention de consacrer les autres sections de la première partie à des types de succession particuliers.

74. Après avoir achevé avec la première partie l'étude de la succession d'Etats aux biens d'Etat la Commission devrait normalement examiner la succession d'Etats aux autres catégories de biens publics [338]. Toutefois, eu égard aux directives données par l'Assemblée générale dans sa résolution 3315 (XXIX) [339], le Rapporteur spécial a l'intention de passer directement, dès l'achèvement de la première partie du projet, à l'étude de la succession aux dettes publiques — et, très vraisemblablement, à la succession aux seules dettes d'Etat. La Commission décidera par la suite dans quel ordre devront être examinés les autres problèmes relatifs aux biens publics ainsi que les autres matières entrant dans le cadre du sujet.

d) *Caractère provisoire des dispositions adoptées au cours des vingt-cinquième et vingt-septième sessions*

75. La Commission a indiqué dans son rapport sur sa vingt-cinquième session qu'elle avait estimé nécessaire, pour éclairer l'Assemblée générale, de placer au début de son projet d'articles des dispositions d'ordre général précisant, notamment, le sens des expressions « succession d'Etats » et « biens d'Etat ». Elle avait observé que le contenu définitif de dispositions de cette nature dépendrait, dans une mesure non négligeable, des résultats auxquels la Commission arriverait dans la suite de ses travaux. Elle avait décidé en conséquence d'examiner à nouveau, toujours dans le cadre de la première lecture du projet, le texte des articles adoptés à la vingt-cinquième session afin d'y apporter éventuellement toutes les modifications qui seraient nécessaires [340]. A la présente session, elle a étendu cette décision aux articles adoptés au cours de la session.

B. — Projet d'articles sur la succession d'Etats dans les matières autres que les traités

76. Le texte des articles 1 à 9, 11 et X adoptés par la Commission à ses vingt-cinquième et vingt-septième sessions ainsi que le texte des articles 9, 11 et X et de l'alinéa *e* de l'article 3, accompagnés des commentaires y relatifs, adoptés par la Commission à sa vingt-septième session sont reproduits ci-dessous pour l'information de l'Assemblée générale.

1. — Texte des articles 1 à 9, 11 et X adoptés par la Commission à ses vingt-cinquième et vingt-septième sessions

INTRODUCTION

Article premier. — Portée des présents articles

Les présents articles s'appliquent aux effets de la succession d'Etats dans les matières autres que les traités.

Article 2. — Cas de succession d'Etats visés par les présents articles

Les présents articles s'appliquent uniquement aux effets d'une succession d'Etats se produisant conformément au droit international et, plus particulièrement, aux principes du droit international incorporés dans la Charte des Nations Unies.

Article 3. — Expressions employées

Aux fins des présents articles :

a) L'expression « succession d'Etats » s'entend de la substitution d'un Etat à un autre dans la responsabilité des relations internationales du territoire ;

b) L'expression « Etat prédécesseur » s'entend de l'Etat auquel un autre Etat s'est substitué à l'occasion d'une succession d'Etats ;

c) L'expression « Etat successeur » s'entend de l'Etat qui s'est substitué à un autre Etat à l'occasion d'une succession d'Etats ;

d) L'expression « date de la succession d'Etats » s'entend de la date à laquelle l'Etat successeur s'est substitué à l'Etat prédécesseur dans la responsabilité des relations internationales du territoire auquel se rapporte la succession d'Etats ;

e) L'expression « Etat tiers » s'entend de tout Etat autre que l'Etat prédécesseur ou l'Etat successeur.

PREMIÈRE PARTIE

SUCCESSION D'ÉTATS EN MATIÈRE DE BIENS D'ÉTAT

SECTION 1. — DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 4. — Portée des articles de la présente partie

Les articles de la présente partie s'appliquent aux effets de la succession d'Etats en matière de biens d'Etat.

---

[336] *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 205 et 206, doc. A/9010/Rev.1, par. 85.

[337] Par. 63 et 64.

[338] Voir ci-dessus par. 63 et 64.

[339] Voir ci-dessus par. 65.

[340] *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 206, doc. A/9010/Rev.1, par. 91.

Article 5. — Biens d'Etat

Aux fins des articles de la présente partie, les biens d'Etat s'entendent des biens, droits et intérêts qui, à la date de la succession d'Etats et conformément au droit interne de l'Etat prédécesseur, appartenaient à cet Etat.

Article 6. — Droits de l'Etat successeur sur les biens d'Etat qui lui passent

La succession d'Etats emporte l'extinction des droits de l'Etat prédécesseur et la naissance de ceux de l'Etat successeur sur les biens d'Etat qui passent à l'Etat successeur conformément aux dispositions des présents articles.

Article 7. — Date du passage des biens d'Etat

A moins qu'il n'en soit autrement convenu ou décidé, la date du passage des biens d'Etat est celle de la succession d'Etats.

Article 8. — Passage des biens d'Etat sans compensation

Sous réserve des droits des tiers, le passage des biens d'Etat de l'Etat prédécesseur à l'Etat successeur se faisant conformément aux dispositions des présents articles s'opère sans compensation à moins qu'il n'en soit autrement convenu ou décidé.

Article 9. — Principe général du passage des biens d'Etat

Sous réserve des dispositions des articles de la présente partie et à moins qu'il n'en soit autrement convenu ou décidé, les biens d'Etat qui, à la date de la succession d'Etats, sont situés sur le territoire auquel se rapporte la succession d'Etats passent à l'Etat successeur.

[Article 11. — Passage des créances d'Etat

Sous réserve des dispositions des articles de la présente partie et à moins qu'il n'en soit autrement convenu ou décidé, les créances dues à l'Etat prédécesseur du fait de sa souveraineté ou de son activité sur le territoire auquel se rapporte la succession d'Etats passent à l'Etat successeur.]

*Article X *. — Absence d'effets d'une succession d'Etats sur les biens d'un Etat tiers*

Une succession d'Etats n'affecte pas en tant que telle les biens, droits et intérêts qui, à la date de la succession d'Etats, sont situés sur le territoire de [l'Etat prédécesseur ou de] l'Etat successeur et qui, à cette date, appartiennent à un Etat tiers conformément au droit interne de l'Etat prédécesseur [ou de l'Etat successeur, selon le cas].

2. — Texte des articles 9, 11 et X et de l'alinéa *e* de l'article 3 et des commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa vingt-septième session

Article 9. — Principe général du passage des biens d'Etat

Sous réserve des dispositions des articles de la présente partie et à moins qu'il n'en soit autrement convenu ou décidé, les biens d'Etat qui, à la date de la succession d'Etats, sont situés sur le territoire auquel se rapporte la succession d'Etats passent à l'Etat successeur.

* Désignation provisoire.

Commentaire

1) L'article 8, adopté par la Commission à sa vingt-cinquième session, dispose que, sous les réserves qui y sont énoncées, le passage des biens d'Etat de l'Etat prédécesseur à l'Etat successeur s'opère sans compensation. Comme la Commission l'a noté en 1973, cet article n'a pas « pour objet de déterminer les biens d'Etat qui passent à l'Etat successeur »[341]. C'est pour déterminer ces biens qu'à la présente session la Commission a adopté l'article 9. Comme les autres dispositions de la section 1 de la première partie du projet, l'article 9 formule une règle générale applicable à tous les types de succession. Cette règle, toutefois, est soumise à certaines limites qui sont précisées dans le texte.

2) En premier lieu, la règle est formulée « sous réserve des dispositions des articles de la présente partie ». Une première dérogation à cette règle est apportée par l'article 11 (Passage des créances d'Etat)[342]. Pourront y déroger également certaines des dispositions que la Commission adoptera pour chaque type particulier de succession d'Etats.

3) En deuxième lieu, le caractère supplétif de la règle énoncée à l'article 9 est souligné par les mots « à moins qu'il n'en soit autrement convenu ou décidé ». Cette expression figure déjà, dans un autre contexte, aux articles 7 et 8. En ce qui concerne les mots « ou décidé » la Commission a inclus le paragraphe suivant dans son commentaire de l'article 7 (Date du passage des biens d'Etat) :

> Il est arrivé [...] que des juridictions internationales se soient prononcées sur la question de savoir quelle était la date du passage de certains biens d'Etat de l'Etat prédécesseur à l'Etat successeur [276]. Aussi la Commission a-t-elle ajouté au premier membre de phrase de l'article les mots « ou décidé », après le mot « convenu ». La Commission n'a toutefois pas entendu préciser de qui pourrait émaner une décision en la matière [343].

[276] Voir p. ex. l'arrêt n° 7 rendu le 25 mai 1926 par la CPJI dans l'Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (*C.P.J.I.*, série A, n° 7) et l'Avis consultatif du 10 septembre 1923 au sujet de certaines questions touchant les colons d'origine allemande dans les territoires cédés par l'Allemagne à la Pologne (*ibid.*, série B, n° 6, p. 6 à 43).

4) Enfin, l'article 9 ne vise que les « biens d'Etat qui, à la date de la succession d'Etats, sont situés sur le territoire auquel se rapporte la succession d'Etats ». La Commission, en effet, a renoncé à formuler une règle générale déterminant quels sont les biens d'Etat situés hors de ce territoire qui passent à l'Etat successeur, le sort de tels biens dépendant dans la pratique du type de succession envisagé.

5) En ce qui concerne les biens d'Etats situés sur le territoire auquel se rapporte la succession, l'article 9 dispose qu'ils passent à l'Etat successeur. L'article ne fait aucune distinction entre les biens du domaine public et ceux du domaine privé de l'Etat prédécesseur et s'ap-

[341] *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 212, doc. A/9010/Rev.1, chap. III, sect. B, art. 8, par. 1 du commentaire.

[342] Voir ci-dessous art. 11, par. 3 du commentaire.

[343] *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 211, doc. A/9010/Rev.1, chap. III, sect. B, art. 7, par. 4 du commentaire.

plique également à ces deux catégories de biens. Une telle distinction a été cependant parfois faite en doctrine.

6) Pour ce qui est des biens du domaine public situés sur le territoire auquel se rapporte la succession d'Etats, la doctrine, basée sur une pratique constante, est unanime : ils passent à l'Etat successeur. C'est là, selon la formule de la CPJI, « le principe de droit commun de la succession d'Etat à Etat [344] ». En revanche, certains auteurs ont soutenu que les biens du domaine privé de l'Etat prédécesseur ne passent pas à l'Etat successeur. Le Commission a observé toutefois que cette thèse est contredite par la pratique moderne de la succession d'Etats et que, dans la grande majorité des cas de succession survenus depuis la seconde guerre mondiale, les biens du domaine privé de l'Etat prédécesseur sont passés à l'Etat successeur au même titre que ceux de son domaine public.

7) Certains des textes régissant les cas récents de succession d'Etats prévoient expressément le passage à l'Etat successeur des biens des domaines public et privé de l'Etat prédécesseur. C'est ainsi que l'article 2 du protocole annexé à la Déclaration finale de la Conférence internationale de Tanger (29 octobre 1956) dispose que l'Etat marocain « reprend possession des domaines public et privés confiés à l'Administration internationale en vertu du Dahir du 16 février 1924 [345] ». Aux termes de l'article 1er du Protocole d'accord domanial entre la République française et la République islamique de Mauritanie (10 mai 1963), « [...] la République française confirme le transfert à titre définitif à la République islamique de Mauritanie de ses droits sur tous les immeubles ayant constitué le domaine public ou le domaine privé de l'Etat français [346] ».

8) Dans la plupart des hypothèses, cependant, les textes régissant les cas récents de succession d'Etats prévoient le passage des biens d'Etat à l'Etat successeur sans faire aucune distinction entre le domaine public et le domaine privé. Par exemple, l'Accord sur le règlement de la question domaniale entre le Gouvernement français et le Gouvernement du Viet-Nam (24 mars 1950) dispose dans son article Ier que « la propriété de tous les immeubles faisant partie de l'ancien domaine de l'Etat français au Viet-Nam est transférée définitivement à l'Etat vietnamien [347] ». L'article V du Traité de cession du territoire de la Ville libre de Chandernagor (2 février 1951) stipule que

> Le Gouvernement de la République française cède au Gouvernement de la République de l'Inde tous les biens de l'Etat et des collectivités publiques qui se trouvent sur le territoire de la Ville libre de Chandernagor [348].

Aux termes de l'article 36 de l'Accord de coopération en matière économique, monétaire et financière entre la République française et la Fédération du Mali (22 juin 1960), « la propriété de toutes les dépendances domaniales immatriculées au nom de la République française sera transférée à la Fédération du Mali [349] ». Une disposition analogue figure à l'article 1er de la Convention relative au règlement domanial entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République du Sénégal (18 septembre 1962) [350]. L'article 166 de la Constitution de la Fédération de Malaisie (1957) prévoit le transfert aux Etats successeurs des biens, avoirs et terrains de l'Etat prédécesseur [351]. L'article 57 de la Constitution de la Somalie dispose que :

> Tous les biens (y compris tous les droits nés d'un contrat ou autre source) qui, immédiatement avant l'entrée en vigueur de la présente Constitution, sont dévolus à Sa Majesté britannique ou à une personne de droit privé ou public pour le compte de Sa Majesté britannique aux fins de l'administration du Protectorat de la Somalie britannique ou sont dévolus à cette administration ou à une personne de droit privé ou public pour le compte de cette administration seront, au moment de l'entrée en vigueur de la présente Constitution, dévolus au Conseil des ministres ou aux personnes de droit privé ou public pour le compte du Conseil des ministres que, par ordre publié dans la *Gazette*, le Conseil pourra désigner [352].

Des dispositions de même nature figurent à l'article 19 du *Zambia Independence Order* de 1964 [353].

9) C'est à la lumière de la pratique récente de la succession d'Etats que la Commission a décidé que la règle formulée à l'article 9 ne doit faire aucune distinction entre les biens du domaine public et ceux du domaine privé de l'Etat prédécesseur. Il va de soi que le caractère supplétif de cette règle permet aux Etats prédécesseur et successeur d'y déroger et de convenir que les biens du domaine privé de l'Etat prédécesseur ne passeront pas à l'Etat successeur ou n'y passeront que moyennant le versement d'une indemnité.

10) L'article 9 s'applique aux biens d'Etat situés sur le territoire auquel se rapporte la succession, qu'ils soient mobiliers ou immobiliers. La Commission a été pleinement consciente du caractère ténu du lien qui rattache un bien mobilier au territoire où il se trouve à un moment donné et, partant, des abus auxquels peut donner lieu l'application de cette disposition aux biens mobiliers. Elle a noté également que le passage des biens mobiliers de l'Etat prédécesseur à l'Etat successeur a souvent fait l'objet d'accords fondés sur des critères autres que celui de la situation de ces biens à la date de la succession d'Etats. La nature très diverse de ces accords ne lui a pas permis d'en dégager une règle générale qui, en ce qui concerne les biens mobiliers, aurait remplacé celle de l'article 9. D'un autre côté, restreindre la portée de cet article aux seuls biens immobiliers aurait laissé une sérieuse lacune dans le projet; la Commission a donc donné à ce texte un libellé qui s'applique aux biens mobiliers au même titre qu'aux biens immobiliers.

---

[344] Arrêt du 15 décembre 1933, Université Péter Pázmány *c.* Etat tchécoslovaque, *C.P.J.I.*, série A/B, n° 61, p. 237.

[345] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 263, p. 170.

[346] *Journal officiel de la République française, Lois et décrets*, Paris, 31 octobre 1963, 95e année, n° 256, p. 9708.

[347] *Ibid.*, 22 mars 1970, 102e année, n° 69, p. 2749.

[348] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 203, p. 159.

[349] *Journal officiel de la République française, Lois et décrets*, Paris, 20 juillet 1960, 92e année, n° 167, p. 6637.

[350] *Ibid.*, 21 mars 1963, 95e année, n° 69, p. 2720.

[351] *Documentation concernant la succession d'Etats* (publication des Nations Unies, numéro de vente : E/F.68.V.5), p. 85 et 86.

[352] Royaume-Uni, *Statutory Instruments, 1960*, Part I, Londres, 1961, p. 1297.

[353] *Ibid.*, *1964*, Part III, sect. 1, Londres, 1965, p. 3651 et 3652.

[*Article 11. — Passage des créances d'Etat*

Sous réserve des dispositions des articles de la présente partie et à moins qu'il n'en soit autrement convenu ou décidé, les créances dues à l'Etat prédécesseur du fait de sa souveraineté ou de son activité sur le territoire auquel se rapporte la succession d'Etats passent à l'Etat successeur.]

Commentaire

1) Avant d'examiner la règle énoncée à l'article 11, la Commission désire présenter les observations de forme suivantes sur le texte de cet article. En ce qui concerne le texte anglais, les mots *debts owed* y sont suivis de l'expression française « créances dues », placée entre parenthèses. C'est en effet le sens de « créances dues » que la Commission entend donner à *debts owed.* Comme il ne paraît pas exister en anglais d'équivalent exact de l'expression française, la Commission l'a incluse entre parenthèses dans le texte anglais. Un problème analogue s'étant posé pour le terme correspondant au mot « créances » dans le texte russe, la Commission a inséré ce mot entre parenthèses après le terme en question. En ce qui concerne le texte dans toutes les langues, la Commission l'a placé entre crochets pour les raisons indiquées plus loin [354].

2) L'article 11 énonce la règle — valable pour tous les types de succession — que, sous les réserves indiquées dans le texte, « les créances dues à l'Etat prédécesseur du fait de sa souveraineté ou de son activité sur le territoire auquel se rapporte la succcession d'Etats passent à l'Etat successeur ». La règle s'applique à toutes les créances qui pourraient être dues à l'Etat prédécesseur à un titre ou un autre, qu'elles soient ou non certaines ou liquidées à la date de la succession d'Etats. Elle vise les créances de toute nature, quelle qu'en soit l'origine, quel que soit le débiteur (personnes physiques ou morales, nationales, territoriales ou étrangères) et quel que soit leur caractère juridique (créances hypothécaires ou non garanties, actions, participations, bons publics, sans exclure les impôts). Elle s'applique notamment aux créances qui constituent les ressources publiques de l'Etat telles que *a*) *ressources domaniales*, c'est-à-dire revenus de biens appartenant, à l'Etat (coupes de bois, des forêts domaniales, droits de chasse ou de pêche, etc.), revenus des participations financières de l'Etat à des entreprises privées, et revenus des exploitations industrielles et commerciales (monopoles fiscaux, services publics industriels); *b*) *taxes administratives* ou rémunérations pour services rendus; et, surtout, *c*) *impôts* — qui sont par excellence l'expression de la souveraineté en tant qu'ils sont requis par voie d'autorité.

3) Les créances dues à l'Etat prédécesseur constituent des biens d'Etat au sens donné à cette expression par l'article 5. Par conséquent, en l'absence d'une disposition particulière concernant ces créances, elles relèveraient de la règle de l'article 9 selon laquelle « les biens d'Etat qui, à la date de la succession d'Etats, sont situés sur le territoire auquel se rapporte la succession d'Etats passent à l'Etat successeur ». La Commission a estimé toutefois que le critère de la situation matérielle des biens d'Etat énoncé à l'article 9 ne pouvait guère être appliqué dans la plupart des cas à des créances. Elle a donc décidé de consacrer au passage des créances d'Etat la règle distincte qui est énoncée dans la disposition de l'article 11 citée au paragraphe précédent, et aux termes de laquelle, pour qu'une créance d'Etat passe à l'Etat successeur, il faut — et il suffit — que l'une au moins des deux conditions suivantes soit remplie : *a*) que la créance soit due à l'Etat prédécesseur du fait de sa souveraineté sur le condition pourra entrer en jeu dans tous les cas où *b*) qu'elle soit due à l'activité de l'Etat prédécesseur sur le territoire en question. Il va de soi que seule la deuxième condition pourra entrer dans le jeu dans tous les cas où l'Etat prédécesseur n'avait pas la souveraineté sur le territoire auquel se rapporte la succession d'Etats, et notamment dans certaines situations relatives à des territoires dépendants.

4) La règle énoncée à l'article 11 reflète la jurisprudence des tribunaux de nombreux Etats successeurs. C'est ainsi qu'en 1864 la Cour de cassation française décidait que le fait de l'annexion de la Savoie à la France n'avait pas libéré le requérant des droits d'enregistrement dus à l'Etat prédécesseur d'après les lois sardes [355].

5) Dans une série de décisions prises après la première guerre mondiale, la Cour administrative suprême de Tchécoslovaquie a jugé que c'était par l'effet de sa propre souveraineté territoriale que l'Etat tchécoslovaque avait perçu tous les impôts et taxes payables sur son territoire et non recouvrés à la date de sa création, le 28 octobre 1918, et qu'il était fondé à ne pas reconnaître les paiements effectués après cette date à des autorités étrangères. Un appelant avait soutenu vainement que l'Etat tchécoslovaque n'avait pas qualité pour percevoir une redevance à l'égard de laquelle l'ancien Etat autrichien était devenu créancier avant le 28 octobre 1918 et qui avait été payée aux autorités autrichiennes à Vienne le 29 novembre 1918. La Cour a jugé qu'à dater du 28 octobre 1918 le droit de percevoir les impôts en Tchécoslovaquie, *y compris les impôts dus avant ce jour*, appartenait uniquement à l'Etat tchécoslovaque [356].

6) Dans une affaire concernant la succession d'une personne privée (succession Dietl), la Cour suprême de Pologne a jugé qu'était passée à l'Etat successeur (la Pologne) une créance de l'Etat prédécesseur (la Russie) résultant d'un acte dressé en 1889 par lequel le *de cujus* s'était engagé à faire bâtir une école dans le territoire auquel se rapportait la succession d'Etats [357]. Dans une autre affaire, elle a jugé que la créance de l'Etat prédécesseur contre une ville située sur le territoire en question était, elle aussi, passée à l'Etat successeur [358].

---

[354] Voir ci-dessous par. 10 et 11.

[355] Cour de cassation française, Chambre civile, arrêt du 30 août 1864, Barjaud *c.* Enregistrement (M. Dalloz, *Jurisprudence générale : Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine*, 1re partie, Paris, Bureau de jurisprudence générale, 1864, p. 351).

[356] Voir *Annuaire... 1963*, vol. II, p. 140 et 141, doc. A/ CN.4/157, par. 354.

[357] *Ibid.*, p. 138, par. 333.

[358] *Ibid.*, p. 139, par. 336.

7) Les principes qui émanent de ces décisions peuvent être corroborés par les dispositions de plusieurs accords conclus après la seconde guerre mondiale entre Etats prédécesseurs et successeurs. C'est ainsi que, en ce qui concerne la succession de l'Inde et du Pakistan au Royaume-Uni, les accords indo-pakistanais de décembre 1947 [359] prévoyaient que chacun des Etats successeurs conservait le produit de la fiscalité perçue sur leurs territoires respectifs après le 14 août 1947. En ce qui concerne la succession de l'Inde aux territoires français du sous-continent, l'accord franco-indien du 21 octobre 1954 [360] disposait qu' « à la date du transfert *de facto*, les comptes publics locaux seront arrêtés dans les écritures du trésorier-payeur du territoire » et que « le Gouvernement de l'Inde sera substitué au Gouvernement français pour toutes créances ».

8) Il est vrai que dans un cas au moins, celui du transfert de l'Alsace-Lorraine à l'Allemagne en 1871, les Etats prédécesseur et successeur intéressés ont fait conventionnellement une distinction entre les créances privées du Trésor et les créances qui se rattachent aux impôts [361]. On lit en effet dans le Protocole n° 1 de la Conférence de Francfort du 6 juillet 1871 :

> Il existe certaines créances qui, à raison de leur caractère essentiellement privé, en quelque sorte personnel, sont absolument distinctes de celles que le changement de souveraineté emporte avec lui. Tel est notamment le cas pour des avances faites à des industriels français établis dans les territoires cédés [362].

C'est pourquoi il fut stipulé à l'article VIII du Protocole de clôture annexé à la Convention additionnelle du 11 décembre 1971 que

> L'empire allemand laissera au Trésor français toutes facilités pour le recouvrement des créances actives, chirographaires ou hypothécaires qu'il peut avoir à répéter contre les débiteurs domiciliés dans les territoires cédés, en vertu d'actes ou de titres antérieurs au Traité de paix et ne se rattachant ni aux impôts ordinaires ni aux autres contributions [363].

Toutefois, la distinction établie dans l'article VIII entre les impôts et les créances ne paraît pas avoir constitué un précédent, et s'explique sans doute par les circonstances particulières dans lesquelles sont nées les créances visées dans cet article.

9) Comme pour l'article 9 et pour les mêmes raisons, la règle formulée à l'article 11 y est soumise aux exceptions énoncées dans le premier membre de phrase de l'article, à savoir « Sous réserve des dispositions des articles de la présente partie et à moins qu'il n'en soit autrement convenu ou décidé ». La Commission renvoie sur ce point aux observations qu'elle a présentées à propos de l'article 9 [364].

10) Au cours de l'élaboration de l'article 11 par la Commission, plusieurs de ses membres ont exprimé des réserves sur ce texte. On a fait observer tout d'abord que la question du passage des créances d'Etat ne ressortissait pas au sujet des biens d'Etat, auquel est consacrée la partie du projet où se trouve l'article. On a également soutenu qu'en ce qui concerne les impôts dus à l'Etat prédécesseur celui-ci ne peut plus les percevoir après la date de la succession d'Etats puisqu'il n'exerce plus aucun pouvoir sur le territoire auquel se rapporte la succession. Quant à l'Etat successeur, il perçoit les impôts sur ce territoire en vertu de sa propre souveraineté et non de la succession d'Etats. D'autres membres ont critiqué le mot « passent » dans l'expression « les créances dues à l'Etat prédécesseur [...] passent à l'Etat successeur ». Ce terme leur a paru trop imprécis pour opérer une véritable cession de créances. Enfin, on a fait observer que, bien que la règle énoncée à l'article 11 soit supplétive, l'existence même de cette règle rendrait plus difficile la négociation entre un Etat prédécesseur et un Etat successeur d'un accord concernant le passage des créances d'Etat et basé sur d'autres principes.

11) Compte tenu de ces réserves et afin d'attirer l'attention sur les questions qu'elles soulèvent, la Commission a décidé de placer l'article 11 entre crochets.

*Article X *. — Absence d'effets d'une succession d'Etats sur les biens d'un Etat tiers*

Une succession d'Etats n'affecte pas en tant que telle les biens, droits et intérêts qui, à la date de la succession d'Etats, sont situés sur le territoire de [l'Etat prédécesseur ou de] l'Etat successeur et qui, à cette date, appartiennent à un Etat tiers conformément au droit interne de l'Etat prédécesseur [ou de l'Etat successeur, selon le cas].

Commentaire

1) La règle formulée à l'article X découle du fait qu'une succession d'Etats, c'est-à-dire la substitution d'un Etat à un autre dans la responsabilité des relations internationales du territoire, ne peut avoir aucun effet juridique à l'égard des biens d'un Etat tiers. Avant de présenter des commentaires sur cet article, la Commission tient à rappeler qu'il est placé dans la première partie du projet, consacrée exclusivement à la succession d'Etats en matière de biens d'Etat. Aucun argument *a contrario* ne peut donc être tiré de l'absence dans l'article X de toute mention de biens, droits et intérêts privés.

---

[359] Voir *Keesing's Contemporary Archives, 1946-1948*, Bristol, vol. VI, p. 9066.

[360] Voir *Recueil des traités et accords de la France*, année 1962, p. 535, ainsi que *Journal officiel de l'Inde française*, Pondichéry, 22 octobre 1954, n° 105, p. 567; texte anglais dans : Inde, *Foreign Policy of India : Texts of Documents, 1947-64*, New Delhi, Lok Sabha (Secretariat), 1966, p. 212.

[361] Voir Préliminaires de paix du 26 février 1871 (M. de Clercq, *Recueil des traités de la France*, Paris, Durand, 1880, t. X, p. 430), Traité définitif de paix du 10 mai 1871 (*ibid.*, p. 472), Convention additionnelle au Traité de paix du 11 décembre 1871 (*ibid.*, p. 531), Protocole n° 1 des Conférences de Francfort, Conférence du 6 juillet 1871 (*ibid.*, p. 503).

[362] *Ibid.*, p. 507.

[363] *Ibid.*, p. 541.

[364] Voir ci-dessus art. 9, par. 2 et 3 du commentaire.

* Désignation provisoire.

2) Comme le soulignent les mots « en tant que telle » figurant après l'expression « Une succession d'Etats n'affecte pas », l'article X ne vise que la succession d'Etats. Il ne préjuge en rien les mesures que l'Etat successeur pourrait prendre en tant qu'Etat souverain à l'égard des biens d'un Etat tiers après la succession d'Etats et conformément aux règles d'autres branches du droit international.

3) Les mots « biens, droits et intérêts » sont empruntés à l'article 5, où ils font partie de la définition du terme « biens d'Etat ». Il sont suivis à l'article X de la clause limitative « qui, à la date de la succession d'Etats, sont situés sur le territoire de [l'Etat prédécesseur ou de] l'Etat successeur ». La Commission a considéré en effet qu'il était évident qu'une succession d'Etats ne peut avoir d'effet sur les biens, droits ou intérêts d'un Etat tiers situés en dehors des territoires affectés par la succession, et qu'en conséquence le champ d'application de l'article X devait être limité à ces territoires. Certains membres ont été d'avis que, dans ce contexte, le seul territoire affecté par la succession est celui de l'Etat successeur et que, partant, seul ce territoire devait être mentionné à l'article X. D'autres ont estimé au contraire que des difficultés pourraient surgir dans certaines hypothèses pour des biens d'un Etat tiers situés sur le territoire de l'Etat prédécesseur. Ils ont cité le cas de dépôts faits par un Etat tiers auprès d'une banque régionale que celle-ci transfère à une banque centrale. Si par la suite le territoire où se trouve la banque régionale devient indépendant, ces dépôts seront situés sur le territoire de l'Etat prédécesseur. Il y a donc lieu, d'après ces membres, de viser expressément le territoire de l'Etat prédécesseur à l'article X. Devant cette divergence de vues, la Commission a décidé de placer entre crochets les mots « l'Etat prédécesseur ou de ».

4) Les mots « conformément au droit interne de l'Etat prédécesseur » sont également empruntés à l'article 5. Ils ont fait l'objet des observations suivantes, que la Commission tient à rappeler dans le contexte de l'article X.

L'expression « droit interne de l'Etat prédécesseur » se réfère dans l'article 5 à l'ensemble des règles de l'ordre juridique de l'Etat prédécesseur qui sont applicables aux biens d'Etat. Pour les Etats dont la législation n'est pas unifiée, ces règles comprennent notamment celles qui déterminent le droit particulier de l'Etat prédécesseur — national, fédéral, métropolitain ou territorial — qui régit chacun de ces biens d'Etat [365].

5) A l'article X, les mots « conformément au droit interne de l'Etat prédécesseur » sont suivis des mots entre crochets « [ou de l'Etat successeur, selon le cas] ». Certains membres de la Commission ont soutenu en effet que le droit interne de l'Etat successeur pouvait être applicable pour déterminer les biens, droits et intérêts qui appartiennent à un Etat tiers. D'autres ont fait observer que, puisque les biens, droits et intérêts de l'Etat tiers existaient avant la date de la succession d'Etats, seul le droit de l'Etat prédécesseur devait être pris en considération pour déterminer leur appartenance. L'accord n'ayant pu être réalisé sur ce point, la Commission a placé les mots en question entre crochets.

Article 3. — Expressions employées

[Aux fins des présents articles :

...]

***e*) L'expression « Etat tiers » s'entend de tout Etat autre que l'Etat prédécesseur ou l'Etat successeur.**

Commentaire

L'expression « Etat tiers » ne figure pas à l'article 2 (Expressions employées) du projet d'articles sur la succession d'Etats en matière de traités adopté par la Commission en 1974. On explique dans le commentaire de cet article que, s'agissant d'un projet sur la succession d'Etats en matière de traités, l'expression « Etat tiers » ne peut être employée puisqu'on en a déjà fait une expression technique dans la Convention de Vienne sur le droit des traités pour désigner « un Etat qui n'est pas partie au traité » [366]. En revanche, s'agissant du projet d'articles sur la succession d'Etats dans les matières autres que les traités, la Commission a estimé que l'expression « Etat tiers » était la plus simple et la plus claire pour désigner tout Etat autre que l'Etat prédécesseur ou l'Etat successeur.

[365] *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 210, doc. A/9010/Rev.1, chap. III, sect. B, art. 5, par. 11 du commentaire.

[366] *Annuaire... 1974*, vol. II (1re partie), p. 181, doc. A/9610/Rev.1, chap. II, sect. D, art. 2, par. 12 du commentaire.

Chapitre IV

CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE

A. — Introduction

1. Résumé des débats de la Commission

77. A sa seizième session, en 1964, la CDI a examiné une proposition présentée par un de ses membres, M. Jiménez de Aréchaga, tendant à inclure dans son projet d'articles sur le droit des traités une disposition relative à la clause « de la nation la plus favorisée » [367]. La disposition suggérée était destinée à soustraire formellement cette clause à l'application des articles relatifs au problème de l'effet des traités à l'égard des Etats tiers. On a fait valoir à l'appui de cette proposition que, en

[367] *Annuaire... 1964*, vol. I, p. 194 et 195, 752e séance, par. 2.

raison des termes très généraux dans lesquels ces articles avaient été provisoirement adoptés par la Commission, la distinction à faire entre les dispositions en faveur d'Etats tiers et l'application de la clause de la nation la plus favorisée risquait de ne pas apparaître avec suffisamment de netteté, ce qui pourrait revêtir une importance particulière à propos de l'article traitant de l'abrogation ou de la modification de dispositions relatives aux droits ou obligations d'Etats tiers. Mais, tout en reconnaissant qu'il importait de ne pas préjuger l'application de la clause de la nation la plus favorisée, la Commission a estimé que ces clauses n'étaient nullement mises en cause par les articles en question et a donc jugé inutile de faire figurer dans son projet une clause de sauvegarde du type proposé. Quant aux clauses de la nation la plus favorisée en général, la Commission n'a pas jugé opportun d'en traiter dans la codification du droit général des traités, tout en estimant qu'il pourrait être indiqué, ultérieurement, d'en faire l'objet d'une étude spéciale [368]. La Commission a maintenu cette position à sa dix-huitième session, en 1966 [369].

78. A sa dix-neuvième session, en 1967, la Commission a noté qu'à la vingt et unième session de l'Assemblée générale plusieurs représentants à la Sixième Commission avaient demandé que la CDI s'occupe de la clause de la nation la plus favorisée en tant qu'aspect du droit général des traités. En raison de l'intérêt exprimé pour cette question, et parce que l'élucidation de ses aspects juridiques pourrait être utile à la CNUDCI, la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail la question de « la clause de la nation la plus favorisée dans le droit des traités », et elle a nommé M. Endre Ustor rapporteur spécial sur cette question [370].

79. A la vingtième session de la CDI, en 1968, le Rapporteur spécial a soumis un document de travail dans lequel il rendait compte du travail préparatoire qu'il avait accompli sur le sujet et indiquait brièvement le contenu éventuel d'un rapport qui serait présenté ultérieurement [371]. Le Rapporteur a également présenté un questionnaire énumérant des points précis sur lesquels il demandait aux membres de la Commission d'exprimer leur avis. Tout en reconnaissant l'importance fondamentale du rôle de la clause de la nation la plus favorisée dans le commerce international, la Commission a donné pour instructions au Rapporteur spécial de ne pas borner son étude à ce secteur, mais d'explorer les principaux domaines d'application de la clause. La Commission a considéré qu'elle devait s'attacher surtout au caractère juridique de la clause et aux conditions juridiques qui régissent son application et qu'elle devait faire la lumière sur la portée et l'effet de la clause en tant qu'institution juridique dans le cadre des divers aspects de son application pratique. Elle souhaitait fonder son étude sur les bases les plus larges possible, sans toutefois empiéter sur les domaines extérieurs à ses fonctions. Eu égard à ces considérations, la Commission a également donné pour directives au Rapporteur spécial de consulter, par l'intermédiaire du Secrétariat, toutes les organisations et institutions intéressées qui pouvaient posséder une expérience particulière en matière d'application de la clause de la nation la plus favorisée.

80. La Commission a décidé, à la même session, d'abréger le titre de la question en l'intitulant « La clause de la nation la plus favorisée » [372].

81. Par sa résolution 2400 (XXIII), du 11 décembre 1968, l'Assemblée générale a notamment recommandé à la Commission de poursuivre l'étude de la clause de la nation la plus favorisée. Par la suite, l'Assemblée générale a formulé la même recommandation dans ses résolutions 2501 (XXIV), du 12 novembre 1969, 2634 (XXV), du 12 novembre 1970, 2780 (XXVI), du 3 décembre 1971, et 2926 (XXVII) du 28 novembre 1972.

82. A la vingt et unième session de la Commission en 1969, le Rapporteur spécial a présenté son premier rapport [373], qui retraçait l'historique de la clause de la nation la plus favorisée jusqu'à la seconde guerre mondiale, et mettait plus particulièrement l'accent sur les travaux relatifs à cette clause entrepris par la SDN ou sous ses auspices. La Commission a examiné ce rapport et, acceptant la proposition du Rapporteur spécial, l'a chargé d'entreprendre ensuite une étude s'inspirant dans une large mesure des réponses des organisations et institutions intéressées consultées par le Secrétaire général et s'appuyant aussi sur trois affaires examinées par la CIJ et intéressant cette clause [374].

83. Suivant les instructions de la Commission, le Rapporteur spécial a présenté son deuxième rapport [375] à la vingt-deuxième session de la Commission, en 1970. Dans la première partie de ce rapport, il analysait les opinions soutenues par les parties et les juges sur la nature et le rôle de la clause dans les trois affaires dont la CIJ avait eu à connaitre : l'*Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (compétence)* [1952] [376], l'*Affaire relative aux droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc (jugement)* [1952] [377], et l'*Affaire Ambatielos (fond : obligation d'arbitrage)* [1953] [378]. La première partie traitait aussi de la sentence rendue le 6 mars 1956 par la Commission d'arbitrage instituée aux termes de l'accord conclu le 24 février 1955 entre le Gouvernement grec et le Gouvernement du Royaume-Uni pour arbitrer la réclamation Ambatielos [379].

84. Dans la seconde partie du deuxième rapport, le Rapporteur spécial a présenté d'une manière systématique les réponses des organisations internationales et des institutions intéressées à une lettre-circulaire que le

[368] *Annuaire... 1964*, vol. II, p. 184, doc. A/5809, par. 21.

[369] *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 192, doc. A/6309/Rev.1, deuxième partie, par. 32.

[370] *Annuaire... 1967*, vol. II, p. 407, doc. A/6709/Rev.1, par. 48.

[371] *Annuaire... 1968*, vol. II, p. 169, doc. A/CN.4/L.127.

[372] *Ibid.*, vol. I, p. 258 et 259, 987e séance, par. 7 à 12.

[373] *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 163, doc. A/CN.4/213.

[374] *Ibid.*, p. 244, doc. A/7610/Rev.1, par. 89.

[375] *Annuaire... 1970*, vol. II, p. 213, doc. A/CN.4/228 et Add.1.

[376] *C.I.J. Recueil 1952*, p. 93.

[377] *Ibid.*, p. 176.

[378] *C.I.J. Recueil 1953*, p. 10.

[379] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (publication des Nations Unies, numéro de vente : 63.V.3), p. 91.

Secrétaire général leur avait envoyée le 23 janvier 1969. Dans cette lettre, le Secrétaire général invitait les organisations et institutions consultées à présenter, aux fins de communication au Rapporteur spécial, tous les renseignements tirés de leur expérience et propres à aider le Rapporteur spécial et la Commission dans leur travaux de codification et de développement progressif des règles de droit international concernant la clause de la nation la plus favorisée. Il leur demandait notamment de signaler tout traité bilatéral ou multilatéral, toute déclaration, toute pratique ou fait pertinents, et de faire connaître leur point de vue, quant aux règles existantes qui pouvaient se dégager quant à ladite clause. Plusieurs organisations internationales et institutions intéressées ont répondu de façon détaillée à la circulaire, et ces réponses ont servi de base à la deuxième partie du rapport du Rapporteur spécial.

85. La Commission n'a pas pu examiner la question à ses vingt-deuxième (1970) et vingt-troisième (1971) sessions.

86. A sa vingt-troisième session, toutefois, sur la suggestion du Rapporteur spécial, la Commission a demandé au Secrétariat d'établir, à partir des recueils de jurisprudence dont il disposait et des renseignements qu'il obtiendrait en s'adressant aux gouvernements, un « Sommaire de la jurisprudence des tribunaux nationaux en ce qui concerne la clause de la nation la plus favorisée » [380].

87. A la vingt-quatrième session de la Commission, en 1972, le Rapporteur spécial a présenté son troisième rapport [381], dans lequel il proposait une série de cinq articles sur la clause de la nation la plus favorisée, accompagnés de commentaires. Les articles définissaient les expressions employées dans le projet, notamment les expressions « clause de la nation la plus favorisée » (art. 2) et « traitement de la nation la plus favorisée » (art. 3), et traitaient du fondement juridique du traitement de la nation la plus favorisée (art. 4) et de l'origine du droit de l'Etat bénéficiaire (art. 5).

88. Occupée à achever le projet d'articles sur la succession d'Etats en matière de traités et le projet d'articles sur la prévention et la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et d'autres personnes ayant droit à une protection internationale, la Commission n'a pu examiner la question à sa vingt-quatrième session, en 1972.

89. A cette session, toutefois, comme le Rapporteur spécial le lui avait suggéré, la Commission a prié le Secrétariat d'entreprendre des recherches sur les clauses de la nation la plus favorisée qui figurent dans les traités publiés dans le *Recueil des Traités* des Nations Unies. Ces recherches devaient porter sur le champ d'application des clauses en question, leur rapport avec les clauses de traitement national, les exceptions prévues dans les traités, et la pratique concernant la succession d'Etats en matière de clauses de la nation la plus favorisée [382].

90. A la vingt-cinquième session de la Commission, en 1973, le Rapporteur spécial a présenté son quatrième rapport [383], dans lequel il proposait trois autres articles, accompagnés de commentaires, relatifs à la présomption en faveur du caractère inconditionnel de la clause (art. 6), à la règle *ejusdem generis* (art. 7) et aux droits acquis de l'Etat bénéficiaire (art. 8).

91. A sa vingt-cinquième session également, la Commission a examiné le troisième rapport du Rapporteur spécial, de sa 1214e à sa 1218e séance, et a renvoyé au Comité de rédaction les projets d'articles 2, 3 ,4 et 5 qui y étaient proposés. A sa 1238e séance, elle a examiné les rapports du Comité de rédaction et a adopté les articles 1 à 7 en première lecture.

92. La Commission a reproduit dans son rapport sur sa vingt-cinquième session, pour l'information de l'Assemblée générale, le texte de ces projets d'articles et des commentaires y relatifs qu'elle avait adoptés. Ce faisant, elle a appelé l'attention de l'Assemblée générale sur le fait que l'adoption de ces sept articles représentait seulement la première phase de ses travaux d'élaboration d'un projet d'articles sur la question. Aussi, selon sa pratique habituelle, est-ce seulement à titre provisoire que la Commission a adopté un article sur les expressions employées. La Commission estime qu'elle ne peut pas se prononcer définitivement sur cet article avant d'avoir examiné les articles de fond qui figureront dans le projet d'ensemble [384].

93. Dans sa résolution 3071 (XXVIII) du 30 novembre 1973, l'Assemblée générale a recommandé notamment à la Commission de poursuivre la préparation de projets d'articles sur la clause de la nation la plus favorisée. L'Assemblée générale a fait de nouveau la même recommandation dans sa résolution 3315 (XXIX), du 14 décembre 1974.

94. A la vingt-sixième session de la Commission, en 1974, le Rapporteur spécial a présenté son cinquième rapport [385], qui contenait treize nouveaux projets d'articles accompagnés de commentaires. Les articles portaient sur l'effet d'une clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée (art 6 *bis*) et d'une clause de la nation la plus favorisée sous condition d'avantages réciproques (art. 6 *ter*); le respect des lois et règlements de l'Etat concédant (art. 6 *quater*); la portée de la clause de la nation la plus favorisée quant aux personnes et quant aux biens (art. 7 *bis*); la clause du traitement national (art. 9); le traitement national (art. 10) et le traitement national dans les Etats fédéraux (art. 10 *bis*); l'effet d'une clause inconditionnelle de traitement national (art. 11) et d'une clause de traitement national sous condition d'avantages réciproques (art. 12); le droit de l'Etat bénéficiaire au traitement national en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée (art. 13); le cumul du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée (art. 14); la date à laquelle la clause de la nation la plus favorisée prend effet et l'extinction ou la suspension de

[380] *Annuaire... 1971*, vol. II (1re partie), p. 367, doc. A/8410/Rev.1, par. 113.

[381] *Annuaire... 1972*, vol. II, p. 175, doc. A/CN.4/257 et Add.1.

[382] *Ibid.*, p. 352, doc. A/8710/Rev.1, par. 75.

[383] *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 95, doc. A/CN.4/266.

[384] *Ibid.*, p. 214, doc. A/9010/Rev.1, par. 108.

[385] *Annuaire... 1974*, vol. II (1re partie), p. 119, doc. A/CN.4/280.

l'effet d'une clause de la nation la plus favorisée (art. 15 et 16, respectivement).

95. La Commission n'a pas pu reprendre l'examen du sujet à sa vingt-sixième session, car elle a dû consacrer la plus grande partie de cette session à la deuxième lecture des projets d'articles sur la succession d'Etats en matière de traités et à la préparation d'une première série de projets d'articles sur la responsabilité des Etats.

96. A la présente session, le Rapporteur spécial a présenté son sixième rapport (A/CN.4/286 [386]), qui contenait des propositions concernant certains des projets d'articles sur la clause de la nation la plus favorisée adoptés par la Commission à sa vingt-cinquième session ainsi que les projets d'articles qu'il avait présentés dans ses deux rapports précédents, avec des commentaires supplémentaires. Le rapport traitait également du cas des unions douanières et des associations analogues d'Etats, ainsi que de la clause de la nation la plus favorisée et des différents niveaux de développement économique des Etats.

97. La Commission a examiné les quatrième, cinquième et sixième rapports présentés par le Rapporteur spécial de sa 1330e à sa 1343e séance et a renvoyé les projets d'articles 6, 6 *bis*, 6 *ter*, 6 *quater*, 7, 7 *bis*, 8, 8 *bis*, 13, 14, 15 et 16, qui y figuraient, au Comité de rédaction. La Commission a également renvoyé au Comité de rédaction le texte d'un article présenté par le Rapporteur spécial au cours de la session (A/CN.4/L.228/Rev.1/Corr.1 [387]), qui prévoyait une exception au fonctionnement de la clause de la nation la plus favorisée dans le cas d'un système généralisé de préférences accordées aux Etats en voie de développement. A ses 1352e et 1353e séances, la Commission a examiné les rapports du Comité de rédaction et a adopté les articles 8 à 21 en première lecture.

98. Le texte de tous les projets d'articles sur la clause de la nation la plus favorisée adoptés jusqu'à présent par la Commission ainsi que le texte des articles 8 à 21 et des commentaires y relatifs adopté à la présente session sont reproduits ci-après pour l'information de l'Assemblée générale [388].

99. A la vingt-cinquième session de la Commission, en 1973, le Rapporteur spécial a indiqué à la Commission les problèmes qu'il avait l'intention de traiter dans les projets d'articles qu'il proposerait dans ses futurs rapports. Parmi les problèmes énumérés à cette occasion, le Rapporteur spécial doit encore examiner la question de savoir si, et dans quelle mesure, l'Etat bénéficiaire a le droit d'être informé des avantages accordés par l'Etat concédant à un Etat tiers qui ont un rapport avec la clause de la nation la plus favorisée en vigueur entre l'Etat concédant et l'Etat bénéficiaire. Il a également indiqué que la question de la succession d'Etats en matière de clauses de la nation la plus favorisée pourrait être examinée plus tard [389].

100. A la vingt-cinquième session également, le Secrétariat a distribué un document intitulé « Sommaire de la jurisprudence des tribunaux nationaux en ce qui concerne la clause de la nation la plus favorisée [390] », établi à la demande de la Commission [391].

2. Portée du projet d'articles

101. Comme on l'a déjà noté, l'idée que la CDI pourrait entreprendre une étude sur la clause de la nation la plus favorisée s'est fait jour au cours de ses travaux sur le droit des traités [392]. La Commission a estimé en effet que même si la clause, en tant que disposition conventionnelle, relève entièrement du droit général des traités, il serait souhaitable de lui consacrer une étude spéciale. Tout en estimant que l'étude en question revêtait un intérêt particulier du fait du rôle joué par la clause en tant que procédé fréquemment utilisé dans le domaine économique, elle a conçu sa tâche comme une étude de la clause considérée en tant qu'aspect du droit des traités [393]. Lorsque la Commission a examiné la question pour la première fois en 1968 sur la base des travaux préparatoires effectués par le Rapporteur spécial, elle a décidé de s'attacher essentiellement au caractère juridique de la clause et aux conditions juridiques de son application afin de préciser la portée et l'effet de la clause en tant qu'institution juridique [394].

102. La Commission maintient la position qu'elle a adoptée en 1968 et fait observer que, si le titre de la question a été modifié (« la clause de la nation la plus favorisée dans le droit des traités » devenant « la clause de la nation la plus favorisée »), il ne faut y voir aucun changement dans son intention de considérer la clause comme une institution juridique et d'étudier les règles de droit qui s'y rapportent. Le point de vue adopté par la Commission reste le même : tout en reconnaissant l'importance fondamentale du rôle de la clause de la nation la plus favorisée dans le domaine du commerce international, elle ne désire pas se borner à en étudier l'application dans ce seul domaine, mais voudrait étendre son étude à l'application de la clause dans tous les domaines possibles.

103. D'autre part, bien que la Commission n'ait pas l'intention de s'engager dans des domaines extérieurs à ses fonctions, elle souhaite prendre en considération tous les faits récents qui peuvent avoir une incidence sur la codification ou le développement progressif des règles touchant à l'application de la clause. A cet égard, la

---

[386] Voir ci-dessus p. 1.

[387] Texte reproduit dans *Annuaire... 1975*, vol. I, 1342e séance, par. 1.

[388] Voir sect. B.

[389] *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 214 et 215, doc. A/9010/Rev.1, par. 110. Voir aussi *Annuaire... 1973*, vol. I, p. 88, 1217e séance, par. 76.

[390] *Ibid.*, vol. II, p. 116, doc. A/CN.4/269, ci-après appelé « Sommaire du Secrétariat ».

[391] Voir ci-dessus par. 86.

[392] Voir ci-dessus par. 77.

[393] Voir ci-dessus par. 78.

[394] Voir ci-dessus par. 79.

Commission voudrait rechercher tout particulièrement de quelle manière la nécessité d'accorder des préférences aux pays en voie de développement — c'est-à-dire de faire des exceptions à la clause de la nation la plus favorisée dans le domaine des relations économiques — peut se traduire dans des règles juridiques [395].

104. La Commission a également limité la portée du projet d'articles en y faisant figurer les dispositions des articles 1er et 3, pour les raisons qui sont indiquées dans les commentaires de ces articles [396].

3. La clause de la nation la plus favorisée et la clause du traitement national

105. A la vingt-cinquième session de la Commission, en 1973, le Rapporteur spécial, à la demande du Rapporteur de la Commission, qui l'avait prié d'indiquer à la Commission les problèmes qu'il se proposait de traiter dans les futurs projets d'articles, a exprimé son intention d'examiner, entre autres, l'interaction entre les clauses de la nation la plus favorisée et les clauses du traitement national, notamment l'octroi par l'effet des clauses de la nation la plus favorisée d'avantages accordés par les clauses du traitement national [397].

106. Dans son cinquième rapport, le Rapporteur spécial a proposé plusieurs projets d'articles relatifs au traitement national et à la clause du traitement national (art. 9 et suiv.) [398]. Ce faisant, il avait à l'esprit le lien étroit qui existe entre une clause de la nation la plus favorisée et une clause du traitement national et le fait que ces deux clauses apparaissent souvent côte à côte dans les traités et sont parfois combinées, et il souhaitait pouvoir traiter des questions importantes soulevées par le cumul des deux clauses [399].

107. Dans son sixième rapport (A/CN.4/286 [400]), le Rapporteur spécial a réaffirmé sa conviction que le projet d'articles ne pouvait pas, au risque d'être incomplet, ne pas faire place à la clause du traitement national et au traitement national au même titre qu'à la clause de la nation la plus favorisée et au traitement de la nation la plus favorisée. En conséquence, il a proposé de mentionner expressément tant la clause de la nation la plus favorisée que la clause du traitement national dans les articles qui leur sont applicables à toutes deux (A/CN.4/286, par. 2 à 4).

108. A la présente session, la Commission a examiné, à ses 1330e et 1336e séances, la question de savoir si le projet devait également porter sur les clauses du traitement national et le traitement national à propos notamment des projets d'articles 9 et 10 proposés par le Rapporteur spécial, qui indiquent le sens à attribuer à ces deux expressions aux fins du projet. Après un débat général au cours duquel des vues divergentes ont été exprimées, la Commission a décidé de consacrer l'essentiel de ses travaux, à la présente session, à la formulation de projets de règles concernant spécifiquement les clauses de la nation la plus favorisée et le traitement de la nation la plus favorisée. La Commission a néanmoins adopté deux articles portant respectivement sur le droit au traitement national en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée (art. 16) et sur le traitement de la nation la plus favorisée et le traitement national [ou autre traitement] concernant la même matière (art. 17) [401]. L'Assemblée générale voudra peut-être se prononcer sur la question de savoir s'il y a lieu de développer davantage le projet dans le domaine du traitement national et des clauses du traitement national.

4. La clause de la nation la plus favorisée et le principe de la non-discrimination

109. La Commission a examiné le rapport et l'interaction qui existent entre la clause de la nation la plus favorisée et le principe de la non-discrimination. Elle s'est demandé, en particulier, si le principe de la non-discrimination n'impliquerait pas la généralisation du traitement de la nation la plus favorisée.

110. La Commission a reconnu, il y a plusieurs années, que la règle de la non-discrimination est « une règle générale qui découle de l'égalité entre les Etats [402] », et que la non-discrimination est « une règle générale qui découle de l'égalité souveraine des Etats [403] ». Par la résolution 2625 (XXV), du 24 octobre 1970, l'Assemblée générale a approuvé la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies, où il est dit notamment :

> Les Etats doivent conduire leurs relations internationales dans les domaines économique, social, culturel, technique et commercial conformément aux principes de l'égalité souveraine [...].

111. La clause de la nation la plus favorisée, de l'avis de la Commission, peut être considérée comme une technique ou un moyen de promouvoir l'égalité des Etats ou la non-discrimination. La CIJ a déclaré que la clause avait pour objet « d'établir et de maintenir en tout temps l'égalité fondamentale sans discrimination entre tous les pays intéressés [404] ».

112. La Commission a observé, toutefois, que le rapport étroit qui unit la clause de la nation la plus favorisée au principe général de la non-discrimination ne doit pas faire oublier les différences qui existent entre les deux notions. Ces différences sont mises en lumière par les articles pertinents des Conventions de Vienne sur les

---

[395] Voir ci-dessous par. 113 et suiv. et commentaire de l'article 21.

[396] Voir *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 217 et 218, doc. A/9010/Rev.1, chap. IV, sect. B.

[397] *Ibid.*, p. 214 et 215, doc. A/9010/Rev.1, par. 110.

[398] Voir ci-dessus par. 94.

[399] Voir *Annuaire... 1974*, vol. II (1re partie), p. 127, doc. A/CN.4/280, art. 9 et 10, par. 1 du commentaire.

[400] Voir ci-dessus p. 1.

[401] Voir ci-dessous sect. B.

[402] *Annuaire... 1958*, vol. II, p. 108, doc. A/3859, chap. III, sect. II, art. 44, par. 1 du commentaire.

[403] *Annuaire... 1961*, vol. II, p. 133, doc. A/4843, chap. II, sect. IV, art. 70, par. 1 du commentaire.

[404] Affaire relative aux droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc (arrêt), *C.I.J. Recueil 1952*, p. 192.

relations diplomatiques[405] et sur les relations consulaires[406]. Les deux conventions contiennent un article qui dit notamment :

1. En appliquant les dispositions de la présente Convention, l'Etat accréditaire [de résidence] ne fera pas de discrimination entre les Etats.

2. Toutefois, ne seront pas considérés comme discriminatoires :

...

b) Le fait pour des Etats de se faire mutuellement bénéficier, par coutume ou par voie d'accord, d'un traitement plus favorable que ne le requièrent les dispositions de la présente Convention[407].

Ces dispositions traduisent la règle évidente selon laquelle, tout en étant liés par l'obligation qui découle du principe de la non-discrimination, les Etats sont néanmoins libres d'accorder des avantages particuliers à d'autres Etats pour tenir compte de quelque rapport particulier d'ordre géographique, économique, politique ou autre. En d'autres termes, le principe de la non-discrimination doit être considéré comme une règle générale qui peut toujours être invoquée par n'importe quel Etat. Mais un Etat ne peut pas, normalement, invoquer ce principe à l'encontre d'un autre Etat qui accorde un traitement particulièrement favorable à un Etat tiers s'il bénéficie lui-même du traitement général non discriminatoire accordé aux autres Etats sur un pied d'égalité avec ceux-ci. Un Etat ne peut demander à être assimilé à un Etat favorisé qu'en se fondant sur un engagement explicite de l'Etat qui accorde le traitement de faveur en question sur une stipulation conventionnelle, c'est-à-dire sur une clause de la nation la plus favorisée.

5. La clause de la nation la plus favorisée et les différents niveaux de développement économique

113. La Commission, dès les premiers stades de ses travaux, a pris conscience du problème que l'application de la clause de la nation la plus favorisée crée dans le domaine des relations économiques lorsque le développement des Etats intéressés présente une inégalité frappante Elle a rappelé le rapport intitulé « International Trade and the Most-Favoured-Nation Clause » (Le commerce international et la clause de la nation la plus favorisée) établi par le secrétariat de la CNUCED (« mémorandum de la CNUCED »), où il est dit notamment :

L'application de la clause de la nation la plus favorisée à tous les pays indépendamment de leur niveau de développement répondrait aux exigences d'une égalité formelle, mais comporterait, en fait, une discrimination implicite à l'égard des membres les plus faibles de la communauté internationale. Cela ne signifie pas qu'il faille rejeter définitivement la clause de la nation la plus favorisée. [...] La reconnaissance des besoins des pays en voie de développement en matière de commerce et de développement exige que, durant un certain temps, la clause de la nation la plus favorisée ne s'applique pas à certains types de relations commerciales internationales[408].

114. La Commission a également rappelé le huitième principe général de la recommandation A.I.1 de la première session de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, selon lequel

Les échanges internationaux devraient se faire dans l'intérêt réciproque des coéchangistes, sur la base du traitement de la nation la plus favorisée, et ne devraient pas comporter de mesures préjudiciables aux intérêts commerciaux des autres pays. Toutefois, les pays développés devraient accorder des concessions à tous les pays en voie de développement, faire bénéficier ces pays de toutes les concessions qu'ils s'accordent entre eux, et, lorsqu'ils leur accordent ces concessions ou d'autres, ne pas exiger de ces pays la réciprocité. De nouvelles préférences, tarifaires et non tarifaires, devraient être accordées à l'ensemble des pays en voie de développement sans l'être pour autant aux pays développés. Les pays en voie de développement ne seront pas tenus d'étendre aux pays développés le traitement préférentiel qu'ils s'accordent entre eux [...][409].

115. En évoquant la question de l'application de la clause de la nation la plus favorisée dans les relations commerciales entre des Etats qui ont des niveaux différents de développement économique, la CDI s'est rappelé qu'elle ne pouvait pas s'engager dans des domaines sortant de sa compétence et qu'il ne lui appartenait pas de traiter de questions économiques et de suggérer des règles concernant l'organisation du commerce international. Néanmoins, la Commission reconnaît que l'application de la clause dans le domaine des relations économiques, notamment en ce qui concerne les pays en voie de développement, soulève des questions graves, dont certaines ont trait aux travaux de la Commission en la matière. La CDI a commencé à examiner[410], sur la base du sixième rapport du Rapporteur spécial, la question des exceptions à l'application de la clause. Elle tient à indiquer dès à présent qu'elle reconnaît l'importance de la question et qu'elle a l'intention d'y revenir plus tard au cours de ses travaux.

6. Caractère général du projet d'articles

116. Les articles relatifs à la clause de la nation la plus favorisée sont destinés à compléter la Convention de

---

[405] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 500, p. 95.

[406] *Ibid.*, vol. 596, p. 261.

[407] Article 47 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et article 72 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires.

[408] Voir *Annuaire... 1970*, vol. II, p. 247, doc. A/CN.4/228 et Add.1, par. 188.

Un des membres de la Commission a rappelé la définition aristotélicienne de l'égalité :

« Il en sera de même de l'égalité, si l'on examine les personnes et les choses. Le rapport qui existe entre les objets se retrouvera entre les personnes. Si les personnes ne sont pas égales, elles n'obtiendront pas dans la façon dont elles seront traitées l'égalité. De là viennent les disputes et les contestations, quand les personnes sur le pied d'égalité n'obtiennent pas des parts égales, ou quand des personnes sur le pied d'inégalité ont et obtiennent un traitement égal [a]. »

« [a] Aristote, *Ethique à Nicomaque*, V, iii, 6. »
(*Annuaire... 1968*, vol. I, p. 192, 976e séance, par. 6.)

[409] *Actes de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement*, vol. I, *Acte final et rapport* (publication des Nations Unies, numéro de vente : 64.II.B.11), p. 22.

[410] Voir ci-dessous commentaire de l'article 21.

Vienne sur le droit des traités [411]. La Commission considère que la Convention de Vienne est, aujourd'hui, l'énoncé du droit général des traités qui fait autorité. En conséquence, le projet d'articles relatifs à la clause de la nation la plus favorisée présuppose l'existence des dispositions de cette convention et est conçu comme un complément de la Convention de Vienne « en tant que cadre essentiel ». Les règles générales propres aux traités ayant été énoncées dans la Convention de Vienne, le projet d'articles contient des règles particulières applicables à des dispositions conventionnelles d'un certain type, à savoir les clauses de la nation la plus favorisée.

117. Comme la Commission l'a déjà dit à sa vingt-cinquième session, en 1973 :

> La question de savoir si une disposition d'un traité rentre dans le cadre d'une clause de la nation la plus favorisée est affaire d'interprétation. Les clauses de la nation la plus favorisée peuvent être rédigées de façons très diverses, et c'est pourquoi une autorité éminente a déclaré à ce sujet :
>
> « Bien qu'il soit d'usage de parler de *la* clause de la nation la plus favorisée, il existe de nombreuses formes de cette clause, et il convient de formuler et d'accueillir avec prudence les généralisations auxquelles on s'efforce de parvenir quant à la signification et aux conséquences desdites clauses. »
>
> En d'autres termes : « à strictement parler, *la* clause de la nation la plus favorisée n'existe pas en tant que telle : il faut étudier séparément chaque traité »[412].

En conséquence, le projet d'articles ne préjuge pas, d'une façon générale, des dispositions que les parties peuvent adopter soit dans le cadre d'un traité contenant la clause soit autrement. On peut souligner ce caractère subsidiaire en introduisant dans chaque article en particulier, selon que de besoin, une réserve liminaire telle que celle qui figure entre crochets au début du projet d'article 16 : « A moins que le traité n'en dispose ou qu'il n'en soit convenu autrement » [413]. Ou bien ce caractère peut être reconnu expressément dans un article applicable d'une façon générale à toutes les dispositions de même nature. La Commission se propose d'opter, à sa prochaine session, pour l'une de ces deux solutions.

118. La CDI se rend parfaitement compte que l'application des règles relatives aux clauses de la nation la plus favorisée risque de donner lieu à des difficultés particulières en ce sens que ces règles renvoient souvent, expressément ou implicitement, au droit interne et que, partant, leur application pourrait devoir faire intervenir les règles régissant les conflits de lois. La Commission s'en tient toutefois au domaine du droit international public dans la conviction que les difficultés d'application, dans tel ou tel cas, sont inhérentes au sujet et que l'existence de telles difficultés n'enlève pas de son intérêt à l'adoption de règles ayant le caractère de règles de droit international général.

[411] Pour le texte de la convention, voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités. Documents de la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.70.V.5), p. 309. La convention est ci-après dénommée « Convention de Vienne ».

[412] *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 221, doc. A/9010/Rev.1, chap. IV, sect. B, art. 4, par. 13 du commentaire.

[413] Voir ci-dessous art. 16, par. 9 du commentaire.

B. — Projet d'articles sur la clause de la nation la plus favorisée

119. Le texte des articles 1 à 21 adoptés par la Commission à ses vingt-cinquième et vingt-septième sessions et le texte des articles 8 à 21, accompagnés des commentaires y relatifs, adoptés par la Commission à sa vingt-septième session sont reproduits ci-dessous pour l'information de l'Assemblée générale.

1. — Texte des articles 1 à 21 adoptés par la Commission à ses vingt-cinquième et vingt-septième sessions

Article premier. — Champ d'application des présents articles

Les présents articles s'appliquent aux clauses de la nation la plus favorisée contenues dans les traités entre Etats.

Article 2. — Expressions employées

Aux fins des présents articles :

***a*) L'expression « traité » s'entend d'un accord international conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière ;**

***b*) L'expression « Etat concédant » s'entend d'un Etat qui concède le traitement de la nation la plus favorisée ;**

***c*) L'expression « Etat bénéficiaire » s'entend d'un Etat auquel le traitement de la nation la plus favorisée est concédé ;**

***d*) L'expression « Etat tiers » s'entend de tout Etat autre que l'Etat concédant ou l'Etat bénéficiaire.**

Article 3. — Clauses n'entrant pas dans le champ d'application des présents articles

Le fait que les présents articles ne s'appliquent ni 1) à une clause sur le traitement de la nation la plus favorisée contenue dans un accord international entre Etats qui n'a pas été conclu par écrit, ni 2) à une clause contenue dans un accord international par laquelle un Etat s'oblige à accorder à un sujet de droit international autre qu'un Etat un traitement non moins favorable que celui qui est accordé à tout sujet de droit international, ni 3) à une clause contenue dans un accord international par laquelle un sujet de droit international autre qu'un Etat s'oblige à accorder le traitement de la nation la plus favorisée à un Etat, ne porte pas atteinte

***a*) à l'effet juridique d'une telle clause ;**

***b*) à l'application à une telle clause de toutes règles énoncées dans les présents articles auxquelles elle serait soumise en vertu du droit international indépendamment desdits articles ;**

***c*) à l'application des dispositions des présents articles aux relations entre Etats régies par des clauses aux termes desquelles des Etats s'obligent à accorder le traitement de la nation la plus favorisée à d'autres Etats, lorsque ces clauses sont contenues dans des accords internationaux conclus par écrit auxquels sont également parties d'autres sujets du droit international.**

Article 4. — Clause de la nation la plus favorisée

L'expression « clause de la nation la plus favorisée » s'entend d'une disposition conventionnelle par laquelle un Etat s'oblige à accorder le traitement de la nation la plus favorisée à un autre Etat dans un domaine convenu de relations.

Article 5. — Traitement de la nation la plus favorisée

L'expression « traitement de la nation la plus favorisée » s'entend d'un traitement accordé par l'Etat concédant à l'Etat bénéficiaire ou à des personnes ou à des choses se trouvant dans un rapport déterminé avec cet Etat, non moins favorable que le traitement accordé par l'Etat concédant à un Etat tiers ou à des personnes ou à des choses se trouvant dans le même rapport avec un Etat tiers.

Article 6. — Fondement juridique du traitement de la nation la plus favorisée

Aucune disposition des présents articles n'implique qu'un Etat a le droit de se voir accorder par un autre Etat le traitement de la nation la plus favorisée si ce n'est en vertu d'une obligation juridique.

Article 7. — Source et étendue du traitement de la nation la plus favorisée

Le droit de l'Etat bénéficiaire d'obtenir de l'Etat concédant le traitement appliqué par celui-ci à un Etat tiers ou à des personnes ou des choses se trouvant dans un rapport déterminé avec un Etat tiers naît de la clause de la nation la plus favorisée en vigueur entre l'Etat concédant et l'Etat bénéficiaire.

Le traitement auquel l'Etat bénéficiaire peut prétendre en vertu de cette clause est déterminé par le traitement appliqué par l'Etat concédant à l'Etat tiers ou à des personnes ou des choses se trouvant dans ledit rapport avec ce dernier Etat.

Article 8. — Inconditionnalité des clauses de la nation la plus favorisée

Une clause de la nation la plus favorisée dans un traité est inconditionnelle à moins que ledit traité n'en dispose ou que les parties n'en conviennent autrement.

Article 9. — Effet d'une clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée

Lorsqu'une clause de la nation la plus favorisée n'est pas soumise à des conditions, l'Etat bénéficiaire acquiert le droit au traitement de la nation la plus favorisée sans avoir l'obligation d'accorder à l'Etat concédant une réciprocité matérielle.

Article 10. — Effet d'une clause de la nation la plus favorisée sous condition de réciprocité matérielle

Lorsqu'une clause de la nation la plus favorisée est soumise à une condition de réciprocité matérielle, l'Etat bénéficiaire n'acquiert le droit au traitement de la nation la plus favorisée que s'il accorde à l'Etat concédant une réciprocité matérielle.

Article 11. — Etendue des droits découlant d'une clause de la nation la plus favorisée

1. En vertu d'une clause de la nation la plus favorisée, l'Etat bénéficiaire acquiert, pour lui-même ou au profit de personnes ou de biens se trouvant dans un rapport déterminé avec lui, uniquement les droits qui relèvent du champ d'application de la matière objet de la clause.

2. L'Etat bénéficiaire acquiert les droits prévus au paragraphe 1 uniquement en ce qui concerne les catégories de personnes ou de biens qui sont spécifiées dans la clause ou qui ressortent implicitement de la matière objet de la clause.

Article 12. — Acquisition de droits en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée

1. L'Etat bénéficiaire n'acquiert pour lui-même les droits prévus à l'article 11 que si l'Etat concédant confère à un Etat tiers un traitement qui est du domaine de la matière objet de la clause de la nation la plus favorisée.

2. L'Etat bénéficiaire n'acquiert les droits concernant les personnes ou les biens appartenant aux catégories visées au paragraphe 2 de l'article 11 que si ces personnes ou ces biens *a*) appartiennent à la même catégorie de personnes ou de biens que ceux qui bénéficient du traitement conféré par l'Etat concédant à un Etat tiers ; et *b*) se trouvent avec l'Etat bénéficiaire dans le même rapport que celui dans lequel ces personnes ou ces biens se trouvent avec cet Etat tiers.

Article 13. — Non-pertinence du fait que le traitement est conféré avec ou sans contrepartie

En vertu d'une clause de la nation la plus favorisée, l'Etat bénéficiaire acquiert, pour lui-même ou au profit de personnes ou de biens se trouvant dans un rapport déterminé avec lui, le droit au traitement de la nation la plus favorisée indépendamment du fait que le traitement de l'Etat concédant à un Etat tiers ou à des personnes ou des biens se trouvant dans le même rapport avec cet Etat tiers est conféré avec ou sans contrepartie.

Article 14. — Non-pertinence des restrictions convenues entre l'Etat concédant et l'Etat tiers

L'Etat bénéficiaire a droit au traitement conféré par l'Etat concédant à un Etat tiers indépendamment du fait que ce traitement est conféré en vertu d'un accord limitant son application aux relations entre l'Etat concédant et l'Etat tiers.

Article 15. — Non-pertinence du fait que le traitement est conféré en vertu d'un accord bilatéral ou d'un accord multilatéral

L'Etat bénéficiaire a droit au traitement conféré par l'Etat concédant à un Etat tiers indépendamment du fait que ce traitement est conféré en vertu d'un accord bilatéral ou d'un accord multilatéral.

Article 16. — Droit au traitement national en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée

[A moins que le traité n'en dispose ou qu'il n'en soit convenu autrement,] l'Etat bénéficiaire a droit au traitement conféré par l'Etat concédant à un Etat tiers même si ce traitement est conféré au titre du traitement national.

Article 17. — Traitement de la nation la plus favorisée et traitement national [ou autre traitement] concernant la même matière

Lorsqu'un Etat concédant s'est engagé par traité à accorder à un Etat bénéficiaire le traitement de la nation la plus favorisée et le traitement national [ou un autre traitement] concernant la même matière, l'Etat bénéficiaire a le droit de se prévaloir du traitement qu'il préfère dans chaque cas particulier.

Article 18. — Commencement de la jouissance des droits découlant d'une clause de la nation la plus favorisée

1. Le droit de l'Etat bénéficiaire à un traitement en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée qui n'est pas soumise à une condition de réciprocité matérielle prend naissance au moment où le traitement correspondant est conféré par l'Etat concédant à un Etat tiers.

2. Le droit de l'Etat bénéficiaire à un traitement en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée qui est soumise à une condition de réciprocité matérielle prend naissance au moment de la communication par l'Etat bénéficiaire à l'Etat concédant de son consentement à conférer la réciprocité matérielle en ce qui concerne le traitement en question.

Article 19. — Extinction ou suspension de la jouissance des droits découlant d'une clause de la nation la plus favorisée

1. Le droit de l'Etat bénéficiaire à un traitement en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée prend fin ou est suspendu au moment où le traitement correspondant conféré par l'Etat concédant prend fin ou est suspendu.

2. Le droit de l'Etat bénéficiaire à un traitement en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée qui est soumise à une condition de réciprocité matérielle prend fin ou est suspendu également au moment où la fin ou la suspension de la réciprocité matérielle en question est communiquée par l'Etat bénéficiaire à l'Etat concédant.

Article 20. — Exercice des droits découlant d'une clause de la nation la plus favorisée et respect des lois et règlements de l'Etat concédant

L'exercice des droits qui découlent d'une clause de la nation la plus favorisée pour l'Etat bénéficiaire ou des personnes et des biens se trouvant dans un rapport déterminé avec cet Etat est subordonné au respect des lois et règlements pertinents de l'Etat concédant. Toutefois, ces lois et règlements ne seront pas appliqués de telle manière que le traitement de l'Etat bénéficiaire et de personnes ou de biens se trouvant dans un rapport déterminé avec cet Etat soit moins favorable que celui d'un Etat tiers ou de personnes ou de biens se trouvant dans le même rapport avec cet Etat tiers.

Article 21. — Les clauses de la nation la plus favorisée et le traitement conféré dans le cadre d'un système généralisé de préférences[414]

Un Etat bénéficiaire n'a pas droit, en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée, au traitement conféré par un Etat concédant développé à un Etat tiers en voie de développement, sur la base de la non-réciprocité, dans le cadre d'un système généralisé de préférences établi par ledit Etat concédant.

2. — Texte des articles 8 à 21 et des commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa vingt-septième session

Article 8. — Inconditionnalité des clauses de la nation la plus favorisée

Une clause de la nation la plus favorisée dans un traité est inconditionnelle à moins que ledit traité n'en dispose ou que les parties n'en conviennent autrement.

Article 9. — Effet d'une clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée

Lorsqu'une clause de la nation la plus favorisée n'est pas soumise à des conditions, l'Etat bénéficiaire acquiert le droit au traitement de la nation la plus favorisée sans avoir l'obligation d'accorder à l'Etat concédant une réciprocité matérielle.

Article 10. — Effet d'une clause de la nation la plus favorisée sous condition de réciprocité matérielle

Lorsqu'une clause de la nation la plus favorisée est soumise à une condition de réciprocité matérielle, l'Etat bénéficiaire n'acquiert le droit au traitement de la nation la plus favorisée que s'il accorde à l'Etat concédant une réciprocité matérielle.

Commentaire des articles 8, 9 et 10

Forme et interprétation conditionnelles

1) Pour expliquer pourquoi une disposition comme celle qui fait l'objet de l'article 8 est nécessaire, il y a lieu de se référer à l'historique des clauses de la nation la plus favorisée dites « conditionnelles » et à l'interprétation « conditionnelle » des clauses qui ne mentionnent pas expressément de conditions.

2) C'est au XVIIIe siècle — dans le traité d'amitié et de commerce conclu entre la France et les Etats-Unis d'Amérique le 6 février 1778 — que la forme dite « conditionnelle » est apparue pour la première fois. L'article II dudit traité était rédigé comme suit :

> Le Roi Très Chrétien et les Etats-Unis s'engagent mutuellement à n'accorder aucune faveur particulière à d'autres nations, en fait de commerce et de navigation, qui ne devienne aussitôt commune à l'autre Partie; et celle-ci jouira de cette faveur gratuitement, si la concession est gratuite, ou en accordant la même compensation, si la concession est conditionnelle[415].

On croit savoir que cette clause conditionnelle a été insérée dans le traité de 1778 sur les instances des Français. Si l'on admet que la clause était d'inspiration française, il n'en reste pas moins que sa forme conditionnelle s'est particulièrement bien accordée, pendant une longue période, avec les intérêts politiques et économiques des Etats-Unis[416].

3) Le membre de phrase « gratuitement, si la concession est gratuite, ou en accordant la même compensation [ou son équivalent], si la concession est conditionnelle » a servi de modèle pour presque tous les traités conclus par les Etats-Unis avant 1923. Jusque-là, les engagements auxquels les Etats-Unis ont souscrit dans leurs traités commerciaux ont été (à trois exceptions près) de caractère conditionnel[417].

4) La différence entre la clause inconditionnelle et la clause conditionnelle, telle qu'elle apparaît dans la pratique suivie par les Etats-Unis d'Amérique jusqu'en 1923, a été mise en évidence par le Département d'Etat en 1940 :

> Dans les clauses de la nation la plus favorisée qui figurent dans les traités ou accords commerciaux bilatéraux, chacune des parties s'engage à appliquer aux marchandises de l'autre partie un traitement non moins favorable que le traitement qu'elle accorde aux marchandises du même type provenant d'un pays tiers. Sous sa forme inconditionnelle, la clause de la nation la plus favorisée prévoit que tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités que l'une des

---

[414] La Commission a adopté provisoirement le texte de l'article 21 sous réserve d'un plus ample examen et d'améliorations éventuelles en première lecture à la session suivante.

[415] W. M. Malloy, *Treaties, Conventions, International Acts, Protocols and Agreements between the United States of America and other Powers, 1776-1909*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1910, vol. I, p. 468. Texte français dans G. F. de Martens, éd., *Recueil de Traités*, Gottingue, Dieterich, 1817, t. II, p. 589.

[416] V. G. Setser, « Did Americans originate the conditional most-favored-nation clause ? », *The Journal of Modern History*, Chicago, vol. V (septembre 1933), p. 319 à 323.

[417] C. C. Hyde, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied by the United States*, 2e éd. rev., Boston, Little, Brown, 1947, vol. II, p. 1504.

parties peut accorder aux marchandises d'un pays tiers seront étendus immédiatement et sans condition aux marchandises du même type provenant de l'autre partie. Ce n'est que sous cette forme que la clause permet d'assurer un traitement non discriminatoire complet et constant. Lorsque la clause est conditionnelle, l'Etat partie n'est pas tenu d'étendre immédiatement et sans condition aux produits du même type provenant de l'autre partie les avantages qu'il peut accorder aux produits de pays tiers en retour de concessions réciproques; l'Etat partie n'est tenu de consentir ces avantages que si et lorsque l'autre partie octroie des concessions « équivalentes » aux concessions faites par les pays tiers en question [...] [418].

5) C'est également sous sa forme conditionnelle que la clause a prévalu en Europe après la période napoléonienne. On a été jusqu'à dire que quatre-vingt-dix pour cent des clauses énoncées dans les traités conclus entre 1830 et 1860 auraient été de caractère conditionnel [419]. La conclusion du traité de commerce franco-anglais du 23 janvier 1860, souvent désigné sous le nom de « Cobden Treaty » ou de « traité Chevalier-Cobden » (du nom du principal négociateur anglais, Richard Cobden, adepte passionné du libre-échangisme et du laisser-faire, et de son homologue français, Michel Chevalier, conseiller économique de Napoléon III), devait marquer l'abandon quasi total de la forme conditionnelle [420]. Par ce traité, l'Angleterre et la France abaissaient considérablement leurs tarifs douaniers, abolissaient les entraves à l'importation, et s'accordaient mutuellement et inconditionnellement le traitement de la nation la plus favorisée.

6) Maints accords commerciaux, qui donnaient à la clause inconditionnelle un champ d'application beaucoup plus vaste qu'à aucun autre moment dans le passé, ont été conclus à la suite du traité Chevalier-Cobden. Le courant de pensée favorable au libéralisme économique devait porter la clause inconditionnelle à son plus haut degré d'efficacité. Au cours de la période qui a suivi la conclusion du traité Chevalier-Cobden, la forme et l'interprétation inconditionnelles de la clause ont prévalu dans les relations intereuropéennes [421].

7) La clause conditionnelle répondait aux besoins des Etats-Unis d'Amérique tant que ceux-ci étaient importateurs nets et que leur politique visait essentiellement à protéger la croissance de leur système industriel. Lorsque la situation des Etats-Unis dans l'économie mondiale s'est transformée, après la première guerre mondiale, la clause conditionnelle a perdu son utilité. La condition essentielle pour réussir à pénétrer sur les marchés internationaux, à savoir l'élimination de la discrimination à l'égard des produits américains, ne pouvait être remplie qu'en adoptant la clause inconditionnelle [422].

8) La Commission des tarifs douaniers des Etats-Unis a expliqué que les Etats-Unis avaient renoncé à la forme conditionnelle de clause de la nation la plus favorisée pour la raison suivante :

[...] le recours par les Etats-Unis à l'interprétation conditionnelle de la clause de la nation la plus favorisée donne lieu depuis cinquante ans à de multiples controverses entre les Etats-Unis et les pays européens, et il continuera d'en être ainsi si cette pratique n'est pas abandonnée [423].

9) En demandant au Sénat d'approuver le changement de politique des Etats-Unis en matière commerciale, le Secrétaire d'Etat Hughes écrivait en 1924 :

L'intérêt et le but essentiel des Etats-Unis étaient de réaliser l'égalité de traitement, mais la clause conditionnelle de la nation la plus favorisée ne permettait en fait ni d'assurer ni de garantir cette égalité : elle n'offrait qu'un moyen de négociation pour essayer de l'obtenir. En outre, on s'est aperçu qu'il était difficile, sinon impossible, de définir ce qui pouvait constituer la compensation « équivalente » nécessaire à l'application de la clause conditionnelle. Les arrangements commerciaux réciproques, simples expédients temporaires, étaient cause de négociations permanentes et créaient une situation précaire. Dans l'état actuel des choses, la croissance du commerce extérieur des Etats-Unis exige que l'égalité de traitement soit accompagnée d'une garantie que n'offre pas la forme conditionnelle de la clause de la nation la plus favorisée.

Tandis que nous continuions à appliquer le principe du traitement conditionnel de la nation la plus favorisée, les pays européens les plus importants sur le plan commercial, comme d'ailleurs la plupart des pays du monde, adoptaient et appliquaient le principe du traitement inconditionnel de la nation la plus favorisée : chaque concession faite par un pays à un autre était accordée du même coup à tous les pays auxquels le pays concédant était tenu par traité d'étendre le traitement de la nation la plus favorisée. [...] Puisque nous demandons aux autres pays de nous garantir qu'ils s'abstiendront de toute pratique discriminatoire à notre égard, nous devons être prêts à leur accorder la même garantie, et l'expérience montre que la seule façon d'obtenir des garanties satisfaisantes à cette fin est de recourir au traitement inconditionnel de la nation la plus favorisée [424].

10) La clause conditionnelle telle qu'elle a été employée jusqu'en 1923 par les Etats-Unis a complètement disparu de la scène internationale. M. Virally explique ainsi ce phénomène :

[...] la suppression de l'automatisme dans la clause de la nation la plus favorisée, prétendument pour mieux assurer la réciprocité, manque son objectif et fait perdre toute utilité à la clause elle-même. Cette constatation ainsi que l'orientation vers l'expansion des échanges qui caractérise la politique commerciale de tous les Etats aujourd'hui expliquent l'abandon général de la clause conditionnelle dans la pratique conventionnelle récente [425].

---

[418] Etats-Unis d'Amérique, Department of State, *Bulletin n° 58*, du 3 août 1940, cité dans M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1970, vol. XIV, p. 751.

[419] L.-E. Visser, « La clause de la nation la plus favorisée dans les traités de commerce », *Revue de droit international et de législation comparée*, Bruxelles, 2e série, t. IV (1902), p. 66, 159 et 270. Cité par R. C. Snyder, *The Most-Favored-Nation Clause : An Analysis with Particular Reference to Recent Treaty Practice and Tariffs*, New York, King's Crown Press, Columbia University, 1948, p. 41.

[420] *British and Foreign State Papers, 1859-1860*, vol. 50, Londres, Ridgway, 1867, p. 13.

[421] A. Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, éd. rev., New York, Macmillan, 1954, p. 202.

[422] Snyder, *op. cit.*, p. 243; et E. T. Usenko, chapitre sur les traités commerciaux dans : Institut d'Etat du droit de l'Académie des sciences de l'Union soviétique, *Kours mejdounarodnogo prava* [Cours de droit international], rédaction générale par F. I. Kojevnikov *et al.*, Moscou, Naouka, 1968, t. IV, p. 251.

[423] Cité par C. C. Hyde, *op. cit.*, p. 1506, note 13.

[424] G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, vol. V, 1943, p. 273.

[425] M. Virally, « Le principe de réciprocité en droit international contemporain », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1967-III*, Leyde, Sijthoff, 1969, t. 122, p. 74.

11) Etant donné l'abandon de cette forme conditionnelle de la clause, celle-ci n'a plus désormais qu'un intérêt historique. Tous les auteurs consultés reconnaissent que la forme traditionnelle de la clause est définitivement tombée en désuétude [426].

L'interprétation conditionnelle d'une clause inconditionnelle

12) Au XIXe siècle et au début du XXe, la doctrine et la pratique internationales étaient divisées quant à l'interprétation d'une clause de la nation la plus favorisée ne précisant pas explicitement son caractère conditionnel ou inconditionnel [427]. Cette division était due à la pratique suivie par les Etats-Unis d'Amérique, qui considéraient systématiquement ces clauses comme conditionnelles, même lorsque leur caractère n'était pas expressément indiqué [428].

13) On peut faire remonter cette position des Etats-Unis à l'époque de l'achat de la Louisiane, c'est-à-dire au traité du 30 avril 1803 par lequel la France cédait la Louisiane aux Etats-Unis. L'article 8 dudit traité stipulait que « les navires français seront traités sur le pied de la nation la plus favorisée » dans les ports du territoire cédé. En vertu de cette disposition, le Gouvernement français a demandé en 1817 à bénéficier dans les ports de la Louisiane des avantages qui étaient accordés à la Grande-Bretagne dans tous les ports des Etats-Unis. Les avantages consentis à la Grande-Bretagne l'étaient en vertu d'un *Act of Congress* du 3 mars 1815, loi qui exemptait les navires de certains pays étrangers du paiement de droits discriminatoires dans les ports des Etats-Unis à condition que les navires américains bénéficient d'une exemption analogue dans les ports desdits pays. Cette exemption avait été consentie par la Grande-Bretagne, mais non par la France, en sorte que les bâtiments français continuaient à payer des droits discriminatoires dans les ports des Etats-Unis alors que les vaisseaux britanniques en étaient exemptés. La demande française fut rejetée pour le motif que la clause ne signifiait nullement que la France était en droit de bénéficier gratuitement de ce qui était concédé à d'autres pays moyennant pleine contrepartie. La position des Etats-Unis était expliquée de la manière suivante :

> Il est évident — déclara M. Adams — que si les navires français étaient admis dans les ports de la Louisiane moyennant paiement des mêmes droits que les navires des Etats-Unis, ils jouiraient non pas du traitement de la nation la plus favorisée, conformément à l'article en question, mais d'un traitement beaucoup plus favorable que toute autre nation; en effet, les autres nations, à l'exception de l'Angleterre, paient des droits de tonnage plus élevés, et l'exonération accordée aux navires anglais n'est pas une faveur gratuite, mais constitue un avantage acquis à un prix équitable et équivalent.

La France n'a toutefois pas admis le bien-fondé de cette thèse, et elle a maintenu sa demande dans la correspondance diplomatique qu'elle a échangée à ce propos jusqu'en 1831, date à laquelle l'affaire fut réglée par un traité qui reprenait, en fait, l'interprétation américaine [429].

14) Non seulement les Etats-Unis sont passés de l'emploi des clauses conditionnelles à celui des clauses inconditionnelles dans leur politique commerciale et leur pratique en matière de traités commerciaux, mais leur interprétation des clauses conditionnelles restantes a elle aussi évolué. A l'époque de la conclusion du Traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires (8 décembre 1923) entre l'Allemagne et les Etats-Unis, le Secrétaire d'Etat Hughes exposait de la façon suivante la position américaine :

> Il y a un malentendu que j'aimerais dissiper. On dira que, par les clauses de la nation la plus favorisée qui figurent dans le traité prévu avec l'Allemagne, nous étendrons automatiquement à d'autres pays les privilèges accordés à l'Allemagne, sans obtenir de ces pays les avantages que nous donne le traité avec l'Allemagne. C'est là une erreur. Nous accordons explicitement à l'Allemagne le traitement inconditionnel de la nation la plus favorisée, qu'elle nous octroie de son côté. Mais nous n'accorderons ce traitement aux autres pays que dans la mesure où ceux-ci accepteront de conclure avec nous un traité analogue quant au fond à celui qui va nous lier avec l'Allemagne. Le traitement de la nation la plus favorisée ne peut être accordé aux autres pays qu'en vertu de nos traités avec eux, et ces traités, sous leur forme actuelle, ne prévoient pas ce traitement sous sa forme inconditionnelle. Nous ne pouvons conclure des traités avec tous les pays en même temps, mais, si le Sénat approuve le traité que nous avons négocié avec l'Allemagne, nous nous efforcerons de négocier des traités similaires avec d'autres puissances, et celles-ci n'obtiendront le traitement inconditionnel de la nation la plus favorisée qu'à condition de conclure avec nous des traités analogues à notre traité avec l'Allemagne [430].

15) Dix ans plus tard, le Secrétaire d'Etat Hull adoptait une position moins rigoureuse, estimant que l'octroi d'un avantage à un pays conformément à une clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée revenait à accorder gratuitement cet avantage dans le cadre d'une clause conditionnelle de la nation la plus favorisée, cet avantage étant accordé immédiatement et sans compensation selon les modalités prévues par la clause conditionnelle en question. Conformément à cette interprétation, lorsque les Etats-Unis recherchèrent en 1946 des dérogations aux clauses de la nation la plus favorisée contenues dans les traités existants, de façon à pouvoir accorder des préférences tarifaires sur une base de réciprocité à la plupart des produits philippins après l'indépendance des Philippines, ils demandèrent ces dérogations, non seulement aux pays avec lesquels ils avaient conclu des accords contenant des clauses inconditionnelles, mais aussi aux

---

[426] Snyder, *op. cit.*, p. 56. Voir aussi G. Jaenicke, « Meisbegünstigungsklausel », dans K. Strupp, *Wörterbuch des Völkerrechts* 2e éd. [Schlochauer], Berlin, de Gruyter, 1961, vol. II, p. 498; P. Level, « Clause de la nation la plus favorisée », *Encyclopédie Dalloz — Droit international*, Paris, Dalloz, 1968, t. I, p. 333, par. 5; E. Sauvignon, *La clause de la nation la plus favorisée*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1972, p. 23.

[427] S. Basdevant, « Clause de la nation la plus favorisée », dans A. G. de Lapradelle et J.-P. Niboyet, *Répertoire de droit international*, Paris, Sirey, 1929, t. III, p. 479, par. 73.

[428] Voir C. C. Hyde, « Concerning the interpretation of treaties », *American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 3, n° 1 (janvier 1909), p. 57.

[429] J. B. Moore, *A Digest of International Law*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1906, vol. V, p. 257 à 260. Voir aussi G. W. Wickersham, rapporteur, Comité d'experts pour la codification progressive du droit international, doc. SDN C.205.M.79.1927.V, p. 7.

[430] M. Whiteman, *op. cit.*, p. 754.

pays auxquels les liaient des accords assortis de clauses conditionnelles [431]. La conséquence de ce changement d'interprétation a été de donner naissance à un système combinant, dans une certaine mesure, le traitement conditionnel et le traitement inconditionnel.

16) La position soutenue au début du siècle par la Grande-Bretagne et par les autres pays européens était que les concessions accordées en échange d'avantages réciproques pouvaient à bon droit être réclamées en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée :

[...] Le fondement de la théorie américaine se trouve dans le système anglo-saxon des contrats et dans l'exigence de la réciprocité d'avantages pour la formation du contrat (*consideration*). Mais cette application de la théorie n'est pas justifiée ici, car la nation qui a acquis le traitement égalitaire a payé à l'avance les droits des tiers qu'elle peut acquérir de ce chef, car elle a concédé à l'autre partie contractante le même traitement égalitaire et le droit de celle-ci de recevoir d'elle les avantages des tiers. [...] La recherche des « équivalents » destinés à payer les droits des tiers par voie conventionnelle, imposée aux contractants, équivaut à déclarer qu'en soi la clause de la nation la plus favorisée ne donne absolument rien. Enfin, au point de vue douanier, le système américain aboutit à un système préférentiel basé sur des faveurs accordées à certaines nations et refusées aux autres; les Etats ayant réformé leurs tarifs n'ont plus d'équivalents à offrir [432].

Pratique et opinions doctrinales plus récentes

17) Invoquant des raisons économiques, le Comité économique de la SDN s'est nettement prononcé en faveur de l'utilisation de clauses inconditionnelles de la nation la plus favorisée en matière douanière. Voici des extraits de ses conclusions :

La clause de la nation la plus favorisée implique le droit de réclamer et l'obligation d'accorder toutes les réductions de droits et taxes et les faveurs de toute espèce concédées à l'Etat le plus favorisé, que ces réductions et faveurs découlent de mesures autonomes ou de conventions conclues avec des Etats tiers.

Comme telle, la clause confère un ensemble d'avantages dont l'étendue dépend précisément de l'étendue des concessions faites à d'autres Etats [...] et constitue en même temps une garantie en ce sens qu'elle assure, de manière complète et pour ainsi dire automatiquement, la parité pleine et entière de traitement avec le pays le plus favorisé dans la matière dont il s'agit.

Toutefois, pour que la clause produise ses effets, elle doit être entendue de telle sorte que l'Etat qui a accordé le traitement de la nation la plus favorisée soit tenu de concéder à son cocontractant tous les avantages accordés à un Etat tiers quelconque, immédiatement, de plein droit et sans qu'il soit nécessaire pour l'autre partie de donner une compensation quelconque. Ceci équivaut à dire que la clause doit être inconditionnelle.

Comme il est bien connu, des clauses conditionnelles de la nation la plus favorisée ont parfois été introduites dans les traités, ou bien il a été donné une interprétation conditionnelle à des clauses existantes de la nation la plus favorisée, l'effet de cette interprétation étant d'assurer qu'une réduction de droits accordée à un pays particulier, en échange d'une faveur particulière, ne soit accordée à un troisième pays qu'en échange de concessions identiques ou équivalentes. Cette opinion part de l'idée qu'un pays qui n'a pas, en une matière déterminée, consenti les mêmes concessions qu'un autre n'a pas le droit de recueillir, par rapport à cette matière, les mêmes avantages, même s'il a, en d'autres matières, consenti des concessions plus importantes. On ne saurait cependant insister trop fortement sur le fait qu'une clause conditionnelle de ce genre — que l'on a cherché à justifier par la raison qu'elle accorde, sinon l'égalité de tarifs, tout au moins une égalité de possibilités — ne correspond pas du tout au genre de clause dont la Conférence économique internationale [de 1927] et le Comité consultatif économique ont recommandé l'application la plus large possible, car elle en est, en réalité, la négation même.

En effet, le caractère essentiel de la clause de la nation la plus favorisée est d'empêcher toute discrimination, tandis que la clause conditionnelle présente, de par sa nature même, un caractère discriminatoire; elle n'offre aucun des avantages de la clause proprement dite de la nation la plus favorisée, qui tend à supprimer les heurts économiques, à simplifier le commerce international et à le placer sur des bases plus solides. En outre, elle prête à une objection particulièrement importante, à savoir qu'elle est injuste envers des pays qui ont peu de droits de douane, ou des droits peu élevés, et qui ne se trouvent pas, pour négocier, dans la même situation que les pays dont les droits sont élevés et nombreux.

D'ailleurs, on a très justement fait observer que l'octroi de la clause conditionnelle n'est en somme qu'un refus poli d'accorder la clause et que la véritable signification de cette « clause conditionnelle » est qu'elle constitue un « *pactum de contrahendo* » par lequel les Etats contractants s'engagent à entrer ultérieurement en négociation afin de s'accorder certains avantages similaires ou corrélatifs à ceux qui ont été octroyés antérieurement à des pays tiers.

On peut donc conclure que le premier principe essentiel contenu implicitement dans la conception du traitement de la nation la plus favorisée est que ce traitement doit être *inconditionnel* [433].

18) D'après l'Institut de droit international, au paragraphe I de sa résolution de 1936 intitulée « Les effets de la clause de la nation la plus favorisée en matière de commerce et de navigation » :

La clause de la nation la plus favorisée a, sauf dispositions expresses contraires, le caractère inconditionnel.

En conséquence, la clause confère de plein droit et sans compensation, en matière de commerce et de navigation, aux ressortissants, marchandises et navires des pays contractants le régime dont bénéficie tout pays tiers [434].

19) D'autres auteurs énoncent la même règle en termes généraux, sans en limiter l'application aux relations commerciales :

La clause de la nation la plus favorisée doit être considérée dans le doute comme inconditionnelle [435].

De nature à limiter l'application de la clause, la condition ne peut être sous-entendue [436].

La clause est en principe inconditionnelle. [...] S'il est loisible aux Hautes Parties contractantes de stipuler le caractère condi-

---

[431] *Ibid.*, p. 753.

[432] S. Basdevant, *loc. cit.*, p. 479 et 480, par. 77, citant notamment P. L. E. Pradier-Fodéré, *Traité de droit international public européen et américain, suivant les progrès de la science et de la pratique contemporaines*, Paris, Durand et Pédone-Lauriel, 1888, t. IV, p. 394.

[433] *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 182 et 183, doc. A/CN.4/213, annexe I.

[434] *Ibid.*, p. 188, doc. A/CN.4/213, annexe II.

[435] P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, 2e éd. rev. et augm., Genève, 1967, t. I, p. 211.

[436] Level, *loc. cit.*, p. 333, par. 5, citant l'Affaire des pêcheries des côtes septentrionales de l'Atlantique, du 7 septembre 1910, soumise à la Cour permanente d'arbitrage (v. Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI [publication des Nations Unies, numéro de vente : 61.V.4], p. 167); et J. Basdevant, « L'affaire des pêcheries des côtes septentrionales de l'Atlantique », *Revue générale de droit international public*, Paris, t. XIX, 1912, p. 538 et suiv.

tionnel de la clause, celui-ci n'est pas présumé et n'est donc pas de l'essence de cette dernière [...][437].

En l'absence d'une mention expresse que la clause est conditionnelle, on s'accorde [...] pour la considérer comme inconditionnelle[438].

20) Dans la pratique suivie par l'Union soviétique et les autres pays socialistes en matière de traités commerciaux, la clause de la nation la plus favorisée est toujours utilisée sous sa forme inconditionnelle et gratuite. Ce caractère de la clause est expressément indiqué dans de nombreux traités, mais, même en l'absence de toute disposition expresse à cet effet, les clauses de la nation la plus favorisée sont interprétées comme accordant le traitement de la nation la plus favorisée sans condition et sans compensation. Cette interprétation est confirmée par le fait que les traités en question ne contiennent aucune réserve relative à des contreparties ou à des prestations réciproques[439].

21) Quant à la pratique britannique, il a été dit que :

En principe, les clauses de la nation la plus favorisée doivent s'entendre sans condition [...]. « Ces clauses ont toujours le même sens, que les mots [sans condition] y figurent ou non »[440].

Le même auteur ajoute :

Cette règle d'interprétation doit cependant être assortie d'une exception, à savoir qu'elle ne peut s'appliquer à l'encontre d'un pays dont chacun sait qu'il a fait du type conditionnel de la clause une partie intégrante de sa politique nationale en matière de traités[441].

22) Sur ce point, une thèse plus nuancée a été soutenue devant la CIJ par le représentant des Etats-Unis dans l'*Affaire relative aux droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc* (1952) :

Les Etats-Unis partagent pleinement l'avis selon lequel la signification de la clause doit être déterminée par référence à l'intention des parties à l'époque. La seule divergence qui sépare notre point de vue de celui de nos éminents adversaires est que ces derniers ne considèrent la clause comme inconditionnelle que par référence à la pratique suivie par les Etats-Unis pour l'interprétation d'*autres* traités conclus dans d'*autres* circonstances, et non en se basant sur les intentions qui étaient respectivement celles des Etats-Unis et du Maroc à l'époque où ils ont signé les traités dont la Cour est aujourd'hui saisie[442].

L'extrait ci-après d'un mémoire du Conseiller juridique du Département d'Etat (Moore), en date du 8 octobre 1913, est également à relever :

Il faut tenir compte de ce que les clauses dites de la nation la plus favorisée n'appartiennent pas toutes au même type. Deux fois au cours des vingt-cinq dernières années, les Etats-Unis ont été obligés de renoncer à l'interprétation qu'ils en font habituellement, devant la preuve que l'on avait expressément convenu en cours de négociation que la clause aurait l'effet — plus large — réclamé par les autres parties contractantes[443].

Conditions non liées au traitement accordé par l'Etat concédant à l'Etat tiers

23) Dans les paragraphes précédents du présent commentaire, de même que dans les ouvrages et la pratique concernant d'une façon générale les clauses de la nation la plus favorisée, une clause est censée être conditionnelle si elle est rédigée dans une forme telle que celle sous laquelle elle apparaît dans la pratique des Etats-Unis jusqu'en 1923. Que cette forme ait été abandonnée, comme il est indiqué plus haut, ne veut pas dire que les Etats ne peuvent pas décider d'un commun accord d'assortir les clauses de la nation la plus favorisée qu'ils adoptent d'autres conditions qui ne soient pas liées au traitement accordé par l'Etat concédant à un Etat tiers.

24) Il est parfaitement possible de conclure un accord en vertu duquel, par exemple, le traitement inconditionnel de la nation la plus favorisée est promis à l'Etat bénéficiaire à condition qu'il accorde à l'Etat concédant certains avantages économiques (un prêt à long terme, par exemple) ou politiques. De même, il est possible de fixer des conditions quant aux dates respectives auxquelles le traitement de la nation la plus favorisée prend effet ou fin, etc. De toute évidence, de telles conditions, ou d'autres, doivent être énoncées dans la clause ou dans le traité qui la contient ou être autrement arrêtées d'un commun accord par l'Etat concédant et l'Etat bénéficiaire.

25) Les articles adoptés par la Commission ne traitent pas explicitement de la clause conditionnelle dite de type américain, qui est tombée en désuétude, ni d'autres conditions « indépendantes » qui « se distinguent de l'avantage octroyé et ne concernent que ce que l'autre partie doit faire ou ne pas faire pour pouvoir prétendre au traitement de la nation la plus favorisée[444] ». Néanmoins, il est un type de clause conditionnelle qui a retenu tout particulièrement l'attention de la Commission, à savoir la clause de la nation la plus favorisée assortie d'avantages réciproques.

La clause et la réciprocité formelle

26) Lorsque l'on parle de la réciprocité à propos de la clause de la nation la plus favorisée, il faut se souvenir que les clauses de la nation la plus favorisée sont normalement accordées sous condition de réciprocité; en d'autres termes, les deux parties à un traité bilatéral ou toutes les parties à un traité multilatéral s'accordent réciproquement le traitement de la nation la plus favo-

---

[437] Level, *loc. cit.*, p. 338, par. 35.

[438] D. Vignes, « La clause de la nation la plus favorisée et sa pratique contemporaine », *Recueil des cours... 1970-II*, Leyde, Sijthoff, 1971, t. 130, p. 219, qui cite également à l'appui de cette thèse D. P. O'Connell, *International Law*, Londres, Stevens, 1965, vol. I, p. 268, et J. Dehaussy, *Juris-classeur de droit international*, fasc. 12-B, *Sources du droit international — Les traités (Effets : Situation des Etats tiers et de leurs ressortissants)*, Paris, Editions techniques, 1959, t. 5, p. 7, par. 15.

[439] Institut d'Etat du droit de l'Académie des sciences de l'Union soviétique, *op. cit.*, p. 251.

[440] G. Schwarzenberger, *International Law and Order*, Londres, Stevens, 1971, p. 137, citant *British and Foreign State Papers, 1885-1886*, vol. 77, Londres, Ridgway, 1893, p. 796.

[441] *Ibid.*

[442] Duplique du 26 juillet 1952 (*C.I.J. Mémoires, Affaire du Maroc* [*France* c. *E.-U.A.*], vol. II, p. 318). Pour un extrait plus complet de cette duplique, voir *Annuaire... 1970*, vol. II, p. 223, doc. A/CN.4/228 et Add.1, par. 52.

[443] G. H. Hackworth, *op. cit.*, p. 279.

[444] R. C. Snyder, *op. cit.*, p. 21.

risée dans un domaine de relations déterminé. Cette réciprocité formelle est une caractéristique normale de la clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée — on pourrait dire qu'elle en est l'élément constitutif essentiel. A l'heure actuelle, on ne rencontre qu'exceptionnellement des clauses unilatérales de la nation la plus favorisée.

27) On peut citer à titre d'exemple le traité du 13 octobre 1909, par lequel la Suisse a accordé unilatéralement le traitement de la nation la plus favorisée à l'Allemagne et à l'Italie en ce qui concerne l'utilisation de la ligne de chemin de fer construite dans le Gothard, en Suisse [445]. Pareille clause unilatérale peut ainsi se rencontrer dans un traité prévoyant que les navires d'un pays sans littoral bénéficieront du traitement de la nation la plus favorisée dans les ports et rades de l'Etat concédant. L'Etat sans littoral n'étant pas en mesure d'accorder en retour un traitement de même nature, la clause demeure unilatérale; bien entendu, le même traité peut prévoir une compensation d'un autre ordre contre l'octroi du traitement de la nation la plus favorisée. C'est ainsi que, aux termes de l'article 11 du Traité de commerce et de navigation entre la République tchécoslovaque et la République démocratique allemande, du 25 novembre 1959, ce dernier Etat a accordé unilatéralement le traitement de la nation la plus favorisée aux « navires de commerce tchécoslovaques ainsi que leur cargaison [...] à l'entrée, à la sortie et pendant leur séjour dans les ports de la République démocratique allemande [446] ». La même situation peut se présenter si le traité réglemente expressément le commerce et le tarif douanier en ce qui concerne un produit particulier (par exemple les oranges) pour lequel les échanges commerciaux ne se font que dans un seul sens entre les deux parties contractantes.

28) Une promesse unilatérale, ou plutôt un *pactum de contrahendo* concernant de futurs accords sur l'octroi unilatéral du traitement de la nation la plus favorisée, est stipulee dans l'annexe F (deuxième partie) du Traité relatif à la création de la République de Chypre, signé à Nicosie le 16 août 1960 :

> La République de Chypre accordera, par un accord spécifiant les conditions applicables, le traitement de la nation la plus favorisée au Royaume-Uni, à la Grèce et à la Turquie en ce qui concerne tous les accords, quelle que soit leur nature [447].

29) On trouve des clauses unilatérales assorties d'une réciprocité formelle dans les traités de paix de 1947 conclus par les Puissances alliées et associées avec la Bulgarie (art. 29) [448], la Hongrie (art. 33) [449], la Roumanie (art. 31) [450], la Finlande (art. 30) [451] et l'Italie (art. 82) [452]. On trouve également une clause de ce genre dans le Traité d'Etat portant rétablissement d'une Autriche indépendante et démocratique (art. 29) [453].

30) La simple stipulation de la réciprocité formelle ne transforme pas une clause unilatérale en clause bilatérale (comme l'a fait observer le Rapporteur de l'Institut de droit international [454]). C'est ce que montrent par exemple les dispositions ci-après de l'article 33 du Traité de paix avec la Hongrie :

> [...] le Gouvernement hongrois devra [...] accorder à chacune des Nations Unies qui, en fait, accordent par voie de réciprocité un traitement analogue à la Hongrie dans ces domaines le traitement suivant :
>
> *a*) Pour tout ce qui concerne les droits et redevances [...], les Nations Unies bénéficieront de la clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée [455].

Le sens de cette clause est clair : bien que soumis à l'octroi de la réciprocité, le droit des Nations Unies de réclamer le traitement de la nation la plus favorisée restait un droit unilatéral; cette disposition ne permettait pas à la Hongrie de formuler la même exigence.

Clause assortie d'avantages réciproques (réciprocité trait pour trait)

31) Si l'on peut considérer que la version américaine de la clause conditionnelle a pratiquement disparu, en revanche, la clause de la nation la plus favorisée sous condition d'avantages réciproques continue à être employée. On remarquera cependant que son utilisation est limitée à certains domaines, tels que les immunités et fonctions consulaires, les questions de droit international privé et les questions généralement réglées par les traités d'établissement.

32) A la vingtième session de la CDI, un membre de la Commission a fait remarquer que si les Etats-Unis d'Amérique avaient abandonné peu après 1920 le traitement conditionnel de la nation la plus favorisée pour le traitement inconditionnel en matière de relations commerciales, cette évolution ne s'était pas accompagnée d'une évolution semblable dans le domaine des droits et privilèges consulaires, pour lesquels on continuait à utiliser la clause conditionnelle (ou plutôt la clause sous réserve d'avantages réciproques) [456].

33) Dans une lettre du 20 janvier 1967, le Département d'Etat a signalé à la Commission des affaires étrangères du Sénat que la plupart des conventions consulaires conclues par les Etats-Unis d'Amérique contiennent une disposition relative à l'immunité de juridiction pénale, qui est applicable au personnel consulaire si l'Etat d'envoi intéressé accepte d'accorder un traitement réciproque aux agents consulaires américains [457].

---

[445] P. Guggenheim, *op. cit.*, p. 207.

[446] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 374, p. 121.

[447] *Ibid.*, vol. 382, p. 145.

[448] *Ibid.*, vol. 41, p. 21.

[449] *Ibid.*, p. 135.

[450] *Ibid.*, vol. 42, p. 3.

[451] *Ibid.*, vol. 48, p. 203.

[452] *Ibid.*, vol. 49, p. 3.

[453] *Ibid.*, vol. 217, p. 223.

[454] P. Pescatore, « La clause de la nation la plus favorisée dans les conventions multilatérales », *Annuaire de l'Institut de droit international, 1969*, Bâle, vol. 53, t. I, p. 204, note 3.

[455] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 41, p. 205.

[456] Voir *Annuaire... 1968*, vol. I, p. 192, 976e séance, par. 8.

[457] M. Whiteman, *op. cit.*, p. 752 et 753.

34) L'article 14 de la Convention consulaire italo-turque du 9 septembre 1929 offre un exemple de ce type de clause fondé sur la réciprocité. Cet article est ainsi conçu :

Les fonctionnaires consulaires de chacune des Hautes Parties contractantes jouiront en outre, sous condition de réciprocité, dans le territoire de l'autre partie, des mêmes privilèges et immunités que les fonctionnaires consulaires d'une tierce puissance qui ont le même caractère et qui occupent le même rang, tant que ces derniers jouissent de ces privilèges.

Il est convenu entre les Hautes Parties contractantes qu'aucune d'elles ne pourra invoquer le bénéfice résultant d'une convention avec une tierce puissance pour réclamer en faveur de ses fonctionnaires consulaires des privilèges ou immunités autres ou plus étendus que ceux accordés par elle-même aux fonctionnaires consulaires de l'autre Partie[458].

35) Un exemple plus récent de ce genre de disposition est fourni par le premier alinéa de l'article 3 de la Convention d'établissement et de navigation entre la Suède et la France, signée à Paris le 16 février 1954 :

Sous réserve de l'application de la réciprocité effective, les ressortissants de chacune des Hautes Parties contractantes résidant sur le territoire de l'autre Partie contractante auront, sur le territoire de l'autre Partie contractante, aux mêmes conditions que les ressortissants de la nation la plus favorisée, le droit d'exercer tout commerce et industrie ainsi que tout métier ou profession dont l'exercice n'est pas réservé aux nationaux[459].

36) On peut trouver un autre exemple récent dans la Convention consulaire entre la Pologne et la Yougoslavie, signée à Belgrade le 17 novembre 1958, dont l'article 46 est ainsi conçu :

Chacune des Parties contractantes s'engage à accorder à l'autre Partie le traitement de la nation la plus favorisée pour tout ce qui aura trait aux privilèges, immunités, droits et attributions des consuls et du personnel consulaire. Toutefois, aucune des Parties contractantes ne pourra invoquer la clause de la nation la plus favorisée pour revendiquer des privilèges, immunités ou droits autres, ou plus étendus, que ceux qu'elle-même accorde aux consuls et au personnel consulaire de l'autre Partie[460].

37) La clause conditionnelle sous réserve d'avantages réciproques peut être considérée comme une forme simplifiée de la clause conditionnelle classique[461]. Selon Mme A. Piot :

Ce système paraît plus clair et plus pratique que le précédent : en effet, il ne se réfère pas à la contrepartie fournie par l'Etat favorisé, mais vise à la parfaite symétrie des prestations fournies par l'Etat concédant et l'Etat bénéficiaire de la clause. C'est en somme la réciprocité trait pour trait. Celle-ci implique une certaine symétrie des législations. Comme le dit Niboyet : « Cette réciprocité diplomatique a donc une tête internationale, mais deux pieds nationaux. C'est un triptyque. »

...

Du point de vue de la logique pure, c'est assez satisfaisant pour l'esprit, mais cela ne l'est guère dans les faits. En effet, sans parler des difficultés que soulève toujours l'interprétation de la réciprocité, ce système a l'inconvénient de réduire le bienfait, si tant est qu'il existe, de la clause de la nation la plus favorisée sans supprimer les inconvénients qui en résultent pour l'Etat concédant : assurément, l'Etat bénéficiaire ne peut déclencher le jeu de la clause qu'à la condition d'offrir les avantages mêmes qu'il réclame; mais le caractère unilatéral de ce déclenchement aura presque toujours pour conséquence que les prestations réciproques, bien que formellement équivalentes, seront matériellement très différentes [...][462].

38) De toute évidence, les auteurs de clauses de la nation la plus favorisée sous condition de réciprocité n'ont pas pour but d'assurer à leurs compatriotes vivant à l'étranger un traitement égal à celui dont bénéficient les ressortissants d'autres pays. (L'égalité avec les concurrents est d'une importance essentielle en matière commerciale, et notamment pour ce qui touche les droits de douane.) Ils ont en vue une égalité d'un genre différent : l'égalité de traitement accordée par les Etats contractants à leurs ressortissants réciproques. D'où l'opinion de Level :

La clause de la nation la plus favorisée sous condition de réciprocité ne paraît pas être un facteur d'unification et de simplification des relations internationales — ce qui fait perdre à la clause les rares mérites qu'on lui reconnaissait jadis[463].

Texte des articles adoptés par la Commission en vertu des considérations qui précèdent.

39) L'article 8 dispose, conformément aux règles générales du droit des traités, qu'une clause de la nation la plus favorisée dans un traité est inconditionnelle à moins que ledit traité n'en dispose autrement ou que les parties n'en conviennent autrement. Les articles 9 et 10 décrivent l'effet d'une clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée et celui d'une clause de la nation la plus favorisée sous condition de réciprocité matérielle. Conformément à l'article 9, dans le cas d'une clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée, l'Etat bénéficiaire acquiert le droit au traitement de la nation la plus favorisée (tel qu'il est défini a l'article 5[464]) sans avoir l'obligation d'accorder à l'Etat concédant une réciprocité matérielle. L'article 10, par contre, dispose que, dans le cas d'une clause de la nation la plus favorisée sous condition de réciprocité matérielle, l'Etat bénéficiaire n'acquiert le droit au traitement de la nation la plus favorisée que s'il accorde à l'Etat concédant une réciprocité matérielle.

40) Une clause de la nation la plus favorisée peut être soumise à la condition de la réciprocité matérielle par le libellé de la clause elle-même ou par une autre disposition du traité contenant la clause ou de tout autre traité ou de tout autre type d'accord conclu entre l'Etat concédant et l'Etat bénéficiaire.

41) La réciprocité matérielle désigne un traitement du même type et de la même étendue. Par exemple, si l'Etat concédant et l'Etat bénéficiaire ouvrent tous deux aux ressortissants l'un de l'autre l'accès à leurs tribunaux sans obligation de déposer une caution *judicatum solvi*, c'est de réciprocité matérielle qu'il s'agit, de même que s'ils accordent à leurs ressortissants respectifs le libre exercice

[458] SDN, *Recueil des Traités*, vol. CXXIX, p. 204.

[459] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 228, p. 140.

[460] *Ibid.*, vol. 432, p. 323.

[461] Voir *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 173, doc. A/CN.4/213, par. 58.

[462] A. Piot, « La clause de la nation la plus favorisée », *Revue critique de droit international privé*, Paris, vol. 45, n° 1, janv.-mars 1956, p. 9 et 10.

[463] Level, *loc. cit.*, p. 338, par. 37.

[464] Voir ci-dessus sect. B, sous-sect. 1.

de certains types d'activités commerciales. C'est ce que la doctrine française appelle la réciprocité trait pour trait. Comme on le verra à propos de l'article 18, une clause de la nation la plus favorisée de ce type ne joue pas de façon aussi automatique que la clause de type inconditionnel, l'Etat bénéficiaire ne pouvant jouir du traitement accordé par l'Etat concédant à un Etat tiers qu'après avoir donné à l'Etat concédant l'assurance qu'il lui octroiera, ou qu'il octroiera aux personnes et aux biens se trouvant dans un rapport déterminé avec cet Etat tiers, un traitement du même type.

42) La condition de réciprocité figurant dans une clause de la nation la plus favorisée risque de soulever de sérieux problèmes d'interprétation, surtout si les règles pertinentes des pays intéressés diffèrent sur des points importants[465]. Mais cette difficulté est inhérente à la règle proposée et ne change rien à sa validité.

43) La manière dont la condition de réciprocité matérielle se combine avec le début, l'extinction ou la suspension de la jouissance des droits découlant d'une clause de la nation la plus favorisée est traitée plus avant dans le rapport[466].

Article 11. — Etendue des droits découlant d'une clause de la nation la plus favorisée

1. En vertu d'une clause de la nation la plus favorisée, l'Etat bénéficiaire acquiert, pour lui-même ou au profit de personnes ou de biens se trouvant dans un rapport déterminé avec lui, uniquement les droits qui relèvent du champ d'application de la matière objet de la clause.

2. L'Etat bénéficiaire acquiert les droits prévus au paragraphe 1 uniquement en ce qui concerne les catégories de personnes ou de biens qui sont spécifiées dans la clause ou qui ressortent implicitement de la matière objet de la clause.

Article 12. — Acquisition de droits en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée

1. L'Etat bénéficiaire n'acquiert pour lui-même les droits prévus à l'article 11 que si l'Etat concédant confère à un Etat tiers un traitement qui est du domaine de la matière objet de la clause de la nation la plus favorisée.

2. L'Etat bénéficiaire n'acquiert les droits concernant les personnes ou les biens appartenant aux catégories visées au paragraphe 2 de l'article 11 que si ces personnes ou ces biens *a*) appartiennent à la même catégorie de personnes ou de biens que ceux qui bénéficient du traitement conféré par l'Etat concédant à un Etat tiers ; et *b*) se trouvent avec l'Etat bénéficiaire dans le même rapport que celui dans lequel ces personnes ou ces biens se trouvent avec cet Etat tiers.

[465] H. Batiffol, *Droit international privé*, 4e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1967, p. 213 et 214, n° 188.

[466] Voir ci-dessous art. 18 et 19 et commentaires y relatifs.

Commentaire des articles 11 et 12

Portée de la clause de la nation la plus favorisée quant à sa matière

1) La règle parfois appelée *ejusdem generis* est généralement reconnue et affirmée par la jurisprudence des tribunaux internationaux et nationaux, comme par la pratique diplomatique. McNair explique la teneur de cette règle par le schéma suivant :

> Supposons qu'un traité commercial conclu entre l'Etat A et l'Etat B comporte une clause de la nation la plus favorisée qui permet à l'Etat A de revendiquer auprès de l'Etat B le traitement que ce dernier accorde à tout autre Etat. L'Etat A ne serait pas pour autant en droit de demander à l'Etat B l'extradition d'une personne accusée d'un crime du seul fait que l'Etat B s'est engagé à extrader les personnes accusées de crimes du même type dans l'Etat C, ou le fait volontairement. La raison de cette situation, qui semble résider dans l'intention commune des parties, est que la clause ne peut avoir d'effet qu'en ce qui concerne la matière que les deux Etats avaient en vue lorsqu'ils ont inséré la clause dans leur traité[467].

Si le sens de cette règle est clair, son application n'est pas toujours simple. On peut tirer de la pratique, fort abondante, quelques exemples qui illustrent les difficultés rencontrées et les solutions possibles.

2) Dans l'Affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Company* (1952), la CIJ a déclaré ce qui suit :

> Le Royaume-Uni a également avancé, sous une forme toute différente, un argument relatif à la clause de la nation la plus favorisée. Si le Danemark pouvait porter devant la Cour des questions relatives à l'application du traité conclu par lui en 1934 avec l'Iran, et si le Royaume-Uni ne pouvait soumettre à la Cour des questions relatives à l'application du même traité, au bénéfice duquel il a droit en vertu de la clause de la nation la plus favorisée, le Royaume-Uni ne serait pas dans la situation de la nation la plus favorisée. *Il suffit à la Cour de faire observer que la clause de la nation la plus favorisée contenue dans les traités de 1857 et de 1903 entre l'Iran et le Royaume-Uni n'a aucun rapport quelconque avec les questions juridictionnelles entre les deux gouvernements* *. Si le Danemark a le droit, d'après l'article 36, paragraphe 2, du Statut, de porter devant la Cour un différend relatif à l'application du traité conclu par lui avec l'Iran, c'est parce que ce traité est postérieur à la ratification de la déclaration de l'Iran. Ceci ne peut faire surgir aucune question se rapportant au traitement de la nation la plus favorisée[468].

3) Dans la sentence qu'elle a rendue le 6 mars 1956 au sujet de l'*Affaire Ambatielos*[469], la Commission d'arbitrage a exprimé, en ce qui concerne l'interprétation de l'article X (clause de la nation la plus favorisée) du Traité de commerce et de navigation anglo-grec de 1886, l'opinion ci-après :

> La Commission [d'arbitrage] n'estime pas nécessaire d'exprimer une opinion sur la question générale de savoir si la clause de la nation la plus favorisée ne peut jamais avoir pour effet d'assurer à ses bénéficiaires un traitement conforme aux principes généraux du droit international parce que, en l'espèce, l'effet de la clause est expres-

[467] A. D. McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 287.

[468] Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co. (compétence), Arrêt du 22 juillet 1952, *C.I.J. Recueil 1952*, p. 110. Pour les faits et les autres aspects de l'affaire, voir *Annuaire... 1970*, vol. II, p. 216 à 219, doc. A./CN.4/228 et Add.1, par. 10 à 30.

[469] Affaire Ambatielos (fond : obligation d'arbitrage), Arrêt du 19 mai 1953, *C.I.J. Recueil 1953*, p. 10.

sément limité à « tout privilège, faveur ou immunité quelconque que l'une des Parties contractantes a actuellement accordé ou pourra désormais accorder aux sujets ou citoyens d'un autre Etat », ce qui ne serait évidemment pas le cas si le seul objet de cette disposition était de garantir à ces personnes un traitement conforme aux principes généraux du droit international.

D'un autre côté, la Commission [d'arbitrage] considère que la clause de la nation la plus favorisée ne peut attirer que des *questions appartenant à la même catégorie que celles qui font l'objet de la clause elle-même* * .

Cependant, la Commission [d'arbitrage] est d'avis qu'en l'espèce l'application de cette règle peut conduire à des conclusions différentes de celles qu'a avancées le Gouvernement du Royaume-Uni.

Dans le Traité de 1886, le domaine d'application de la clause de la nation la plus favorisée est défini comme englobant « toutes les questions relatives au commerce et à la navigation ». Il semble que cette expression n'ait pas, en soi, de signification strictement définie. La diversité des dispositions contenues dans les traités de commerce et de navigation prouve que, dans la pratique, la signification qui y est attachée est assez souple. On remarquera par exemple que la plupart de ces traités contiennent des dispositions concernant l'administration de la justice. Tel est le cas en particulier du troisième paragraphe de l'article XV du Traité de 1886, qui garantit au sujet des deux Parties contractantes « le libre accès aux cours de justice pour la poursuite et la défense de leurs droits ». Tel est également le cas des autres traités mentionnés par le Gouvernement grec à propos de l'application de la clause de la nation la plus favorisée.

Il est vrai que l'administration de la justice, considérée isolément, n'est pas une question relative « au commerce et à la navigation »; mais il peut en aller différemment si on l'envisage dans le contexte de la protection des droits des commerçants. La protection des droits des commerçants trouve naturellement sa place parmi les matières traitées dans les conventions de commerce et de navigation.

On ne peut donc pas dire que l'administration de la justice, dans la mesure où elle intéresse la protection de ces droits, doit être obligatoirement exclue du champ d'application de la clause de la nation la plus favorisée lorsque cette dernière recouvre « toutes les questions relatives au commerce et à la navigation ». La question ne peut être déterminée que conformément à l'intention des Parties contractantes, telle qu'elle peut être déduite d'une interprétation raisonnable du traité [470].

En résumant ses conclusions sur l'interprétation de l'article X du Traité de 1886, la Commission d'arbitrage s'est déclarée d'avis

1) Que le Traité conclu le 1er août 1911 entre le Royaume-Uni et la Bolivie ne peut avoir pour effet d'incorporer dans le Traité anglo-grec de 1886 les « principes du droit international » par le jeu de l'application de la clause de la nation la plus favorisée;

2) Que les effets de la clause de la nation la plus favorisée figurant à l'article X dudit Traité de 1886 peuvent être étendus au système de l'administration de la justice dans la mesure où celui-ci intéresse la protection par les tribunaux des droits des personnes qui s'occupent de commerce et de navigation;

3) Qu'aucune des dispositions concernant l'administration de la justice qui figurent dans les traités invoqués par le Gouvernement grec ne peut être interprétée comme assurant aux bénéficiaires de la clause de la nation la plus favorisée un système de « justice », de « droit » et d '« équité » différent de celui qui est prévu par le droit interne de l'Etat intéressé;

4) Que l'objet de ces dispositions correspond à celui de l'article XV du Traité anglo-grec de 1886, et que la seule question qui se pose est donc de savoir si ces dispositions englobent des « privilèges », « faveurs » ou « immunités » plus étendus que ceux qui résultent dudit article XV.

5) Qu'il s'ensuit de la décision résumée au paragraphe 3 ci-dessus que l'article X du Traité n'accorde à ses bénéficiaires aucun recours fondé sur « l'enrichissement sans cause » autre que celui qui est prévu par le droit interne de l'Etat.

[...] la Commission [d'arbitrage] est d'avis que le « libre accès aux cours de justice », qui est garanti aux ressortissants grecs au Royaume-Uni par l'article XV du Traité de 1886, comprend le droit d'avoir pleinement recours aux tribunaux et d'invoquer tout recours et toute garantie de procédure prévus par le droit du pays afin que la justice soit administrée sur un pied d'égalité avec les ressortissants de ce pays.

La Commission [d'arbitrage] est donc d'avis que les dispositions contenues dans d'autres traités invoqués par le Gouvernement grec ne prévoient aucun « privilège, faveur ou immunité » plus étendus que ceux qui résultent dudit article XV, et que par conséquent la clause de la nation la plus favorisée contenue à l'article X est sans rapport avec le présent différend [...] [471].

4) Les décisions des tribunaux nationaux prouvent également que la règle est généralement reconnue. Dans une affaire assez ancienne (1913), la Cour de cassation française était appelée à décider si certaines règles de procédure applicables à l'introduction d'une action en justice, telles qu'elles étaient prévues dans une convention franco-suisse concernant la juridiction et l'exécution des jugements, s'appliquaient également aux ressortissants allemands par le biais de la clause de la nation la plus favorisée qui figurait dans un traité commercial franco-allemand signé à Francfort le 10 mai 1871. Le traité franco-allemand garantissait le traitement de la nation la plus favorisée dans les relations commerciales entre les deux Etats, y compris en ce qui concernait « l'admission et le traitement des sujets des deux nations ». Dans son arrêt, la Cour de cassation a considéré notamment que

ces dispositions concernent exclusivement les relations commerciales entre la France et l'Allemagne, envisagées au point de vue des facultés du droit des gens, mais qu'elles ne visent, ni expressément ni implicitement, les facultés de droit civil, et, notamment, les règles de compétence et de procédure applicables aux litiges que les rapports commerciaux font naître entre les sujets des deux Etats.

et que « la clause de la nation la plus favorisée ne peut être invoquée que si la matière du traité qui la stipule est identique à celle du traité, particulièrement favorable, dont le bénéfice est réclamé » [472].

5) Dans l'*Affaire Lloyds Bank* c. *de Ricqlès et de Gaillard*, qu'a eue à trancher le Tribunal de commerce de la Seine, la Lloyds Bank, invitée en sa qualité de demanderesse à verser la caution *judicatum solvi*, avait invoqué l'article 1er de la Convention anglo-française du 28 février 1882 [473]. Cette convention avait pour but — aux termes de son préambule — « de régler l'état des relations commerciales et maritimes entre les deux pays, ainsi que l'établissement de leurs nationaux », et son article 1er

[470] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (publication des Nations Unies, numéro de vente : 63.V.3), p. 106 et 107.

[471] *Ibid.*, p. 109 et 110.

[472] M. Whiteman, *op. cit.*, p. 755 et 756, citant l'arrêt du 22 décembre 1913 de la Cour de cassation française dans l'Affaire Braunkohlen Briket Verkaufsverein Gesellschaft *c.* Goffart, ès qualités. Texte cité aussi par P. Level, *loc. cit.*, p. 338, par. 38, et par H. Batiffol, *op. cit.*, p. 216, n° 189.

[473] *British and Foreign State Papers, 1881-1882*, vol. 73, Londres, Ridgway, 1889, p. 22.

stipulait, avec une exception qui ne nous intéresse pas ici, que

[...] chacune des Hautes Parties contractantes s'engage à faire profiter l'autre, immédiatement et sans condition, de toute faveur, immunité ou privilège, en matière de commerce ou d'industrie, qui aurait pu ou pourrait être concédé par une des Parties contractantes à une tierce Puissance en Europe ou hors d'Europe [474].

S'appuyant sur cet article, la Lloyds Bank invoquait le bénéfice des dispositions d'un traité franco-suisse du 15 juin 1889, qui donnait aux ressortissants suisses le droit d'agir en France sans être tenus de verser la caution *judicatum solvi*. Le Tribunal a rejeté cette thèse et a considéré qu'un Etat partie à une convention de caractère général telle que la Convention anglo-française, qui réglementait les relations commerciales et maritimes entre les deux pays, ne pouvait invoquer par le biais de la clause de la nation la plus favorisée le bénéfice d'une convention spéciale telle que la convention franco-suisse, qui traitait d'une question particulière, à savoir la dispense de l'obligation de verser la caution *judicatum solvi* [475].

6) Les rédacteurs des clauses de la nation la plus favorisée se trouvent toujours placés devant le dilemme qui consiste soit à rédiger la clause en termes trop généraux — ce qui risque de nuire à son efficacité si la règle *ejusdem generis* est interprétée strictement — soit à la rédiger de façon trop explicite en énumérant ses domaines d'application spécifiques — auquel cas l'énumération risque de ne pas être complète.

7) La règle est également observée dans la pratique extrajudiciaire des Etats, comme le montre l'affaire concernant l'Accord commercial du 25 mai 1935 entre les Etats-Unis d'Amérique et la Suède. L'article 1er de cet accord était ainsi conçu :

La Suède et les Etats-Unis d'Amérique s'accorderont réciproquement le traitement inconditionnel et illimité de la nation la plus favorisée pour tout ce qui concerne les droits de douane et taxes accessoires de toute nature et leur mode de perception, ainsi que les règlements, formalités et taxes applicables à l'occasion du dédouanement et l'ensemble des lois ou règlements régissant la vente ou l'utilisation, à l'intérieur du pays, des marchandises importées [476].

En 1949, le Département d'Etat fut prié d'informer la Liquor Authority de l'Etat de New York qu'une licence pour la vente à New York de bière suédoise importée devait être délivrée à une certaine société d'importation. Le Service juridique du Département d'Etat interpréta comme suit les dispositions du traité :

Etant donné que la clause de la nation la plus favorisée qui figure dans l'Accord commercial réciproque signé entre les Etats-Unis et la Suède en 1935 a pour seul objet d'empêcher la discrimination entre, d'une part, les importations et exportations en provenance et à destination de la Suède et, d'autre part, les importations et exportations en provenance et à destination d'autres pays, j'ai le regret de vous informer que le Département n'est pas en mesure d'adresser à la Liquor Authority de New York, comme vous le suggérez, une lettre attestant que cet accord octroie aux *ressortissants* suédois le même traitement que celui qui est accordé aux ressortissants d'autres pays.

Tous les pays énumérés dans la pièce jointe à votre lettre (pays dont les ressortissants sont considérés par la Liquor Authority de l'Etat de New York comme pouvant être titulaires de licences pour la vente de boissons alcoolisées) ont conclu avec les Etats-Unis des traités qui accordent le droit au traitement national ou au traitement de la nation la plus favorisée aux ressortissants de ces pays exerçant des activités commerciales. Il n'y a donc pas lieu de tenir compte de l'existence des accords commerciaux que vous mentionnez [...] [477].

8) Dans les exemples ci-après, la question de l'application de la règle se pose dans des circonstances exceptionnelles. Dans l'*Affaire du « Nyugat » — Société anonyme maritime et commerciale suisse* c. *Royaume des Pays-Bas*, les faits étaient les suivants : le 13 avril 1941, le *Nyugat*, battant pavillon hongrois, naviguait hors des eaux territoriales des anciennes Indes néerlandaises. Le destroyer néerlandais *Kortenaer* l'arrêta, l'arraisonna et le conduisit à Surabaya, où le navire fut coulé en 1942. Les demandeurs affirmèrent que le *Nyugat* avait fait l'objet de mesures illicites. Le navire était de propriété suisse. Il avait appartenu précédemment à une société hongroise, mais la société suisse en était devenue propriétaire en 1941, date à laquelle elle détenait déjà la totalité des parts dans la société hongroise. Le pavillon hongrois était un pavillon neutre. De son côté, le défendeur fit valoir que les relations diplomatiques entre les Pays-Bas et la Hongrie avaient été rompues le 9 avril 1941, que la Hongrie, alliée de l'Allemagne, avait attaqué la Yougoslavie le 11 avril 1941, et que par conséquent, sur la base de certains décrets néerlandais applicables en la matière, la prise du navire était licite. Les demandeurs soutinrent que ces décrets étaient contraires au Traité d'amitié, d'établissement et de commerce conclu avec la Suisse à Berne le 19 août 1875 [478] ainsi qu'au Traité de commerce conclu avec la Hongrie le 9 décembre 1924 [479], et en particulier à la clause de la nation la plus favorisée figurant dans ces traités. Les demandeurs invoquèrent le Traité d'amitié, de navigation et de commerce conclu le 1er mai 1829 avec la République de Colombie, lequel stipulait que « si malheureusement, par la suite, il survenait quelque interruption dans les relations amicales actuellement existantes », les sujets de l'une des parties contractantes se trouvant sur le territoire de l'autre « jouiront du privilège d'y rester et d'y continuer à vaquer à leurs affaires [...] aussi longtemps qu'ils s'y conduiront paisiblement, et qu'ils ne commettront point d'offenses contre les lois; leurs effets et propriétés [...] ne seront sujets ni à la saisie ni au séquestre [480] ». Le tribunal a déclaré ce qui suit :

---

[474] *Ibid.*, p. 23 et 24.

[475] H. Lauterpacht, éd., *Annual Digest of Public International Law Cases, 1929-1930*, Londres, vol. 5, 1935, affaire n° 252, p. 404; *Journal du droit international*, Paris, 58e année, 1931, p. 1018, résumé par A. D. McNair, *op. cit.*, p. 287. D'autres affaires faisant intervenir la règle *ejusdem generis* sont citées, pour ce qui est des tribunaux français, par A.-Ch. Kiss, « La convention européenne d'établissement et la clause de la nation la plus favorisée », *Annuaire français de droit international, 1957*, Paris, vol. III, p. 478, et, pour ce qui est des tribunaux américains, par G. H. Hackworth, *op. cit.*, p. 292 et 293.

[476] SDN, *Recueil des Traités*, vol. CLXI, p. 136.

[477] Jurisconsulte Fisher, Département d'Etat, 3 novembre 1949. « MS. Department of State », cité par M. Whiteman, *op. cit.*, p. 760.

[478] Pays-Bas, *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden*, n° 137, 1878, décret du 19 septembre 1878.

[479] *Ibid.*, n° 36, 1926, décret du 3 mars 1926.

[480] *British and Foreign State Papers, 1829-1830*, Londres, Ridgway, 1832, p. 909 et 910.

L'argument fondé sur cette disposition ne peut à bon droit être invoqué, car une rupture des relations amicales, telle qu'elle était envisagée en 1829, ne saurait être assimilée à une rupture des relations diplomatiques telle que celle qui s'est produite au cours de la deuxième guerre mondiale. En outre, en l'espèce, le pavillon arboré indiquait que le navire avait la nationalité hongroise, c'est-à-dire d'un pays qui avait adopté une attitude contraire aux intérêts du Royaume en collaborant à l'attaque allemande contre la Yougoslavie, ce que les auteurs des dispositions du Traité de 1829 n'avaient certainement pas prévu. Il s'ensuit de ce qui précède que les propriétaires du navire font erreur en pensant que le Tribunal ne devrait pas appliquer les décrets pour le motif qu'ils seraient contraires à des dispositions internationales [481].

9) McNair reconnaît « un certain bien-fondé » à la thèse selon laquelle les droits et privilèges obtenus dans le cadre d'un accord territorial et politique ou d'un traité de paix ne peuvent être réclamés par le biais d'une clause de la nation la plus favorisée. « La raison, pense-t-il, en est sans doute que de telles concessions ne sont pas de nature commerciale, alors que le domaine habituel de la clause de la nation la plus favorisée est celui des relations d'affaires et des relations commerciales [482] ». McNair cite à ce sujet une consultation donnée par un conseiller juridique de la Couronne en 1851. Dans sa consultation, le conseiller contestait au Portugal et aux sujets portugais le droit « de faire sécher sur la côte de Terre-Neuve la morue pêchée sur les bancs voisins ». La demande était fondée sur une clause de la nation la plus favorisée figurant dans un traité de 1842 entre la Grande-Bretagne et le Portugal et visant à obtenir l'octroi de privilèges identiques à ceux qui avaient été accordés par la Grande-Bretagne à la France et aux Etats-Unis d'Amérique en vertu des traités de 1783. Ces traités faisaient partie d'un accord général intervenu à la fin d'un conflit armé. Le conseiller de la Couronne déclarait :

[...] Mon opinion est que l'on ne peut légitimement considérer la clause de l'article 4 du Traité de 1842 comme s'appliquant à l'autorisation qu'il [le chargé d'affaires portugais] réclame au profit des sujets portugais.

J'estime que ces privilèges ont été concédés à la France et aux Etats-Unis d'Amérique dans le cadre d'un accord territorial et politique *extorqué* * à la Grande-Bretagne à la fin d'une guerre remportée à ses dépens par ces deux nations [483].

10) Aucun auteur ne songerait à nier la validité de la règle *ejusdem generis*, qui découle de la nature même de la clause de la nation la plus favorisée. Il est généralement reconnu qu'une clause conférant les droits de la nation la plus favorisée pour certaines matières ou certaines catégories de matières ne peut s'étendre qu'aux droits conférés dans d'autres traités (ou actes unilatéraux) en ce qui concerne les mêmes matières ou les mêmes catégories de matières [484].

11) Le système du traitement de la nation la plus favorisée a pour effet d'attirer les dispositions d'un traité par le biais des dispositions d'un autre. Si ce système ne se limitait pas strictement aux cas où les sujets sur lesquels portent les deux séries de clauses en question sont sensiblement identiques, on risquerait dans bien des cas d'imposer à l'Etat concédant des obligations qu'il n'avait jamais envisagé de souscrire [485]. Ainsi, la règle dérive clairement des principes généraux de l'interprétation des traités. Les Etats ne peuvent être considérés comme tenus au-delà des engagements qu'ils ont expressément souscrits.

12) L'essence de la règle est que le bénéficiaire d'une clause de la nation la plus favorisée ne peut exiger de l'Etat concédant des avantages d'un type autre que celui qui est stipulé dans la clause. C'est ainsi que si la clause ne promet le traitement de la nation la plus favorisée que pour le poisson, on ne peut réclamer un tel traitement en vertu de la même clause pour la viande [486]. Sauf réserve expresse en ce sens, l'Etat concédant ne peut échapper à ses obligations en faisant valoir que ses relations avec le pays tiers sont plus amicales ou « ne sont pas semblables » à celles qu'il entretient avec le bénéficiaire. C'est seulement la matière faisant l'objet de la clause qui doit relever de la même catégorie — *idem genus* — et non pas la *relation* entre l'Etat concédant et l'Etat tiers, d'une part, et la relation entre l'Etat concédant et l'Etat bénéficiaire, de l'autre. On ne peut davantage prétendre que le *traité* contenant la clause doit appartenir à la même catégorie *(ejusdem generis)* que celle dont relèvent les avantages réclamés en vertu de la clause [487]. En décider autrement réduirait considérablement la valeur de la clause de la nation la plus favorisée.

Portée de la clause de la nation la plus favorisée quant aux personnes et quant aux biens

13) En ce qui concerne la matière, le droit qu'une clause de la nation la plus favorisée confère à l'Etat bénéficiaire est assujetti à une double limitation : d'une part par la clause elle-même, qui concerne toujours une certaine matière [488], et ensuite par le droit conféré à l'Etat tiers par l'Etat concédant.

14) La situation est analogue, mais pas identique, pour ce qui est des sujets au profit desquels l'Etat bénéficiaire

---

[481] Arrêt du 6 mars 1959 de la Cour suprême des Pays-Bas (*Nederlandse Jurisprudentie 1962*, n° 2, p. 18 et 19) [original : néerlandais].

[482] A. D. McNair, *op. cit.*, p. 302.

[483] *Ibid.*, p. 303.

[484] Voir *Annuaire... 1970*, vol. II, p. 225, doc. A/CN.4/228 et Add.1, par. 68.

[485] *Ibid.*, p. 225 et 226, par. 72.

[486] Sur le problème des produits « de même nature », voir le passage pertinent des extraits des conclusions du Comité économique de la SDN concernant la clause de la nation la plus favorisée qui figurent en annexe au premier rapport du Rapporteur spécial (*Annuaire... 1969*, vol. II, p. 182, doc. A/CN.4/213, annexe I), et les articles I[er], II et XIII de l'Accord général du GATT (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 55, p. 97 à 201, 205 à 209, et 235 à 239; *ibid.*, vol. 62, p. 83 à 87, et 91; *ibid.*, vol. 138, p. 337). Des efforts notables sont en cours pour faciliter l'identification et la comparaison des produits grâce à l'établissement de critères uniformes — p. ex. Convention de Bruxelles du 15 décembre 1950 portant création d'un Conseil de coopération douanière (*ibid.*, vol. 157, p. 129), Convention du 15 décembre 1950 sur la nomenclature pour la classification des marchandises dans les tarifs douaniers (*ibid.*, vol. 347, p. 127).

[487] Vignes, *loc. cit.*, p. 282.

[488] A de très rares exceptions près, on ne rencontre pas aujourd'hui de clause qui ne soit pas limitée à un certain domaine de relations, par exemple le commerce, l'établissement, la navigation maritime. Voir *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 221, doc. A/9010/Rev.1, chap. IV, sect. B, art. 4, par. 14 et 15 du commentaire.

peut revendiquer le traitement de la nation la plus favorisée. Les personnes, navires, produits, etc., peuvent être précisés dans le texte même de la clause qui leur est applicable, mais il n'en est pas nécessairement ainsi. Parfois, la clause déclarera simplement que le traitement de la nation la plus favorisée est accordé à l'Etat bénéficiaire en ce qui concerne les droits de douane, ou en matière de commerce, de navigation maritime ou d'établissement, etc., sans que l'on précise pour autant les personnes ou les biens qui jouiront du traitement de la nation la plus favorisée. Lorsqu'un tel cas se présente, la mention du domaine dans lequel joue la clause révèle implicitement la catégorie de personnes et de biens au profit desquels l'Etat bénéficiaire peut exercer ses droits.

15) L'Etat bénéficiaire ne peut revendiquer le traitement de la nation la plus favorisée que pour la catégorie précise de personnes ou de biens (commerçants, personnes voyageant pour des raisons afférentes au commerce, personnes détenues, sociétés commerciales, navires, navires en détresse ou naufragés, produits, biens, textiles, blé, sucre, etc.) qui bénéficie ou peut bénéficier d'un certain traitement, de certains avantages, en vertu du droit acquis par un Etat tiers. Ensuite, les personnes et les biens pour lesquels on revendique le traitement de la nation la plus favorisée doivent se trouver, avec l'Etat bénéficiaire, dans le même rapport que celui dans lequel les personnes et les biens servant de référence se trouvent avec l'Etat tiers (ressortissants, résidents du pays, sociétés ayant leur siège dans le pays, sociétés constituées selon le droit du pays, sociétés contrôlées par des ressortissants, biens importés, biens fabriqués dans le pays, produits originaires du pays, etc.)[489].

16) Le cas exposé ci-après, tiré de la jurisprudence française, peut aider à illustrer le projet de règle : Alexandre Serebriakoff, ressortissant russe, a intenté une action contre la dame d'Oldenbourg, également ressortissante russe, alléguant la validité d'un testament aux termes duquel elle avait la qualité de légataire. Après qu'elle eut acquis la nationalité française par naturalisation, la défenderesse a obtenu de la Cour d'appel de Paris une décision *ex parte* ordonnant à Serebriakoff de verser une caution de 100 000 francs. Serebriakoff a fait appel de cette décision en soutenant notamment qu'il était dispensé du dépôt d'une caution par les dispositions du Traité franco-russe du 11 janvier 1934. La Cour a jugé que l'appel devait être rejeté. Elle a déclaré :

> Considérant que le décret du 23 janvier 1934 ordonnant la mise en application provisoire de l'accord commercial conclu le 11 janvier 1934 entre le France et l'URSS [...] est sans application en l'espèce; que vainement Alexandre Serebriakoff en invoque le bénéfice; que si, en effet, cet accord prévoit, à titre de réciprocité, le libre et facile accès aux tribunaux français pour les sujets russes, l'avantage ainsi accordé à ceux-ci est strictement limité aux commerçants et industriels; que cette constatation résulte inéluctablement tant de l'ensemble du traité que de chacune de ces dispositions envisagées séparément; que ce traité a pour titre « accord commercial »;
>
> Que les différents articles qui le composent confirment cette dénomination et que notamment l'article 9, spécialement invoqué par Serebriakoff, déterminant les bénéficiaires de ces dispositions, débute en ces termes : « Sans préjudice de toutes stipulations ultérieures, les commerçants et industriels français, personnes physiques ou personnes morales constituées conformément à la loi française, seront aussi favorablement traités que les ressortissants de la nation la plus favorisée... »[490].

17) Dans une autre affaire, le Tribunal de grande instance de la Seine a jugé que la clause de la nation la plus favorisée inscrite dans la Convention franco-britannique du 28 février 1882, complétée par un échange de lettres interprétatives des 21 et 25 mai 1929, clause dont on prétendait qu'elle autorisait les ressortissants britanniques à se réclamer du traité prévoyant l'assimilation des étrangers aux nationaux, ne s'appliquait qu'aux sujets britanniques établis en France. Le Tribunal a déclaré :

> [...] [un ressortissant] britannique qui se domicilie en Suisse ne peut invoquer une convention d'établissement qui n'accorde le bénéfice de la clause de la nation la plus favorisée qu'aux sujets anglais établis en France et ayant donc la possibilité d'y exercer une activité rémunérée à titre permanent[491].

18) Lorsqu'il se réfère à la même catégorie de biens, le projet d'article énonce implicitement la règle qui s'applique à la notion controversée d' « articles similaires » ou de « produits similaires ». Il n'est pas rare que les traités de commerce prévoient expressément qu'en matière de droits de douane ou autres taxes les produits, biens, articles, etc., de l'Etat bénéficiaire bénéficieront des mêmes avantages que ceux qui sont accordés aux produits similaires, etc., de l'Etat tiers[492]. Il est évident que, même en l'absence d'une telle disposition expresse, l'Etat bénéficiaire ne peut revendiquer le traitement de la nation la plus favorisée que pour les biens précisés dans la clause ou appartenant à la même catégorie que les biens bénéficiant du traitement de la nation la plus favorisée en vertu du droit acquis par l'Etat tiers.

19) La Commission n'a pas voulu s'aventurer dans le dédale de la notion de « produits similaires ». Cette notion est exposée brièvement dans les paragraphes qui suivent. Au sujet du sens précis qu'a cette expression lorsqu'elle apparaît dans des traités de commerce, Hawkins écrit :

> Dans des cas semblables, on peut procéder par comparaison des qualités intrinsèques des biens considérés. Une telle méthode éviterait de classer des articles en se fondant sur leurs qualités extérieures. Si des produits sont intrinsèquement semblables, on doit les considérer comme des produits similaires; leur appliquer des taux de taxation différents reviendrait à violer la clause de la nation la plus favorisée. Ainsi, dans l'affaire de la vache suisse[493] [...] la question se pose de savoir si une vache élevée à une certaine altitude est « similaire » à une vache élevée à une altitude inférieure. Si l'on applique le critère des qualités intrinsèques, on obtient une réponse simple à la question. Les vaches sont intrinsèquement semblables, et une classification tarifaire fondée sur des considérations aussi étrangères à la chose que l'endroit où les vaches sont élevées est manifestement destinée à opérer une discrimination en faveur d'un pays déterminé.

---

[489] *Ibid.*, p. 223, art. 5, par. 3 du commentaire.

[490] *Ibid.*, p. 133, doc. A/CN.4/269, par. 40.

[491] *Ibid.*, p. 148, par. 78.

[492] Voir art. Ier, par. 1, de l'Accord général du GATT, cité dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial (*Annuaire... 1970*, vol. II, p. 236, doc. A/CN.4/228 et Add.1, par. 144).

[493] Voir ci-dessous par. 20.

Dans d'autres situations, l'utilisation du critère des qualités intrinsèques ferait clairement apparaître le bien-fondé d'une classification. On peut imaginer le cas suivant : selon la réglementation des Etats-Unis d'Amérique en la matière, les pommes sont taxables et les bananes sont exemptées de droits. S'il existe entre le Canada et les Etats-Unis un traité qui prévoit que les produits de chaque partie ne bénéficieront en aucun cas d'un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux « produits similaires » d'un pays tiers, quel qu'il soit, le Canada pourra soutenir que les pommes ne doivent pas être taxées. Toute prétention de ce type devrait se fonder sur l'argument selon lequel les bananes et les pommes étant les unes et les autres destinées au même but (c'est-à-dire à être mangées), elles sont des « articles similaires ». Dans un tel cas, l'utilisation du critère de la qualité intrinsèque permettrait de régler rapidement la question, puisque les pommes et les bananes sont des produits intrinsèquement différents [494].

20) Au sujet de l'affaire de la vache suisse, dont il est question dans le texte cité au paragraphe précédent, le Rapporteur spécial, dans son deuxième rapport, a déclaré ce qui suit :

Les difficultés inhérentes à l'expression « produit similaire » peuvent être illustrées par ce qui suit : dans le document de travail sur la clause de la nation la plus favorisée dans le droit des traités présenté par le Rapporteur spécial le 19 juin 1968, l'exemple classique ci-après de tarifs par trop spécialisés était mentionné sous le titre « Violations de la clause » [137]. En 1904, l'Allemagne avait concédé à la Suisse une réduction de droits pour le

> « Gros bétail tacheté de montagne ou bétail à robe brune élevé dans une localité située à 300 mètres au moins au-dessus du niveau de la mer et séjournant au moins un mois chaque année dans des pâturages situés à 800 mètres au moins au-dessus du niveau de la mer [138] ».

Les sources qui citent cet exemple considèrent généralement comme « similaire » une vache élevée à une certaine altitude et une vache élevée à une altitude inférieure. Cela étant, elles estiment — et c'est aussi le point de vue adopté dans le document de travail — qu'une classification tarifaire fondée sur des considérations aussi étrangères à la chose que l'endroit où les vaches sont élevées est manifestement destinée à faire une discrimination en faveur d'un pays déterminé, en l'occurrence en faveur de la Suisse et contre le Danemark, par exemple [139]. Cependant, en réponse à la lettre circulaire du Secrétaire général, la FAO, institution intéressée et particulièrement compétente en matière de commerce de bétail, a fait les observations suivantes au sujet de l'exemple cité dans le document de travail :

> « En raison des circonstances entourant le cas cité dans l'exemple, il semblerait que le tarif spécialisé puisse avoir été techniquement justifié du fait qu'un programme d'amélioration des races était en cours à l'époque en Allemagne méridionale. Actuellement, ce tarif spécialisé aurait sans doute été défini de manière différente, mais en 1904 des termes tels que « Simmental » ou « Suisse brune » n'étaient probablement pas reconnus comme des caractéristiques juridiquement admises [...]. Cela mis à part, il faut reconnaître que des tarifs par trop spécialisés et d'autres spécifications techniques ou sanitaires ont été — et continuent d'être — employés occasionnellement pour des raisons que l'on peut considérer comme discriminatoires. »

21) Il ressort d'un échange de vues qui a eu lieu à la Commission préparatoire de la Conférence internationale du commerce et de l'emploi que les difficultés tenant à l'interprétation de l'expression « produits similaires » ne sont pas insurmontables lorsque les parties intéressées agissent de bonne foi.

> [...] le représentant des Etats-Unis a déclaré :
>
> « Cette expression figure dans la clause de la nation la plus favorisée inscrite dans plusieurs traités. Il n'en existe pas de définition précise, mais le Comité économique de la Société des Nations a indiqué dans un rapport que *produits de même nature* signifiait *quasiment identiques à un autre produit* [...]. »
>
> Toutefois, pour le représentant du Royaume-Uni, l'absence de définition « n'empêche pas le jeu des traités commerciaux, et je pense qu'elle n'empêcherait pas le fonctionnement de notre charte en attendant que l'OIC [Organisation internationale du commerce] puisse se saisir de cette question et l'étudier comme il est souhaitable. Je ne pense pas que nous puissions suspendre toute autre activité jusqu'à l'établissement de cette étude. »
>
> et le représentant de l'Australie a fait observer d'autre part :
>
> « Quiconque s'intéresse tant soit peu à l'administration douanière sait de quelle manière cette question des *produits similaires* tend à se régler. La solution consiste, dans la pratique, en un système de classification tarifaire, et des différends s'élèvent de temps à autre sur le point de savoir si un bien est correctement classé dans la catégorie dans laquelle on l'a placé. L'Organisation offrant une procédure de règlement des différends, je pense que ce problème finira par se résoudre de lui-même » [496].

22) Il n'a pas échappé à la Commission que, dans certains cas, l'application de la règle énoncée aux articles 11 et 12 peut être cause de grandes difficultés. Elle a déjà dit que l'expression « même rapport » devait être employée avec prudence, car, par exemple, le rapport entre un Etat A et ses ressortissants n'est pas nécessairement le « même » que le rapport entre un Etat B et ses ressortissants. Les lois des Etats sur la nationalité sont si diverses que la somme totale des droits et obligations découlant des lois d'un Etat sur la nationalité peut être entièrement différente de celle qui découle des lois d'un autre Etat sur la nationalité [497]. Des difficultés analogues peuvent surgir lorsque les traités se réfèrent à d'autres aspects du droit international, par exemple dans le cas du droit d'établissement des personnes morales. Le cas des personnes morales peut poser un problème particulièrement complexe parce qu'elles sont définies par le droit interne. Ainsi, lorsqu'un traité accorde expressément à un Etat tiers un traitement favorable pour une catégorie de personnes morales désignées selon le droit interne de l'Etat tiers, par exemple une société à responsabilité limitée allemande d'un type particulier (« Gesellschaft mit beschränkter Haftung ») que ne connaissent pas les pays anglo-saxons, le Royaume-Uni pourrait-il réclamer, en invoquant la clause de la nation la plus favorisée, les mêmes avantages pour le type de

[137] Voir *Annuaire... 1968*, vol. II, p. 174, doc. A/CN.4/L.127, par. 31.

[138] SDN, Section économique et financière, *Mémorandum sur les classifications douanières discriminantes* (Sér. Publ. de la SDN, 1927.II.27), p. 9.

[139] H. C. Hawkins, *Commercial Treaties and Agreements : Principles and Practice*, New York, Rinehart, 1951, p. 93 et 94; J. E. S. Fawcett, « Trade and finance in international law », *Recueil des cours... 1968*, Leyde, Sijthoff, 1969, vol. 123, p. 263 [495].

[494] H. C. Hawkins, *Commercial Treaties and Agreements : Principles and Practice*, New York, Rinehart, 1951, p. 93 et 94.

[495] *Annuaire... 1970*, vol. II, p. 237, doc. A/CN.4/228 et Add.1, par. 148.

[496] J. H. Jackson, *World Trade and the Law of GATT : A Legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1969, p. 260 et 261. Des extraits de rapports du Comité économique de la SDN sont annexés au premier rapport du Rapporteur spécial (v. *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 182, doc. A/CN.4/213, annexe I).

[497] Voir *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 223, doc. A/9010/Rev.1, chap. IV, sect. B, art. 5, par. 3 du commentaire.

société britannique qui se rapproche le plus du type de société allemande visée dans le traité, ou ne serait-il pas en droit de le faire ? De même, si un traité accordait des avantages aux sociétés françaises du type « association en participation », qui correspond au « joint venture » des pays de *common law*, un pays anglo-saxon serait-il en mesure d'invoquer la clause de la nation la plus favorisée pour réclamer les mêmes avantages pour celles de ses sociétés du type « joint venture » ?

23) Un problème analogue peut se poser à propos de la nationalité des sociétés, qui n'est pas définie par le droit international. En effet, lorsque, aux termes d'un traité d'établissement, un Etat accorde à un autre Etat des avantages en faveur de ses sociétés nationales, c'est le droit de ce dernier Etat qui détermine la nationalité de ces sociétés. Cela étant, l'Etat qui demande à bénéficier de la clause de la nation la plus favorisée peut-il le demander pour toutes les sociétés que son droit qualifie de nationales ? Selon ce droit, il suffit peut-être, pour qu'une compagnie soit considérée comme nationale, qu'elle ait son siège social ou sa maison mère sur le territoire de l'Etat en question, ou que l'Etat détienne une part importante de son capital social. L'Etat concédant ne serait-il pas alors en mesure d'objecter que les sociétés nationales d'un Etat tiers auquel il a accordé un avantage étaient définies de façon beaucoup plus restrictives par le droit de cet Etat ? L'Etat concédant pourrait donc refuser d'étendre le bénéfice de la clause en alléguant qu'il avait accordé à l'Etat tiers un avantage bien précis, qui, s'il était transposé dans le droit d'un autre Etat, deviendrait plus étendu.

24) Certains des cas cités plus haut témoignent des difficultés qui surgissent lorsqu'il s'agit de savoir si un droit donné entre ou non dans le champ d'application de la matière de la clause. Toutes ces difficultés sont inhérentes à l'application de la clause de la nation la plus favorisée et n'enlèvent pas de leur utilité aux articles 11 et 12, qui, d'une façon générale, exposent, en l'éclairant, le mécanisme de la clause de la nation la plus favorisée.

25) Compte tenu de ce qui précède, l'article 11, intitulé « Etendue des droits découlant d'une clause de la nation la plus favorisée », indique en fait l'étendue éventuelle de la clause. Son *paragraphe 1* dispose que l'Etat bénéficiaire acquiert uniquement les droits qui relèvent du champ d'application de la matière objet de la clause, et le *paragraphe 2* apporte une précision supplémentaire à la règle en déclarant que l'Etat bénéficiaire peut exercer ses droits relevant de la matière objet de la clause uniquement en ce qui concerne les catégories de personnes ou de biens qui sont spécifiées dans la clause ou qui ressortent explicitement de la matière objet de la clause. Si, par exemple, la clause mentionne simplement les transports maritimes ou les questions consulaires ou le commerce en général, ces mentions de caractère général indiquent de façon plus ou moins précise les personnes ou les biens auxquels s'étendent les droits auxquels l'Etat bénéficiaire peut prétendre en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée.

26) L'article 12 (Acquisition de droits en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée) indique le champ d'application effectif de la clause. Le *paragraphe 1* dispose que l'Etat bénéficiaire, même s'il tient à revendiquer pour lui-même des droits relevant du champ d'application de la matière objet de la clause, n'acquerra ces droits qu'à une condition, à savoir que l'Etat concédant confère à un Etat tiers un traitement qui relève de la même matière. Le *paragraphe 2* de l'article dispose que si l'Etat bénéficiaire revendique des droits concernant les personnes ou les biens qui sont spécifiés dans la clause ou qui ressortent implicitement de la matière objet de la clause, il acquerra les droits prévus dans la clause uniquement si les personnes ou les biens en question *a*) relèvent de la même catégorie de personnes ou de biens que ceux qui bénéficient du traitement conféré par l'Etat concédant à un Etat tiers, et *b*) se trouvent avec l'Etat bénéficiaire dans le même rapport que celui dans lequel ces personnes ou ces biens se trouvent avec cet Etat tiers.

Article 13. — Non-pertinence du fait que le traitement est conféré avec ou sans contrepartie

En vertu d'une clause de la nation la plus favorisée, l'Etat bénéficiaire acquiert, pour lui-même ou au profit de personnes ou de biens se trouvant dans un rapport déterminé avec lui, le droit au traitement de la nation la plus favorisée indépendamment du fait que le traitement de l'Etat concédant à un Etat tiers ou à des personnes ou des biens se trouvant dans le même rapport avec cet Etat tiers est conféré avec ou sans contrepartie.

Commentaire

1) Il n'y a pas que les promesses du traitement de la nation la plus favorisée qui puissent être classées selon qu'elles sont inconditionnelles ou qu'elles sont faites sous condition de réciprocité matérielle ou d'une autre contrepartie; les avantages accordés par l'Etat concédant à des Etats tiers peuvent être classés de manière analogue : ces avantages peuvent être concédés unilatéralement comme un don — théoriquement tout au moins — ou ils peuvent être accordés en échange d'une contrepartie quelconque. Par exemple, l'Etat concédant peut réduire unilatéralement ses tarifs douaniers sur les oranges importées d'un Etat tiers ou lier cette réduction à une réduction tarifaire accordée par l'Etat tiers sur les textiles que celui-ci importe de l'Etat concédant. Pour citer un autre exemple, l'Etat concédant peut donner à l'Etat tiers l'assurance que les consuls de cet Etat jouiront unilatéralement de l'immunité de la juridiction pénale ou convenir avec l'Etat tiers que l'octroi de cette immunité sera réciproque. Si, dans des cas de ce type, l'Etat concédant offre inconditionnellement le traitement de la nation la plus favorisée à un Etat bénéficiaire, la question suivante se pose : les droits de l'Etat bénéficiaire se trouvent-ils modifiés du fait que les promesses de l'Etat concédant à l'Etat tiers ont été soumises ou non à certaines conditions ?

2) Sur ce point, la pratique est contradictoire. Les tribunaux ont parfois retenu des solutions différentes de celles qui figurent à l'article 13. C'est ainsi qu'en 1919 la plus haute juridiction argentine a rejeté un recours introduit contre une décision du Tribunal supérieur de Santa Fe et a déclaré que

[...] si le requérant se réfère aux pouvoirs conférés aux consuls par les traités conclus avec la Grande-Bretagne en 1825 (art. 13) et avec le Royaume de Prusse et les Etats du Zollverein allemand en 1857 (art. 9), pouvoirs qu'il considère comme devant être étendus aux consuls du Royaume d'Italie en vertu de la clause de la nation la plus favorisée incluse dans les conventions conclues avec ce royaume, même ce précédent, à supposer qu'il ait valeur de précédent, n'influerait aucunement sur la solution du problème de droit fédéral en question. Et ce tout d'abord parce que, s'agissant de concessions consenties sous condition de réciprocité, il aurait fallu démontrer que le Gouvernement italien les accordait ou était disposé à les accorder aux consuls argentins... [498].

3) En 1922, un tribunal allemand a rejeté un recours formé par un demandeur français contre une décision lui enjoignant de fournir une caution *judicatum solvi* à l'occasion d'une action qu'il avait intentée contre un ressortissant allemand. Selon l'article 110 du Code allemand de procédure civile, les étrangers qui se portaient demandeurs devant les tribunaux allemands devaient, si le défendeur le requérait, fournir une caution *judicatum solvi*. Cette disposition ne s'appliquait pas aux étrangers dont l'Etat national n'exigeait pas des citoyens allemands demandeurs devant ses tribunaux le dépôt d'une caution *judicatum solvi*. Par l'article 291, alinéa 1, du Traité de Versailles, l'Allemagne s'était engagée

à assurer de plein droit aux puissances alliées et associées, ainsi qu'aux fonctionnaires et ressortissants desdites puissances, le bénéfice de tous les droits et avantages, de quelque nature que ce soit, qu'elle a pu concéder à l'Autriche, à la Hongrie, à la Bulgarie ou à la Turquie, ou concéder aux fonctionnaires et ressortissants de ces Etats, par traités, conventions ou accords conclus avant le 1er août 1914, aussi longtemps que ces traités, conventions ou accords resteront en vigueur.

Il existait entre l'Allemagne et la Bulgarie un traité qui prévoyait, sur une base de réciprocité, l'exemption de l'obligation de déposer une caution *judicatum solvi*. Dans une note communiquée à l'Allemagne en avril 1921, le Gouvernement français avait informé le Gouvernement allemand qu'il entendait se prévaloir des dispositions pertinentes de ce traité. Le demandeur n'avait pas apporté la preuve qu'en France les ressortissants allemands étaient exemptés de l'obligation de déposer une caution *judicatum solvi* dans le cas de procédures intentées contre des ressortissants français. La Cour supérieure de district a jugé que l'appel devait être rejeté. L'article 291 du Traité de Versailles, a-t-elle estimé, n'obligeait pas l'Allemagne à accorder aux ressortissants français des avantages plus étendus que ceux qui étaient accordés aux ressortissants de l'ancienne Puissance centrale. Selon la Cour, le traité conclu avec la Bulgarie reposait sur le principe de la réciprocité, et, dès lors que la France n'accordait pas, à titre de réciprocité, le même traitement, ses ressortissants n'avaient pas droit à l'exemption de l'obligation de déposer une caution *judicatum solvi* [499].

4) Bien qu'il comporte un certain nombre de références au droit interne français, l'exemple qui suit illustre les diverses tendances de la conception française du problème que l'on étudie. Les frères Betsou, ressortissants grecs, avaient loué à Paris, en 1917, des locaux à usage commercial. Le bail expirait en 1926. Les propriétaires ayant refusé le renouvellement du bail, les demandeurs ont réclamé 200 000 francs d'indemnité d'éviction. Leur réclamation était fondée sur les dispositions de la loi du 30 juin 1926 accordant certains privilèges aux commerçants. A l'appui de leurs réclamations tendant à bénéficier des privilèges conférés par cette loi en dépit de leur nationalité étrangère, ils invoquaient la convention franco-hellénique du 8 septembre 1926 et, par le biais de la clause de la nation la plus favorisée, le traité franco-danois du 9 février 1910, le Danemark étant à cet égard la nation la plus favorisée. L'article 19 de la loi de 1926 disposait que les étrangers ne devaient avoir droit au bénéfice des privilèges prévus par cette loi que sous réserve de réciprocité.

Le Tribunal civil de la Seine s'est prononcé en faveur des demandeurs et a déclaré que, par le biais de la clause de la nation la plus favorisée, les ressortissants grecs jouissaient en France des mêmes privilèges, en matière de commerce et d'industrie, que les ressortissants danois. Le traité franco-danois disposait que, dans l'exercice de leurs activités commerciales, les Danois jouiraient de tous les privilèges que la législation pourrait ultérieurement conférer aux ressortissants français. La loi du 30 juin 1926 accordait incontestablement des privilèges à ceux qui exerçaient une activité commerciale. Bien que l'article 19 de cette loi érigeât en règle absolue et impérative l'exigence de la réciprocité en matière législative et bien qu'il n'y ait pas eu au Danemark de législation en matière de propriété commerciale, le droit français devait être interprété conformément au traité franco-danois. Les ressortissants danois ne sauraient être privés de leurs droits et privilèges par une législation française ultérieure. Selon le Tribunal :

une convention entre nations constitue, au même titre qu'un contrat entre particuliers, un engagement réciproque qui doit être respecté de part et d'autre tant que cette convention n'est pas dénoncée ou qu'un nouveau traité ne vienne restreindre les effets du contrat primitif.

La Cour d'appel de Paris, infirmant la décision du Tribunal civil de la Seine, a déclaré que les frères Betsou ne pouvaient prétendre à un droit au renouvellement de leur bail. La loi du 30 juin 1926 indiquait clairement que le droit à la propriété commerciale était interprété comme « un droit civil *stricto sensu* », c'est-à-dire comme un droit soumis aux dispositions de l'article 11 du Code civil, en vertu duquel les étrangers ne jouissent de droits en France que sous réserve de réciprocité dans le traitement réservé à l'étranger aux ressortissants français. Il était bien précisé, dans le traité franco-danois, que les ressortissants des deux Etats ne jouiraient des droits et privilèges prévus que dans la mesure où ces droits et privilèges seraient compatibles avec la législation en vigueur dans les deux Etats, et la législation danoise ne reconnaissait pas aux étrangers le droit à la propriété commerciale au Danemark [500].

[498] *Ibid.*, p. 116 et 117, doc. A/CN.4/269, note 2.

[499] Affaire relative à une caution *judicatum solvi* (Traité de Versailles), Allemagne : Cour supérieure de district, Francfort-sur-le-Main, 11 décembre 1922 (*ibid.*, p. 128 et 129, doc. A/CN.4/269, par. 24 et 25).

[500] Betsou *c.* Volzenlogel, France : Tribunal civil de la Seine, 23 décembre 1927, Cour d'appel de Paris (Première Chambre), 24 décembre 1928 (*ibid.*, p. 130, doc. A/CN.4/269, par. 28 à 30).

5) Selon un important auteur français, la solution retenue par la juridiction inférieure, c'est-à-dire le Tribunal civil de la Seine, était justifiée. Pour cet auteur,

La réciprocité (qu'il s'agisse de celle de l'article 11 [du Code civil] ou de celle résultant d'une clause de réciprocité) est une réciprocité concrète. Au contraire, la clause de la nation la plus favorisée, lorsqu'elle est bilatérale, institue une sorte de réciprocité abstraite : les Etats s'engagent mutuellement à assurer le traitement qu'ils accordent à des Etats tiers plus favorisés. La clause apparaît bien ici comme l'un de ces traités, visés à l'article 11 [du Code civil], qui dispense de la réciprocité trait pour trait [501].

6) Une décision grecque, rapportée comme suit, apporte des motifs convaincants à l'appui de la solution proposée à l'article 13.

La Convention d'établissement et de protection juridique conclue entre la Grèce et la Suisse le 1er décembre 1927 dispose, dans son article 9, que

En aucun cas les ressortissants de chacune des parties contractantes ne seront soumis, sur le territoire de l'autre partie, à des charges ou à des droits, impôts, taxes ou contributions, de quelque nature que ce soit, autres ou plus élevés que ceux qui sont ou pourront être imposés aux ressortissants de la nation la plus favorisée.

L'article 11, qui concerne les sociétés commerciales, industrielles, agricoles ou financières valablement constituées d'après la législation de l'une des parties contractantes et ayant leur siège sur son territoire, dispose que ces sociétés « jouiront, à tous égards, du traitement accordé aux sociétés similaires de la nation la plus favorisée » et que

elles ne seront astreintes, notamment, à aucune contribution ou redevance fiscale, de quelque dénomination ou de quelque espèce que ce soit, autres ou plus élevées que celles qui sont ou seront perçues de sociétés de la nation la plus favorisée.

La requérante, en l'espèce, était une société suisse dont le siège social se trouvait à Genève et qui prétendait être exemptée de l'impôt sur le revenu en invoquant à l'appui la Convention anglo-grecque de 1936 relative à l'exemption réciproque de l'impôt sur le revenu concernant certains bénéfices ou gains de personnes morales. Aux termes de cette convention, les bénéfices ou les gains obtenus en Grèce soit par une personne résidant en Grande-Bretagne, soit par une personne morale administrée et dirigée en Grande-Bretagne, échappaient à l'impôt sur le revenu sous réserve de réciprocité.

Il a été jugé que la requérante avait droit à l'exemption fiscale. Le Conseil d'Etat a statué comme suit :

Attendu que, dans les traités économiques notamment, la clause de la nation la plus favorisée a pour but de prévenir le péril que la situation des sujets des Etats contractants ne devienne éventuellement désavantageuse en comparaison de celle des sujets d'autres Etats, sur le domaine de la concurrence économique internationale. Grâce au mécanisme de cette clause, chacun des deux Etats contractants d'une part accorde à l'autre les avantages qu'il a déjà accordés à un Etat tiers, et d'autre part assume l'obligation de lui accorder tout avantage qu'il accorderait à un Etat tiers à l'avenir, pendant la durée du traité. L'acquisition de ce dernier avantage au profit du bénéficiaire de la clause a lieu — pour autant que le contraire n'a pas été stipulé dans l'accord — *ipso jure*, sans l'obligation pour lui de procurer une contrepartie additionnelle, même si les concessions faites au profit de l'Etat tiers ne sont pas unilatérales, mais sont soumises à la condition de réciprocité. Interprétée dans cet esprit, la clause assure la réalisation du but dans lequel elle a été instituée, savoir l'assimilation dans chacun des deux Etats, pour les questions que la clause concerne, des sujets ou des entreprises de l'autre Etat aux sujets ou aux entreprises d'un tiers pays favorisé.

Attendu qu'en l'occurrence la clause de la nation la plus favorisée contenue dans la Convention greco-helvétique a été stipulée pure et simple, sans restrictions ni conditions onéreuses, et comme telle elle donne aux entreprises suisses travaillant en Grèce le droit à l'exemption fiscale aux conditions auxquelles la même exemption est accordée aux entreprises britanniques, même si les entreprises grecques ne jouissent pas en Suisse de la faveur dont elles jouissent en Grande-Bretagne. En conséquence, l'arrêt attaqué [...] doit, pour cela, être cassé [...] [502].

7) La Commission est convaincue que la règle qui est énoncée à l'article 13 est conforme à la conception moderne du fonctionnement de la clause de la nation la plus favorisée. Si la clause est inconditionnelle, l'Etat bénéficiaire et les personnes ou les biens se trouvant dans un rapport déterminé avec cet Etat acquièrent automatiquement les avantages accordés par l'Etat concédant à des Etats tiers où à des personnes ou des biens se trouvant dans un rapport déterminé avec eux, selon la manière et dans les conditions décrites aux articles 11 et 12. Si la clause de la nation la plus favorisée en question est expressément inconditionnelle ou si elle est muette sur les conditions, l'Etat bénéficiaire ne saurait, de l'avis de la Commission, se voir refuser le traitement accordé par l'Etat concédant à un Etat tiers motif pris de ce que ce traitement est accordé sous condition de réciprocité matérielle ou en échange de toute autre contrepartie. Cela est évident si l'on considère que la clause conditionnelle de type américain a complètement disparu de la pratique. Cela paraît évident aussi dans les domaines autres que celui du commerce. Dans ces domaines, les parties à un accord contenant une clause de la nation la plus favorisée peuvent librement décider de s'accorder réciproquement le traitement de la nation la plus favorisée sous condition de réciprocité matérielle. En pareil cas, la question ne se pose pas. Toutefois, à défaut d'une telle décision, il résulte de la nature d'une clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée que l'Etat concédant ne saurait refuser à l'Etat bénéficiaire le traitement qu'il accorde à un Etat tiers, motif pris de ce que ce dernier traitement n'est pas accordé sans contrepartie, mais qu'il l'est sous condition de réciprocité ou en échange de toute autre contrepartie.

8) Compte tenu de ce qui précède, la Commission a jugé opportun d'adopter une règle affirmant la non-pertinence du fait que le traitement accordé à un Etat tiers l'est avec ou sans contrepartie. Cette règle est conforme aux buts essentiels de la clause de la nation la plus favorisée et également à la présomption en faveur du caractère inconditionnel de cette clause.

[501] Level, *loc. cit.*, p. 338, par. 36.

[502] Affaire d'exemption fiscale en Grèce, Grèce : Conseil d'Etat, 1954 (*Annuaire... 1973*, vol. II, p. 139 et 140, doc. A/CN.4/269, par. 58 et 59.

Article 14. — Non-pertinence des restrictions convenues entre l'Etat concédant et l'Etat tiers

L'Etat bénéficiaire a droit au traitement conféré par l'Etat concédant à un Etat tiers indépendamment du fait que ce traitement est conféré en vertu d'un accord limitant son application aux relations entre l'Etat concédant et l'Etat tiers.

Commentaire

1) Cette règle découle tout naturellement de la règle générale en matière d'Etats tiers qui fait l'objet des articles 34 et 35 de la Convention de Vienne, ainsi que de la nature même de la clause de la nation la plus favorisée. Il paraît cependant nécessaire de l'énoncer, car il existe un certain nombre d'accords, ayant plus ou moins directement pour but de créer la situation visée dans l'article, quels que soient les doutes que l'on puisse avoir quant aux effets de ces arrangements sur le droit des Etats tiers bénéficiaires de la clause de la nation la plus favorisée. Les arrangements en question peuvent, soit prendre la forme de dispositions conventionnelles (« clauses réservées »), soit être implicitement contenus dans certains traités multilatéraux.

2) La règle proposée dans l'article 14 s'applique à toutes les clauses de la nation la plus favorisée, qu'elles soient de caractère inconditionnel ou qu'il s'agisse de clauses conditionnelles sous réserve d'avantages réciproques. Elle est exprimée de la façon suivante au paragraphe 2 de la résolution adoptée par l'Institut de droit international à sa quarantième session, en 1936 :

> Ce régime d'égalité inconditionnelle [résultant de l'application d'une clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée] ne saurait être affecté par les dispositions contraires [...] des conventions fixant les rapports avec les Etats tiers [503].

3) Un débat a eu lieu au Comité économique de la SDN sur la question, posée à l'origine lors de la Conférence diplomatique réunie à Genève pour établir une convention internationale sur l'abolition des prohibitions et restrictions à l'importation et à l'exportation, de savoir si des Etats non parties à cette convention pourraient, en se prévalant d'accords bilatéraux fondés sur la clause de la nation la plus favorisée, réclamer le bénéfice des avantages que se concéderaient réciproquement les signataires de la convention internationale. A la Conférence,

> on ne tarda pas à se rendre compte que la réponse à cette question ne pouvait être donnée par la convention, qui ne saurait porter novation au contenu des accords bilatéraux reposant sur la clause de la nation la plus favorisée.

Au Comité économique, il fut proposé de prévoir dans la convention une disposition visant à limiter les stipulations de la convention aux parties contractantes [504].

4) Il existe de nombreuses conventions qui contiennent des clauses par lesquelles les parties manifestent leur intention de limiter certains avantages aux relations établies entre elles. Le premier paragraphe de l'article 6 de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles concernant les immunités des navires d'Etat, signée à Bruxelles le 10 avril 1926 [505], est conçu comme suit :

> Les dispositions de la présente convention seront appliquées dans chaque Etat contractant sous la réserve de ne pas en faire bénéficier les Etats non contractants et leurs ressortissants, ou d'en subordonner l'application à la condition de réciprocité.

D. Vignes a fait la remarque suivante à l'égard de cette disposition :

> Une telle stipulation présente l'inconvénient de ne pas délier les Etats contractants des obligations résultant pour eux de clauses antérieures, d'être à l'égard des partenaires de celles-ci *res inter alios acta*, et donc de mettre ces auteurs en situation potentielle de violation de la clause [506].

La référence au principe de réciprocité que contient cette disposition n'en efface pas la faiblesse fondamentale, car on ne saurait transformer des obligations inconditionnelles en obligations conditionnelles sans le consentement de leurs bénéficiaires.

5) La même règle figure, sous une version quelque peu atténuée, dans la Convention internationale pour l'unification de certaines règles relatives aux privilèges et hypothèques maritimes, également signée à Bruxelles le 10 avril 1926 [507]. L'article 14 de cette convention est ainsi rédigé :

> Les dispositions de la présente convention seront appliquées dans chaque Etat contractant lorsque le navire grevé est ressortissant d'un Etat contractant, ainsi que dans les autres cas prévus par les lois nationales.
>
> Toutefois, le principe formulé dans l'alinéa précédent ne porte pas atteinte au droit des Etats contractants de ne pas appliquer les dispositions de la présente convention en faveur des ressortissants d'un Etat non contractant.

6) Le paragraphe 4 de l'article 98 de la Charte de La Havane, du 24 mars 1948, rédigée en vue de créer l'OIC (Organisation internationale du commerce), est libellé de la façon suivante :

> aucune disposition de la présente Charte ne sera interprétée comme obligeant un Etat membre a accorder aux Etats non membres un traitement aussi favorable que celui qu'il accorde aux Etats membres aux termes de la Charte. Le fait de ne pas accorder un tel traitement ne sera pas considéré comme contraire à la lettre ou à l'esprit de la Charte [508].

Bien que cette disposition ne soit pas une « clause réservée », elle a été sévèrement critiquée en 1948 déjà. Le représentant de l'Union soviétique, M. Aroutiounian, avait déclaré au Conseil économique et social :

> une telle disposition équivaut à autoriser les membres à déroger au principe du traitement de la nation la plus favorisée dans leurs

---

[503] *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 188, doc. A/CN.4/213, annexe II.

[504] *Ibid.*, p. 187, doc. A/CN.4/213, annexe I, sous le titre « Relations entre les accords bilatéraux basés sur la clause de la nation la plus favorisée et les conventions économiques plurilatérales ».

[505] SDN, *Recueil des Traités*, vol. CLXXVI, p. 199.

[506] Vignes, *loc. cit.*, p. 291.

[507] SDN, *Recueil des Traités*, vol. CXX, p. 209.

[508] Voir *Conférence des Nations Unies sur le commerce et l'emploi* (La Havane, Cuba, novembre 1947-mars 1948), *Acte final et documents connexes* (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1948.II.D.4), p. 51.

rapports réciproques avec des Etats non membres, et elle est en contradiction flagrante avec le dessein de développer le commerce mondial [...][509].

7) D'un point de vue strictement juridique, le paragraphe 4 de l'article 98 de la Charte de l'OIC est sans contenu, car il ne fait qu'énoncer une évidence, à savoir que la Charte n'impose pas aux Etats membres des obligations à l'égard des Etats non membres. Cette disposition exerce cependant un certain effet de propagande, même si l'on ne va pas jusque'à penser qu'elle encourage indirectement les parties à la Charte à manquer aux obligations qu'elles peuvent avoir envers des Etats non membres en vertu de clauses bilatérales de la nation la plus favorisée. Mais la disposition de la Charte de l'OIC n'est pas en vigueur et ne l'a jamais été, et l'on ne peut guère considérer qu'elle exerce actuellement un effet quelconque, même par l'intermédiaire de l'article XXIX, par. 1, de l'Accord général du GATT, aux termes duquel

les parties contractantes s'engagent à observer, dans toute la mesure compatible avec les pouvoirs exécutifs dont elles disposent, les principes généraux [...] de la Charte de La Havane[510].

8) D'après Hawkins[511], l'idée exprimée par la disposition précitée à l'article 98 de la Charte de La Havane rappelle l'ancienne clause conditionnelle de la nation la plus favorisée, en ce sens que les pays qui refusent de devenir partie à l'Accord général — et de consentir les concessions tarifaires qu'entraînerait cette participation — ne peuvent être admis à bénéficier librement des avantages de cet accord.

9) La Convention relative au commerce de transit des Etats sans littoral, du 8 juillet 1965, contient la disposition suivante (art. 10), relative à la clause de la nation la plus favorisée :

1. Les Etats contractants conviennent que les facilités et droits spéciaux accordés aux termes de la présente Convention aux Etats sans littoral en raison de leur situation géographique particulière sont exclus du jeu de la clause de la nation la plus favorisée. Un Etat sans littoral qui n'est pas partie à la présente Convention ne peut revendiquer les facilités et droits spéciaux accordés aux Etats sans littoral aux termes de la présente Convention qu'en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée figurant dans un traité conclu entre ledit Etat sans littoral et l'Etat contractant qui accorde lesdits droits spéciaux et facilités.

2. Si un Etat contractant accorde à un Etat sans littoral des facilités ou droits spéciaux supérieurs à ceux [qui sont] prévus par la présente Convention, ces facilités ou droits spéciaux pourront être limité audit Etat, à moins que le fait de ne pas les accorder à un autre Etat sans littoral n'enfreigne la clause de la nation la plus favorisée contenue dans un traité conclu entre cet autre Etat sans littoral et l'Etat contractant qui accorde lesdits droits spéciaux ou facilités[512].

10) Le préambule de cette convention réaffirme le septième principe adopté par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement à propos du commerce de transit des pays sans littoral :

Les facilités et les droits spéciaux accordés aux Etats sans littoral en raison de leur situation géographique spéciale ne rentrent pas dans la champ d'application de la clause de la nation la plus favorisée[513].

Ce principe a son origine dans un projet d'article visant à l'exclusion de la validité de la clause de la nation la plus favorisée qui faisait partie d'un texte sur le droit de libre accès à la mer des Etats sans littoral présenté par la Tchécoslovaquie en février 1958 à la Conférence préliminaire d'Etats sans littoral. La proposition était assortie du commentaire ci-dessous :

Le droit fondamental du pays enclavé à l'accès à la mer, dérivant du principe de la liberté de la haute mer, constitue un droit spécifique à ce pays, droit qui dépend de la situation géographique naturelle de ce pays. Il va sans dire que, vu le caractère de ce droit, nul pays tiers ne peut le faire valoir en vertu de la clause de la nation la plus favorisée. L'exclusion des accords sur les conditions du transit, conclus entre les pays enclavés et les pays transitaires, de la sphère d'action de la clause de la nation la plus favorisée se trouve pleinement justifiée par le fait que ces accords dérivent justement de ce droit fondamental[514].

Les rédacteurs de la convention se sont fondés sur ce principe VII, dont l'article 10 semble n'être qu'une application pratique. Pour apprécier la validité de l'article 10 à l'égard des Etats qui ne sont pas parties à la convention, il faut donc préciser la nature du « principe » sur lequel il repose. Ce principe dérive-t-il de règles du droit positif, ou d'une prise de position théorique ? Le consensus auquel est arrivée la CNUCED suffit-il à en faire une règle du droit coutumier, ou s'agit-il seulement d' « une étape dans le développement progressif et la codification des principes du droit international », d'une norme juridique imparfaite qui, pour devenir une véritable règle de droit international, doit être incorporée dans la pratique des Etats[515] ?

11) Aucun auteur ne rejette expressément la règle proposée à l'article 14. L'un d'eux écrit :

La validité de la clause réservée est d'une appréciation délicate. *Res inter alios acta* à l'égard de l'Etat bénéficiaire, créancier du traitement le plus favorisé, on voit difficilement comment la clause réservée à laquelle il n'a pas adhéré peut réduire la portée des engagements souscrits à son égard par l'Etat concédant[516].

Le même auteur tente de distinguer deux situations :

Si le traité consacrant les avantages privilégiés et portant à leur égard clause réservée est antérieur à la convention accordant le

[509] *Documents officiels du Conseil économique et social, septième session*, 195e séance, p. 329 et 330.

[510] GATT, *Instruments de base et documents divers*, vol. IV (numéro de vente : GATT/1969-1), p. 52. Pour une thèse opposée, voir J. H. Jackson, *op. cit.*, p. 118.

[511] H. C. Hawkins, *op. cit.*, p. 85.

[512] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 597, p. 55.

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

[514] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer*, vol. VII, *Cinquième Commission (Question du libre accès à la mer des pays sans littoral)* [publication des Nations Unies, numéro de vente : 58.V.4, vol. VII], p. 82, doc. A/CONF.13/C.5/L.1, annexe VI, commentaire de l'article 8. Voir aussi le rapport du Groupe de travail à la Cinquième Commission (*ibid.*, p. 89, doc. A/CONF.13/C.5/L.16, par. 13).

[515] Voir M. Virally, « Le rôle des *principes* dans le développement du droit international », et S. Bastid, « Observations sur une *étape* dans le développement progressif et la codification des principes du droit international », dans : Faculté de droit de l'Université de Genève et Institut universitaire de hautes études internationales, Genève, *Recueil d'études de droit international — En hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Imprimerie de la Tribune de Genève, 1968, p. 531 et 532.

[516] Level, *loc. cit.*, p. 336, par. 20.

traitement le plus favorisé, on pourrait arguer, compte tenu de la nécessaire publicité des traités, que l'Etat bénéficiaire n'a pu ignorer les engagements pris par l'Etat concédant et la clause réservée qui les affecte. On admettrait ici une adhésion implicite de l'Etat bénéficiaire à la clause réservée. En revanche, s'agissant d'une clause réservée stipulée postérieurement aux clauses de la nation la plus favorisée, l'Etat concédant, qui n'a assorti ces dernières d'aucune stipulation en limitant la portée, ne peut *a posteriori* se soustraire à leur application en vertu d'un engagement, conclu avec l'Etat favorisé, auquel l'Etat bénéficiaire est resté étranger [517].

Cette distinction semble toutefois injustifiée, et l'argumentation en faveur de la validité de la « clause réservée » stipulée antérieurement à la clause de la nation la plus favorisée ne s'appuie sur aucune règle du droit des traités. L'auteur cité renonce lui-même à cette idée et conclut :

On sait la solution qui a été [...] donnée par la Cour internationale de Justice [dans l'*Affaire de l'Anglo-Iranian Oil Co.*]. Le traitement de la nation la plus favorisée trouve son titre dans le traité qui la stipule, et ce n'est que par référence que les avantages reconnus à l'Etat tiers s'appliquent à l'Etat bénéficiaire. La clause réservée n'est donc pas opposable à l'Etat bénéficiaire de la clause de la nation la plus favorisée, puisque les droits du premier ne trouvent pas leur source dans le traité contenant la clause réservée [518].

Article 15. — Non-pertinence du fait que le traitement est conféré en vertu d'un accord bilatéral ou d'un accord multilatéral

L'Etat bénéficiaire a droit au traitement conféré par l'Etat concédant à un Etat tiers indépendamment du fait que ce traitement est conféré en vertu d'un accord bilatéral ou d'un accord multilatéral.

Commentaire

1) La Commission a déjà déclaré :

Il n'est pas nécessaire, pour que la clause entre en vigueur, que le traitement effectivement accordé à l'Etat tiers, pour lui-même ou pour les personnes ou les choses considérées, soit fondé sur un traité ou accord antérieur. Le simple fait d'un traitement favorable est suffisant pour déclencher l'application de la clause. Toutefois, le fait du traitement favorable peut aussi résider dans la conclusion ou l'existence d'un accord entre l'Etat concédant et l'Etat tiers en vertu duquel ce dernier a droit à certains avantages. En se fondant sur la clause, l'Etat bénéficiaire peut également exiger les mêmes avantages que ceux qu'accorde à l'Etat tiers l'accord mentionné [519].

Il semble évident que, à moins que la clause n'en dispose autrement ou que les parties au traité n'en conviennent autrement, le bénéficiaire de la clause est en droit de bénéficier de celle-ci que l'Etat concédant ait accordé le traitement favorable à un Etat tiers simplement de fait ou en vertu d'un accord bilatéral ou multilatéral.

La clause de la nation la plus favorisée et les accords multilatéraux

2) Toutefois, la question de savoir si la clause de la nation la plus favorisée donne droit aux avantages découlant d'un accord multilatéral a, elle aussi, son histoire. Les relations entre les accords bilatéraux basés sur la clause de la nation la plus favorisée et les « conventions économiques plurilatérales » faisaient déjà l'objet de discussions du temps de la Société des Nations. Voici un extrait des conclusions du Comité économique de la SDN.

Lors de la Conférence diplomatique réunie à Genève pour établir une convention internationale sur l'abolition des prohibitions et restrictions à l'importation et à l'exportation, la question s'est posée de savoir si des Etats non parties à cette convention pourraient, en se prévalant d'accords bilatéraux fondés sur la clause de la nation la plus favorisée, réclamer le bénéfice des avantages que se concéderaient réciproquement les signataires de la convention internationale. Pour faire droit à cette préoccupation, il fut même proposé de l'exprimer dans la convention. Cependant, on ne tarda pas à se rendre compte que la réponse à cette question ne pouvait être donnée par la convention, qui ne saurait porter novation au contenu des accords bilatéraux reposant sur la clause de la nation la plus favorisée. La Conférence avait saisi la grande importance que le problème présente aussi bien pour l'activité économique générale de la Société des Nations que pour la conclusion, la nature et le champ d'application des futures conventions d'ordre économique qui seront conclues sous les auspices de cet organisme international. Déjà, lors de la conférence dont il s'agit, on souligna que la conclusion de conventions plurilatérales serait entravée si les Etats qui y restent étrangers pouvaient se prévaloir, sans contrepartie, des engagements assumés par les Etats signataires de telles conventions.

Chargé de soumettre à une étude approfondie la clause de la nation la plus favorisée dans les traités de commerce et de faire des propositions en vue de la régler d'une façon aussi étendue et aussi uniforme que possible, le Comité économique de la Société des Nations a examiné à fond la question qui fait l'objet du présent rapport. Il a constaté que la Conférence économique internationale de Genève, en recommandant, d'une part, de conclure des conventions plurilatérales d'ordre économique, afin d'améliorer l'économie mondiale, et, d'autre part, d'appliquer la clause de la nation la plus favorisée de la façon la plus large et la plus inconditionnelle, ne s'est vraisemblablement pas entièrement rendu compte que ces deux recommandations pouvaient, jusqu'à un certain point, entrer en conflit l'une avec l'autre. Ce n'est, en effet, pas à tort qu'au Comité économique on a relevé que, dans certains cas, des Etats n'auraient pas ou n'auraient qu'un faible intérêt à adhérer à une convention économique plurilatérale et à assumer les engagements qu'elle comporte s'ils pouvaient, en invoquant la clause de la nation la plus favorisée inscrite dans des accords bilatéraux, revendiquer de droit, sans avoir à en supporter les charges, l'exécution vis-à-vis d'eux des obligations contractées par les Etats signataires de la convention plurilatérale. On a même soutenu avec insistance qu'une telle possibilité serait de nature à compromettre sérieusement toute l'activité économique future de la Société des Nations et que le seul moyen de parer à ce danger consisterait à adopter une disposition aux termes de laquelle la clause de la nation la plus favorisée insérée dans les traités de commerce bilatéraux ne concerne pas, en règle générale, les conventions économiques plurilatérales.

Mais on a objecté qu'une telle disposition, au lieu de conduire, comme l'a recommandé la Conférence économique internationale, à l'application illimitée de la clause de la nation la plus favorisée, aurait pour effet de la restreindre, et que, surtout dans les pays où l'application illimitée de cette clause est à la base de leurs relations commerciales avec l'étranger, pareille réserve serait difficilement comprise et pourrait même susciter un mouvement hostile à l'activité économique de la Société des Nations. On a relevé aussi qu'il était concevable qu'un Etat, pour des raisons absolument sérieuses et loyales, ne fût pas à même d'assumer les engagements que comporte une convention économique internationale, qu'en définitive c'était à cet Etat à décider s'il pouvait le faire ou non, et qu'on ne saurait guère lui demander de renoncer, par une rédaction *ad hoc* de la clause

[517] *Ibid.*, par. 21.

[518] *Ibid.*

[519] *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 223 et 224, doc. A/9010/Rev.1, chap. IV, sect. B, art. 5, par. 5 du commentaire.

de la nation la plus favorisée dans les traités de commerce bilatéraux, à la possibilité de s'élever, dans des cas de ce genre, contre un traitement différentiel de la part d'un ou de plusieurs autres Etats.

Le poids des arguments avancés de part et d'autre est tel que le Comité économique n'a pas jugé possible, pour l'instant, d'arriver à une solution générale et décisive de ce problème difficile. Toutefois, il a été unanime à déclarer que si la réserve des conventions plurilatérales pouvait apparaître, dans certains cas, légitime, elle ne saurait se justifier qu'à la condition qu'il s'agisse de conventions plurilatérales d'un caractère général visant l'amélioration des relations économiques entre les peuples, et non pas de conventions conclues par quelques Etats pour des fins particulières et dont ces Etats tendraient, par cette procédure, à refuser le bénéfice à d'autres Etats, alors que ceux-ci pourraient légitimement en recueillir les avantages en invoquant le traitement de la nation la plus favorisée.

En outre, ladite réserve devrait être expressément stipulée et ne devrait pas priver l'Etat non participant à la convention multilatérale des avantages dont il bénéficie en vertu soit de la législation nationale de l'Etat qui y participe, soit d'un accord bilatéral conclu par ce dernier avec un Etat tiers qui ne participe pas non plus à ladite convention multilatérale.

Finalement, la réserve dont il s'agit ne serait pas applicable non plus dans le cas où l'Etat qui réclamerait les avantages découlant de la convention multilatérale, tout en n'ayant pas adhéré à cette convention, serait prêt à accorder une pleine réciprocité en la matière.

Le Comité économique émet l'avis que les Etats qui, relativement aux stipulations de conventions économiques plurilatérales, conviendraient d'insérer dans leurs accords bilatéraux fondés sur la clause de la nation la plus favorisée une réserve conforme aux principes qui viennent d'être exposés, ne se mettraient en contradiction ni avec les recommandations de la Conférence économique internationale de Genève ni par le fait, avec les fins que se propose la Société des Nations [520].

3) Des réserves de ce genre ont en fait été insérées dans plusieurs traités européens au cours des années qui ont suivi. A titre d'exemple, voici la clause qui figurait dans un traité de commerce conclu entre l'Union économique belgo-luxembourgeoise et la Suisse le 26 août 1929 :

Il est entendu, en outre, que la clause de la nation la plus favorisée ne pourra être invoquée par les Hautes Parties contractantes pour obtenir des droits ou privilèges nouveaux qui seraient accordés à l'avenir par l'une d'elles dans des conventions collectives auxquelles l'autre ne participe pas, si lesdites conventions sont conclues sous les auspices de la Société des Nations ou enregistrées par elle et ouvertes à l'adhésion des Etats. Toutefois, le bénéfice des droits ou privilèges envisagés pourra être revendiqué par la Haute Partie contractante intéressée si lesdits droits ou privilèges sont stipulés également dans des conventions autres que les conventions collectives répondant aux conditions ci-dessus, ou encore si la partie qui en réclame la jouissance est disposée à accorder la réciprocité de traitement [521].

4) Avant la Conférence monétaire et économique mondiale (Londres, 1933), les pays européens avaient formulé des propositions en vue de l'application d'un régime dérogatoire en matière d'accords collectifs, propositions qui tendaient, sous une forme ou sous une autre, à lutter contre la concurrence commerciale américaine sur le marché européen [522]. Ces propositions s'étaient heurtées à l'opposition résolue des Etats-Unis. La situation évolua quelque peu lors de la Conférence, au cours de laquelle le Secrétaire d'Etat des Etats-Unis, M. Cordell Hull, précisa les conditions dans lesquelles les Etats-Unis accepteraient que les avantages résultant d'accords multilatéraux soient exclus du jeu de la clause de la nation la plus favorisée. La disposition proposée par M. Hull à la Conférence était la suivante :

Les gouvernements participants insistent pour que l'on accepte d'une manière générale le principe suivant : la règle de l'égalité n'exigera pas que l'on étende aux non-participants la réduction des tarifs ou des restrictions d'importation consentie en exécution d'accords plurilatéraux et permettant raisonnablement d'espérer qu'elle aboutira à une amélioration économique générale de la région commerciale intéressée, suffisante pour que les avantages en soient ressentis par les pays d'une manière générale; pourvu que lesdits accords

a) S'appliquent à une zone commerciale d'une importance assez grande;

b) Prévoient des réductions qui seront réalisées par voie de pourcentages uniformes de tous les taux tarifaires ou par toute autre formule d'une application également large;

c) Soient ouverts à l'adhésion de tous les pays;

d) Accordent le bénéfice des réductions à tous les pays qui, en fait, accorderont les concessions stipulées; et

e) Pourvu que les pays parties aux accords plurilatéraux ne relèvent pas d'une manière sensible, pendant la période de validité du traité plurilatéral, leurs barrières commerciales contre les importations de pays non parties auxdits accords [523].

Cependant, la Conférence de 1933 « n'était pas seulement condamnée à s'ajouter à la liste déjà longue des conférences économiques internationales qui avaient avorté, mais, le président Roosevelt ayant, dans un message retentissant, rejeté catégoriquement les propositions pour une stabilisation monétaire dont la Conférence était saisie, elle devait s'achever sans même que l'on fît les efforts habituels pour prétendre qu'elle avait fait œuvre utile [524] ». Un peu plus tard, la même année, lors de la Septième Conférence internationale américaine, tenue à Montevideo, M. Hull présenta un projet d'accord ayant de nombreux points communs avec la proposition qu'il avait soumise à la Conférence de Londres, et il en obtint l'adoption de principe.

5) La proposition des Etats-Unis aboutit à l'ouverture à la signature, le 15 juillet 1934, d'un accord concernant la non-application de la clause de la nation la plus favorisée à certaines conventions économiques multilatérales [525]. Cet accord dispose :

---

[520] SDN, « Doctrine du Comité économique en ce qui concerne le traitement de la nation la plus favorisée » (E.805.1933.II.B.1), p. 119 à 121.

[521] SDN, *Recueil des Traités*, vol. CV, p. 12.

[522] Voir les détails dans J. Viner, *The Customs Union Issue*, Studies in the administration of international law and organization, n° 10, New York, Carnegie Endowment for International Peace, 1950, p. 22 et suiv.

[523] SDN, Conférence monétaire et économique, *Rapports approuvés par la Conférence le 27 juillet 1933 et résolutions du Bureau et du Comité exécutif* (C.435.M.220.1933.II [Conf.M.E.22 (1)], p. 43.

[524] J. Viner, *op. cit.*, p. 36.

[525] Accord entre les Etats-Unis d'Amérique, l'Union économique belgo-luxembourgeoise, la Colombie, Cuba, la Grèce, le Guatemala, le Nicaragua et le Panama, en vue d'éviter que les obligations découlant de la clause de la nation la plus favorisée ne soient invoquées pour obtenir les avantages et bénéfices établis par certaines conventions économiques multilatérales (SDN, *Recueil des Traités*, vol. CLXV, p. 9).

Article premier

Les Hautes Parties contractantes ne feront pas appel, dans leurs relations entre elles, sauf dans les cas prévus à l'article II du présent accord, aux obligations découlant de la clause de la nation la plus favorisée, dans le but de se procurer des pays parties à des conventions multilatérales du genre exposé ci-après les avantages ou bénéfices dont jouissent les parties à ces conventions.

Le présent article vise les conventions économiques multilatérales susceptibles d'une application générale, qui englobent une zone commerciale sensiblement étendue, qui ont pour objet de faciliter et de stimuler le commerce international ou d'autres relations économiques internationales, et auxquelles tous les pays sont admis à adhérer.

Article II

Nonobstant les dispositions de l'article premier, toute Haute Partie contractante peut demander à un Etat avec lequel elle aura un traité contenant la clause de la nation la plus favorisée l'observation de cette clause, pour autant que ladite Haute Partie contractante accorde en fait audit Etat les avantages qu'elle réclame.

6) Malgré la déclaration de 1935 du secrétaire d'Etat Hull citée devant la CDI [526], la seule interprétation possible de cet accord semble bien être que selon ses auteurs, et sauf dispositions contraires, le traitement de la nation la plus favorisée inclut les avantages accordés dans les accords multilatéraux. (C'est également dans ce sens que Whiteman paraît interpréter la position adoptée par les Etats-Unis à cette époque [527].) L'accord visait manifestement à créer par consentement mutuel une dérogation conventionnelle et, si possible, largement acceptée à la règle générale. L'expérience devait échouer, trois Etats seulement étaient devenus parties à l'accord : Cuba, les Etats-Unis d'Amérique et la Grèce. On ne peut retenir le fait que, en signant l'accord *ad referendum*, l'ambassadeur de Belgique ait affirmé que ce document ne constituait pas une règle nouvelle et ne faisait que sanctionner ce qui était déjà une norme du droit international [528]. Ce que l'ambassadeur de Belgique considérait en 1935 comme une norme établie devait, en 1938, devenir l'objet d'une proposition du Premier Ministre de Belgique. M. van Zeeland, dans son rapport présenté à la demande des Gouvernements britannique et français, recommanda que

Des exceptions à la clause de la nation la plus favorisée soient admises pour permettre des accords de groupe visant à abaisser les barrières tarifaires, sous réserve que ces accords soient ouverts à l'adhésion d'autres Etats [529].

7) L'idée que la clause de la nation la plus favorisée ne donne pas droit au traitement résultant des stipulations de conventions commerciales multilatérales ouvertes à l'adhésion de tous les Etats a mené à la résolution adoptée par l'Institut de droit international à sa quarantième session (Bruxelles, 1936). Le paragraphe 7 de ladite résolution prévoit notamment que

La clause de la nation la plus favorisée ne donne droit :

...

Ni au traitement résultant des stipulations de conventions ouvertes à la signature de tous les Etats, dont l'objet est de faciliter et de stimuler le commerce et les relations économiques internationales par un abaissement systématique des droits de douane [530].

8) En ce qui concerne la doctrine, c'est un auteur japonais, N. Ito, qui a proposé qu'on fasse une distinction entre les « traités collectifs d'intérêt particulier » et les « traités collectifs d'intérêt général » concernant le commerce international et les tarifs douaniers [531]. Les clauses de la nation la plus favorisée contenues dans des traités bilatéraux donneraient uniquement droit aux avantages prévus dans les conventions appartenant à la première catégorie, car, selon l'auteur, les traités appartenant à la deuxième catégorie étant ouverts à tous les Etats, il suffirait à ceux-ci d'y adhérer pour bénéficier des avantages qu'ils stipulent. Cette solution, en obligeant les Etats qui voudraient bénéficier des avantages d'un traité multilatéral à y adhérer et à assumer également les obligations qui en résultent, les placerait sur le même pied que les autres parties contractantes, alors que, si la clause de la nation la plus favorisée jouait, ces Etats pourraient se contenter de réclamer les avantages stipulés dans le traité multilatéral sans se soumettre aux obligations correspondantes [532].

9) Cette théorie a été sévèrement critiquée par E. Allix, qui écrit, au sujet de l'argument fondé sur le caractère ouvert de certains traités multilatéraux :

Ici deux réponses se présentent : la première, c'est que, si la clause est inconditionnelle, elle va être transformée en clause conditionnelle, puisque le pays qui adhérera au traité devra en assumer les obligations pour en recueillir les avantages. Prétendre qu'il y aurait immoralité à ce qu'il en fût autrement, c'est refaire le procès de la clause inconditionnelle, car elle aboutit toujours à conférer des avantages gratuits. Comment concilier, au surplus, la critique qu'on lui adresse à propos des traités plurilatéraux avec la recommandation faite par le Comité économique d'employer toujours la formule inconditionnelle ? D'autre part, il ne suffit pas que l'engagement qu'on a souscrit devienne gênant à un moment donné *pour qu'on puisse s'arroger le droit de le modifier* *.

Enfin, qu'est-ce qu'un traité ouvert ? M. Ito évoque lui-même le cas d'un traité auquel seraient théoriquement admis tous les Etats qui le désireraient et dont les conditions seraient telles qu'elles ne pourraient être remplies, en fait, que par les premiers signataires.

Par ailleurs, ces conditions, mêmes réalisables, sont loin d'être indifférentes. L'Etat qui adhérera dans la suite au traité devra les accepter sans avoir pu les discuter. Les obligations dont on lui fera payer des avantages qui lui étaient dus gratuitement, si la clause était inconditionnelle, peuvent être plus gênantes pour lui que pour les autres pays. Il peut aussi avoir des raisons particulières de ne pas adhérer au traité. L'affiliation à un groupement même purement économique a toujours des répercussions politiques qui peuvent la lui interdire.

Mettre le pays auquel on a accordé la clause en demeure d'adhérer à une entente qui peut lui répugner, c'est agir un peu comme la personne qui dirait à son créancier : « Je vous avais promis de vous

---

[526] Secrétaire d'Etat Cordell Hull au président Roosevelt, 10 mai 1935, MS. Department of State, File 710G, Commercial Agreement/108 (v. *Annuaire... 1968*, vol. I, p. 192, 976e séance, par. 11 et note 4).

[527] M. Whiteman, *op. cit.*, p. 765.

[528] G. H. Hackworth, *op. cit.*, p. 293.

[529] SDN, *La politique commerciale entre les deux guerres : Propositions internationales et politiques nationales* (Sér. Publ. de la SDN 1942.II.A.6), p. 77.

[530] Voir *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 188, doc. A/CN.4/213, annexe II.

[531] N. Ito, *La clause de la nation la plus favorisée*, Paris, Les Editions internationales, 1930.

[532] Voir, dans le même sens, G. Scelle, *Précis de droit des gen — Principes et systématique*, Paris, Sirey, 1934, t. II, p. 390.

verser un million, mais je suis dispensé de vous le payer, car il vous est loisible d'épouser Mlle X, qui vous l'apportera en dot. »

Le fait qu'on retire, en l'espèce, tous les bénéfices de la clause au pays envers qui on s'était lié ressort, au surplus, avec évidence, de cette constatation qu'il se trouvera placé exactement sur le même pied que les pays qui n'avaient pas obtenu la promesse du traitement le plus favorable et qui pourront aussi bien que lui adhérer au traité ouvert.

Nous sommes ainsi amenés à conclure que la clause de la nation la plus favorisée fait bien obstacle à la négociation de traités plurilatéraux, et que cet obstacle ne peut être levé que par une réserve explicitement formulée dans l'acte qui l'a octroyée ou par le consentement amiable des Etats bénéficiaires de la clause [533].

10) Rousseau écrit dans le même sens :

[...] l'exclusion [des avantages d'un traité collectif] de l'Etat partie au traité bilatéral, quels que soient les arguments d'opportunité qui militent en sa faveur, cadre difficilement avec la clause de la nation la plus favorisée et est en contradiction évidente avec les garanties d'égalité antérieurement données à l'Etat bénéficiaire de ladite clause. Sous couleur de déjouer les calculs égoïstes d'un Etat désireux d'obtenir à bon compte des avantages tarifaires, ne va-t-on pas commettre une immoralité pire en refusant à un cocontractant l'application d'une clause dont on lui avait à l'avance promis le bénéfice ?

...

Force est bien de reconnaître que, du point de vue de la technique juridique, cette dernière solution [réserve explicitement formulée ou consentement amiable des Etats bénéficiaires de la clause] était plus correcte, parce que plus soucieuse de respecter l'accord de volontés des Etats, seul fondement solide du droit positif [534].

Le GATT et des Etats non membres

11) L'Accord général du GATT ne contient aucune disposition semblable à celle du paragraphe 4 de l'article 98 de la Charte de La Havane [535]. La pierre angulaire de l'Accord général est une clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée. L'Accord est ouvert à l'adhésion de tous les Etats, du moins selon certains auteurs [536], qui interprètent ainsi le texte de l'article XXXIII, rédigé comme suit :

Tout gouvernement qui n'est partie au présent Accord [...] pourra adhérer au présent Accord [...] à des conditions à fixer entre ce gouvernement et les Parties contractantes. Les Parties contractantes prendront à la majorité des deux tiers les décisions visées au présent paragraphe [537].

12) Quelle est la position des Etats tiers non membres du GATT ? Peuvent-ils invoquer une clause de la nation la plus favorisée conclue avec un Etat membre du GATT pour demander à bénéficier des avantages du GATT ? John H. Jackson, dont l'opinion fait autorité pour ce qui concerne le GATT, donne à cette question une réponse résolument affirmative, et écrit :

Tout avantage accordé à un autre pays par une partie au GATT doit être accordé à toutes les parties contractantes. Dès lors, les avantages accordés par une partie contractante à un Etat non membre du GATT doivent être accordés à toutes les parties contractantes. Ainsi, si A et B sont parties du GATT alors que X ne l'est pas, et que A conclut un accord commercial bilatéral avec X, tous les avantages conférés à X par cet accord doivent également bénéficier à B. Inversement, si le traité entre A et X comporte une clause de la nation la plus favorisée, X jouit de tous les avantages dus par A aux parties au GATT en vertu des dispositions de l'Accord général. On voit donc que l'Accord du GATT ne produit pas seulement effet à l'égard de ses membres. Lors des réunions de Genève, en 1947, on a suggéré que les avantages découlant du GATT ne devaient bénéficier qu'aux parties à l'Accord général; toutefois, cette idée a été rejetée [9]. Dans certains cas, on aboutit en définitive à réduire considérablement l'intérêt qu'un pays pourrait avoir à devenir partie au GATT puisque, s'il a conclu un traité bilatéral comportant une clause de la nation la plus favorisée avec ses principaux partenaires commerciaux et que ses partenaires sont eux-mêmes parties au GATT, ledit Etat obtient la plupart des avantages conférés par le GATT sans rien accorder aux parties au GATT avec lesquelles il n'a pas d'accord commercial [10].

[9] Document des Nations Unies E/PC/T/C.II/3 (1946), p. 14.

[10] [...] Peut-être est-ce là la raison pour laquelle relativement peu de pays d'Amérique latine sont devenus parties au GATT. Ne sont notamment pas parties à l'Accord le Costa Rica, El Salvador, l'Equateur, le Paraguay et le Venezuela [538].

13) Le Groupe de travail du GATT des questions relatives à l'organisation et aux fonctions a examiné en 1955 les problèmes qui se posent lorsque des parties contractantes veulent étendre à des parties non contractantes, par la conclusion d'accords bilatéraux, les avantages résultant de l'Accord. On a fait observer à cette occasion que les parties non contractantes bénéficiaient fréquemment de tous les avantages de l'Accord sans avoir à en assumer les obligations. Malgré un certain mécontentement provoqué par cette situation, la majorité des membres du Comité s'est accordée à reconnaître que l'attitude de chacune des parties contractantes à cet égard ne relevait que d'elle-même [539].

14) Selon le manuel soviétique de droit international, l'Autriche, après avoir adhéré au GATT, n'a pas étendu immédiatement les tarifs douaniers du GATT à l'Union soviétique, malgré le traitement de la nation la plus favorisée prévu par traité entre les deux pays. Ces tarifs n'ont été appliqués à l'URSS qu'à la demande expresse de celle-ci. Par contre, d'autres pays d'Europe occidentale ayant conclu avec l'Union soviétique des traités du même type ont fait bénéficier automatiquement les produits soviétiques des avantages prévus par le GATT [540].

Autres accords multilatéraux ouverts à l'adhésion, et Etats non parties

15) Avant de devenir partie à l'Accord du 22 novembre 1950 pour l'importation d'objets de caractère éducatif, scientifique ou culturel (Accord de Florence) [541], les

[533] E. Allix, « Les aspects juridiques de la clause de la nation la plus favorisée », *Revue politique et parlementaire*, Paris, t. 148, juillet-septembre 1931, p. 231 et 232.

[534] Ch. Rousseau, *Principes généraux du droit international public*, Paris, Pédone, 1944, t. I, p. 777 et 778.

[535] Voir ci-dessus art. 14, par. 6 du commentaire.

[536] E. Sauvignon, *op. cit.*, p. 267.

[537] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 62, p. 35.

[538] J. H. Jackson, *op. cit.*, p. 257 et 258.

[539] Document GATT L/327, cité par K. Hyder (Hasan), *Equality of Treatment and Trade Discrimination in International Law*, La Haye, Nijhoff, 1968, p. 78, note 2. Voir aussi *Annuaire... 1970*, vol. II, p. 247, doc. A/CN.4/228 et Add.1, par. 187.

[540] Institut d'Etat du droit de l'Académie des sciences de l'Union soviétique, *op. cit.*, p. 270.

[541] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 131, p. 25.

Etats-Unis avaient réclamé pour les produits américains, au titre de la clause de la nation la plus favorisée, le même traitement que celui que s'accordaient réciproquement les parties à l'Accord. C'est ainsi que, le 12 juin 1963, le Département d'Etat adressait les instructions suivantes à l'Ambassade des Etats-Unis à Rome :

Etant donné la position désavantageuse dans laquelle les mesures du Gouvernement italien ont placé les exportations américaines de matériel scientifique par rapport aux exportations concurrentes, l'Ambassade pourrait aborder officieusement cette question avec les autorités italiennes compétentes. Ces discussions auraient pour but d'obtenir l'entrée en franchise du matériel de ce type qui est importé des Etats-Unis pour être vendu aux institutions agréées. En prenant contact avec le Gouvernement italien, l'Ambassade pourra faire observer que le paragraphe 1 de l'article XIV de notre traité avec l'Italie [542] et le paragraphe 1 de l'article Ier de l'Accord général du GATT [543] prévoient le traitement inconditionnel de la nation la plus favorisée pour des produits américains. Ce traitement est soumis à certaines exceptions déterminées, mais l'Accord de Florence ne semble correspondre à aucune de ces exceptions. Si l'Italie autorise dans certaines conditions l'entrée en franchise du matériel scientifique provenant de quelque autre pays que ce soit, elle doit faire bénéficier du même traitement les importations de matériel scientifique américain [544].

En présentant au Congrès le projet de loi nécessaire à l'entrée en vigueur de cet accord, le Gouvernement des Etats-Unis fit valoir que, selon lui, un pays non partie à l'Accord avait « droit, en vertu de la clause de la nation la plus favorisée, à la franchise douanière que s'accordent réciproquement les Etats parties à l'Accord ». Le Gouvernement précisait sa position en ajoutant que, « au point de vue juridique, un pays non partie à l'Accord a droit à ce traitement en vertu de toute clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée le liant à une partie audit accord », tout en reconnaissant que certaines parties à l'Accord donneraient peut-être une réponse différente à la même question [545].

16) Le 21 octobre 1957, lors d'une réunion d'experts gouvernementaux sur l'Accord pour l'importation d'objets de caractère éducatif, scientifique ou culturel (tenue à Genève du 21 au 29 octobre 1957), le représentant de la France exposa les vues ci-après :

[...] les dispositions de l'article 1er, paragraphe 1, ne sont applicables qu'aux objets visés dans les annexes A, B, C, D et E de l'Accord et qui sont des produits d'un autre Etat contractant. La France accorde néanmoins la franchise, quel que soit le pays d'origine ou de provenance des envois. Elle estime en effet que, par le jeu de la clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée inscrite dans les accords commerciaux qu'elle a conclus avec la plupart des pays, et compte tenu par ailleurs des engagements figurant à l'alinéa *a* de l'article IV de l'Accord, il ne doit être fait à l'égard des objets visés aucune distinction d'origine ou de provenance. Le Gouvernement français aimerait savoir si cette interprétation est admise par les autres Etats contractants [546].

17) L'article IV, al. *a*, de l'Accord de Florence susmentionné prévoit que les parties « s'engagent, dans toute la mesure possible [...] à pousuivre leurs efforts communs afin de favoriser par tous les moyens la libre circulation » des objets sur lesquels porte l'accord et « d'abolir ou de réduire toutes restrictions à cette libre circulation qui ne sont pas visées par le présent Accord [547] ».

18) Les trois affaires ci-après vont aussi dans le sens de la même théorie. Dans la première, la société Asia Trading Company, de Djakarta, a intenté, devant la Cour de district d'Amsterdam, une action contre la société Biltimex, d'Amsterdam. Le défendeur a demandé qu'il soit jugé que la demanderesse, société de nationalité étrangère, était tenue de déposer une caution *judicatum solvi*. La demanderesse a contesté cette demande. La Cour a jugé qu'il convenait de refuser d'ordonner le dépôt d'une caution. Cette décision était fondée sur l'article 24 de la Loi relative à l'union entre les Pays-Bas et l'Indonésie, du 2 novembre 1949, qui promettait aux ressortissants de chaque membre de l'union un traitement substantiellement égal à celui accordé aux ressortissants de l'autre, et, en tout cas, le traitement de la nation la plus favorisée. Cette dernière disposition donnait aux Indonésiens la garantie qu'ils seraient dispensés de la caution *judicatum solvi*, car les Pays-Bas en avaient auparavant dispensé les autres étrangers et sociétés étrangères en application de la Convention de La Haye relative à la procédure civile, du 17 juillet 1905 [548].

19) La seconde affaire apporte un argument *a contrario* en faveur de la proposition énoncée plus haut. La demande fondée sur la clause de la nation la plus favorisée est rejetée, mais elle l'est au motif que la matière sur laquelle porte le traité multilatéral en question (la Convention de La Haye relative à la procédure civile, du 17 juillet 1905) n'appartient pas à la même catégorie *(ejusdem generis)* que celle qui fait l'objet de la clause invoquée par l'appelant. L'arrêt reconnaît donc implicitement que si la clause et le traité multilatéral avaient porté sur le même domaine l'appelant n'aurait pu se voir refuser le bénéfice dudit traité. L'appelant, ressortissant des Etats-Unis domicilié en Belgique, avait une dette dûment reconnue envers l'intimé. Se trouvant aux Pays-Bas, il a été mis en prison pour dette en application d'une décision du Président du Tribunal de district de Zutphen. L'appelant s'est adressé, pour obtenir sa remise en liberté, au Président du Tribunal de district de La Haye, mais sa demande n'a pas été accueillie. Il a saisi ensuite la Cour d'appel de La Haye, en invoquant notamment deux dispositions de traités en application desquelles, selon lui, il devait être libéré. Le premier de ces textes était l'article 24 de la Convention relative à la procédure civile, du 17 juillet 1905 [549]. L'appelant a également invoqué le

[542] Traité d'amitié, de commerce et de navigation, signé à Rome le 2 février 1948 (*ibid.*, vol. 79, p. 226).

[543] *Ibid.*, vol. 55, p. 197, et vol. 138, p. 337.

[544] M. Whiteman, *op. cit.*, p. 766 et 767.

[545] *Ibid.*, p. 767.

[546] Document UNESCO/MC/34/SR.1-11, p. 10, cité par M. Whiteman, *op. cit.*, p. 768.

[547] Nations Unies, *Recueil des Ttraités*, vol. 131, p. 31.

[548] Asia Trading Co. Limited *c.* Biltimex, Pays-Bas, Cour de district d'Amsterdam, 17 octobre 1951 (*Annuaire... 1973*, vol. II, p. 138 et 139, doc. A/CN.4/269, par. 55).

[549] Article ainsi libellé (dans le texte français officiel) :

« La contrainte par corps, soit comme moyen d'exécution, soit comme mesure simplement conservatoire, ne pourra pas, en

paragraphe 1 de l'article III du Traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu le 27 mars 1956 entre les Pays-Bas et les Etats-Unis [550]. L'appelant a soutenu qu'il était en droit de bénéficier des dispositions de l'article 24 de la Convention relative à la procédure civile en raison de la clause de la nation la plus favorisée. La Cour, qui a rejeté cet appel, a déclaré :

[...] Le demandeur considère qu'il a été emprisonné illégalement, cette mesure étant contraire à l'article III, par. 1, du Traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu entre les Pays-Bas et les Etats-Unis et ratifié par la loi néerlandaise du 5 décembre 1957 [...]. Cette disposition, à supposer qu'elle soit obligatoire pour tous, n'empêche pas un ressortissant des Etats-Unis d'être emprisonné dans ce pays en application de l'article 768 du Code de procédure civile. La contrainte par corps n'est évidemment pas contraire à la protection des droits que le Royaume des Pays-Bas doit, en application du traité, aux ressortissants des Etats-Unis. Au surplus, il ressort clairement de l'article V du traité, de même que de l'article 5 du protocole de signature qui y est annexé, que les objectifs poursuivis par le traité sont limités au domaine de la procédure civile : la contrainte par corps n'y est pas mentionnée, et moins encore interdite. L'interprétation moins restrictive de l'article III, par. 1, que souhaite le demandeur et aux termes de laquelle, dans ce pays, un ressortissant des Etats-Unis bénéficierait de la protection résultant de l'article 24 de la Convention concernant la procédure civile sans que les Etats-Unis y aient accédé est, en conséquence, inacceptable pour la Cour [551].

20) Dans une troisième affaire, on a reconnu expressément que les privilèges accordés par un « traité international multilatéral ou bilatéral » peuvent être revendiqués en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée [552].

21) Pour ce qui concerne les traités multilatéraux « ouverts », on constate qu'il n'existe pas d'usage constant et uniforme, reconnu comme ayant force de loi, susceptible de justifier un projet de règle excluant les traités multilatéraux ouverts, c'est-à-dire soustrayant à l'effet des clauses de la nation la plus favorisée les avantages résultant de traités de ce type. L'auteur d'une récente et solide étude parvient à la même conclusion :

Il ne paraît pas actuellement fondé en droit de dire qu'une coutume écarte du domaine de la clause les conventions multilatérales ouvertes. Ni l'élément matériel — le comportement habituel des Etats — ni l'« *opinio juris* » n'apparaissent ici. C'est du moins le sentiment dominant que laisse une approche menée volontairement sous des angles variés, et avec le souci de ne pas laisser dans l'ombre les éléments pouvant conduire à une conclusion inverse.

...

[...] dans l'état actuel du droit international, la seule solution juridique réside [...] dans l'insertion d'une exception expresse à la clause [...] [553].

22) Pour ce qui concerne les traités multilatéraux « fermés », on a constaté là encore que les avantages accordés en vertu de ces instruments n'échappaient pas non plus à l'application de la clause de la nation la plus favorisée. On a fait valoir que la raison principale — encore qu'erronée (voir à ce propos E. Allix, cité plus haut [554]) — de ne pas appliquer la clause de la nation la plus favorisée aux avantages découlant d'un traité multilatéral ouvert est que les Etats peuvent aisément se procurer ceux-ci en adhérant au traité. Ce faisant, ces Etats assument également les obligations qui résultent du traité et se trouvent placés sur le même pied que les autres parties contractantes, alors que, si la clause de la nation la plus favorisée jouait, ces Etats pourraient se contenter de revendiquer les avantages stipulés dans le traité multilatéral ouvert sans se soumettre aux obligations qu'il impose. Il découle de ce raisonnement que, lorsqu'il s'agit d'un traité multilatéral fermé, où l'on ne peut plus faire valoir la facilité de l'adhésion — *cessante causa cessat effectus* —, il n'y a plus aucune raison pour que les avantages résultant de ce traité n'entrent pas dans le champ d'application de la clause de la nation la plus favorisée.

23) Compte tenu des considérations qui précèdent, la Commission a adopté l'article 15, qui prévoit que l'Etat bénéficiaire a droit au traitement conféré par l'Etat concédant à un Etat tiers indépendamment du fait que ce traitement est conféré en vertu d'un accord bilatéral ou d'un accord multilatéral. Toutefois, la Commission a réservé sa position au sujet du cas des unions douanières et associations analogues d'Etats, qu'elle se propose d'examiner séparément.

Propositions du Rapporteur spécial concernant le cas des unions douanières et des associations analogues d'Etats

24) Dans son sixième rapport (A/CN.4/286 [555]), le Rapporteur spécial a présenté une brève étude sur la question de savoir si une clause de la nation la plus favorisée attire ou non les avantages accordés dans le cadre d'unions douanières et associations analogues d'Etats. Pour la raison donnée plus loin [556], la Commission a décidé de faire figurer dans les paragraphes 25 à 65 du présent commentaire certains passages du rapport du Rapporteur spécial ainsi qu'un résumé des conclusions du Rapporteur spécial sur la question.

---

matière civile ou commerciale, être appliquée aux étrangers appartenant à un Etat contractant dans les cas où elle ne serait pas applicable aux ressortissants du pays. Un fait qui peut être invoqué par un ressortissant domicilié dans le pays pour obtenir la levée de la contrainte par corps doit produire le même effet au profit du ressortissant d'un Etat contractant, même si ce fait s'est produit à l'étranger. »

[550] Cette disposition est libellée comme suit :

« Les ressortissants de chaque partie se trouvant sur le territoire de l'autre partie seront protégés contre tout sévice, et leur personne et leurs droits seront protégés et sauvegardés en toute circonstance. Le traitement qui leur sera fait ne sera pas moins favorable que celui qui est fait, dans des circonstances semblables, aux ressortissants de l'autre partie pour ce qui est de la protection et la sauvegarde de leur personne et de leurs droits. Ce traitement se sera en aucun cas moins favorable que celui qui est fait aux ressortissants d'un pays tiers ou qui est prescrit par le droit international. »

[551] McLane *c.* N. V. Koninklijke Vleeswarenfabriek B. Linthorst en Zonen, Pays-Bas : Cour d'appel de La Haye, 4 février 1959 (*Annuaire... 1973*, vol. II, p. 144, doc. A/CN.4/269, par. 68).

[552] Bureau des impôts *c.* Fulgor (Compagnie grecque d'électricité), Grèce : Conseil d'Etat, 28 mai 1969 (*ibid.*, p. 150 et 151, par. 87).

[553] Sauvignon, *op. cit.*, p. 267 et 268.

[554] Voir par. 9 du présent commentaire.

[555] Voir ci-dessus p. 1.

[556] Voir ci-dessous par. 71.

25) Selon le Rapporteur spécial, par « associations analogues d'Etats » on entend, outre les unions douanières : *a*) une zone de libre-échange; *b*) tout régime transitoire conduisant à la formation d'une union douanière ou d'une zone de libre-échange; *c*) toute autre association ou tout autre groupement d'Etats qui repose sur une union douanière, une zone de libre-échange, ou un régime transitoire aboutissant ou devant aboutir à la formation d'une union douanière ou d'une zone de libre-échange.

26) De nombreux traités de commerce et autres contiennent des exceptions expresses concernant les avantages accordés dans le cadre d'une union douanière ou autres associations. D'autres traités ne contiennent aucune exception, et d'autres encore contiennent des exceptions, mais qui n'ont pas trait aux unions douanières et associations analogues. Un traité multilatéral important, celui du GATT, contient dans son article XXIV une exception très détaillée relative aux unions douanières et aux zones de libre-échange. L'interprétation de cette exception a donné lieu à d'amples discussions et à de nombreuses difficultés [557].

27) La question qui se pose a été formulée par le Rapporteur spécial comme suit : si les parties à une clause de la nation la plus favorisée ne sont pas expressément convenues que les avantages accordés par un membre d'une union douanière ou d'une association analogue à un autre membre seront exclus de l'application de la clause, celle-ci attirera-t-elle ces avantages, ou faut-il considérer lorsqu'on interprète la clause que cette exclusion est présumée ?

Exemples de différents types de traités du point de vue des exceptions en faveur des unions douanières

28) L'Accord commercial entre le Gouvernement de l'URSS et le Gouvernement du Commonwealth d'Australie, signé à Moscou le 15 novembre 1965, prévoit des exceptions à l'application de la clause, mais ces exceptions n'ont pas trait aux unions douanières. Le texte de l'article 5 de l'accord, qui contient les exceptions, est le suivant.

Article 5

Les dispositions des articles 1 et 2 du présent Accord ne s'étendent pas

a) Aux préférences ou avantages accordés par l'Union des Républiques socialistes soviétiques aux pays limitrophes de son territoire;

b) Aux préférences ou avantages accordés par le Commonwealth d'Australie aux pays membres du Commonwealth des nations ou à l'Irlande [558].

29) Des exemples de clauses qui excluent expressément les avantages accordés dans le cadre d'une union douanière ou d'une association analogue sont donnés ci-après. L'Accord commercial entre le Gouvernement de la République des Philippines et le Gouvernement du Commonwealth d'Australie, signé à Manille le 16 juin 1965, prévoit de nombreuses exceptions à l'application de la clause, parmi lesquelles figure expressément la participation de l'une des parties à une union douanière ou à une zone de libre-échange. Les dispositions de cet accord par lesquelles ces exceptions sont prévues sont les suivantes :

Article V

Les dispositions des articles III et IV du présent Accord ne s'appliquent pas

a) Aux préférences tarifaires ou autres avantages que la République des Philippines accorde actuellement aux Etats-Unis d'Amérique;

b) Aux préférences tarifaires ou autres avantages que le Commonwealth d'Australie accorde actuellement à ses territoires extérieurs ou à tout pays qui fait actuellement partie du Commonwealth des nations, ainsi qu'aux territoires extérieurs de ce pays, ou à l'Irlande;

c) Aux préférences tarifaires ou autres avantages que chaque gouvernement accorde à un pays tiers et qui sont compatibles avec l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce ou conformes à tout accord international conclu sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies, y compris les préférences et avantages résultant de la participation d'une des parties à une union douanière ou à une zone de libre-échange;

d) Aux mesures que chaque gouvernement peut estimer nécessaires pour la défense de sa position financière extérieure et de sa balance des paiements;

e) Aux mesures que chaque gouvernement peut prendre pour s'acquitter des obligations contractées au titre de tout accord multilatéral sur les marchandises ouvert à la participation des parties au présent Accord [559].

30) L'Accord commercial entre l'URSS et la République du Dahomey, signé à Porto-Novo le 10 juillet 1963, contient la disposition suivante :

Article 1

...

Les dispositions de cet article ne s'appliquent pas

...

c) Aux avantages découlant d'une union douanière conclue ou qui pourrait être conclue dans l'avenir par l'une des parties contractantes [560].

31) L'Accord commercial entre le Gouvernement de la Grèce et le Gouvernement du Pakistan, signé à Athènes le 17 janvier 1963, contient la disposition suivante :

Article IV

Les avantages stipulés à l'article III du présent Accord ne s'appliquent pas

i) aux préférences accordées par l'un ou l'autre des deux pays en vue de faciliter le trafic frontalier;

ii) aux avantages résultant d'une union douanière à laquelle l'une ou l'autre des deux Parties contractantes a adhéré ou adhérera, ou d'un régime de libre-échange tel qu'il existe dans la zone de libre-échange;

[557] Voir ci-dessous par. 35 et suiv.

[558] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 553, p. 247.

[559] *Ibid.*, vol. 541, p. 35.

[560] *Ibid.*, vol. 528, p. 169.

iii) aux préférences et avantages autorisés par le GATT, notamment ceux visés par l'article premier et le paragraphe 2 de l'article XXIV du GATT[561].

32) Le Traité de commerce, d'établissement et de navigation entre le Royaume-Uni et le Japon, signé à Londres le 14 novembre 1962, contient la disposition suivante :

Article 29

...

3. Les dispositions du présent Traité relatives à l'octroi d'un traitement non moins favorable que celui accordé à tout autre pays étranger ne seront pas interprétées comme obligeant l'une des Parties contractantes à accorder à l'autre Partie le bénéfice d'un traitement, d'une préférence, ou d'un privilège qui pourrait être accordé par la première Partie contractante en raison de :

a) la formation d'une union douanière ou d'une zone de libre-échange, ou de

b) l'adoption d'un accord destiné à aboutir à la formation d'une telle union ou d'une telle zone dans un délai raisonnable.

...[562].

33) La clause d'exception la plus remarquable concernant les unions douanières est celle de l'article XXIV de l'Accord général du GATT, qui est examinée plus loin[563].

Définitions

34) La CPJI définit comme suit les conditions requises pour une union douanière : « uniformité de la loi douanière et du tarif douanier; unité des frontières et du territoire douaniers vis-à-vis d'Etats tiers; liberté de droits d'entrée et de sortie dans le trafic des marchandises entre les Etats partenaires; répartition d'après un barème déterminé des droits de douane perçus[564] ».

35) La définition donnée par la Cour visait à un caractère général, mais celle que l'on trouve dans l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce ne s'applique qu'à cet accord et diffère sensiblement de la première. Aux termes du paragraphe 8 de l'article XXIV de l'Accord général,

a) On entend par union douanière la substitution d'un seul territoire douanier à deux ou plusieurs territoires douaniers, lorsque cette substitution a pour conséquence

i) que les droits de douane et les autres réglementations commerciales restrictives (à l'exception, dans la mesure où cela serait nécessaire, des restrictions autorisées aux termes des articles XI, XII, XIII, XIV, XV et XX) sont éliminés pour l'essentiel des échanges commerciaux entre les territoires constitutifs de l'union, ou tout au moins pour l'essentiel des échanges commerciaux portant sur les produits originaires de ces territoires;

ii) et que, sous réserve des dispositions du paragraphe 9, les droits de douane et les autres réglementations appliqués par chacun des membres de l'union au commerce avec les territoires qui ne sont pas compris dans celle-ci sont identiques en substance;

b) On entend par zone de libre-échange un groupe de deux ou plusieurs territoires douaniers entre lesquels les droits de douane et les autres réglementations commerciales restrictives (à l'exception, dans la mesure où cela serait nécessaire, des restrictions autorisées aux termes des articles XI, XII, XIII, XIV, XV et XX) sont éliminés pour l'essentiel des échanges commerciaux portant sur les produits originaires des territoires constitutifs de la zone de libre-échange[565].

36) Cependant, d'autres dispositions de l'article XXIV prévoient d'autres conditions à remplir pour qu'une union douanière ou une zone de libre-échange puisse pleinement constituer une exception à la clause de la nation la plus favorisée de l'Accord. La plupart de ces dispositions ont été citées dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial, et sont reproduites ci-après pour plus de commodité.

...

4. Les parties contractantes reconnaissent qu'il est souhaitable d'augmenter la liberté du commerce en développant, par le moyen d'accords librement conclus, une intégration plus étroite des économies des pays participant à de tels accords. Elles reconnaissent également que l'établissement d'une union douanière ou d'une zone de libre-échange doit avoir pour objet de faciliter le commerce entre les territoires constitutifs et non d'opposer des obstacles au commerce d'autres parties contractantes avec ces territoires.

5. En conséquence, les dispositions du présent Accord ne feront pas obstacle, entre les territoires des parties contractantes, à l'établissement d'une union douanière ou d'une zone de libre-échange ou à l'adoption d'un accord provisoire nécessaire pour l'établissement d'une union douanière ou d'une zone de libre-échange, sous réserve

a) que, dans le cas d'une union douanière ou d'un accord provisoire conclu en vue de l'établissement d'une union douanière, les droits de douane appliqués lors de l'établissement de cette union ou de la conclusion de cet accord provisoire ne seront pas, dans leur ensemble, en ce qui concerne le commerce avec les parties contractantes qui ne sont pas parties à de tels unions ou accords, d'une incidence générale plus élevée, ni les autres réglementations commerciales plus rigoureuses que ne l'étaient les droits et les réglementations commerciales en vigueur dans les territoires constitutifs de cette union avant l'établissement de l'union ou la conclusion de l'accord, selon le cas;

b) que, dans le cas d'une zone de libre-échange ou d'un accord provisoire conclu en vue de l'établissement d'une zone de libre-échange, les droits de douane maintenus dans chaque territoire constitutif et applicables au commerce des parties contractantes qui ne font pas partie d'un tel territoire ou qui ne participent pas à un tel accord, lors de l'établissement de la zone ou de la conclusion de l'accord provisoire, ne seront pas plus élevés, ni les autres réglementations commerciales plus rigoureuses, que ne l'étaient les droits et réglementations correspondants en vigueur dans les mêmes territoires avant l'établissement de la zone ou la conclusion de l'accord provisoire, selon le cas;

c) et que tout accord provisoire visé aux alinéas *a* et *b* comprenne un plan et un programme pour l'établissement, dans un délai raisonnable, de l'union douanière ou de la zone de libre-échange.

6. Si, en remplissant les conditions énoncées à l'alinéa *a* du paragraphe 5, une partie contractante se propose de relever un droit d'une manière incompatible avec les dispositions de l'article II, la procédure prévue à l'article XXVIII sera applicable. Dans la détermination des compensations, il sera dûment tenu compte de la compensation qui résulterait déjà des réductions apportées au droit correspondant des autres territoires constitutifs de l'union.

---

[561] *Ibid.*, vol. 538, p. 179.

[562] *Ibid.*, vol. 478, p. 121 et 123.

[563] Voir ci-dessous par. 35 et suiv.

[564] Voir régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche, Protocole du 19 mars 1931, Avis consultatif du 5 septembre 1931, *C.P.J.I.*, série A/B, n° 41, p. 51.

[565] GATT, *Instruments de base et documents divers*, vol. IV (numéro de vente : GATT/1969-1), p. 45.

7. *a*) Toute partie contractante qui décide d'entrer dans une union douanière ou de faire partie d'une zone de libre-échange ou de participer à un accord provisoire conclu en vue de l'établissement d'une telle union ou d'une telle zone avisera sans retard les PARTIES CONTRACTANTES et leur fournira, en ce qui concerne cette union ou cette zone, tous les renseignements qui leur permettront d'adresser aux parties contractantes les rapports et les recommandations qu'elles jugeront appropriés.

b) Si, après avoir étudié le plan et le programme compris dans un accord provisoire visé au paragraphe 5, en consultation avec les parties à cet accord et après avoir dûment tenu compte des renseignements fournis conformément à l'alinéa *a*, les PARTIES CONTRACTANTES arrivent à la conclusion que l'accord n'est pas de nature à conduire à l'établissement d'une union douanière ou d'une zone de libre-échange dans les délais envisagés par les parties à l'accord ou que ces délais ne sont pas raisonnables, elles adresseront des recommandations aux parties à l'accord. Les parties ne maintiendront pas l'accord ou ne le mettront pas en vigueur, selon le cas, si elles ne sont pas disposées à le modifier conformément à ces recommandations.

c) Toute modification substantielle du plan ou du programme visés à l'alinéa *c* du paragraphe 5 devra être communiquée aux PARTIES CONTRACTANTES, qui pourront demander aux parties contractantes en cause d'entrer en consultations avec elles, si la modification semble devoir compromettre ou retarder indûment l'établissement de l'union douanière ou de la zone de libre-échange [566].

37) Comme l'explique Jackson, l'article XXIV

fait échapper aux obligations de l'Accord général du GATT trois types d'arrangements régionaux : 1) union douanière; 2) zone de libre-échange, 3) « accord provisoire » conclu en vue de l'établissement d'une union douanière ou d'une zone de libre-échange. Cette exception est expressément justifiée par la reconnaissance, au paragraphe 4 de l'article XXIV, que les arrangements régionaux peuvent « augmenter la liberté du commerce » au moyen d'une « intégration plus étroite des économies ». Mais les parties y reconnaissent également le risque « d'opposer des obstacles au commerce d'autres parties contractantes » [567].

On passe toutefois sous silence les obstacles au commerce des Etats qui ne sont pas parties au GATT.

L'article XXIV repose sur le principe qu'il suffit de remplir les conditions juridiques particulières exigées de l'un des trois groupements susmentionnés pour être automatiquement exonéré des obligations du GATT (en ce qui concerne la clause de la nation la plus favorisée), sans que le GATT ait à intervenir spécialement [568]. Aux termes du paragraphe 10 de l'article XXIV, les parties contractantes pourront, par une décision prise à la majorité des deux tiers, approuver des propositions exceptionnelles. Aux fins qui nous occupent, il est particulièrement intéressant de noter que les dispositions du paragraphe 5 de l'article XXIV, qui établit l'exception, ne s'appliquent qu'aux arrangements régionaux entre territoires des parties contractantes. Si donc un Etat qui n'est pas partie au GATT appartient à une union douanière, à une zone de libre-échange ou à un accord provisoire du type voulu, cet arrangement n'est pas en droit de prétendre à l'« exception automatique » du GATT [569].

[566] *Ibid.*, p. 43 à 45.

[567] Jackson, *op. cit.*, p. 581.

[568] *Ibid.*, p. 581 et 582. Voir aussi les nombreuses sources documentaires citées par Jackson.

[569] *Ibid.*, p. 582.

38) Une abondante doctrine et le GATT dans d'innombrables documents ont analysé d'une manière ou d'une autre les dispositions de l'article XXIV [570]. Il suffit d'indiquer brièvement ici quelques-uns des problèmes les plus controversés : Quels sont les critères de la « création d'échanges commerciaux » et du « détournement des échanges commerciaux », expressions qui résument, semble-t-il, la substance du paragraphe 4 ? Quelle est la signification des expressions suivantes : « ne seront pas, dans leur ensemble [...] d'une incidence générale plus élevée » (par. 5, al. *a*); « incidence générale [...] [des] droits et [des] réglementations commerciales en vigueur » (par. 5, al. *a*); « un plan et un programme » (par. 5, al. *c*); « un délai raisonnable » (par. 5, al. *c*); « pour l'essentiel des échanges commerciaux » (par. 8, al. *a*, i); etc. ?

39) Il est intéressant de noter que pas un seul des accords relatifs aux unions douanières ou aux zones de libre-échange qui ont été soumis aux parties contractantes n'était entièrement conforme aux prescriptions de l'article XXIV. Cependant, les parties contractantes se sont senties tenues d'accorder, pour chacun des accords prévus, des dérogations de divers ordres [571]. Elles n'ont pas été en mesure de dire si les principaux projets soumis à leur examen remplissaient les conditions nécessaires pour pouvoir être considérées comme constituant des unions douanières ou des zones de libre-échange conformément aux règles de l'Accord général. Officiellement, dans le cas de la Communauté économique européenne, les questions de droit et de la compatibilité du Traité de Rome avec l'Accord général ont été écartées « pour le moment ». Dans le cas de l'AELE et de l'ALALE, il a été conclu que la question juridique ne pouvait pas « être utilement discutée plus avant au stade actuel » et qu'« au stade actuel » il ne serait pas « opportun de conclure formellement sur la question de droit » [572].

Pratique des Etats

40) Des Etats parties à un traité accordant le traitement de la nation la plus favorisée peuvent librement, en vertu de leur souveraineté, convenir de limitations aux droits découlant de ce régime. Ils peuvent — comme ils le font généralement — limiter l'application de la clause à certains domaines (commerce, droits de douane, droits consulaires, etc.). Ils peuvent aussi — et ils le font très souvent — exclure de l'application de la clause certains avantages accordés à des Etats tiers nommément désignés

[570] Jackson, *op. cit.*; T. Flory, *Le GATT — Droit international et commerce mondial*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1968; K. W. Dam, *The GATT, Law and International Economic Organization*, Chicago, University of Chicago Press, 1970; etc.

[571] K. W. Dam, « Regional economic arrangements and the GATT : The legacy of a misconception », *The University of Chicago Law Review*, vol. 30, n° 4 (été 1963), p. 660 et 661.

[572] G. Patterson, *Discrimination in International Trade : The Policy Issues, 1945-1965*, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 1966, p. 157 et 158. Pour plus de détails au sujet de ces cas, voir G. P. Verbit, « Preferences and the public law of international trade : The end of most-favoured-nation treatment ? », dans Académie de droit international de La Haye, *Colloque 1968 : Les accords de commerce international*, Leyde, Sijthoff, 1969, p. 48 et 49.

ou dans des contextes particuliers, ou encore stipuler que le bénéfice du régime de la nation la plus favorisée pourra être suspendu dans des circonstances déterminées [573].

41) Il est fréquent de trouver des stipulations excluant les avantages accordés dans le cadre d'unions douanières ou d'associations analogues d'Etats. Snyder, qui a analysé les traités économiques conclus entre les deux guerres mondiales, a trouvé 280 clauses d'exception concernant des unions douanières au cours de cette période. Il écrit que le Traité de Rappallo contient une disposition typique à cet égard : il exclut de l'application normale de la clause de la nation la plus favorisée « les avantages accordés par l'une des parties contractantes à un Etat tiers au titre d'une union douanière déjà créée ou devant être créée ». Il arrive, semble-t-il, que les expressions « union économique » ou « entente économique » remplacent l'expression « union douanière », bien qu'elles ne soient pas toujours interchangeables [574]. Cet état de choses n'a pratiquement pas changé depuis la seconde guerre mondiale. On pense que la majorité des accords commerciaux, c'est-à-dire de ceux qui traitent de tarifs douaniers et de questions connexes, contiennent une exception explicite à la clause de la nation la plus favorisée en faveur des unions douanières. Ce phénomène, toutefois, n'est pas nouveau.

Comité économique de la SDN

42) Un document de la SDN en date du 16 février 1933, intitulé « Doctrine du Comité économique en ce qui concerne le traitement de la nation la plus favorisée », contient le passage suivant :

> La clause de la nation la plus favorisée comporte fréquemment une disposition qui envisage la possibilité, pour chacune des parties, de conclure une union douanière complète avec une tierce puissance. En pareil cas, l'unité économique devient effectivement différente de l'unité politique, et l'on peut considérer l'union douanière comme la suppression de la frontière douanière plutôt que comme une différenciation entre fournisseurs étrangers concurrents.
>
> En cette matière, la dérogation au traitement de la nation la plus favorisée prend la forme d'une réserve englobant les privilèges accordés à une tierce puissance en vertu d'une union douanière déjà conclue ou susceptible d'être conclue à l'avenir. La clause peut être rédigée de diverses manières, mais ces variations n'entraînent pas de différences sensibles. La clause figure dans un grand nombre de traités.
>
> [...] On peut se borner à déclarer que les unions douanières constituent des dérogations admises par tradition au principe du traitement de la nation la plus favorisée [...] [575].

La référence à une dérogation concernant les unions douanières « admises par tradition » — ainsi qu'il ressort nettement du contexte — vise, à l'évidence, l'insertion traditionnelle d'une telle dérogation dans les clauses en matière douanière. C'est visiblement avec le souci d'encourager le maintien de cette « tradition » que le Comité économique a recommandé, sous le titre « Rédaction de la clause », une formule type de clause en matière douanière, dans laquelle figure le passage ci-après :

> Sont exceptées, toutefois, des engagements formulés au présent article les faveurs actuellement accordées ou qui pourraient être accordées ultérieurement à d'autres Etats limitrophes pour faciliter le trafic frontière, ainsi que celles résultant d'une union douanière déjà conclue ou qui pourrait être conclue à l'avenir par l'une des parties contractantes [576].

Résolution de 1936 de l'Institut de droit international

43) C'est la stipulation fréquente d'exceptions concernant des unions douanières qui a inspiré à B. Nolde des conclusions extrêmes. Dans son rapport à l'Institut de droit international, il cite le passage ci-dessus, extrait du texte de la clause type recommandée par le Comité économique de la SDN, et ajoute :

> Les deux cas visés dans cette réserve : trafic frontière et union douanière, sont très différents, mais il est au même degré évident que ni l'un ni l'autre des régimes douaniers spéciaux qu'ils visent ne sauraient en aucun cas être considérés comme pouvant être acquis en vertu de la clause de la nation la plus favorisée. Les conventions de commerce quelque peu détaillées contiennent, d'ailleurs, toujours ces deux réserves, et on peut les considérer comme étant de droit commun international.
>
> ...
>
> Il n'a jamais été mis en doute, en effet, que l'union douanière ne comporte aucun privilège à accorder en vertu de la clause. Un nombre très grand de traités de commerce le disent expressément, et ceux qui ne le disent pas doivent être interprétés dans ce sens [577].

Le texte correspondant de la résolution adoptée par l'Institut en 1936 à sa session de Bruxelles sur les effets de la clause de la nation la plus favorisée en matière de commerce et de navigation est le suivant :

> *Paragraphe 7*
>
> La clause de la nation la plus favorisée ne donne droit :
>
> ...
>
> Ni au traitement d'une union douanière conclue ou à conclure;
> ... [578].

Il semble que les conclusions auxquelles l'Institut est parvenu à l'époque ne correspondaient pas à la pratique ni à la position officielle d'un certain nombre d'Etats.

Vues officielles quant à une prétendue exception implicite avant la seconde guerre mondiale

44) Dans l'intéressante affaire du régime douanier entre l'Autriche et l'Allemagne, dont le Conseil de la SDN a été saisi en 1931, et dont la CPJI s'est également occupée, le Conseiller juridique du Département d'Etat des Etats-Unis d'Amérique a exprimé l'avis que l'établissement d'une union douanière entre l'Autriche et l'Allemagne ne justifierait pas une exception aux dispositions sur le traitement de la nation la plus favorisée figurant dans le

---

[573] Voir p. ex. article 5 de l'accord entre l'Australie et l'URSS ou article V de l'accord entre l'Australie et les Philippines, cités plus haut (par. 28 et 29, respectivement).

[574] R. C. Snyder, *op. cit.*, p. 160.

[575] SDN, doc. E.805.1933.II.B.1, cité dans *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 186, doc. A/CN.4/213, annexe I.

[576] *Ibid.*

[577] *Annuaire de l'Institut de droit international, 1934*, Bruxelles, vol. 38, p. 452 à 454.

[578] Pour le texte intégral de la résolution, voir *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 187 et 188, doc. A/CN.4/213, annexe II.

Traité d'amitié, de commerce et consulaire conclu avec l'Allemagne le 8 décembre 1923 [579], et dans celui qui avait été conclu le 19 juin 1928 avec l'Autriche [580]. Le Conseiller juridique a déclaré :

De toute évidence, au moment de la conclusion de traités commerciaux avec l'Allemagne et l'Autriche, notre gouvernement n'a jamais considéré qu'une union douanière serait une exception implicite à la clause de la nation la plus favorisée, attendu, particulièrement, que certaines exceptions précises à la clause ont été expressément énoncées. On ne saurait non plus présumer que notre gouvernement admet une telle exception en tant que principe du droit international. Notre gouvernement n'a jamais eu connaissance de la tradition continentale invoquée qui reconnaîtrait l'existence d'exceptions implicites en faveur des unions douanières; il n'est d'ailleurs pas certain qu'une telle tradition ait jamais été admise au-delà du cercle restreint de quelques pays. Les usages traditionnels des pays du continent européen ne sont pas la seule source pour l'évolution du droit international contemporain. [...] Les tenants de cette opinion se bornent apparemment à citer des traités où figure une exception expresse. On pourrait en induire que la mention expresse de l'exception est la tradition, et que cette procédure établie rend compte de la nature juridique véritable de ladite exception.

Il semble donc que l'on puisse conclure logiquement que, certaines exceptions à des dispositions sur le traitement de la nation la plus favorisée ayant été stipulées dans les traités [conclus par les Etats-Unis] avec l'Allemagne et l'Autriche, et ces exceptions ne portant pas sur les unions douanières, nous serions fondés à réclamer à l'Allemagne tous les avantages qu'elle accorderait éventuellement au commerce autrichien, et à réclamer à l'Autriche tous avantages que ce pays accorderait éventuellement au commerce avec l'Allemagne.

Le fait que les parties contractantes se sont engagées à faire des exceptions à l'obligation d'octroyer inconditionnellement le traitement de la nation la plus favorisée en matière douanière et n'ont fait aucune exception au sujet d'une éventuelle union douanière semblerait exclure la possibilité de considérer un tel arrangement comme une exception aux dispositions relatives au traitement de la nation la plus favorisée sur la base du principe *inclusio unius exclusio alterius* [581].

45) La France a adopté à cette occasion une position très proche de celle des Etats-Unis. Selon le mémorandum du 14 mai 1931 présenté par la France au Conseil de la SDN, cité par un auteur français :

[...] le fait que certaines puissances n'aient pas inclu une exception relative aux unions douanières dans leurs traités conclus avec l'Autriche et l'Allemagne sur la base du traitement de la nation la plus favorisée placerait ces puissances « dans une position juridique très forte pour réclamer, dans les circonstances présentes, le bénéfice intégral du traitement de la nation la plus favorisée ».

[...] « Il serait vain de réfuter cette thèse en s'appuyant sur les *Recommandations concernant la politique commerciale*, que le Comité économique de la Société des Nations a adressées au Conseil en 1929, où il est dit que « les unions douanières consti- « tuent des dérogations admises par tradition au principe du trai- « tement de la nation la plus favorisée ». Le rapport n'ajoute-t-il pas aussitôt : « [...] mais (le Comité) n'entend formuler aucune « opinion au sujet de la question la plus controversée de la forma- « tion de ces unions » ? Ce qui constitue, de la part du Comité économique, la reconnaissance que toute union douanière se présente comme un cas d'espèce, pouvant soulever chez les Etats tiers, à la veille de sa naissance, des objections, parfois dirimantes, de nature politique ou économique. On pourrait citer, à titre d'exemple, l'intervention de l'Autriche-Hongrie en 1905 qui, en invoquant le traitement de la nation la plus favorisée, fit échouer un projet d'union douanière entre la Bulgarie et la Serbie » [582].

Et Sauvignon ajoute :

Il ressort de ce mémorandum que la France, à ce moment, se réservait d'utiliser la clause pour justifier en droit son hostilité politique ou économique éventuelle à l'encontre d'une union douanière. Autant dire que ce pays n'entendait être lié juridiquement par aucune coutume inverse [583].

Convention d'Ouchy de 1932

46) Il s'agit là encore d'un exemple qui éclaire dans une certaine mesure la pratique des Etats au cours de l'entre-deux-guerres. Selon Viner :

[...] La convention, négociée à Ouchy mais signée à Genève le 18 juillet 1932 par la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas disposait que les parties ne relèveraient pas les droits existants et ne créeraient pas de nouveaux droits sur les importations provenant des autres parties signataires; qu'aucun autre droit sur les importations provenant d'autres pays avec lesquels les parties étaient liées par des traités ne serait perçu, à moins que ces derniers Etats n'aient préalablement relevé leurs propres barrières commerciales; que les droits existants sur les importations provenant des autres Etats signataires seraient réduits de 50 %, à raison de 10 % par an; qu'aucune nouvelle barrière ne serait ajoutée aux droits sur les importations provenant des autres Etats signataires; que la convention serait ouverte aux autres Etats, et que les avantages en résultant seraient consentis aux Etats qui, sans y adhérer, en appliqueraient effectivement les clauses.

De toutes les tentatives sérieuses d'accord tarifaire collectif effectuées jusqu'alors, cet instrument était celui qui allait le plus loin. dans la voie d'un véritable abaissement des barrières commerciales. La Belgique et les Pays-Bas, cependant, étaient liés par des traités commerciaux assortis de clauses de la nation la plus favorisée avec le Royaume-Uni et d'autres pays, et la Convention d'Ouchy ne devait entrer en vigueur qu'après que ces pays auraient renoncé à leurs droits. La Grande-Bretagne refusa de le faire; la Conférence d'Ottawa, tenue la même année, adopta une résolution déclarant que les accords régionaux ne devaient pas l'emporter sur les obligations résultant de la clause de la nation la plus favorisée; et les Etats-Unis ne répondirent pas à la demande qui leur avait été adressée. En conséquence la convention devint caduque sans être jamais entrée en vigueur [584].

Convention de La Haye de 1937

47) Toujours selon Viner, la Convention de La Haye fut signée

[...] le 28 mai 1937. Les pays contactants étaient les pays signataires de la Convention d'Ouchy ainsi que la Norvège, la Suède, le Danemark et la Finlande. Cette convention fixait des taux tarifaires « obligatoires » et prévoyait la suppression de certaines restrictions quantitatives concernant les importations en provenance des parties contractantes, qui s'engageaient à ne pas fixer de contingents pour les produits pour lesquels il n'en existait pas déjà. Tous les Etats qui n'étaient pas parties à la convention étaient admis à y adhérer selon des conditions à négocier avec les pays signataires. Il y a lieu de noter que la convention ne prévoyait pas de réduction, préfé-

[579] SDN, *Recueil des Traités*, vol. LII, p. 133.

[580] *Ibid.*, vol. CXVIII, p. 241.

[581] G. H. Hackworth, *op. cit.*, p. 295 et 296.

[582] E. Sauvignon, *op. cit.*, p. 239. Pour le texte du mémorandum français, voir SDN, *Journal officiel*, 12e année, n° 7 (juillet 1931), p. 1167.

[583] Sauvignon, *op. cit.*, p. 239.

[584] J. Viner, *op. cit.*, p. 30 et 31.

rentielle ou autre, des droits ordinaires sur les importations, et c'est pourquoi les pays contractants espéraient, semble-t-il, que cet instrument surmonterait l'obstacle de la clause de la nation la plus favorisée.

La Convention de La Haye entre bien en vigueur, mais les Pays-Bas refusèrent de la reconduire à la fin de la première année, et les autres Etats parties la laissèrent se prescrire. L'explication que les Pays-Bas donnèrent de leur refus de reconduire leur participation à cette convention fut que d'autres pays, et en particulier le Royaume-Uni, avaient insisté pour faire jouer la clause de la nation la plus favorisée tant en ce qui concerne les quotas que les tarifs douaniers, que les conditions économiques s'étaient détériorées depuis la conclusion de la convention, en rendant ses obligations gênantes, et que l'adhésion attendue d'autres pays n'était pas intervenue [585].

Attitude de l'URSS

48) Une étude préparée par le Secrétariat de la SDN, mais publiée — après la dissolution de cet organe — par l'ONU en 1947, donne l'aperçu suivant de la position soviétique durant la période considérée :

S'il n'y a guère de faits concrets tendant à montrer l'attitude de l'Union soviétique à l'égard des exceptions régionales à la clause de la nation la plus favorisée, étant donné le nombre restreint et le caractère particulier des traités conclus par ce pays, il ne fait néanmoins aucun doute que l'URSS s'est opposée à l'acceptation de telles exceptions. Ce pays a fermement insisté pour donner à la clause de la nation la plus favorisée l'interprétation la plus large possible, et il ne semble pas exister de cas où l'Union soviétique ait accepté une exception régionale.

[...] l'URSS a élevé des objections aux accords préférentiels négociés entre l'Allemagne et certains pays du Danube en 1931. Les débats consacrés en 1931 par la Commission européenne au projet de pacte de non-agression économique proposé par l'Union soviétique illustrent bien l'opposition de ce pays à toute « discrimination ». Une discussion s'est fait jour au sujet des rapports entre le principe de non-discrimination et les exceptions à la clause de la nation la plus favorisée consacrées par la pratique (trafic frontalier, unions douanières, clauses régionales, etc.). L'URSS a estimé à cette occasion que la non-discrimination tendait à « interdire la création d'un régime commercial et financier à l'encontre d'un pays donné ou d'un petit groupe de pays lorsque la politique commerciale et financière du pays établissant ce régime favoriserait nettement d'autres pays ». D'après le rapport du comité spécial créé pour examiner la proposition soviétique :

> « La délégation soviétique a estimé qu'elle avait, par cette déclaration, implicitement répondu à une série de questions posées par certaines délégations au sujet des rapports existant entre le principe de non-discrimination et les exceptions à la clause de la nation la plus favorisée consacrées par la pratique, comme celles qui ont trait au trafic frontalier, aux unions douanières, aux clauses régionales, etc. »

S'agissant de la question de savoir comment le pacte proposé affecterait de futurs accords préférentiels, la délégation soviétique a estimé que de tels accords ne seraient incompatibles avec le projet que s'ils étaient conclus sans le consentement des parties fondées, en vertu de leurs traités commerciaux, à réclamer les mêmes avantages [586].

Conclusion en ce qui concerne la période qui a précédé la seconde guerre mondiale

49) Les documents examinés ci-dessus amènent le Rapporteur spécial à la même conclusion que celle à laquelle est arrivé Daniel Vignes, selon lequel « en fait, jusqu'à la guerre de 1939-1945, il a manqué vraiment une pratique constante des Etats pour reconnaître à l'exception [de l'union douanière] un caractère de plein droit [...] [587] ». De l'avis du Rapporteur spécial, cette évaluation de la situation existant au cours de la période considérée peut à l'évidence être étendue aux zones de libre-échange, aux régimes transitoires et aux autres groupements d'Etats, à l'égard desquels le moins que l'on puisse dire est qu'il ne s'est pas non plus dégagé de pratique constante et uniforme tendant à les excepter — sauf disposition explicite à cet effet — de l'application d'une clause de la nation la plus favorisée. Vignes poursuit cependant sa phrase comme suit : « la pratique plus récente semble montrer que l'union douanière est maintenant sans contestation considérée comme une exception ». Cette partie de la déclaration de Vignes sera examinée dans les paragraphes suivants.

Evolution récente

50) L'opinion de Vignes n'est pas isolée. Plusieurs autres auteurs sont du même avis ou d'un avis analogue. On se propose ici de passer leurs arguments en revue. Le but recherché est de découvrir s'il est possible d'établir l'existence d'une pratique généralement reconnue en vertu de laquelle le bénéficiaire d'une clause de la nation la plus favorisée relative au commerce en général et aux questions douanières et autres questions connexes en particulier (on ne traite ici que de ce type de clause) ne peut pas réclamer à l'Etat concédant les avantages que ce dernier accorde à ses partenaires au sein d'une union douanière, d'une zone de libre-échange, d'un régime transitoire ou d'un autre groupement ouvert ou fermé d'Etats, même si la clause — ou le traité qui la contient — ne prévoit pas cette éventualité. Bref, on peut poser la question sous la forme suivante : existe-t-il une règle de droit international qui établisse, pour les clauses du type susmentionné, une exception implicite en faveur de l'union douanière ? (L'expression « union douanière » comprend aussi, aux fins du présent raisonnement, les autres types de groupements d'Etats.)

51) Il y a de toute évidence lieu de présumer qu'une telle exception n'est pas possible. Si des Etats s'engagent à s'accorder réciproquement le traitement de la nation la plus favorisée, ils doivent se conformer à cet engagement. Ils peuvent en limiter la portée, mais s'ils ne le font pas, ils doivent en subir les conséquences. Autrement dit :

[...] En principe, il ne devrait pas être possible de sous-entendre des exceptions à la clause de la nation la plus favorisée, que celles-ci soient en faveur d'une union douanière, d'une région ou d'une union économique. La raison en est, bien entendu, qu'une partie à un traité ne doit pas se voir refuser les avantages qu'elle a négociés du fait de l'action unilatérale de l'autre partie. Le fait de ne pas stipuler expressément cette exception reviendrait à faire d'un refus fondé

---

[585] *Ibid.*, p. 31 et 32.

[586] *Customs Unions : A League of Nations Contribution to the Study of Customs Union Problems* (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1948.II.D.3), p. 58 [en anglais seulement].

[587] Vignes, *loc. cit.*, p. 278.

sur l'existence d'une exception implicite une véritable action unilatérale [588].

52) Les arguments que l'on peut avancer et faire valoir en vue de renverser cette présomption peuvent être examinés un par un.

Il convient de noter en premier lieu l'abondance des traités (la majorité des traités de commerce) contenant une stipulation écartant les unions douanières du domaine de la clause

écrit un auteur, qui prend lui-même parti pour l'exception implicite. Il ajoute cependant :

Rapprochées des positions prises antérieurement par les grandes puissances commerçantes, ces réserves expresses peuvent donner à penser que la communauté internationale écarte toute coutume en l'espèce [589].

Bien qu'il oppose ensuite d'autres arguments à cette dernière conclusion, celle-ci paraît au Rapporteur spécial plus convaincante.

Le même auteur ajoute :

En réalité, deux arguments permettent de considérer que la fréquence de l'exclusion des unions douanières correspond à une pratique reconnue comme de droit et d'en conclure à l'existence d'une coutume.

Le premier argument est que les auteurs qui présentent la pratique diplomatique des grands Etats, dont ils montrent l'attitude réservée à l'égard des unions douanières (McNair, Hackworth, Kiss), se fondent sur des documents généralement anciens, nettement antérieurs à la deuxième guerre mondiale [590].

Cet argument ne saurait être pris trop au sérieux. Ce qui nous intéresse est la pratique des Etats et leur *communis opinio*. Pour ce qui est de la pratique moderne, la situation n'est pas toujours celle où de petits Etats forment une union douanière et où de grandes puissances insistent pour se faire appliquer leurs droits découlant de la clause de la nation la plus favorisée, mais souvent le contraire. En Europe, par exemple, certains petits Etats se plaignent des atteintes à leurs droits fondés sur la clause de la nation la plus favorisée par des groupes d'Etats plus puissants.

53) L'argument suivant est fondé sur l'article XXIV de l'Accord général du GATT. Selon Sauvignon :

Or, et c'est le deuxième argument, 1947 a vu la naissance du GATT. L'article XXIV de l'Accord général écarte les unions douanières de l'application de la clause. Quatre-vingts Etats ont de la sorte confirmé l'exception, que la plupart d'entre eux reconnaissaient déjà dans leurs accords bilatéraux. Il paraît difficile de ne pas voir dans ce consensus une reconnaissance, par la communauté internationale, de la nécessité et du caractère obligatoire de l'exception [591].

D. Vignes estime de même que

[...] on doit reconnaître l'appui que cette thèse [l'exception implicite relative aux unions douanières] a reçu dans la signature de l'Accord général, et donc dans sa reconnaissance par les quatre-vingt-quinze Etats participant *de jure* ou *de facto* à celui-ci [592].

Il est difficile de souscrire à un tel raisonnement. Pour important qu'il soit, l'Accord général n'est qu'un accord parmi tant d'autres. Les parties à cet accord se sont concédé certains droits de la nation la plus favorisée et ont stipulé certaines dérogations, comme celle de l'article XXIV, qui constitue un arrangement plutôt complexe. Peut-on en déduire que les parties à cet accord doivent être considérées, lorsqu'elles concluent avec des tiers des traités contenant la clause de la nation la plus favorisée, comme étant liées à l'égard de ces derniers par les dispositions de l'article XXIV, et réciproquement ? Et qu'en est-il des traités conclus par un Etat après qu'il s'est retiré de l'accord comme il est prévu à l'article XXXI ? Qu'en est-il également des traités conclus entre deux ou plusieurs contractants qui ne sont pas parties à l'Accord général ? Comment seront-ils liés par les dispositions d'un traité qui pour eux est *res inter alios acta* ? Ou bien se peut-il que l'Accord du GATT possède un « effet contagieux » tel que la règle de l'article XXIV s'imposerait à ceux qui n'y sont pas parties, comme ayant été intégrée dans l'ensemble du droit international dès l'instant où elle a été acceptée par une *communis opinio juris* [593] ?

54) Selon une autre argumentation, une union douanière est considérée comme une nouvelle entité et peut-être comme un nouveau sujet de droit international [594]. Si l'association des Etats qui formeraient ces unions pouvait être assimilée à une unification d'Etats — selon cette thèse —, les droits de la nation la plus favorisée qui sont fondés sur les avantages accordés par un membre de l'union à un autre ne pourraient alors être revendiqués par un tiers après la création de l'union. Il est difficile, toutefois, d'accepter cette manière de voir, car les Etats qui participent à des unions de cette nature continuent habituellement d'être des Etats indépendants et souverains. Lorsqu'elle a rédigé le projet d'articles sur la succession d'Etats en matière de traités, la CDI a bien précisé que les associations d'Etats ayant le caractère d'organisations internationales, comme par exemple l'ONU, ne pouvaient être considérées comme une unification d'Etats, et qu'il en allait de même pour les unions de caractère hybride qui pouvaient paraître présenter une certaine analogie avec une unification d'Etats, mais n'aboutissaient pas à la création d'un nouvel Etat [595].

La Commission a cité l'exemple de la Communauté économique européenne, qui — tout au moins du point de vue de la succession en matière de traités — lui a semblé rester sur le plan des organisations intergouvernementales. La CDI dit dans son rapport :

Il est clair, par exemple, que l'article 234 du Traité de Rome [463] [596] aborde la question des traités conclus par les Etats membres

---

[588] P. Hay, « European Common Market and the most-favoured-nation clause », *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 23, 1962, p. 679.

[589] Sauvignon, *op. cit.*, p. 241.

[590] *Ibid.*

[591] *Ibid.*, p. 241 et 242.

[592] Vignes, *loc. cit.*, p. 278.

[593] Voir ci-dessous par. 58.

[594] Hay, *loc. cit.*, p. 680.

[595] Voir *Annuaire... 1974*, vol. II (1re partie), p. 263, doc. A/9610/Rev.1, chap. II, sect. D, art. 30 à 32, par. 3 et 4 du commentaire.

[596] Le texte de l'article 234 du Traité de Rome est reproduit ci-dessous au paragraphe 56.

avec des pays tiers avant la création de la Communauté en se plaçant au point de vue des règles régissant l'application de traités successifs portant sur la même matière (article 30 de la Convention de Vienne). En d'autres termes, les traités antérieurs à la Communauté sont envisagés dans le Traité de Rome dans le contexte de la compatibilité des obligations conventionnelles, et non pas dans celui de la succession d'Etats. Cela est vrai aussi des instruments qui ont établi les deux autres Communautés européennes [464]. En outre, le Traité relatif à l'adhésion, en date du 22 janvier 1972, qui énonce les conditions dans lesquelles quatre autres Etats peuvent adhérer à la Communauté économique européenne et à l'Euratom [465], envisage les traités antérieurs à l'adhésion conclus par les Etats candidats sur la base de la compatibilité des obligations conventionnelles — ces Etats étant requis d'adapter leurs obligations conventionnelles existantes aux obligations découlant de leur adhésion aux Communautés. De même, le Traité relatif à l'adhésion dispose expressément que les nouveaux Etats membres seront liés par diverses catégories de traités antérieurs à l'adhésion conclus par les Communautés ou par leurs Etats membres originaires, et ne s'appuie pas sur l'application d'un principe de succession.

De nombreuses autres unions économiques ont été créées, sous des formes diverses et présentant divers degrés d'organisation « communautaire » : AELE, ALALE et autres zones de libre-échange, et Benelux. En général, les constitutions de ces unions économiques ne laissent aucun doute sur leur caractère essentiel, qui est celui d'organisations intergouvernementales. Dans le cas de l'Union économique belgo-luxembourgeoise, si la Belgique peut être expressément autorisée à conclure des traités au nom de l'Union, les rapports entre les deux pays au sein de l'Union paraissent se situer nettement sur le plan international. Dans la pratique, toutes ces unions économiques — y compris l'union douanière entre le Liechtenstein et la Suisse, qui est étroitement intégrée — ont été traitées comme des unions internationales et n'ont pas été considérées comme emportant création d'un nouvel Etat.

[463] Traité instituant la Communauté économique européenne. Voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 294, p. 17.

[464] Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, paragraphe 17 de la Convention relative aux dispositions transitoires (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 261, p. 296 et 298); et Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom), art. 105 et 106 (*ibid.*, vol. 194, p. 312 et 313).

[465] Traité relatif à l'adhésion à la Communauté économique européenne et à la Communauté européenne de l'énergie atomique du Royaume du Danemark, de l'Irlande, du Royaume de Norvège et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord : Acte relatif aux conditions d'adhésion et aux adaptations des traités, art. 4 (v. *Journal officiel des Communautés européennes — Législation* édition spéciale, Luxembourg, 27 mars 1972, 15e année, n° L 73, p. 14 et 15) [597].

Ce raisonnement mène à la conclusion qu'une association économique ou « intégration » d'Etats qui, bien que poussée, ne constitue pas une unification d'Etats ne met pas par elle-même fin aux accords précédemment conclus par les participants en général, et aux obligations qui leur incombent en vertu de la clause de la nation la plus favorisée en particulier. L'argumentation selon laquelle les traités seraient maintenus mais la formation d'une nouvelle entité exonérerait certains domaines de l'application de ces traités ne se justifie pas davantage [598].

55) La position de certaines associations économiques d'Etats à l'égard du problème ressort de leurs traités constitutifs ou autres instruments connexes. Le Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier [599] ne contient pas de disposition concernant l'application des clauses de la nation la plus favorisée. Cependant, la Convention relative aux dispositions transitoires, signée à Paris le 18 avril 1951, prévoit ce qui suit.

DÉROGATION À LA CLAUSE DE LA NATION LA PLUS FAVORISÉE

Paragraphe 20

A l'égard des pays qui bénéficient de la clause de la nation la plus favorisée par application de l'article premier de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, les Etats membres devront exercer, auprès des parties contractantes audit accord, une action commune en vue de soustraire les dispositions du Traité à l'application de l'article premier précité. La convocation d'une session spéciale du GATT sera, en tant que de besoin, demandée à cette fin.

En ce qui concerne les pays qui, n'étant pas parties à l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, bénéficient néanmoins de la clause de la nation la plus favorisée en vertu des conventions bilatérales en vigueur, des négociations seront engagées dès la signature du Traité. A défaut du consentement des pays intéressés, la modification ou la dénonciation des engagements devra être effectuée conformément aux conditions fixées par lesdits engagements.

Au cas où un pays refuserait son consentement aux Etats membres ou à l'un d'entre eux, les autres Etats membres s'engagent à se prêter une aide effective qui pourrait aller jusqu'à la dénonciation par tous les Etats membres des accords passés avec le pays en question [600].

On peut reprocher aux dispositions du troisième alinéa, du point de vue économique ou politique, d'être trop « radicales » ou « coercitives » [601], mais, du point de vue strictement juridique, il en ressort clairement que l'engagement de l'Etat qui a concédé une clause de la nation la plus favorisée ne peut prendre fin ou être modifié par d'autres moyens que ceux du droit des traités.

56) Le Traité instituant la Communauté économique européenne, signé à Rome le 25 mars 1957, contient notamment les dispositions suivantes :

Article 234

Les droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement à l'entrée en vigueur du présent Traité, entre un ou plusieurs Etats membres, d'une part, et un ou plusieurs Etats tiers, d'autre part, ne sont pas affectés par les dispositions du présent Traité.

Dans la mesure où ces conventions ne sont pas compatibles avec le présent Traité, le ou les Etats membres en cause recourent à tous les moyens appropriés pour éliminer les incompatibilités constatées. En cas de besoin, les Etats membres se prêtent une assistance mutuelle en vue d'arriver à cette fin, et adoptent le cas échéant une attitude commune.

Dans l'application des conventions visées au premier alinéa, les Etats membres tiennent compte du fait que les avantages consentis dans le présent Traité par chacun des Etats membres font partie intégrante de l'établissement de la Communauté et sont, de ce fait, inséparablement liés à la création d'institutions communes, à l'attribution de compétences en leur faveur et à l'octroi des mêmes avantages par tous les autres Etats membres [602].

Les premier et deuxième alinéas de cet article reprennent les mêmes idées que le paragraphe 20 de la Convention

[597] *Annuaire... 1974*, vol. II (1re partie), p. 263, doc. A/9610/Rev.1, chap. II, sect. D, art. 30 à 32, par. 4 et 5 du commentaire.

[598] Hay, *loc. cit.*, p. 681.

[599] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 261, p. 141.

[600] *Ibid.*, p. 298 et 300.

[601] A.-Ch. Kiss, *op. cit.*, p. 485.

[602] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 294, p. 130 et 131.

relative aux dispositions transitoires du Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, cité au paragraphe précédent. Pour sa part, Vignes y voit une « disposition explicative et incitative [603] ».

Cet « élément d'incitation » est pris plus au sérieux par le manuel soviétique de droit international, suivant lequel

> le libellé assez obscur de l'article 234 ne peut en cacher le sens réel, qui fait à tout Etat partie au traité l'obligation de refuser aux pays tiers, en dépit même d'accords préalables, les privilèges dont jouissent les membres du bloc communautaire [604].

Un auteur français, Thiébaud Flory, adopte une optique différente :

> Comment les Etats membres de la CEE [Communauté économique européenne] peuvent-ils concilier les engagements qui découlent pour eux de la signature du Traité de Rome avec les obligations qu'ils avaient précédemment contractées en signant des accords multilatéraux tels que le GATT ? Aux termes de l'article 234 du Traité de Rome, c'est le principe de la fidélité aux engagements antérieurement conclus qui doit prévaloir. En soumettant le Traité de Rome à l'examen du GATT et en se montrant conciliant à l'égard des parties contractantes, les Six ont respecté ce principe [605].

Bien que contradictoires à première vue, les deux dernières opinions citées ne sont pas inconciliables : le manuel soviétique retient l'élément « d'incitation » de la disposition considérée; l'auteur français estime qu'il découle de l'article 234, pris dans son ensemble, que les parties contractantes reconnaissent implicitement la validité de leurs engagements antérieurs.

57) Une autre argumentation fait état du changement de circonstances créé par la formation d'une union douanière ou d'un autre type d'association d'Etats. Là encore, il semble impossible de soutenir que, en l'absence d'une union politique entre les participants, le changement de circonstances du fait de l'une des parties doit justifier implicitement une modification. En effet, la règle générale est que le changement de circonstances volontairement et unilatéralement apporté par l'une des parties au traité ne suffit pas pour que les effets de ce changement de circonstances soient reconnus [606]. Comme l'a dit un auteur :

> [...] à supposer même que la création d'un système préférentiel multilatéral constitue un changement fondamental des circonstances, et que le changement n'ait pas été envisagé par les parties au traité stipulant le traitement de la nation la plus favorisée, la « clausula » ne saurait jouer : elle ne peut être invoquée par un Etat dès lors que le changement de circonstances est son fait (v. J. Leca, *Les techniques de révision des conventions multilatérales*, notamment p. 312). Or, il ne tenait qu'à l'Etat concédant de ne pas adhérer à l'accord multilatéral instituant le système préférentiel [607].

58) La CIJ a récemment examiné à nouveau les conditions nécessaires à la création d'une règle coutumière de droit international. Dans son arrêt concernant les affaires du plateau continental de la mer du Nord, la Cour a affirmé que des règles purement conventionnelles ou contractuelles à l'origine pourraient être intégrées à l'ensemble du droit international et être acceptées à ce titre par l'*opinio juris*, de telle sorte que désormais elles s'imposeraient même aux pays qui ne sont pas et n'ont jamais été parties à la convention en question. Selon la Cour, cette situation est du domaine des possibilités, et elle se présente de temps à autre. Mais on ne considère pas facilement ce résultat comme atteint [608]. Toujours selon la Cour, pour la formation d'une règle nouvelle de droit international coutumier à partir d'une règle purement conventionnelle à l'origine,

> il demeure indispensable que [...] la pratique des Etats, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été fréquente et pratiquement uniforme dans le sens de la disposition invoquée et se soit manifestée de manière à établir une reconnaissance générale du fait qu'une règle de droit ou une obligation juridique est en jeu [609].

Quant aux conditions à remplir par la pratique des Etats, la Cour estime qu'elle doit être « constante » et qu'en outre les actes considérés doivent

> témoigner, par [...] la manière dont ils sont accomplis, de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire par l'existence d'une règle de droit. La nécessité de pareille conviction, c'est-à-dire l'existence d'un élément subjectif, est implicite dans la notion même d'*opinio juris sive necessitatis*. Les Etats intéressés doivent donc avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique. Ni la fréquence ni même le caractère habituel des actes ne suffisent [...]. [610]

59) De l'avis du Rapporteur spécial, la règle coutumière présumée selon laquelle il y aurait une exception implicite en faveur des unions douanières (et moins encore s'agissant d'exceptions pour d'autres types de groupements) est loin de remplir les conditions énoncées plus haut. Pour rester dans l'ordre des problèmes intéressant la Communauté économique européenne, laquelle repose sur une union douanière (art. 9 du Traité de Rome), il apparaît clairement que les fondateurs de la Communauté, non seulement ne s'en sont pas tenus à l'existence d'une règle établissant une exception en faveur des unions douanières, mais ont au contraire abordé « la question des traités conclus par les Etats membres avec des pays tiers avant la création de la Communauté en se plaçant au point de vue des règles régissant l'application de traités successifs portant sur la même matière (article 30 de la Convention de Vienne) [611]. Dans ces conditions, il est difficile d'attacher beaucoup de poids au mémoire officiel établi en 1957 par le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne de l'époque : invoquant, dans les explications qu'il a présentées au Parlement, l'exception de l'union douanière, il a interprété l'article 234 du Traité de Rome comme signifiant que les six Etats membres étaient convenus que la clause de la nation la plus favorisée ne s'appliquerait pas aux avantages découlant de la Communauté [612]. On ne peut pas

---

[603] Vignes, *loc. cit.*, p. 293.

[604] Institut d'Etat du droit de l'Académie des sciences de l'Union soviétique, *op. cit.*, p. 269.

[605] Flory, *op. cit.*, p. 124.

[606] Hay, *loc. cit.*, p. 681 et 682.

[607] Sauvignon, *op. cit.*, p. 254, note 2.

[608] *C.I.J. Recueil 1969*, p. 42.

[609] *Ibid.*, p. 44.

[610] *Ibid.*, p. 45.

[611] Voir ci-dessus par. 54.

[612] Voir *Verhandlung des Deutschen Bundestages, 2. Wahlperiode 1953 : Anlagen zu den stenographischen Berichten*, Bonn, 1957, vol. 51, fasc. 3440, p. 157. Voir aussi les remarques de E. T. Usenko dans : Institut d'Etat du droit de l'Académie des sciences de l'Union soviétique, *op. cit.*, p. 268.

non plus considérer comme suffisant pour établir une pratique générale et une *communis opinio* des Etats le fait que des controverses, des protestations et des mesures diplomatiques aient abouti en diverses occasions à des compromis plus ou moins satisfaisants au détriment — mais parfois en faveur — des Etats non membres [613].

60) Aucun partisan de la dérogation implicite en faveur des unions douanières n'a jamais offert une solution satisfaisante au problème ardu soulevé par les traités qui stipulent explicitement une ou plusieurs exceptions à la clause sans mentionner les unions douanières ou les associations analogues [614]. Comment la dérogation implicite en faveur de l'union douanière pourrait-elle surmonter l'obstacle formidable que représente le principe *inclusio unius, exclusio alterius* ?

61) Il reste à dire un mot de la doctrine moderne, qui a récemment adopté une position négative à l'égard de la règle d'une dérogation implicite en faveur des unions douanières. Outre les auteurs déjà mentionnés, il y a lieu de citer Usenko, qui écrit, dans un manuel soviétique classique :

> On ne saurait souscrire à l'opinion selon laquelle il existerait, en droit international, une norme soustrayant les avantages consentis dans le cadre d'une union douanière à l'application de la clause de la nation la plus favorisée. En effet, si cette dérogation existait en droit international, les Etats ne seraient pas tenus, chaque fois qu'ils veulent apporter une dérogation de ce type, de stipuler scrupuleusement dans les accords commerciaux que le bénéfice de la clause ne s'étend pas aux avantages découlant d'une union douanière.
>
> ...
>
> Dans la mesure où le droit international ne connaît aucune norme non conventionnelle qui établisse des dérogations au régime de la nation la plus favorisée (voir plus loin les dérogations en faveur des pays en voie de développement), seules sont légitimes les dérogations qui sont établies avec le consentement du pays auquel on les oppose [615].

L'érudit polonais T. Szurski soutient la même opinion [616].

62) Dans les conférences qu'il a données à La Haye, Mario Giuliano, après avoir analysé de manière approfondie la pratique des Etats en la matière, est parvenu à la conclusion suivante :

> A la lumière des données de la pratique internationale que nous venons d'examiner, il apparaît évident que la thèse doctrinale dont on a parlé [c'est-à-dire la dérogation implicite en faveur des unions douanières] n'est pas fondée en droit international. En l'absence d'une prévision expresse en sens contraire dans le traité, le traitement de la nation la plus favorisée doit s'étendre aussi aux avantages dérivant d'un régime d'union douanière établi par l'une ou par l'autre des parties contractantes avec des pays tiers.
>
> ...
>
> Tout à fait différent est néanmoins le problème de l'opportunité ou, si l'on veut, du caractère raisonnable des limitations précédemment considérées au fonctionnement de la clause. De ce point de vue, il ne peut en vérité y avoir aucun doute, puisque le problème de l'égalité de traitement des nations en matière commerciale ne se pose jamais — ainsi que nous avons déjà eu l'occasion de le faire remarquer — dans l'abstrait et en tant qu'un principe de validité absolue. Et c'est justement pour cela que les gouvernements ont toujours apporté un grand soin à insérer ces exceptions dans les traités de commerce [617].

63) Le Rapporteur spécial s'est ainsi demandé si la Commission devait considérer qu'il s'agit d'une situation où il est souhaitable d'assurer le développement progressif du droit international en faisant des avantages accordés aux unions douanières, etc., une exception de plein droit à l'application de la clause de la nation la plus favorisée. A cette question, il tend à répondre par la négative, pour la raison suivante : exprimer un tel besoin nécessiterait de porter un jugement de valeur sur l'opportunité d'établir des unions douanières, etc. Examiner si la constitution de tels groupements est souhaitable ou non entraîne du domaine du droit à celui de l'économie, dans lequel la Commission ne souhaite peut-être pas pénétrer. Néanmoins, les économistes eux-mêmes sont encore à se demander si des arrangements régionaux de ce genre présentent des avantages et, s'ils en présentent, quelles caractéristiques distinguent les arrangements avantageux de ceux qui ne le sont pas [618]. Un certain nombre d'auteurs ont consacré des études détaillées aux questions économiques extraordinairement complexes auxquelles on touche dans ce domaine [619].

64) Si la Commission tenait néanmoins, pour une raison ou une autre, à poser une règle instituant une exception générale en faveur des unions douanières et autres associations de même type, elle se heurterait à des difficultés considérables. Comment définir, dans une telle règle, une union douanière, une zone de libre-échange, et d'autres groupements à prendre en considération ? Faudrait-il reprendre les termes de l'Accord du GATT, qui, comme on l'a vu plus haut, n'ont pas permis d'apporter une solution juridique aux difficultés soulevées par ces unions ? Comment les Etats n'ayant pas adhéré au GATT réagiraient-ils à une telle proposition ? Ces Etats sont encore au nombre d'une soixantaine dans le monde et représentent une fraction considérable de sa population.

---

[613] Sauvignon, *op. cit.*, p. 246.

[614] Voir ci-dessus par. 28.

[615] Institut d'Etat du droit de l'Académie des sciences de l'Union soviétique, *op. cit.*, p. 268.

[616] *Zasada najwiekszego uprzyvilejewania w Uhadzie Ogolnym w Sprawie Taryf Celnych i Handly* (GATT), Varsovie, 1970, chap. IV.

[617] M. Giuliano, « Quelques aspects juridiques de la coopération intergouvernementale en matière d'échanges et de paiements internationaux », *Recueil des cours... 1968-II*, Leyde, Sijthoff, 1969, t. 124, p. 601 et 602.

[618] Jackson, *op. cit.*, p. 621.

[619] Parmi les nombreux ouvrages relatifs à ces questions, on peut citer les classiques suivants : Viner, *The Customs Union Issue (op. cit.)* ; J. Meade, *The Theory of International Economic Policy*, vol. I : *The Balance of Payments*, 1951, et vol. II : *Trade and Welfare*, 1955, et *The Theory of Customs Unions*, 1956; R. G. Lipsey et K. Lancaster, « The general theory of second best » *Review of Economic Studies*, 1956-1957, n° 63, p. 11 à 32; R. G. Lipsey, « The theory of customs unions : A general survey », *Economic Journal*, Londres, septembre 1960; J. M. Fleming, « On making the best of balance of payments restrictions on imports », *Economic Journal*, Londres, mars 1951, p. 48 à 71; T. Scitovsky, *Economic Theory and Western European Integration*, 1958; et B. Balassa, *The Theory of Economic Integration*, 1961. Dans son livre *Money, Trade and Economic Growth*, 1962, p. 46 à 74, H. G. Johnson présente une synthèse magistrale de ces ouvrages. Voir aussi C. A. Cooper et B. F. Massell, « Toward a general theory of customs unions for developing countries », *The Journal of Political Economy*, octobre 1965, p. 461 à 476; et G. Patterson, « The most-favoured-nation clause and economic integration », *Annuaire européen, 1965*, La Haye, vol. 13, 1967, p. 148 et 149.

Faudrait-il simplement ne viser dans cette règle que les unions douanières, zones de libre-échange, etc., sans plus préciser le sens de ces notions (comme c'est souvent le cas dans les traités bilatéraux) ? On arriverait alors à un résultat qui — pour reprendre les termes de la CIJ —, compte tenu des « controverses très importantes, non encore résolues, auxquelles ont donné lieu la portée et le sens de cette notion, ne peuvent que susciter d'autres doutes quant au caractère virtuellement normatif de la règle [620] ».

65) Compte tenu de ces circonstances, le Rapporteur spécial a conclu que, attendu qu'il ne peut être dégagé de règle coutumière de droit international établissant une exception implicite à l'égard des unions douanières, zones de libre-échange, etc.; que la pratique générale des Etats est d'inscrire dans leurs traités toute exception qu'ils souhaitent éventuellement faire en ce qui concerne l'octroi du traitement de la nation la plus favorisée; et que rien ne prouve irrésistiblement qu'il soit souhaitable de substituer une règle générale aux arrangements particuliers des parties, le mieux est de laisser les choses en l'état.

Le Rapporteur spécial a souligné qu'on ne saurait trop insister sur l'importance de la question. Dans les relations entre les Etats parties au GATT, l'article XXIV règle plus ou moins la question. Dans les relations entre ces Etats et ceux qui n'ont pas adhéré à l'Accord général, et dans les relations entre les Etats mêmes qui n'ont pas adhéré audit accord, des stipulations prévoyant des exceptions à une clause de la nation la plus favorisée sont très fréquentes. Lorsque ces exceptions comportent une référence à une union douanière ou zone de libre-échange, etc., le problème est plus ou moins réglé selon le degré de précision de la stipulation. Lorsque des exceptions sont prévues dans d'autres matières, mais non au sujet des unions douanières — comme, par exemple, dans le traité de 1965 entre l'URSS et l'Australie, cité plus haut [621] —, le Rapporteur spécial estime que l'on ne peut passer outre au principe *inclusio unius, exclusio alterius*. Restent alors les cas, vraisemblablement assez rares, dans lesquels la clause n'est assortie d'aucune exception stipulée. On pourrait assurément soutenir que le problème — s'il en existait un — est marginal, même s'il est aggravé, dans les cas d'espèce, par l'âpreté du différend entre la partie qui n'a pas été suffisamment prudente lorsqu'elle a rédigé le traité et celle qui estime qu'il a été porté atteinte aux droits et intérêts qu'elle tire de la clause.

Compte tenu des considérations qui précèdent, le Rapporteur spécial n'a pas proposé de règle prévoyant que les avantages accordés dans le cadre d'une union douanière ou autre association d'Etats analogue n'entraient pas dans le champ d'application de la clause de la nation la plus favorisée. A son avis, il s'agissait d'un conflit d'obligations découlant de traités. Celles-ci sont régies par les dispositions générales du droit des traités (voir art. 30, par. 5, de la Convention de Vienne). Il a toutefois réservé sa position, qu'il se propose de revoir, compte tenu de la suite de ses travaux sur l'application de la clause de la nation la plus favorisée en ce qui concerne les pays en voie de développement. A cet égard, il est dans ses intentions de tenir dûment compte des vues de la CNUCED sur le rôle que joue la clause de la nation la plus favorisée dans les échanges entre pays développés [622].

66) Bien que la Commission n'ait pas examiné la question à fond, quelques-uns des membres ont approuvé la méthode et les conclusions du Rapporteur spécial, telles qu'elles sont exposées dans le présent commentaire [623].

67) En revanche, les conclusions du Rapporteur spécial n'ont pas satisfait d'autres membres de la Commission, qui ont réservé leur position. On a dit que l'unification des Etats pouvait se faire de deux manières : ou bien en une fois, et il y avait alors formation d'un nouvel Etat qui mettait automatiquement fin à l'application de la clause, ou bien progressivement, et il existait alors une quantité de solutions intermédiaires impossibles à définir clairement à l'heure actuelle. C'était le deuxième cas qui posait le problème. Il était vrai que l'atteinte à la clause de la nation la plus favorisée ou à un régime de non-discrimination par une union régionale était très grave. Par exemple, lorsque les six pays européens qui devaient fonder les Communautés européennes avaient essayé de créer la Communauté européenne du charbon et de l'acier, ils s'étaient heurtés aux engagements du GATT, mais, le droit du GATT étant assez souple, ils avaient réussi à faire admettre leurs accords économiques. Par contre, lors de la conclusion du Traité de Rome, l'opinion avait prévalu au GATT que cette union douanière modifiait tellement les conditions générales de fonctionnement du GATT qu'il était impossible de l'accepter; le Royaume-Uni et les pays membres du Commonwealth avaient formulé des objections qui n'avaient jamais été formellement levées. La situation avait été encore plus tragique dans le cas de l'OECE : lorsque le Royaume-Uni avait demandé à bénéficier de la levée des restrictions quantitatives que les Six avaient décidée entre eux, ceux-ci avaient refusé, et la tension au sein de l'OECE était devenue telle que cet organisme avait fini par disparaître. On a reconnu qu'il s'agissait là d'un problème très difficile à résoudre, mais qu'on ne pouvait pas refuser aux Etats le droit de développer un foyer de vie régionale intense. La Commission ne devait pas prendre une position trop rigide sur une question aussi politique.

68) On a également dit que, dans le cas d'une clause de la nation la plus favorisée, l'accord était toujours rédigé dans un certain climat d'expectative et dans des limites définies, de sorte que lorsqu'il se produisait un changement si profond qu'il dépassait la portée des questions ayant fait l'objet de l'accord, il était généralement entendu que les accords conférant le traitement de la nation la plus favorisée ne constituaient pas un obstacle à la liberté des Etats de se développer de diverses manières. Cela étant, on a estimé que tant la pratique que la raison voulaient que, lorsqu'un Etat devenait membre d'une

[620] Affaires du plateau continental de la mer du Nord, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 43.

[621] Voir ci-dessus par. 28.

[622] Voir *Annuaire... 1970*, vol. II, p. 254, doc. A/CN.4/228 et Add.1, annexe I.

[623] Voir ci-dessus par. 25 à 65.

union économique, les obligations de portée plus limitée que celles qui lui étaient par là imparties devaient faire l'objet de négociations et d'amendements.

69) Tout en approuvant les conclusions du Rapporteur spécial, on a également estimé que, quelle que soit la forme sous laquelle seraient adoptés les articles relatifs à la clause de la nation la plus favorisée, il faudrait y ajouter une clause de non-rétroactivité s'inspirant de la disposition pertinente de la Convention de Vienne. Ainsi les Etats auraient la possibilité d'inclure dans leurs clauses de la nation la plus favorisée toutes les exceptions qu'ils voulaient, et ils seraient en mesure d'éviter à l'avenir tout conflit d'obligations découlant de traités.

70) Un membre de la Commission a proposé l'adoption d'un projet d'article libellé comme suit (A/CN.4/L.229) :

Aucune disposition des présents articles ne préjuge

1) des régimes spéciaux qui peuvent prévaloir dans les rapports entre pays en voie de développement et dans les rapports entre pays en voie de développement et pays développés;

2) de l'interprétation que doit recevoir une clause de la nation la plus favorisée en présence de régimes régionaux limités à certains pays en union économique ou politique particulière.

Le paragraphe 2 de cette proposition avait pour objet de servir de sauvegarde dans les cas en question.

71) Toutefois, comme il a déjà été indiqué, la Commission n'a pas encore pris définitivement position sur ces questions, en partie parce qu'elle veut tenir compte des réactions des représentants des Etats. La CDI examinera la question à sa prochaine session.

Article 16. — Droit au traitement national en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée

[A moins que le traité n'en dispose ou qu'il n'en soit convenu autrement,] l'Etat bénéficiaire a droit au traitement conféré par l'Etat concédant à un Etat tiers même si ce traitement est conféré au titre du traitement national.

Commentaire

1) Il semble à première vue que la règle proposée aille de soi. Lorsque deux Etats se promettent réciproquement le traitement national (« inland parity ») et promettent ensuite à d'autres Etats le traitement de la nation la plus favorisée, ces derniers peuvent légitimement faire valoir qu'ils ont également le droit d'être traités sur une « base nationale », car dans le cas contraire il ne seraient pas traités d'une manière aussi favorable que la nation la plus favorisée (à supposer qu'il existe une différence substantielle de traitement par suite de différences dans les promesses qui ont été faites) [624].

2) Telle est également la pratique britannique en ce qui concerne le rapport entre traitement national et traitement accordé au titre de la clause de la nation la plus favorisée. Selon Schwarzenberger, la norme de la nation la plus favorisée remplit la fonction consistant à généraliser les privilèges accordés au titre de la norme nationale à tout Etat tiers faisant partie des bénéficiaires du traitement de la nation la plus favorisée dans le même domaine [625].

3) Un auteur de la République démocratique allemande partage cet avis :

Comme le traitement national représente en général le maximum des droits et que ces droits sont clairement définis, les Etats s'efforcent souvent d'obtenir que leurs ressortissants soient placés sur un pied d'égalité avec les nationaux. Lorsque l'Etat le plus favorisé se voit octroyer de cette manière le traitement national, tous les autres Etats qui bénéficient de la clause de la nation la plus favorisée peuvent également revendiquer ce traitement pour leurs ressortissants au titre de ladite clause [626].

4) Cet effet de la clause de la nation la plus favorisée a été explicitement reconnu en France. Le Ministre des affaires étrangères de la France, dans une lettre du 22 juillet 1929 [627], a publié une liste des pays qui jouissent du traitement national en France. Le Ministre a ajouté :

Un plus grand nombre de conventions ont été conclues sur la base du traitement réservé aux ressortissants de la nation la plus favorisée. Les étrangers qui peuvent se prévaloir d'une convention de cet ordre ont le droit d'être traités en France comme les ressortissants des pays ci-dessus mentionnés [628].

La position officielle de la France sur ce sujet n'a pas changé depuis lors.

5) Cette position se manifeste également dans la pratique des tribunaux français :

[...] la jurisprudence [française] s'est ralliée dans son ensemble à la solution conduisant à appliquer le traitement national à ceux qui l'invoquent par l'intermédiaire d'une clause de la nation la plus favorisée [629].

Ainsi, parmi de nombreuses autres affaires, un tribunal français — en l'occurrence le tribunal correctionnel de la Seine — a déclaré :

Attendu que Sciama, étant de nationalité italienne, peut légitimement invoquer le bénéfice de l'article 2 de la Convention d'établissement du 23 août 1951 entre la France et l'Italie, lequel dispose : « Les ressortissants de chacune des Hautes Parties contractantes jouissent sur le territoire de l'autre partie du traitement de la nation la plus favorisée en ce qui concerne [...] l'exercice du commerce [...] »; que, par suite, il est en droit de se réclamer des dispositions de l'article 1er de la convention conclue le 7 janvier 1862 entre la France et l'Espagne, lequel décide : « Les sujets des deux pays pourront voyager et résider sur les territoires respectifs comme les nationaux [...], faire le commerce tant en gros qu'en détail [...] » [630].

---

[624] Snyder, *op. cit.*, p. 11 et 12.

[625] G. Schwarzenberger, « The most-favoured-nation standard in British practice », *The British Year Book of International Law, 1945*, Londres, vol. 27, p. 119.

[626] K. Becher, « Das Prinzip der Meistbegünstigung und die Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen », *Deutschen Aussenpolitik*, Berlin-Est, 17e année, n° 4 (juillet-août 1972), p. 774.

[627] France, *Journal officiel de la République française, Lois et décrets*, Paris, 12-13 août 1929, 61e année, n° 189.

[628] A. Piot, « Du réalisme dans les conventions d'établissement », *Journal du droit international*, Paris, 88e année, n° 1, janvier-mars 1961, p. 44.

[629] Level, *loc. cit.*, p. 338.

[630] Affaires Sciama et Soussan, France : Tribunal correctionnel de la Seine, 27 novembre 1962 (*Annuaire... 1973*, vol. II, p. 147, doc. A/CN.4/269, par. 77).

6) La Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique a également eu l'occasion de discuter des effets de la clause de la nation la plus favorisée lorsqu'elle se combine avec la clause du traitement national figurant dans un autre traité. La clause de la nation la plus favorisée en question était celle qui figurait dans un traité conclu en 1881 entre les Etats-Unis et la Serbie. Les passages essentiels de cette clause se lisaient comme suit :

Pour tout ce qui concerne le droit d'acquérir, de posséder et de céder toute catégorie de biens, immobiliers ou mobiliers, les ressortissants des Etats-Unis en Serbie et les sujets serbes aux Etats-Unis jouiront des droits qu'accorde ou accordera la législation respectivement dans l'un et l'autre de ces Etats aux nationaux de la nation la plus favorisée.

Dans ces limites, et dans les mêmes conditions que les ressortissants de la nation la plus favorisée, ils peuvent librement recevoir, posséder et céder ces biens, que ce soit par achat, vente, donation, échange, contrat de mariage, testament, héritage, ou de toute autre manière, sans être soumis à des taxes, impôts ou redevances autres ou plus élevés que ceux qui sont ou pourront être perçus des nationaux du pays ou des sujets de l'Etat le plus favorisé. [...] [631].

La Cour suprême a déclaré :

Le traité de 1881 indique clairement que son principal objectif est d'instaurer « à titre réciproque, la pleine et entière liberté du commerce et de la navigation « entre les deux Etats signataires, de manière que leurs ressortissants » soient libres de s'établir sur le territoire de l'autre Etat ». Leurs ressortissants doivent également pouvoir librement recevoir, posséder et céder des biens par leurs activités commerciales, par donation, mariage, héritage ou de toute autre manière « dans les mêmes conditions que les ressortissants de la nation la plus favorisée ». Ainsi, les deux paragraphes de l'article II du traité dont il est ici question comportent une clause « de la nation la plus favorisée » et en ce qui concerne « l'acquisition, la possession ou la cession de toutes catégories de biens ». Cette clause signifie que chacun des signataires accorde à l'autre les droits et les privilèges les plus étendus qu'il accorde à tout autre Etat en vertu d'autres traités conclus ou à conclure. A cet égard, notre attention a été attirée sur un traité conclu par ce pays avec l'Argentine [632] antérieurement au traité de 1881 avec la Serbie et sur des traités conclus par la Yougoslavie avec la Pologne et la Tchécoslovaquie, qui prévoient tous sans ambiguïté de la façon la plus large, et à titre de réciprocité, le droit de recevoir une succession au profit des ressortissants des Etats signataires, ce qui aurait précisément pour conséquence de protéger le droit de ces demandeurs yougoslaves à recevoir la succession de leurs parents américains .[...]

Nous estimons que, en vertu du traité de 1881 et de sa clause « de la nation la plus favorisée », ces demandeurs yougoslaves ont le même droit de recevoir des biens meubles en héritage de leurs parents que s'ils étaient des ressortissants américains habitant l'Etat d'Oregon. [...] [633].

7) La solution, étayée dans la pratique, proposée à l'article 16 a été mise en cause par plusieurs auteurs. Selon Level,

On peut arguer à l'encontre de la solution affirmative que la clause de la nation la plus favorisée se situe, dans l'échelle des concessions mutuelles que se font les Hautes Parties contractantes, à un degré inférieur à celui de la clause d'assimilation au national, et qu'il est paradoxal de faire produire à la première les mêmes conséquences qu'à la seconde. En outre, on peut se demander si la nature particulière des deux clauses ne s'oppose pas à leur mise en œuvre cumulative. Clauses d'égalisation l'une, au regard de l'étranger le plus favorisé, l'autre par rapport au national, elles n'ont pas d'effet par leur contenu, mais par simple référence. Cette sorte de *renvoi* d'une clause à l'autre jusqu'à produire un effet non conforme à la signification de la première des clauses correspond-elle bien à la volonté des Etats contractants ? Bien que cette argumentation fût pertinente, la jurisprudence [française] s'est ralliée dans son ensemble à la solution conduisant à appliquer le traitement national à ceux qui l'invoquent par l'intermédiaire d'une clause de la nation la plus favorisée [634].

8) S'appuyant sur la pratique des Etats, la Commission n'a pas de raison de s'écarter de la conclusion qui découle du sens ordinaire de la clause et qui assimile le bénéficiaire à la nation la plus favorisée : si l'avantage le plus élevé accordé à un Etat tiers est le traitement national, c'est ce traitement — conforme à la promesse — qui sera donc dû au bénéficiaire. Si un Etat tient à exclure de sa promesse de traitement de la nation la plus favorisée le bénéfice du traitement national, consenti ou à consentir, il est libre de le faire. Si pareille exception n'est pas stipulée dans le traité, il s'ensuit que la promesse de traitement national est postérieure au traité contenant la clause de la nation la plus favorisée. Cette situation exige simplement une certaine circonspection de la part des négociateurs des traités.

9) La règle énoncée à l'article 16 a un caractère supplétif, et ne s'applique que lorsque le traité n'en dispose pas autrement ou les parties n'en sont pas convenues autrement. C'est pourquoi l'article commence par les mots « A moins que le traité n'en dispose ou qu'il n'en soit convenu autrement ». Toutefois, ces mots ont été mis entre crochets pour rappeler que la Commission décidera plus tard si elle veut faire figurer cette réserve dans chacun des articles où elle doit apparaître ou si elle adoptera un article de caractère général qui s'appliquera à toutes les dispositions pertinentes du projet [635].

Article 17. — Traitement de la nation la plus favorisée et traitement national [ou autre traitement] concernant la même matière

Lorsqu'un Etat concédant s'est engagé par traité à accorder à un Etat bénéficiaire le traitement de la nation la plus favorisée et le traitement national [ou un autre

---

[631] G. F. de Martens, éd., *Nouveau Recueil général de traités*, Gottingue, Dieterich, 1887, 2e série, t. XI, p. 745 (texte anglais).

[632] La clause du traitement national (art. IX) du Traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu entre les Etats-Unis et la Confédération argentine en 1853 dispose que :

« Pour tout ce qui a trait à [...] l'acquisition et la cession de biens de toute sorte et de toute appellation, que ce soit par vente, donation, échange, testament ou de toute autre manière, [...] les citoyens des deux Parties contractantes jouiront réciproquement des mêmes privilèges, libertés et droits que les nationaux [...] [a]. »

[a] Etats-Unis d'Amérique, *The Statutes at Large and Treaties of the United States of America from December, 1925, to March, 1927*, vol. X, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1927, p. 1009. Egalement dans : Royaume-Uni, *British and Foreign State Papers, 1852-1853*, vol. 42, Londres, Ridgway, 1846, p. 722.

[633] Kolovrat et autres *c.* Oregon, Etats-Unis d'Amérique : Cour suprême, 1er mai 1961 (*Annuaire... 1973*, vol. II, p. 146, doc. A/CN.4/269, par. 73).

[634] Level, *loc. cit.*, p. 338.

[635] Voir ci-dessus par. 117 du présent rapport.

traitement] concernant la même matière, l'Etat bénéficiaire a le droit de se prévaloir du traitement qu'il préfère dans chaque cas particulier.

Commentaire

1) Il n'est pas rare que le traitement national et celui de la nation la plus favorisée soient stipulés à la fois dans le même domaine. Nolde rappelle que dans un traité anglo-portugais de 1642, à l'article 4, le Portugal assure

> Que les sujets du très renommé Roi de la Grande-Bretagne [...] ne seront pas tenus de payer de plus grands droits de douane, impositions et autres taxes que les habitants et sujets desdits pays [royaumes, provinces, territoires et îles du Roi du Portugal en Europe] ou les sujets de quelque nation que ce soit qui sera en alliance avec le Portugal [...][636].

On en trouve un exemple plus récent dans la disposition de l'article 6, par. 1, de la Convention multilatérale sur la coopération en matière de navigation maritime commerciale, signée à Budapest le 3 décembre 1971 par la Bulgarie, la Pologne, la République démocratique allemande, la Roumanie, la Tchécoslovaquie et l'URSS, qui est ainsi conçue :

> 1. Les navires battant pavillon de l'une des Parties contractantes bénéficieront dans les ports de ces parties, sur la base de la réciprocité, du régime le plus favorable dont bénéficient les navires nationaux qui assurent les transports internationaux ou, toujours sur la base de la réciprocité, du régime le plus favorable dont bénéficient les navires d'un Etat tiers, pour tout ce qui concerne l'entrée dans le port, le mouillage et la sortie du port, l'utilisation des installations portuaires pour le chargement et le déchargement des marchandises et l'embarquement et le débarquement des passagers ainsi que l'utilisation des services destinés à la navigation en mer[637].

2) Certaines clauses précisent que le régime en question sera « le plus favorable » des deux régimes suivants : celui des ressortissants de l'Etat concédant ou celui des ressortissants de la nation la plus favorisée. Voir par exemple l'article 38 du Traité d'amitié, de commerce et de navigation du 21 novembre 1957 entre la République fédérale d'Allemagne et l'Italie[638].

3) Dans un document analysant la compatibilité entre ces deux types de concessions, qu'elles soient consacrées par un ou plusieurs instruments, le Secrétariat de la CEE est parvenu à la conclusion ci-après :

> [...] Il ne semble [...] pas que le problème de compatibilité entre le régime général de la nation la plus favorisée et l'octroi du traitement national aux navires de commerce se présente en réalité. Lorsque ces deux régimes coexistent, la disposition relative au traitement national l'emporte, dans la mesure où il n'existe pas de concession plus favorable au profit d'un pays tiers. Dans ce dernier cas, c'est ce régime le plus favorable qui doit être accordé aux navires du pays bénéficiant à la fois du traitement national et de la clause de la nation la plus favorisée. La solution — certaine sur le plan des traités de commerce qui, comme celui entre la Norvège et l'URSS, comportent la clause du traitement national pour les navires de commerce à côté d'une clause générale de la nation la plus favorisée — s'imposerait également aussi bien dans le cas d'une convention multilatérale contenant les deux clauses que dans celui d'une convention multilatérale ne contenant que la clause générale de la nation la plus favorisée en présence de conventions bilatérales contenant la clause du traitement national sur tel ou tel point relatif au commerce ou à la navigation[639].

4) On suppose généralement que le traitement national est au moins égal ou supérieur au traitement de la nation étrangère la plus favorisée et que par conséquent le premier implique le second. Cette supposition a été explicitement énoncée dans un protocole faisant partie du Traité de commerce et de navigation entre le Royaume-Uni et la Turquie, signé le 1er mars 1930. On y lit :

> Il est entendu que partout où, dans le présent traité, il est fait mention du traitement national, cette mention implique le traitement de la nation étrangère la plus favorisée, étant donné qu'il est manifeste que, dans l'intention des Hautes Parties contractantes, le traitement national dans leurs territoires respectifs est au moins égal ou supérieur au traitement de la nation étrangère la plus favorisée[640].

Cette hypothèse est cependant réfutable. Il peut arriver que des étrangers bénéficient d'avantages qui ne sont pas reconnus aux ressortissants. Au cas où cela se produirait, le régime de la nation la plus favorisée serait plus avantageux que le traitement national. On trouve une clause expresse en ce sens dans le Traité d'amitié, de commerce et d'établissement réciproque conclu par le Royaume-Uni et la Suisse le 6 septembre 1855, dont l'article VIII stipule :

> Les deux Parties contractantes s'engagent à traiter les sujets et les citoyens respectifs, dans tout ce qui touche l'importation, l'entrepôt, le transit et l'exportation de tout article d'un commerce légal, sur le même pied que les sujets et les citoyens du pays, ou que les sujets et citoyens de la nation la plus favorisée, dans tous les cas où ces derniers jouiraient d'un avantage exceptionnel non accordé aux nationaux[641].

5) Selon un auteur français,

> [Le traitement national] est parfois concédé conjointement avec la clause de la nation la plus favorisée. C'est dans ce cas le traitement le plus favorable des deux qui s'applique, généralement le traitement national. Mais, exceptionnellement, le traitement de la nation la plus favorisée peut être plus avantageux que le traitement national. Il en est ainsi quand un Etat, pour développer sa production industrielle, accorde aux entreprises étrangères des exemptions fiscales et d'autres avantages supérieurs à ceux des entreprises nationales. Il serait donc tout à fait inexact de penser que la concession du traitement national englobe automatiquement le traitement de la nation la plus favorisée[642].

---

[636] B. Nolde, « La clause de la nation la plus favorisée et les tarifs préférentiels », *Recueil des cours... 1932-I*, Paris, Sirey, 1932, t. 39, p. 27.

[637] *Sbornik deistvouychtchikh dogovorov, soglacheny i konventsy, zaklyoutchennykh CCCR c inostrannymi gossoudarstvami*, vol. XXIX, *Deistvouchtchie dogovory, soglachenia i konventsii, vstpivchie v silou mejdou, I yanvarya i 31 dekabrya 1973 goda* (Traités, accords et conventions en vigueur entre l'URSS et des pays étrangers, vol. XXIX, Traités, accords et conventions entrés en vigueur entre le 1er janvier et le 31 décembre 1973), Moscou, Mejdounarodnye otnochenia, 1975, p. 364 et 365.

[638] K. Strupp, *Worterbuch des Völkerrechts*, 2e éd. [Schlochauer], Berlin, de Gruyter, 1961, vol. II, p. 500.

[639] E/ECE/270, Partie II, par. 42, al. *h*.

[640] SDN, *Recueil des Traités*, vol. CVIII, p. 457.

[641] G. F. de Martens, éd., *Nouveau Recueil général de traités*, Gottingue, Dieterich, 1858, t. XVI, partie I, p. 548.

[642] Sauvignon, *op. cit.*, p. 6.

6) Selon Schwarzenberger,

Le même traité peut aussi combiner deux régimes ou davantage pour mieux réaliser le même objectif ou des objectifs différents. Ainsi, grâce au cumul de la clause de la nation la plus favorisée et du traitement national, les ressortissants de l'autre partie contractante peuvent bénéficier d'un traitement plus favorable que celui qu'ils auraient obtenu si on leur avait reconnu le bénéfice de l'un ou l'autre régime, par exemple dans le cas de l'exemption des obligations militaires. Dans ce cas, l'intention des parties contractantes est généralement de combiner l'application de plusieurs régimes. Il existe donc une présomption en faveur de leur interprétation cumulative [643].

7) Il faut bien voir que le traitement de la nation la plus favorisée et le traitement national sont deux choses différentes. Le premier ne s'applique qu'à la condition qu'un certain avantage ait été accordé à un Etat tiers (et si tel n'est pas le cas le traitement est vide de sens). Le traitement national est un octroi direct, qui confère un avantage au bénéficiaire indépendamment du fait que le traitement a été accordé ou non à un Etat tiers. Il peut arriver, toutefois, que la promesse d'accorder le traitement de la nation la plus favorisée soit associée à l'octroi direct d'un autre avantage qui n'est pas le traitement national. Il se peut, par exemple, que l'Etat concédant s'engage à accorder à l'Etat bénéficiaire, à ses ressortissants, à ses navires, etc., un traitement déterminé qui n'est peut-être pas le même que le traitement dont jouissent ses propres ressortissants. L'article 17 prévoit aussi cette situation par l'emploi des mots « ou autre traitement ». Il énonce la règle générale selon laquelle, lorsqu'il est accordé à l'Etat bénéficiaire différents types de traitement concernant la même matière, cet Etat a le droit de se prévaloir du traitement qu'il préfère dans chaque cas particulier.

8) Il n'a pas échappé à la Commission qu'une situation dans laquelle l'Etat bénéficiaire peut se prévaloir, en vertu d'un ou de plusieurs traités ou autre engagements, de différents types de traitement concernant la même matière peut donner lieu à de grandes difficultés d'application. L'Etat bénéficiaire peut-il à son gré faire passer sa préférence d'un type de traitement à l'autre ? Peut-il demander un type de traitement pour l'un de ses sujets et un autre type de traitement pour un autre de ses sujets ? Par exemple, des compagnies de navigation de l'Etat bénéficiaire peuvent-elles demander des types de traitement différents pour leurs navires ? Les avantages peuvent-ils être cumulés ? La Commission sait que l'article 17 ne répond pas pleinement à ces questions. Elle n'a adopté cet article que provisoirement, et il devra faire ultérieurement l'objet d'un nouvel examen. En particulier, les mots « ou [un] autre traitement » ont été mis entre crochets pour indiquer que la Commission a l'intention de revenir sur la question de savoir s'il est approprié d'inclure dans l'article une référence à un traitement direct autre que le traitement national.

9) Un membre de la Commission a déclaré que, vu les difficultés en cause, il serait préférable de rédiger la règle sous forme de clause de sauvegarde. Il a proposé le texte ci-après :

Le fait que l'Etat concédant se soit engagé à accorder à l'Etat bénéficiaire le traitement national [ou tout autre traitement] concernant la même matière que celle sur laquelle porte la clause de la nation la plus favorisée ne porte pas atteinte au droit de l'Etat bénéficiaire à tout traitement en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée.

Toutefois, la Commission a décidé d'adopter provisoirement le texte de l'article 17 sous sa forme actuelle.

Article 18. — Commencement de la jouissance des droits découlant d'une clause de la nation la plus favorisée

1. Le droit de l'Etat bénéficiaire à un traitement en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée qui n'est pas soumise à une condition de réciprocité matérielle prend naissance au moment où le traitement correspondant est conféré par l'Etat concédant à un Etat tiers.

2. Le droit de l'Etat bénéficiaire à un traitement en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée qui est soumise à une condition de réciprocité matérielle prend naissance au moment de la communication par l'Etat bénéficiaire à l'Etat concédant de son consentement à conférer la réciprocité matérielle en ce qui concerne le traitement en question.

Commentaire

1) L'article 18 traite du moment où prend naissance le droit de l'Etat bénéficiaire au traitement de la nation la plus favorisée. Deux éléments doivent être présents pour que joue la clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée : *a*) une clause valide figurant dans un traité en vigueur, *b*) l'octroi d'avantages par l'Etat concédant à un Etat tiers. Un troisième élement est indispensable dans le cas d'une clause sous condition d'avantages réciproques : l'octroi de la réciprocité. Si l'un de ces éléments indispensables fait défaut, il n'y a pas de clause entrant en application ou produisant effet [644]. La date à laquelle la clause prend effet est celle à laquelle le dernier élément intervient (dans le cas d'une clause inconditionnelle, le second élément; dans celui d'une clause sous condition de réciprocité, le troisième). Quant au premier élément, il est tenu pour acquis que le traité est valable et en vigueur; c'est pouquoi il n'en est pas fait mention à l'article 18.

2) De toute évidence, la clause de la nation la plus favorisée — sauf dispositions contraires — ouvre droit aux avantages accordés à un Etat tiers aussi bien avant qu'après l'entrée en vigueur du traité contenant la clause. Les raisons de cette règle ont été expliquées de la manière suivante :

[...] le but de la clause étant d'égaliser la situation de l'Etat bénéficiaire avec celle des tiers, il y aurait mauvaise foi à limiter cette égalisation aux [...] situations juridiques futures. Une clause

[643] « The principles and standards of international economic law », *Recueil des cours... 1966-I*, Leyde, Sijthoff, 1967, t. 117, p. 69.

[644] Comme le dit Schwarzenberger, « En l'absence d'engagements à l'égard d'Etats tiers, la norme de la nation la plus favorisée est vide de sens [...] » (*International Law and Order* [*op. cit.*], p. 130).

pro futuro, de même qu'une clause tournée vers le passé, ne se conçoit qu'appuyée par une formulation non équivoque. A défaut, la clause doit étendre au bénéficiaire les avantages accordés aussi bien dans le passé que dans le futur [645].

3) Cette opinion est confirmée dans la pratique, comme en atteste l'affaire suivante. En vertu d'une législation spéciale en vigueur en Belgique, relative à la durée des baux, les ressortissants des pays qui étaient soit neutres soit alliés de la Belgique pendant la première guerre mondiale étaient susceptibles de jouir des avantages concédés par la loi, sous réserve de réciprocité. La demanderesse s'est plainte de ce que le privilège de la prolongation légale de son bail lui ait été refusé en raison de sa nationalité française et du fait que les ressortissants belges ne bénéficiaient pas en France du même traitement. Le tribunal a statué en faveur de la demanderesse. Aux termes de la convention franco-belge du 6 octobre 1927, les ressortissants des deux parties contractantes bénéficient du traitement de la nation la plus favorisée sur le territoire des deux parties pour toutes les questions relatives à la résidence et à l'établissement, de même qu'à l'exercice d'une activité commerciale et industrielle et à celui de professions libérales (art. 1er). Ce privilège a été étendu à la possession, l'acquisition et la location de biens meubles ou immeubles (art. 2). Le traité conclu entre la Belgique et l'Italie le 11 décembre 1882 a prévu, dans son article 3, que les ressortissants de chacune des parties contractantes jouiront pleinement et sur un plan d'égalité des droits civils sur le territoire de l'autre. Le tribunal a ainsi jugé :

[...] il s'ensuit donc que, par le jeu de la clause de la nation la plus favorisée, les Français sont en Belgique assimilés complètement aux Belges au point de vue de la jouissance des droits civils, et bénéficient de la loi sur les loyers;

[...] il importe peu que ces traités soient antérieurs ou postérieurs à la législation exceptionnelle des loyers; [...] le traité franco-belge du 6 octobre 1927 a été négocié par le Gouvernement belge en vue d'obtenir, pour ses nationaux établis en France, le bénéfice total des lois sur les loyers et sur la propriété commerciale; [...] les ressortissants des deux pays jouissent des mêmes droits [...];

...

[...] l'appelante, de nationalité française, est fondée à bénéficier de la prorogation légale en vertu du traité d'établissement du 6 octobre 1927 [646].

4) La question a également été posée et examinée de savoir si la prise d'effet de la clause de la nation la plus favorisée ne pouvait rétroactivement influer sur la position de l'Etat bénéficiaire, c'est-à-dire sur la position des personnes qui tiennent leurs droits de cet Etat.

Selon Level,

Il s'agit ici de savoir si la clause suivra le régime transitoire du traité auquel elle emprunte son contenu ou si elle obéira à un régime transitoire du traité qui porte traitement de la nation la plus favorisée. Dans ce dernier cas, les ressortissants de l'Etat bénéficiaire peuvent certes invoquer l'application des avantages antérieurement accordés à l'Etat favorisé, mais ce traitement ne prend effet qu'à la date d'entrée en vigueur du traité portant clause de la nation la plus favorisée [...]. Dans la première hypothèse, la clause *empruntant* également le régime transitoire du traité conclu avec l'Etat favorisé, les ressortissants de l'Etat bénéficiaire se trouvent exactement dans la même situation que ceux de l'Etat favorisé, de sorte qu'ils sont en droit de prétendre que les avantages allégués leur étaient applicables, antérieurement à la publication du traité contenant la clause, dès l'entrée en vigueur du traité conclu entre l'Etat favorisé et l'Etat concédant. Les ressortissants de l'Etat bénéficiaire seraient donc, dans ce dernier cas, en droit d'obtenir l'application rétroactive, par rapport à la date de publication du traité contenant la clause du traitement de la nation la plus favorisée.

La jurisprudence française a refusé de conférer à la clause un tel effet rétroactif. Les ressortissants de l'Etat bénéficiaire ne peuvent prétendre à l'application des avantages reconnus à l'Etat favorisé qu'à la date d'entrée en vigueur du traité contenant la clause. « La technique même de la clause n'appelle pas une assimilation rétroactive aux étrangers déjà favorisés. » [...] « S'il y a communication automatique des avantages existants, elle ne vaut que pour l'avenir. » [...] Bien entendu, conformément à la règle admise en droit transitoire, les Hautes Parties contractantes peuvent, par une stipulation expresse, prévoir l'application rétroactive de la clause. [...] La solution consacrée par la jurisprudence française est conforme à l'analyse de la nature de la clause telle qu'on a pu la dégager de la décision rendue par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de l'Anglo-Iranian. Le bénéfice des avantages au titre de la clause trouve sa source dans la clause elle-même et non dans le traité portant les dispositions substantielles dont l'application est réclamée. Si la clause permet d'intégrer les avantages reconnus aux ressortissants de l'Etat favorisé, elle ne rend pas rétroactivement l'Etat bénéficiaire partie au traité conclu entre l'Etat concédant et l'Etat favorisé [647].

5) Dans le même sens, Christian Gavalda écrit :

La clause ne supprime pas la diversification dans le passé des régimes juridiques divers organisés selon les pays. La règle « standard » qui veut que cesse au plut tôt une situation juridique internationale « inopportune » [...] ne prévaut pas contre le principe du droit des gens de la non-rétroactivité [...]. Il y a, pour reprendre l'expression de Scelle, « communication automatique » du régime le plus favorable, mais cette communication n'opère que pour l'avenir. Observons que le même raisonnement pourrait être transposé pour définir la portée dans le temps d'un traité comportant la *clause de réciprocité*. Le bénéfice reconnu sur cette base aux ressortissants d'un Etat donné ne remonte pas davantage à l'époque où nos nationaux jouissaient (en fait, en droit ou par traité) de ce droit à l'étranger [648].

Il semble que ce raisonnement soit correct, et il est conforme à la règle énoncée dans l'article.

6) Dans son ouvrage *The Law of Treaties*, McNair étudie la question de savoir « s'il faut et suffit qu'un Etat tiers acquière le droit de revendiquer un certain traitement pour qu'une clause de la nation la plus favorisée s'applique, ou si telle clause ne s'applique que lorsque l'Etat tiers revendique le bénéfice du traitement et commence effectivement à en jouir ». Il paraît indiqué de reproduire ici son raisonnement :

Supposons que la Grande-Bretagne a droit au traitement de la nation la plus favorisée en vertu d'un traité conclu avec l'Etat A, et que, par l'effet d'un traité conclu entre l'Etat A et l'Etat B, ce der-

[645] Sauvignon, *op. cit.*, p. 21, note 1. Dans le même sens, voir Basdevant, *loc. cit.*, p. 488.

[646] Trossy *c.* Dumortier, Belgique : Tribunal civil de Bruxelles (Chambre des appels de loyers, 31 mai 1928) [*Annuaire... 1973*, vol. II, p. 131, doc. A/CN.4/269, par. 31].

[647] *Loc. cit.*, p. 336 et 337.

[648] *Revue critique de droit international privé*, Paris, n° 3 (juill.-sept. 1961), p. 538 (note sur un arrêt de la Cour de cassation du 12 octobre 1960).

nier a ou se voit conférer le droit de réclamer à A, pour lui-même ou pour ses ressortissants, le bénéfice d'un certain traitement, tel que l'exemption de l'impôt sur le revenu ou l'inapplicabilité de mesures législatives concernant l'occupation de locaux à l'usage d'habitation, par exemple. A quel moment la Grande-Bretagne peut-elle prétendre obtenir de A le traitement dû à B ? Immédiatement, ou seulement après que B est parvenu à faire reconnaître le droit à bénéficier de ce traitement à lui conféré par le traité ? On peut répondre à cette question en se plaçant à deux points de vue. Selon le premier, la Grande-Bretagne n'est pas fondée à revendiquer le traitement tant qu'elle ne peut invoquer à l'appui de sa demande le fait que B ou les ressortissants de B bénéficient et jouissent effectivement dudit traitement. Selon cette conception, l'étendue des droits de la Grande-Bretagne dépend du degré de vigilance dont B fait preuve ou de l'importance que la matière revêt pour B; ainsi, il se peut qu'aucun ressortissant de B ne réside sur le territoire de A et n'y perçoive un revenu imposable. Selon le second point de vue, la clause de la nation la plus favorisée inscrite dans le traité avec la Grande-Bretagne confère, automatiquement et sans restriction, à cet Etat et à ses ressortissants tous les droits de même nature dont B et ses ressortissants peuvent disposer dès lors que le traité s'applique, sans que l'on ait à rechercher si B et ses ressortissants jouissent ou ne jouissent pas effectivement de ces droits, c'est-à-dire sans que l'on ait à rechercher si B les a revendiqués ou a négligé de les revendiquer ou n'a pas eu l'occasion de les revendiquer. Les juristes qui conseillent le Gouvernement du Royaume-Uni estiment que le second point de vue est le bon : bien que la situation varie nécessairement en fonction du contenu correctement interprété de la clause de la nation la plus favorisée qui donne naissance au droit, [...] on peut dire que, de manière générale, [...] le droit porte sur le traitement garanti à la nation la plus favorisée sans que l'on ait à rechercher s'il est effectivement revendiqué ou appliqué. Le Royaume-Uni a soutenu et réussi à imposer ce second point de vue [649].

Selon le même auteur, le Royaume-Uni a adopté une position semblable alors qu'il ne se trouvait pas dans la situation d'Etat bénéficiaire, mais dans celle d'Etat concédant.

La 11 avril 1906, à l'occasion d'un litige portant sur le droit pour des étrangers d'obtenir des brevets de pilotage britanniques, les juristes à qui l'on avait demandé si le droit que pouvaient revendiquer des ressortissants des pays dont il était question était un droit absolu par le jeu de la clause de la nation la plus favorisée ou si ce droit ne pouvait être invoqué qu'à condition que les ressortissants des Etats auxquels avait été accordé le traitement national aient déjà revendiqué et obtenu le privilège particulier en question ont déclaré que la réponse à cette question « dépendait nécessairement du contenu correctement interprété de la clause de la nation la plus favorisée particulière à propos de laquelle elle pouvait se poser; nous estimons cependant, de façon générale, que le droit porte sur le traitement auquel la nation la plus favorisée peut prétendre, sans que l'on ait à rechercher s'il a été effectivement revendiqué. Toutefois, le traitement effectivement accordé dans la pratique sera très largement fonction de l'interprétation du traité duquel il procède » [650].

Un autre auteur montre que cette opinion n'est pas propre à la seule pratique britannique :

En 1943, l'ambassade américaine à Santiago a considéré que la clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée qui figurait dans l'accord commercial liant les Etats-Unis et le Chili autorisait l'importation en franchise de droits de bois en grume « correspondant aux types énumérés dans les mémoires échangés par les Gouvernements péruvien et chilien [prévoyant le bénéfice de l'importation en franchise au Chili pour ces types de bois en grume importé du Pérou] et [qu'] il en [était] ainsi sans que l'on ait à rechercher si l'on [avait] importé au Chili, de quelque manière que ce soit, en provenance du Pérou ou de tout autre pays, les types de bois particuliers énumérés dans les mémoires ». On voit donc que la clause de la nation la plus favorisée était interprétée comme accordant les droits qu'un autre pays pouvait légitimement revendiquer pour ses produits sans que l'on ait à considérer si ledit pays avait effectivement bénéficié de ces droits pour des produits de ce type [651].

7) Selon l'article 18, il faut pour que la clause produise effet que des avantages soient accordés à l'Etat tiers. Ces avantages peuvent aussi bien être « accordés » par traité ou par tout autre type d'accord conclu entre l'Etat concédant et l'Etat tiers. L'effet est-il le même si les avantages ne sont pas conférés par un traité, mais par le droit interne de l'Etat concédant ? Selon McNair :

Cette question est souvent réglée sans la moindre ambiguïté par le texte même de la clause en question. C'est ainsi que l'on rencontre fréquemment une clause ainsi rédigée :

« Tout ressortissant de chacune des Hautes Parties contractantes pourra librement acquérir et détenir sur le territoire de l'autre tous types de biens [...] dont les lois de l'autre Haute Partie contractante autorisent l'acquisition et la détention par les ressortissants de tout pays étranger. »

En revanche, lorsque le traité se borne à prévoir que les ressortissants de A peuvent prétendre bénéficier de tous droits et privilèges que B peut « conférer » aux ressortissants de C, on peut être amené à se demander si la clause vise le fait de conférer par traité ou celui de conférer par tout autre moyen, quel qu'il soit. Pour le Royaume-Uni, la réponse à cette question est que la clause vise le fait de conférer des droits et privilèges, de quelque manière que ce soit [652].

8) Selon Nolde, « il est tout à fait indifférent que les faveurs accordées à ce *pays tiers quelconque* découlent de la législation interne de l'autre partie contractante ou des conventions que celle-ci passe avec un *pays tiers quelconque* [653] ». Plus loin, il qualifie cette règle « une règle depuis longtemps établie et absolument incontestable [654] ».

9) La résolution adoptée en 1936 par l'Institut de droit international est tout aussi explicite :

La clause de la nation la plus favorisée confère au bénéficiaire le régime accordé par l'autre partie contractante aux ressortissants, marchandises et navires de tout pays tiers en vertu de son droit interne aussi bien que de son droit conventionnel [655].

10) De toute évidence, la réponse à la question dont traitent les précédents paragraphes dépend de l'interprétation que reçoit une clause particulière. Le but de la règle que l'on propose est précisément d'aider à régler les cas dans lesquels la clause est rédigée de telle manière qu'on s'y réfère purement et simplement au traitement de la nation la plus favorisée, sans plus de précision sur son fonctionnement. On semble pouvoir présumer dans ces cas que l'intention des parties est de placer le bénéficiaire dans la même situation juridique que l'Etat tiers. C'est en se fondant sur cette idée et sur la thèse déjà

[649] McNair, *op. cit.*, p. 278 et 279.

[650] *Ibid.*, p. 279 et 280.

[651] Whiteman, *op. cit.*, p. 750.

[652] McNair, *op. cit.*, p. 280.

[653] Nolde, *loc. cit.*, p. 48.

[654] *Ibid.* Voir, dans le même sens, Sauvignon, *op. cit.*, p. 22.

[655] *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 188, doc. A/CN.4/213, annexe II.

adoptée par la Commission [656] — selon laquelle le bénéficiaire tire son droit du traité contenant la clause — que l'on propose la règle énoncée à l'article 18.

11) C'est pourquoi le *paragraphe 1* de l'article prévoit que le droit de l'Etat bénéficiaire au traitement dont jouit l'Etat tiers prend naissance au moment où ce traitement est conféré à l'Etat tiers par l'Etat concédant. Il faut entendre par là que si l'Etat tiers jouit déjà de ce traitement au moment de l'entrée en vigueur de la clause — c'est-à-dire du traité qui la contient —, l'Etat bénéficiaire a immédiatement droit au même traitement. Si toutefois le traitement en question est conféré à l'Etat tiers à une date ultérieure, c'est à cette date que le droit de l'Etat bénéficiaire prend naissance.

12) Dans le cas d'une clause de la nation la plus favorisée soumise à une condition de réciprocité matérielle, un troisième élément est indispensable pour que prenne naissance le droit de l'Etat bénéficiaire au traitement en question : l'Etat bénéficiaire ne pourra prétendre à ce droit qu'au moment où il aura fait savoir à l'Etat concédant qu'il est prêt à lui accorder la réciprocité matérielle en ce qui concerne le traitement en question. Sauf si les parties en conviennent autrement, c'est à ce moment que prend naissance le droit de l'Etat bénéficiaire à un traitement de faveur en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée soumise à une condition de réciprocité matérielle.

Article 19. — Extinction ou suspension de la jouissance des droits découlant d'une clause de la nation la plus favorisée

1. Le droit de l'Etat bénéficiaire à un traitement en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée prend fin ou est suspendu au moment où le traitement correspondant conféré par l'Etat concédant prend fin ou est suspendu.

2. Le droit de l'Etat bénéficiaire à un traitement en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée qui est soumise à une condition de réciprocité matérielle prend fin ou est suspendu également au moment où la fin ou la suspension de la réciprocité matérielle en question est communiquée par l'Etat bénéficiaire à l'Etat concédant.

Commentaire

1) Un trait particulier qui découle de la nature même de la clause est que le droit de l'Etat bénéficiaire — et donc l'application de la clause — prend fin lorsque l'Etat tiers perd sa position privilégiée. Celle-ci ayant disparu, le fait même qui est la base de l'entrée en vigueur de la clause n'existe plus et la clause cesse d'avoir effet [657].

2) C'est ainsi qu'en Finlande la Cour suprême administrative a, pour ce qui est de l'application de l'accord commercial conclu entre la Finlande et le Royaume-Uni, rendu le 12 mars 1943 un arrêt dans le sens qui suit :

Les droits applicables à certains produits en vertu de l'accord commercial conclu entre la Finlande et le Royaume-Uni devaient s'appliquer également aux produits importés d'Allemagne, conformément à la clause de la nation la plus favorisée en vigueur entre la Finlande et l'Allemagne. La Cour a décidé que, après que le Royaume-Uni eut déclaré la guerre à la Finlande, la clause de la nation la plus favorisée n'était plus applicable à l'Allemagne et, par conséquent, que les droits imposés aux marchandises en provenance de l'Allemagne devaient être traités de façon autonome et non plus par référence à l'accord commercial entre la Finlande et le Royaume-Uni [658].

3) Cette caractéristique de la clause de la nation la plus favorisée a été exposée par l'Institut de droit international dans sa résolution de 1936 de la manière suivante :

Les effets de la clause de la nation la plus favorisée ont leur durée limitée par celle des conventions avec les Etats tiers qui en ont déterminé l'application [659].

Au cours des débats relatifs à la codification du droit des traités, Jiménez de Aréchaga a proposé le projet de disposition suivant :

Lorsqu'il y a eu abrogation, par les parties à un traité, de dispositions conférant des droits ou privilèges, ou renonciation par elles à ces dispositions, un Etat tiers ne peut plus s'en prévaloir en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée [660].

Ces deux textes se limitent au cas où l'avantage accordé par l'Etat concédant à un tiers Etat a été stipulé dans un traité.

4) La volonté des parties peut naturellement, dans des circonstances particulières, modifier l'application de la clause. De telles circonstances particulières existaient dans l'*Affaire relative aux droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc*, dont les Etats-Unis ont saisi la CIJ [661]. La Cour a interprété la clause de la nation la plus favorisée contenue dans les traités conclus entre les Etats-Unis et le Maroc conformément à la nature et à l'objet généraux de la clause de la nation la plus favorisée.

Selon les propres termes de la Cour :

La seconde considération [des Etats-Unis] part de l'idée que les clauses de la nation la plus favorisée contenues dans les traités conclus avec des pays tels que le Maroc doivent être considérées comme une façon de formuler un texte à l'aide de références plutôt que comme un moyen d'établir et de maintenir l'égalité de traitement sans discrimination entre les divers pays intéressés. Selon cette manière de voir, les droits ou privilèges qu'un pays est fondé à invoquer par l'effet de la clause de la nation la plus favorisée et qui existaient à la date de l'entrée en vigueur de la clause seraient incorporés par référence d'une manière permanente, et la jouissance et l'exercice en seraient maintenus même après l'abrogation des dispositions conventionnelles dont ils découlent.

Entendue de l'une ou l'autre façon, cette thèse n'est pas compatible avec l'intention des parties aux traités dont il s'agit ici. C'est ce que montrent tout à la fois la rédaction des traités particuliers et l'objet général qui se dégage de l'examen des traités [...]. Ces

---

[656] Voir *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 226, doc. A/9010/Rev.1, chap. IV, sect. B, art. 7.

[657] Snyder, *op. cit.*, p. 37; M. Sibert, *Traité de droit international public*, Paris, Dalloz, 1951, vol. II, p. 255 et suiv.

[658] Application de l'accord commercial conclu entre la Finlande et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Finlande : Cour suprême administrative, 12 mars 1943. Voir *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 124, doc. A/CN.4/269, par. 13.

[659] *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 188, doc. A/CN.4/213, annexe II.

[660] *Annuaire... 1964*, vol. I, 752e séance, par. 1.

[661] *C.I.J. Recueil 1952*, p. 176.

traités montrent que les clauses de la nation la plus favorisée avaient pour objet d'établir et de maintenir en tout temps l'égalité fondamentale sans discrimination entre tous les pays intéressés [662].

Dans le même arrêt, la Cour a été d'avis que

Il n'est pas établi que les clauses de la nation la plus favorisée dans les traités avec le Maroc aient une autre signification ou un autre effet que dans les clauses semblables d'autres traités, ou soient régies par des règles de droit différentes. Lorsqu'il y a eu abrogation ou renonciation à l'égard de dispositions d'immunité fiscale contenues dans les traités entre le Maroc et les Etats tiers, on ne peut plus s'en prévaloir en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée [663].

5) Un exemple notable de changement des modalités générales d'application de la clause est fourni par l'Accord général du GATT. La disposition clef de l'accord est une clause générale de la nation la plus favorisée en ce qui concerne les tarifs douaniers et autres droits contenue au paragraphe 1 de l'article 1er [664].

L'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article II de l'Accord général prévoit cependant que

Chaque partie contractante accordera aux autres parties contractantes, en matière commerciale, un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui qui est prévu dans la partie appropriée de la liste correspondante annexée au présent Accord [665].

Selon Curzon :

On peut même maintenir que le paragraphe 1 de l'article II — relatif à l'accord de concessions — est d'une importance plus grande que la clause de la nation la plus favorisée elle-même [...]. Ce texte constitue un phénomène complètement nouveau dans le domaine de la législation commerciale internationale et un complément non négligeable de la clause de la nation la plus favorisée. Les « listes » sont les listes définitives de toutes les concessions faites par toutes les parties contractantes dans leurs négociations avec leurs partenaires commerciaux et de leurs taux maximaux. La différence entre cette disposition et la clause de la nation la plus favorisée est la protection que la première offre contre la hausse des tarifs des produits énumérés dans les listes. Tout en assurant le traitement de la nation la plus favorisée de manière inconditionnelle, la clause traditionnelle ne prévoit qu'une égalité de traitement à l'égard des changements tarifaires [666].

D'après Hawkins :

L'Accord général du GATT va, à cet égard, plus loin que le principe de la nation la plus favorisée. Chaque partie contractante accordant une concession est par là même obligée d'accorder la même concession à toutes les autres parties contractantes, qui y ont toutes droit directement. Ce mécanisme diffère de la procédure faisant dépendre la seconde concession de ce que l'accord conclu entre la partie qui accorde la concession initiale et la partie qui l'a négociée reste en vigueur [667].

6) Un auteur français fait de l'application de la clause le tableau suivant :

[...] la clause peut être présentée sous l'image d'un flotteur, qui permet à son possesseur de se maintenir au niveau le plus élevé des obligations acceptées envers les Etats étrangers par l'Etat concédant; s'il s'abaisse, le flotteur ne peut se transformer en ballon pour maintenir artificiellement le bénéficiaire de la clause au-dessus du niveau général des droits exercés par les autres Etats [668].

Dans le système du GATT, la disposition du paragraphe 1 de l'article II transforme en fait, ainsi qu'on l'a vu, le flotteur qu'est la clause en ballon (les concessions une fois accordées ne pouvant être ensuite retirées conformément à l'article XXVIII de l'Accord général qu'au moyen d'une procédure compliquée et difficile de consultations entre les parties contractantes). On estime cependant que le système particulier de l'Accord général constitue une exception à la règle générale de l'application de la clause, et que cette règle n'est aucunement affectée par l'application différente de la clause de la nation la plus favorisée dans le cadre du GATT résultant d'un acord particulier entre les parties contractantes.

7) En ce qui concerne l'extinction ou la suspension de l'application de la clause, il n'importe aucunement de savoir quelle est la cause qui a mis fin aux avantages accordés à des Etats tiers. La règle proposée pouvant être écartée, les parties à un traité contenant la clause peuvent convenir de poursuivre le traitement favorable qu'elles s'accordent mutuellement même après l'expiration des avantages accordés à un Etat tiers. Les parties au traité peuvent également maintenir leurs avantages réciproques sur la base d'arrangements particuliers. Ce cas est illustré par l'exemple historique suivant :

Le conflit italo-abyssin fournit un dernier exemple de maintien d'un avantage à l'égard d'un Etat bénéficiaire de la clause au-delà de la durée du traitement du tiers favorisé. Les sanctions contre l'Italie se traduisirent, de la part des Etats membres de la Société des Nations, par la dénonciation de leurs traités de commerce avec Rome. Normalement, les faveurs contenues dans ces traités devaient cesser, du même coup, de profiter aux pays tiers bénéficiaires de la clause. Ces faveurs leur furent toutefois maintenues sur la base de l'article 16, par. 3, du Pacte. On sait que, par cet article, les membres de la Société convenaient de se prêter un appui mutuel dans l'application des mesures économiques et financières prises à titre de sanction, « pour réduire au minimum les pertes et les inconvénients qui [pouvaient] en résulter » [669].

Suivant le même auteur,

L'article 49 de la Charte [des Nations Unies] (assistance mutuelle dans l'exécution des mesures arrêtées par le Conseil de sécurité) peut également justifier une demande en ce sens de la part d'un Etat bénéficiaire, éventuellement après que celui-ci a procédé à la consultation prévue par l'Article 50 [670].

8) Le *paragraphe 1* de l'article 19 s'applique à tous les types de clauses de la nation la plus favorisée, qu'elles soient ou non soumises à une condition de réciprocité matérielle. Il est clair que le droit de l'Etat bénéficiaire au traitement de faveur prend fin ou est suspendu au

---

[662] *Ibid.*, p. 191 et 192.

[663] *Ibid.*, p. 204 et 205.

[664] Voir GATT, *op. cit.*, p. 2. Texte reproduit dans *Annuaire... 1970*, vol. II, p. 236, doc. A/CN.4/228 et Add.1, par. 144.

[665] GATT, *op. cit.*, p. 3.

[666] G. Curzon, *Multilateral Commercial Diplomacy : The General Agreement on Tariffs and Trade and its Impact on National Commercial Policies and Techniques*, New York, Preaeger, 1966, p. 64.

[667] *Op. cit.*, p. 226, note 4 relative au chapitre VIII.

[668] C. Rossillion, « La clause de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice », *Journal du droit international*, Paris, 82e année, n° 1, janvier-mars 1955, p. 106.

[669] Sauvignon, *op. cit.*, p. 96 et 97.

[670] *Ibid.* Pour des détails sur le différend entre l'Ethiopie et l'Italie, voir SDN, *Journal officiel, Supplément spécial n° 145*, p. 26, et *Supplément spécial n° 150*, p. 11 et 12.

moment où le traitement correspondant conféré par l'Etat concédant prend fin ou est suspendu, selon le cas. Lorsque l'Etat concédant confère un traitement qui entre dans le champ d'application de la matière objet de la clause à plus d'un Etat tiers, il est entendu que le droit de l'Etat bénéficiaire au traitement de faveur prend fin ou est suspendu au moment où prend fin ou est suspendu le traitement correspondant conféré à tous les Etats tiers en cause.

9) Le *paragraphe 2* de l'article prévoit le cas d'une clause de la nation la plus favorisée soumise à une condition de réciprocité matérielle. Dans ce cas, le droit de l'Etat bénéficiaire aux avantages dont jouit l'Etat tiers prendra également fin ou sera suspendu au moment où l'Etat bénéficiaire cesse définitivement ou temporairement d'accorder la réciprocité matérielle. La communication qui en est faite au nom de l'Etat bénéficiaire aura pour effet de mettre fin à son propre droit ou de le suspendre, nonobstant le fait que l'Etat tiers continue à bénéficier du traitement de faveur en question.

10) Les dispositions de l'article 19 n'ont pas un caractère exhaustif. D'autres faits peuvent aussi mettre fin à la jouissance des droits de l'Etat bénéficiaire : expiration du délai prévu par la clause; accord de l'Etat concédant et de l'Etat bénéficiaire en ce qui concerne l'extinction; union de ces deux Etats. Certains membres de la Commission ont estimé que la cessation ou la suspension de la réciprocité matérielle sans communication pouvait également avoir pour conséquence l'extinction ou la suspension de la jouissance des droits de l'Etat bénéficiaire.

Article 20. — Exercice des droits découlant d'une clause de la nation la plus favorisée et respect des lois et règlements de l'Etat concédant

L'exercice des droits qui découlent d'une clause de la nation la plus favorisée pour l'Etat bénéficiaire ou des personnes et des biens se trouvant dans un rapport déterminé avec cet Etat est subordonné au respect des lois et règlements pertinents de l'Etat concédant. Toutefois, ces lois et règlements ne seront pas appliqués de telle manière que le traitement de l'Etat bénéficiaire et de personnes ou de biens se trouvant dans un rapport déterminé avec cet Etat soit moins favorable que celui d'un Etat tiers ou de personnes ou de biens se trouvant dans le même rapport avec cet Etat tiers.

Commentaire

1) Une clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée confère à l'Etat bénéficiaire l'exercice ou la jouissance des droits visés dans la clause sans contrepartie et sans aucune condition. Normalement, ces droits s'appliquent aux ressortissants, navires, produits, etc., de l'Etat bénéficiaire. L'expression « sans aucune condition » signifie dans ce contexte qu'un droit de l'Etat bénéficiaire (ou le droit dérivé de ses ressortissants, navires, produits, etc.) ne peut être rendu tributaire de la jouissance ou de l'exercice de ce droit par l'Etat concédant (ses ressortissants, ses navires, ses produits, etc.) sur le territoire de l'Etat bénéficiaire. L'élément d'inconditionnalité ne peut cependant pas être interprété largement comme dispensant l'Etat bénéficiaire (c'est-à-dire ses ressortissants, navires, produits, etc.) de l'obligation de respecter les lois et règlements internes de l'Etat concédant comme tout autre Etat (c'est-à-dire ses ressortissants, produits, etc.) serait tenu et contraint de s'y conformer.

2) L'affaire ci-après, sur laquelle la Cour de cassation française a statué récemment, illustre bien l'idée dont procède l'article 20. En application de l'article 1er du décret-loi du 12 novembre 1938, le demandeur, ressortissant italien, a été condamné au motif qu'il n'avait pas, en sa qualité d'étranger, obtenu la carte de commerçant étranger. Il a soutenu qu'il n'était pas tenu d'en posséder une, car, en vertu de la clause de la nation la plus favorisée contenue dans l'accord franco-italien du 17 mars 1946, il était en droit d'invoquer la convention franco-espagnole du 7 janvier 1862, qui a donné aux ressortissants espagnols le droit d'exercer une activité commerciale en France. Le Procureur de la République a soutenu que la convention franco-espagnole ne dispensait pas les ressortissants espagnols de l'obligation d'obtenir une carte d'identité de commerçant, et que, aux termes d'une lettre du Ministre français des affaires étrangères du 15 avril 1957, qui lie les tribunaux, les ressortissants étrangers autorisés à invoquer des traités leur accordant le droit de commercer en France étaient cependant tenus d'obtenir une carte de commerçant étranger. Le pourvoi a été rejeté. La Cour a déclaré :

> que l'arrêt, au vu de la lettre du 15 avril 1957 du Ministère des affaires étrangères, [...] constate que la jouissance du droit de faire le commerce en France, reconnu aux étrangers par des conventions internationales, ne dispense pas pour son exercice de remplir la condition nécessaire en même temps que suffisante d'être titulaire d'une carte d'identité de commerçant, qu'il en est notamment ainsi des Italiens en application de l'accord franco-italien du 17 mai 1946;
>
> [...] qu'en statuant ainsi, l'arrêt a justifié sa décision sans violer aucun des textes visés au moyen;
>
> [...] que si les conventions diplomatiques ne peuvent être interprétées que par les parties contractantes, cette interprétation est réservée pour la France au Gouvernement français, qui a seul qualité pour fixer le sens et la portée d'un acte diplomatique; que, d'autre part, l'accord franco-italien du 17 mai 1946 ayant prévu pour les ressortissants italiens le bénéfice de la clause de la nation la plus favorisée, la convention du 7 janvier 1862 passée entre la France et l'Espagne, dont le demandeur se réclame et qui est applicable aux Italiens pour l'exercice des professions commerciales, doit, suivant l'interprétation donnée par le Ministre des affaires étrangères, être entendue en ce sens que si la réglementation applicable aux étrangers ne saurait, sans enfreindre les dispositions de la convention, avoir pour objet et pour résultat de restreindre la jouissance des droits que la convention confère aux ressortissants espagnols, l'obligation pour un commerçant espagnol d'être détenteur d'une carte spéciale n'affecte pas la jouissance des droits qui lui sont reconnus par la convention, mais seulement les conditions d'exercice de ces droits, et que la possession d'une carte de commerçant, en ce qui concerne l'étranger assimilé au national, est par suite une condition nécessaire en même temps que suffisante pour l'admettre au régime applicable aux nationaux [...][671].

3) Parfois, la clause elle-même se réfère à la législation de l'Etat concédant et stipule expressément que les droits

---

[671] Affaire Corneli, France : Cour de cassation, 2 juillet 1958. Voir *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 141, doc. A/CN.4/269, par. 63.

en question doivent être exercés de manière « conforme au droit » de cet Etat. C'était le cas dans l'affaire résumée ci-après. Lors de son décès, le *de cujus* résidait dans l'Etat de New York. Il est décédé intestat. Il était ressortissant et sujet du Royaume d'Italie et tous ses parents résidaient en Italie. Il n'avait laissé aucun parent résidant dans l'Etat de New York et il a été affirmé, dans la demande, qu'il n'y avait pas de créanciers. Le Consul général du Royaume d'Italie a déposé une demande aux fins d'administrer les biens. L'« administrateur public », bien qu'il ait été dûment assigné, a fait défaut. Le demandeur a prétendu se voir reconnaître le droit d'administrer la succession sans verser de caution, et ce par préférence à l'administrateur public; il a fondé sa réclamation sur les dispositions du traité conclu en matière consulaire entre les Etats-Unis et l'Italie en 1878. L'ordonnance d'administration a été accordée. La Cour a déclaré :

Tout en admettant que, en vertu de la clause de la nation la plus favorisée contenue dans les dispositions du traité avec l'Italie en matière de droits, prérogatives, immunités et privilèges des consuls généraux, la disposition contenue dans le traité conclu avec la République argentine le 27 juillet 1853 [47] devient partie intégrante du traité avec l'Italie, je ne trouve rien dans cette disposition qui justifie la conclusion que l'on souhaite voir adopter. Un droit d'intervenir « conformément à la législation » de l'Etat de New York est quelque chose de très différent de celui qui permettrait d'écarter la législation de l'Etat et de priver le personnage auquel a été confiée l'administration des biens des personnes ici domiciliées qui ne laissent aucun proche parent dans le territoire de l'Etat du droit et du devoir d'administrer leurs avoirs. Et dès lors que, en vertu des lois de l'Etat, un administrateur est tenu de fournir une caution évaluée en fonction de la valeur de ces avoirs, aucune disposition du traité ne confère au consul, à cet égard, l'immunité qu'il pourrait obtenir en se contentant d'affirmer, en substance, qu'il n'a connaissance de l'existence d'aucune dette. [...] En conséquence, le demandeur pourra être nommé administrateur lorsqu'il aura fourni la garantie habituelle, et ce en application de notre droit local et parce que l'administrateur public a refusé d'agir.

[47] Article IX du Traité entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Argentine :

« Dans l'hypothèse où tout ressortissant de l'une des deux parties contractantes décédera intestat dans n'importe lequel des territoires de l'autre Etat, le consul général ou le consul de l'Etat auquel le défunt appartenait, ou le représentant de ce consul général ou de ce consul en son absence, auront le droit d'intervenir à propos de la possession de l'administration et de la liquidation judiciaire de la succession du défunt, conformément à la législation du pays, à l'avantage des créanciers et des héritiers légaux. »[672]

4) Il arrive aussi que l'obligation de respecter le droit interne de l'Etat concédant soit stipulée dans une disposition distincte du traité contenant la clause de la nation la plus favorisée. Ainsi, par exemple, l'Accord commercial à long terme du 23 juin 1962 entre l'Union soviétique et la République arabe unie comporte la disposition suivante (art. 6) :

L'échange de marchandises entre l'URSS et la RAU s'effectuera conformément aux dispositions du présent Accord ainsi qu'aux lois et règlements régissant les importations et les exportations dans les deux pays, sous réserve que ces lois et règlements s'appliquent à tous les pays [673].

5) La règle proposée à l'article 20 est formulée comme suit par un auteur allemand :

Les conditions attachées à l'octroi d'un type particulier de traitement plus favorable revendiqué en vertu de la clause de la nation la plus favorisée ne doivent pas être confondues avec la forme conditionnelle de la clause. Ce dont il s'agit ici, ce n'est pas du traitement réciproque au sens de la clause conditionnelle, mais des conditions à remplir pour pouvoir bénéficier de ce traitement plus favorable (p. ex. un certificat d'aptitude requis d'un étranger pour qu'il puisse exercer une profession, des certificats d'origine ou d'analyse comme preuve de l'origine et pour la classification douanière des marchandises). Ces conditions de fait doivent cependant avoir un lien objectif avec l'avantage accordé et ne doivent pas servir de prétexte à une discrimination cachée [674].

La dernière phrase de la citation met en lumière la nécessité de la bonne foi. Il va de soi que cette exigence n'est pas limitée à cette situation particulière.

6) Bien qu'il soit question dans les commentaires et les précédents de clauses inconditionnelles de la nation la plus favorisée, il semble aller de soi que la règle proposée s'applique également à des clauses de la nation la plus favorisée assorties de conditions d'avantages réciproques. La règle proposée reste donc libellée en termes généraux et n'établit pas de différenciation entre les deux types de clauses.

7) La règle proposée à l'article 20 présente une certaine analogie avec l'article 41 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques [675], l'article 55 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires [676], et l'article 47 de la Convention sur les missions spéciales [677]. Ses racines vont cependant plus loin, jusqu'au principe de la souveraineté et de l'égalité des Etats. Il va de soi que, au-delà des limites des privilèges octroyés par un Etat, ses lois et règlements doivent être généralement observés sur son territoire.

8) L'objet d'une clause de la nation la plus favorisée, à savoir la création d'une situation de non-discrimination entre l'Etat bénéficiaire et l'Etat concédant, peut être réduit à néant par une application discriminatoire des lois de l'Etat concédant. C'est pourquoi la Commission a conclu que la règle que renferme l'article 20 et qui énonce l'obligation de respecter les lois pertinentes de l'Etat concédant doit être assortie d'une disposition relative à l'application de ces lois. En conséquence, l'article 20 stipule que les lois de l'Etat concédant ne seront pas appliquées de telle manière que le traitement de l'Etat bénéficiaire et de toutes les personnes ou de tous les biens se trouvant dans un rapport déterminé avec cet Etat soit moins favorable que celui de l'Etat tiers ou des personnes ou des biens se trouvant dans le même rapport avec cet Etat tiers.

[672] Affaire de la succession de Logiorato, Etats-Unis d'Amérique : Etat de New York, Surrogate's Court du comté de New York, février 1901. Voir *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 151 et 152, doc. A/CN.4/269, par. 89.

[673] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 472, p. 75.

[674] G. Jaenicke, dans Strupp, *op. cit.*, p. 497. Voir ci-dessus l'affaire de la vache suisse (art. 11 et 12, par. 20 du commentaire).

[675] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 500, p. 121.

[676] *Ibid.*, vol. 596, p. 309 et 311.

[677] Résolution 2530 (XXIV) de l'Assemblée générale, annexe.

Article 21. — Les clauses de la nation la plus favorisée et le traitement conféré dans le cadre d'un système généralisé de préférences [678]

Un Etat bénéficiaire n'a pas droit, en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée, au traitement conféré par un Etat concédant développé à un Etat tiers en voie de développement, sur la base de la non-réciprocité, dans le cadre d'un système généralisé de préférences établi par ledit Etat concédant.

Commentaire

1) Comme il est indiqué dans l'introduction au présent chapitre [679], la Commission, dès les premiers stades de ses travaux, a pris conscience du problème que l'application de la clause de la nation la plus favorisée pose dans le domaine des relations économiques des lors que le monde comprend des Etats dont le développement présente une inégalité frappante. Le huitième principe général de la recommandation A.I.1 de la première session de la CNUCED a été cité en partie. Ce principe a été adopté en 1964, à la suite d'un vote par appel nominal, par 78 voix contre 11, avec 23 abstentions.

2) Le secrétariat de la CNUCED a expliqué le sens du huitième principe général comme suit.

Il ressort clairement du huitième principe général que les conceptions fondamentales de la CNUCED partent de l'hypothèse que les besoins commerciaux d'une économie en voie de développement diffèrent considérablement de ceux d'une économie développée. En conséquence, les deux types d'économie ne devraient pas être soumis aux mêmes règles dans leurs relations commerciales internationales. L'application de la clause de la nation la plus favorisée à tous les pays indépendamment de leur niveau de développement répondrait aux exigences d'une égalité formelle, mais comporterait, en fait, une discrimination implicite à l'égard des membres les plus faibles de la communauté internationale. Cela ne signifie pas qu'il faille rejeter définitivement la clause de la nation la plus favorisée. Dans la première phase du huitième principe général, il est dit que « les échanges internationaux devraient se faire dans l'intérêt réciproque des coéchangistes, sur la base du traitement de la nation la plus favorisée [...] ». La reconnaissance des besoins des pays en voie de développement en matière de commerce et de développement exige que, durant un certain temps, la clause de la nation la plus favorisée ne s'applique pas à certains types de relations commerciales internationales **.

** Aux termes d'un rapport intitulé « Les pays en voie de développement au GATT » et présenté à la première session de la Conférence :

« Nul ne nie qu'une règle de droit en matière de commerce international s'impose. Mais il s'agit de savoir quelle doit en être la teneur. Doit-il s'agir d'une règle postulant que le monde est essentiellement homogène, composé de pays de force égale et ayant atteint le même degré de développement économique, c'est-à-dire d'une règle fondée sur le principe de la réciprocité et de la [non-] discrimination ? Ou bien doit-il s'agir d'une règle qui reconnaisse la disparité des niveaux de développement économique et la diversité des régimes économiques et sociaux ? »[680]

3) Ce qui intéresse au premier chef les pays en voie de développement, ce sont évidemment les préférences qui leur sont accordées par les pays développés. Dès le départ, la CNUCED a eu pour objectif principal d'instaurer un système généralisé de préférences, sans réciprocité ni discrimination. Les principes essentiels de la CNUCED dans ce domaine sont exposés comme suit dans un mémorandum de la CNUCED :

Dans les relations entre pays développés et pays en voie de développement, la clause de la nation la plus favorisée fait l'objet d'importantes réserves. Celles-ci découlent du principe d'un système généralisé de préférences, sans réciprocité ni discrimination. Les pays développés à économie de marché doivent accorder sur leurs marchés un traitement préférentiel aux exportations de produits manufacturés et d'articles semi-finis provenant des pays en voie de développement. Ce traitement préférentiel devrait être accordé uniquement aux fournisseurs de ces produits qui sont des pays en voie de développement. De plus, les pays en voie de développement ne seront pas tenus d'accorder en retour des concessions aux pays développés.

La nécessité d'un système préférentiel en faveur de tous les pays en voie de développement est mentionnée dans un certain nombre de recommandations adoptées par la Conférence de la CNUCED à sa première session. Selon le huitième principe général, « les pays développés devraient accorder des concessions à tous les pays en voie de développement [...] et, lorsqu'ils leurs accordent ces concessions ou d'autres, ne pas exiger de ces pays la réciprocité [681] ». Dans sa recommandation A.III.5, la Conférence a recommandé :

« que le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies prenne toutes dispositions utiles pour constituer le plus tôt possible un comité composé de représentants officiels [...] afin de mettre au point la meilleure méthode possible d'application de ces préférences, sans réciprocité de la part des pays en voie de développement [682] ».

A la deuxième session de la Conférence, le principe de l'octroi d'un traitement préférentiel aux exportations de produits manufacturés et d'articles semi-finis provenant des pays en voie de développement a été accepté à l'unanimité. Aux termes de la résolution 21 (II), la Conférence

« 1. *Reconnaît* que les objectifs du système généralisé de préférences, sans réciprocité ni discrimination, en faveur des pays en voie de développement, y compris des mesures spéciales en faveur des pays en voie de développement les moins avancés, doivent être :

« *a*) D'augmenter leurs recettes d'exportation;

« *b*) De favoriser leur industrialisation;

« *c*) D'accélérer le rythme de leur croissance économique;

« 2. *Crée* à cet effet le Comité spécial des préférences, en tant qu'organisme subsidiaire du Conseil du commerce et du développement, afin de permettre à tous les pays intéressés de participer aux consultations nécessaires [...];

« ...

« 4. *Demande* que [...] le but [soit] de régler les détails des arrangements dans le courant de l'année 1969, afin qu'il soit possible de chercher à obtenir les autorisations législatives et les dérogations requises dans l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce aussitôt que possible après;

« 5. *Note* que de nombreux pays ont exprimé l'espoir que les arrangements pourront entrer en vigueur au début de 1970 [683]. »

[678] La Commission a adopté provisoirement le texte de l'article 21 sous réserve d'un plus ample examen et d'améliorations éventuelles en première lecture à la session suivante.

[679] Voir ci-dessus par. 113 et 114.

[680] Voir *Annuaire... 1970*, vol. II, p. 247, doc. A/CN.4/228 et Add.1, par. 188.

[681] Voir *Actes de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement*, vol. I, *Acte final et rapport* (publication des Nations Unies, numéro de vente : 64.II.B.11), p. 22.

[682] *Ibid.*, p. 44.

[683] *Ibid., deuxième session*, vol. I [et Corr.1 et 5 et Add.1 et 2], *Rapport et annexes* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.68.II.D.14), p. 41.

Nous ne pouvons développer ici les raisons et les considérations sur lesquelles la CNUCED fonde sa position en ce qui concerne la question des préférences. En raison de la lenteur de l'expansion des exportations de produits primaires et des limitations qu'impose une industrialisation tournée vers l'intérieur, la croissance économique des pays en voie de développement dépend dans une large mesure de la création d'industries orientées vers l'exportation. Il est clair, toutefois, que les pays en voie de développement ne peuvent prendre pied sur les marchés fortement concurrentiels des pays développés que s'ils bénéficient, pendant un certain temps, de conditions d'accès préférentielles. Les arguments qui justifient ce traitement préférentiel sont analogues à ceux qui valent pour l'industrie à ses débuts. On admet depuis longtemps que, pendant les premiers stades de l'industrialisation, les producteurs nationaux doivent disposer d'un marché intérieur protégé contre la concurrence des producteurs étrangers. Cette protection leur est assurée grâce à celle dont jouissent les industries naissantes sur le marché intérieur. On pourrait faire valoir de même que la promotion des industries orientées vers l'exportation exige un marché d'exportation protégé. La création de conditions d'accès préférentielles en faveur des pays fournisseurs en voir de développement répond à ce besoin. Le traitement préférentiel des exportations de produits manufacturés et d'articles semi-finis doit durer jusqu'à ce qu'il soit reconnu que les fournisseurs en voie de développement sont devenus concurrentiels sur le marché mondial. A ce stade, les conditions d'accès aux marchés des pays développés seront de nouveau régies par la clause de la nation la plus favorisée.

La CNUCED préconise un système général de préférences sans réciprocité dont bénéficieraient *tous* les pays en voie de développement, mais elle n'est pas en faveur des préférences dites spéciales ou « verticales ». Il s'agit des arrangements préférentiels en vigueur entre *certains* pays en voie de développement et *certains* pays développés. L'arrangement qui existe entre la Communauté économique européenne et dix-huit pays africains, dont la plupart sont d'anciennes colonies françaises, en est un exemple typique. Tel est aussi le cas de l'arrangement préférentiel entre le Royaume-Uni et les pays en voie de développement du Commonwealth. Ces arrangements diffèrent du système général de préférences sous deux rapports importants :

a) Ils impliquent une discrimination qui favorise certains pays en voie de développement à l'exclusion de tous les autres. Par conséquent, les pays tiers en voie de développement risquent de subir un préjudice.

b) Ils sont réciproques. Ainsi, les pays africains associés bénéficient de conditions d'accès préférentielles au Marché commun, et en échange les pays du Marché commun bénéficient d'un accès préférentiel aux marchés des pays associés. Sauf quelques exceptions, les rapports entre le Royaume-Uni et les pays du Commonwealth sont aussi caractérisés par la réciprocité.

Comme il a déjà été mentionné, ces arrangements préférentiels spéciaux étaient autorisés par les dispositions de l'article 1er de l'Accord général en tant que dérogations à la clause de la nation la plus favorisée. Selon les recommandations de la CNUCED, ces arrangements préférentiels doivent être supprimés progressivement, à mesure que des avantages équivalents seront assurés aux pays en voie de développement qui en bénéficient.

Le huitième principe général précise que :

« Les préférences spéciales dont certains pays en voie de développement bénéficient actuellement dans leurs échanges avec certains pays développés devraient être considérées comme transitoires et sujettes à réduction progressive. Ces préférences devraient être supprimées au fur et à mesure qu'entreront en vigueur des mesures internationales efficaces garantissant des avantages au moins équivalents aux pays intéressés [684]. »

La recommandation A.II.1 revient sur cette question :

« Les arrangements préférentiels entre pays développés et pays en voie de développement qui se traduisent par une discrimination à l'encontre d'autres pays en voie de développement et qui sont indispensables au maintien et à l'accroissement des recettes d'exportation et au progrès économique des pays peu développés qui en bénéficient actuellement devraient être supprimés au fur et à mesure que seront effectivement appliquées des mesures internationales assurant à ces pays des avantages au moins équivalents. Ces mesures internationales devraient être prises graduellement et de telle sorte qu'elles entrent en application avant la fin de la Décennie des Nations Unies pour le développement [685]. »

Le point de vue de la CNUCED sur la question des préférences spéciales repose sur diverses considérations. On estime que l'existence de ces arrangements préférentiels est susceptible d'entraver l'établissement d'une économie mondiale entièrement intégrée. La situation privilégiée de certains pays en voie de développement sur les marchés de certains pays développés pourrait pousser les pays tiers en voie de développement à tenter d'obtenir des privilèges exclusifs analogues, dans les mêmes pays développés ou dans d'autres. L'expérience de la dernière décennie le prouve amplement. La Convention de Yaoundé de 1963, qui prévoit des arrangements préférentiels entre la Communauté économique européenne et les dix-huit pays africains, a incité beaucoup d'autres pays africains (par exemple le Nigéria, le Kenya, l'Ouganda, la Tanzanie) à rechercher une association analogue avec la Communauté européenne. D'autre part, il semble qus les pays d'Amérique latine s'orientent de plus en plus nettement vers l'idée que, pour neutraliser toute discrimination à leur égard dans le Marché commun, ils devraient peut-être s'assurer un traitement préférentiel sur le marché des Etats-Unis d'Amérique, d'où seraient exclus les pays africains associés. Une telle prolifération d'arrangements préférentiels spéciaux entre groupes de pays pourrait aboutir à une division de l'économie mondiale en blocs économiques rivaux.

Outre le danger de prolifération, les préférences spéciales comportent, comme on l'a vu, la réciprocité de traitement. Il s'ensuit que certains pays développés bénéficient d'un accès préférentiel aux marchés de certains pays en voie de développement. Là encore, l'existence de préférences dites inverses peut devenir une incitation de plus à multiplier les arrangements commerciaux verticaux

C'est en raison de ces considérations que la CNUCED a recommandé la suppression progressive des préférences spéciales. Il est reconnu toutefois que l'accès préférentiel est indispensable au maintien et à l'accroissement des recettes d'exportation de certains pays. Aussi a-t-il été décidé que l'élimination progressive des préférences spéciales serait subordonnée à l'application de mesures internationales assurant des avantages au moins équivalents aux pays en voie de développement qui bénéficient desdites préférences [686].

4) Dans le domaine des préférences, un accord de compromis a été accepté à l'unanimité à la deuxième session de la CNUCED, en 1968, et formulé dans la résolution 21 (II). Cette résolution a préconisé l'introduction d'un système généralisé de préférences sans réciprocité ni discrimination et a envisagé la nécessité d'éliminer progressivement les préférences spéciales.

5) Le Comité spécial des préférences créé par la résolution 21 (II) en tant qu'organe subsidiaire du Conseil du commerce et du développement est parvenu à des « conclusions concertées » sur un système généralisé de préférences, et ces conclusions ont été annexées à la décision 75 (S-IV) adoptée par le Conseil du commerce et du développement à sa quatrième session extra-

[684] *Ibid.* [première session], vol. I, *Acte final et rapport* (publication des Nations Unies, numéro de vente : 64.II.B.11), p. 22.

[685] *Ibid.*, p. 33.

[686] CNUCED, Research memorandum No. 33/Rev.1, par. 19 à 27.

ordinaire, tenue à Genève les 12 et 13 octobre 1970[687]. Des extraits de ce très important document sont reproduits ci-après.

I

Le Comité spécial des préférences

1. *Rappelle* que la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, dans sa résolution 21 (II), du 26 mars 1968, a reconnu qu'un accord unanime s'était fait sur l'instauration, à une date rapprochée, d'un système mutuellement acceptable et généralisé de préférences, sans réciprocité ni discrimination, qui serait avantageux pour les pays en voie de développement.

2. *Rappelle en outre* l'accord réalisé selon lequel les objectifs du système généralisé de préférences, sans réciprocité ni discrimination, en faveur des pays en voie de développement, y compris des mesures spéciales en faveur des pays en voie de développement les moins avancés, doivent être : *a*) d'augmenter leurs recettes d'exportation; *b*) de favoriser leur industrialisation; *c*) d'accélérer le rythme de leur croissance économique.

...

9. *Reconnaît* que ces arrangements préférentiels sont mutuellement acceptables et représentent un effort coopératif, issu des consultations détaillées et intensives qui ont eu lieu à la CNUCED entre les pays développés et les pays en voie de développement; cette coopération continuera à se manifester par les consultations qui se dérouleront à l'avenir à l'occasion des examens périodiques du système et de son fonctionnement.

10. *Note* que les pays donneurs éventuels sont résolus à chercher à obtenir, aussi rapidement que possible, les autorisations législatives et autres nécessaires afin de mettre les arrangements préférentiels en œuvre le plus tôt possible en 1971.

...

II. — Préférences inverses et préférences spéciales

1. Le Comité spécial note que, conformément à la résolution 21 (II) de la Conférence, il y a accord sur l'objectif selon lequel tous les pays en voie de développement devraient en principe participer dès le début en qualité de pays bénéficiaires. Il note également que la réalisation de cet objectif, en relation avec la question des préférences inverses qui reste à résoudre, nécessitera de nouvelles consultations entre les parties directement intéressées. Ces consultations devraient se poursuivre de toute urgence en vue de trouver des solutions avant que les schémas ne soient appliqués. Le Secrétaire général de la CNUCED prêtera son concours à ces consultations avec l'accord des gouvernements intéressés.

...

III. — Mécanismes de sauvegarde

1. Les différents schémas de préférences proposés prévoient tous certains mécanismes de sauvegarde (par exemple une formule de limitation *a priori* ou des mesures du type « clause échappatoire »), de façon à conserver aux pays donneurs un certain contrôle sur les échanges que les nouveaux avantages tarifaires pourraient engendrer. Les pays donneurs se réservent le droit d'apporter des modifications aux modalités d'application de leurs mesures ou à leur portée, notamment celui de limiter ou de retirer entièrement ou partiellement certains des avantages tarifaires accordés, au cas où ils le jugeraient nécessaire. Les pays donneurs déclarent cependant que de telles mesures conserveraient un caractère exceptionnel et ne seraient décidées qu'une fois dûment pris en considération, dans la mesure où leur législation le leur permet, les objectifs du système généralisé de préférences et les intérêts généraux des pays en voie de développement, notamment des moins avancés d'entre eux.

...

IV. — Bénéficiaires

1. Le Comité spécial a pris note des communications individuelles des pays donneurs à ce sujet et de la position commune des pays membres de l'Organisation de coopération et de développement économiques, telle qu'elle est énoncée au paragraphe 13 de l'introduction à la documentation de fond contenant les communications préliminaires des pays développés en ces termes, à savoir :

« En ce qui concerne les bénéficiaires, les pays donneurs se détermineraient en général en fonction du principe de l'autoélection. Au sujet de ce principe, il faudrait se référer aux paragraphes pertinents du document TD/56, c'est-à-dire à la section A de la partie I. »

...

V. — Mesures spéciales en faveur des pays en voie de développement les moins avancés

1. En appliquant la résolution 21 (II) de la Conférence, et ainsi qu'elle le prescrit, il convient de reconnaître qu'il est tout particulièrement nécessaire d'améliorer la situation économique des pays en voie de développement les moins avancés. Il importe que ces pays bénéficient dans toute la mesure possible du système généralisé de préférences. A cet égard, il faudra avoir présentes à l'esprit les dispositions de la résolution 24 (II) de la Conférence, adoptée le 26 mars 1968.

2. Les pays donneurs envisageront, autant que possible, cas par cas, la possibilité d'inclure dans le système généralisé de préférences des produits dont l'exportation présente un intérêt surtout pour les pays en voie de développement les moins avancés et, le cas échéant, d'accorder des réductions tarifaires plus fortes pour ces produits.

...

VI. — Durée

La durée initiale du système généralisé de préférences sera fixée à dix ans. Un examen approfondi aura lieu quelque temps avant la fin de la période de dix ans pour déterminer, compte tenu des objectifs de la résolution 21 (II) de la Conférence, s'il convient de maintenir le système de préférences au-delà de cette période.

VII. — Règles d'origine

...

VIII. — Dispositions institutionnelles

1. Le Comité spécial des préférences est d'avis qu'il devrait y avoir au sein de la CNUCED un dispositif approprié qui s'occuperait des questions concernant la suite donnée à la résolution 21(II) de la Conférence, compte tenu de la résolution 24 (II) de la Conférence. Le mandat de [l'organe approprié de la CNUCED] devrait être le suivant :

a) Passer en revue :

i) Les effets du système généralisé de préférences sur les exportations et les recettes d'exportation, sur l'industrialisation et le taux de croissance économique des pays bénéficiaires, y compris les pays en voie de développement les moins avancés, et, ce faisant, examiner, entre autres questions, celles qui ont trait aux produits couverts, aux listes d'exceptions, à l'ampleur des réductions, au fonctionnement des mécanismes de sauvegarde (y compris les plafonds et les clauses échappatoires) et aux règles d'origine;

...

[687] *Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-cinquième session, Supplément n° 15* (A/8015/Rev.1), p. 295 et suiv., troisième partie, annexe I.

IX. — STATUT JURIDIQUE

1. Le Comité spécial reconnaît qu'aucun pays ne se propose d'invoquer son droit au traitement de la nation la plus favorisée en vue d'obtenir, en totalité ou en partie, le traitement préférentiel accordé aux pays en voie de développement conformément à la résolution 21 (II) de la Conférence, et que les parties contractantes à l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce ont l'intention de chercher à obtenir aussitôt que possible la dérogation ou les dérogations nécessaires.

2. Le Comité spécial prend note de la déclaration faite par les pays donneurs à l'effet que le statut juridique des préférences tarifaires que chaque pays donneur accordera individuellement aux pays bénéficiaires sera régi par les considérations suivantes :

a) Les préférences tarifaires seront de caractère temporaire;

b) Leur octroi ne constituera pas un engagement contraignant et, en particulier, il n'empêchera en aucune manière :

i) De les retirer ultérieurement en tout ou en partie; ni

ii) De réduire par la suite les droits de douane accordés sur la base du traitement de la nation la plus favorisée, soit unilatéralement, soit à la suite de négociations tarifaires internationales;

c) Leur octroi sera subordonné à la dérogation ou aux dérogations nécessaires par rapport aux obligations internationales existantes, en particulier à celles qui découlent de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce.

6) L'Assemblée générale a pris note de l'accord unanime réalisé au sein du Comité spécial des préférences en faisant figurer le passage ci-dessous dans la Stratégie internationale du développement pour la deuxième Décennie des Nations Unies pour le développement, adoptée par sa résolution 2626 (XXV) :

32) Des arrangements concernant l'institution d'un traitement préférentiel généralisé, sans réciprocité ni discrimination, en faveur des exportations des pays en voie de développement sur les marchés des pays développés ont été élaborés à la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement et jugés mutuellement acceptables par les pays développés et les pays en voie de développement. Les pays qui accorderont des préférences sont résolus à chercher à obtenir le plus rapidement possible les autorisations législatives et autres nécessaires afin de mettre les arrangements préférentiels en œuvre le plus tôt possible en 1971. Les efforts en vue d'améliorer encore ces arrangements préférentiels se poursuivront dans une perspective dynamique eu égard aux objectifs de la résolution 21 (II), adoptée le 26 mars 1968 par la Conférence à sa deuxième session.

L'évolution au sein du GATT

7) Dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial figurait une brève analyse de la nouvelle partie IV de l'Accord général du GATT, qui a été ajoutée en 1966 au texte initial dans le but de répondre aux besoins commerciaux des pays en voie de développement[688]. Il n'a pas fallu longtemps pour s'apercevoir que les dispositions de cette partie IV étaient insuffisantes. Sur la base de l'accord réalisé à la deuxième session de la Conférence de la CNUCED et au sein du Comité spécial des préférences, les gouvernements membres du GATT ont décidé d'autoriser les pays membres développés à adopter des tarifs généralisés non discriminatoires et préférentiels en faveur de produits originaires de pays en voie de développement.

Cette autorisation prend la forme d'une dérogation en vertu des termes de l'article XXV de l'Accord général. Le texte complet de cette dérogation est le suivant :

Les PARTIES CONTRACTANTES à l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce,

Reconnaissant que l'un des principaux objectifs des PARTIES CONTRACTANTES est de promouvoir le commerce et les recettes d'exportation des pays en voie de développement en vue de stimuler leur développement économique;

Reconnaissant en outre qu'une action individuelle et collective est indispensable pour favoriser le développement des économies des pays en voie de développement;

Rappelant qu'à la deuxième session de la CNUCED un accord unanime s'est fait sur l'instauration, à une date rapprochée, d'un système mutuellement acceptable et généralisé de préférences, sans réciprocité ni discrimination, qui serait avantageux pour les pays en voie de développement afin d'augmenter les recettes d'exportation, de favoriser l'industrialisation et d'accélérer le rythme de la croissance économique de ces pays;

Considérant que des arrangements mutuellement acceptables concernant l'établissement d'un traitement tarifaire préférentiel généralisé, sans discrimination ni réciprocité, sur les marchés des pays développés en faveur de produits originaires de pays en voie de développement ont été élaborés à la CNUCED;

Notant la déclaration des parties contractantes développées aux termes de laquelle l'octroi de préférences tarifaires ne constitue pas un engagement contraignant et que ces préférences sont de caractère temporaire;

Reconnaissant pleinement que les arrangements préférentiels envisagés ne font pas obstacle à l'abaissement des droits de douane sur la base du traitement de la nation la plus favorisée;

Décident ce qui suit :

a) Sans préjudice des dispositions de tout autre article de l'Accord général, il sera dérogé pour une période de dix ans aux dispositions de l'article premier dans la mesure nécessaire pour permettre aux parties contractantes développées d'accorder, selon les procédures énoncées ci-après, un traitement tarifaire préférentiel à des produits originaires de pays et territoires en voie de développement à l'effet d'étendre à ces pays et territoires en général le traitement tarifaire préférentiel mentionné dans le préambule de la présente Décision, sans accorder ledit traitement aux produits similaires originaires d'autres parties contractantes.

Etant entendu que tout arrangement tarifaire préférentiel ainsi conçu aura pour objet de faciliter le commerce en provenance des pays et territoires en voie de développement et non de dresser des obstacles au commerce d'autres parties contractantes;

b) En évitant que leur travail fasse double emploi avec celui d'autres organisations internationales, elles soumettront à un examen régulier l'application de la présente Décision et décideront, avant son expiration et à la lumière des considérations indiquées dans le préambule, s'il convient de renouveler la présente Décision et, dans l'affirmative, quelles en seraient les conditions;

c) Toute partie contractante qui instituera un arrangement tarifaire préférentiel aux termes de la présente Décision, ou qui modifiera par la suite un tel arrangement, adressera une notification aux PARTIES CONTRACTANTES et leur communiquera tous renseignements utiles concernant les mesures prises au titre de la présente Décision;

d) Ladite partie contractante se prêtera à des consultations à la demande d'une autre partie contractante qui considérerait qu'un avantage résultant pour elle de l'Accord général risque d'être ou est indûment compromis du fait de l'arrangement préférentiel;

[688] Voir *Annuaire... 1970*, vol. II, p. 248 et 249, doc. A/CN.4/228 et Add.1, par. 192.

e) Toute partie contractante qui considérerait que l'arrangement ou l'extension ultérieure de sa portée n'est pas compatible avec la présente Décision, ou qu'un avantage résultant pour elle de l'Accord général risque d'être ou est indûment compromis par suite dudit arrangement ou de l'extension ultérieure de sa portée, et que les consultations n'ont pas été satisfaisantes, pourra soumettre la question aux PARTIES CONTRACTANTES, qui l'examineront sans tarder et formuleront les recommandations qu'elles jugeront appropriées [689].

Fonctionnement du système de préférences généralisées

8) L'Union soviétique a été le premier pays à adopter, dès 1965, un système unilatéral de franchise en faveur des importations en provenance de pays en voie de développement. Ce traitement s'applique à tous les produits. Il n'est assorti d'aucune condition touchant la durée ou la réimposition des droits. Ainsi que le représentant de l'URSS au Comité spécial des préférences l'a exposé, son pays, indépendamment des préférences tarifaires qu'il accordait, continuerait d'appliquer d'autres mesures destinées à accroître ses importations en provenance de pays en voie de développement selon les modalités esquissées dans la Déclaration commune des délégations des pays socialistes d'Europe orientale [690].

9) L'Australie a suivi cet exemple en 1966, en adoptant un système unilatéral plus rectrictif, et la Hongrie a annoncé le sien en 1968. Conformément à ce dernier système — tel qu'il a été élargi et amélioré en 1971 et 1974 —, la liste des produits bénéficiant d'un traitement préférentiel en Hongrie comporte une vaste gamme de produits, tant agricoles qu'industriels. Cette liste, qui est basée sur les demandes des pays en voie de développement, comprend des produits dont l'exportation présente un intérêt particulier pour les pays en voie de développement les moins avancés. Les réductions tarifaires sont fixées par décret; les taux des tarifs préférentiels sont de 50 à 90 % inférieurs aux taux des tarifs de la nation la plus favorisée, et plus de 100 produits bénéficient de franchise totale. Les pays bénéficiaires sont les pays en voie de développement d'Asie, d'Afrique et d'Amérique latine dont le revenu par habitant est inférieur à celui de la Hongrie; qui ne font aucune discrimination à l'encontre de la Hongrie; qui entretiennent des relations commerciales normales avec la Hongrie et sont à même de prouver de manière satisfaisante l'origine des produits pouvant bénéficier du traitement tarifaire préférentiel. Un produit est considéré comme provenant d'un pays bénéficiaire s'il y a été produit ou si sa valeur a été majorée de 50 % dans ce pays. Un mécanisme de sauvegarde prévoit que les ministres du commerce extérieur et des finances peuvent, en liaison avec le président du Conseil national des produits et des prix, augmenter ou diminuer les taux tarifaires fixés aux colonnes I, II et III ou en suspendre l'application (les colonnes I et II du tarif douanier indiquent respectivement les taux des tarifs « préférentiels » et « de la nation la plus favorisée »; les taux de la colonne III s'appliquent aux marchandises provenant de pays auxquels ne s'appliquent ni le traitement préférentiel ni celui de la nation la plus favorisée). Cette réglementation détaillée est entrée en vigueur le 1er janvier 1971. En 1974, le nombre des pays bénéficiaires s'est encore accru, la gamme des produits bénéficiant de ce système a été élargie et certains taux tarifaires ont été réduits [691]. Le système hongrois ne prévoit de préférences que sur une base provisoire pour les pays qui, au 1er janvier 1972, accordaient des préférences spéciales (réciproques) à certains pays développés. On présume que ces préférences réciproques seront supprimées avant le 31 décembre 1975 [692].

10) La Communauté économique européenne a également annoncé en 1971 un schéma de préférences généralisées permettant l'entrée en franchise de produits manufacturés et semi-finis provenant d'un certain nombre de pays en voie de développement. Elle a fixé de strictes limites quantitatives pour les produits qui peuvent être importés ainsi, et certains produits sensibles, comme les textiles et les chaussures, reçoivent un traitement moins avantageux. Le système généralisé de préférences des Etats-Unis d'Amérique figure au titre V de sa *Trade Act* (Loi sur le commerce) de 1974 [693]. L'article 501 de cette loi autorise le Président à accorder des préférences. L'article 502 définit la notion de « pays en voie de développement bénéficiaire », et en écarte — avec certaines exceptions — les « pays communistes », entre autres. L'article 503 indique les articles pouvant bénéficier d'un traitement préférentiel, et en exclut certains articles d'importation sensibles. L'article 504 prévoit certaines limites aux traitements préférentiels. L'article 505 fixe un délai limite de dix ans aux entrées en franchise en vertu des dispositions du titre V et prévoit un réexamen complet du fonctionnement de l'ensemble du système préférentiel au bout de cinq ans.

11) Il est peut-être trop tôt pour évaluer les résultats et dire dans quelle mesure le système généralisé de préférences est un succès ou un échec. Certaines plaintes se sont déjà fait entendre. Selon le rapport du Conseil du commerce et du développement sur sa cinquième session extraordinaire (avril-mai 1973) :

> Les représentants des pays en voie de développement ont déclaré que l'application du système généralisé de préférences avait peut-être marqué quelques progrès, mais que le système en soi était loin d'être satisfaisant du point de vue des objectifs, et que les résultats obtenus jusque-là étaient décevants. [...] Ils ont fait observer que les avantages réels du système demeuraient faibles en raison du nombre limité de produits visés dans les schémas en vigueur [...], des restrictions imposées aux importations préférentielles (plafonds) et de l'imposition d'obstacles non tarifaires aux produits couverts par le système.
>
> Les représentants de plusieurs pays en voie de développement, y compris ceux des pays les moins avancés, ont estimé que le système généralisé de préférences n'avait guère d'intérêt, si tant est qu'il en ait

[689] GATT, *Instruments de base et documents divers, Supplément n° 18* (numéro de vente : GATT/1972-1), p. 27 et 28.

[690] *Documents officiels du Conseil du commerce et du développement, dixième session, Supplément n° 6A* (TD/B/329/Rev.1), deuxième partie, par. 192. Voir R. Krishnamurti, « The agreement on preferences. A generalized system in favour of developing countries », *Journal of World Trade Law*, Twickenham, vol. 5, n° 1 (janv.-fév. 1971), p. 56 et 57.

[691] Voir doc. GATT L/3301 et L/4106.

[692] *Ibid.*

[693] Public Law 93-618, entrée en vigueur le 3 janvier 1975. Pour texte, voir *U.S. Code—Congressional and Administrative News*, Washington (D.C.), n° 13 (30 janvier 1975), p. 6956.

aucun, puisque leurs pays ne fabriquaient pas d'articles manufacturés ou semi-finis et ne fournissaient que des matières premières et des produits agricoles semi-transformés, qui n'étaient pas visés par le système. En outre, ils ont souligné que les clauses de sauvegarde figurant dans les schémas laissaient une grande latitude pour limiter la portée des préférences et les rendaient inégales tout en créant une incertitude considérable [694].

12) La Charte des droits et devoirs économiques des Etats proclamée dans la résolution 3281 (XXIX) de l'Assemblée générale contient également des dispositions qui ont trait aux problèmes considérés. Ainsi, en ce qui concerne le système généralisé de préférences, les articles 18 et 26 sont rédigés comme suit :

Article 18

Les pays développés devraient accorder, améliorer et élargir le système de préférences tarifaires généralisée, sans réciprocité ni discrimination, en faveur des pays en voie de développement conformément aux conclusions concertées et décisions pertinentes adoptées à ce sujet, dans le cadre des organisations internationales compétentes. Les pays développés devraient aussi envisager sérieusement d'adopter d'autres mesures différentielles, dans les domaines où cela est possible et approprié et selon des modalités qui aboutissent à l'octroi d'un traitement spécial et plus favorable, afin de pourvoir aux besoins des pays en voie de développement en matière de commerce et de développement. Dans la conduite des relations économiques internationales, les pays développés devraient s'efforcer d'éviter les mesures ayant un effet négatif sur le développement de l'économie nationale des pays en voie de développement, tel qu'il est favorisé par les préférences tarifaires généralisées et autres mesures différentielles généralement convenues en leur faveur.

Article 26

Tous les Etats ont le devoir de coexister dans la tolérance et de vivre en paix les uns avec les autres, quelles que soient les différences de systèmes politiques, économiques, sociaux et culturels, et de faciliter le commerce entre les Etats ayant des systèmes économiques et sociaux différents. Le commerce international devrait être pratiqué sans porter atteinte aux préférences généralisées, sans discrimination ni réciprocité, dont les pays en voie de développement doivent bénéficier, sur la base du profit mutuel, d'avantages équitables et de l'octroi mutuel du traitement de la nation la plus favorisée.

Le paragraphe 1 de l'article 12 et l'article 21 apportent sur les groupements régionaux les précisions suivantes :

Article 12

1. Les Etats ont le droit, en accord avec les pays intéressés, de participer à la coopération sous-régionale, régionale et interrégionale dans l'intérêt de leur développement économique et social. Tous les Etats participant à cette coopération ont le devoir de veiller à ce que les politiques suivies par les groupements auxquels ils appartiennent correspondent aux dispositions de la présente Charte et soient tournées vers l'extérieur, compatibles avec leurs obligations internationales et avec les exigences de la coopération économique internationale et tiennent dûment compte des intérêts légitimes des pays tiers, en particulier des pays en voie de développement.

Article 21

Les pays en voie de développement devraient s'efforcer de favoriser l'expansion de leurs échanges mutuels et ils peuvent à cette fin, conformément aux dispositions et procédures existantes et en cours d'élaboration des arrangements internationaux pertinents, accorder des préférences commerciales à d'autres pays en voie de développement sans être tenus d'en faire bénéficier aussi les pays développés, étant entendu toutefois que ces arrangements ne doivent pas constituer un obstacle à la libéralisation et à l'expansion des échanges en général.

13) Il semble exister un accord général de principe, exprimé au sein des organes de l'ONU, pour que les Etats adoptent le système généralisé de préférences dont les caractéristiques ont été exposées ci-dessus. Il semble, par ailleurs, exister un accord général pour que les Etats s'abstiennent d'invoquer leur droit au traitement de la nation la plus favorisée en vue d'obtenir, en totalité ou en partie, le traitement préférentiel que les pays développés accordent aux pays en voie de développement [695]. En conséquence, les parties contractantes à l'Accord général du GATT ont, aux conditions énoncées ci-dessus [696], renoncé à leurs droits au traitement de la nation la plus favorisée en vertu de l'article 1er de l'Accord général.

14) Compte tenu des considérations mentionnées au paragraphe précédent, la Commission a adopté l'article 21, qui dispose qu'un Etat bénéficiaire n'a pas droit, en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée, au traitement conféré par un Etat concédant développé à un Etat tiers en voie de développement, sur la base de la non-réciprocité, dans le cadre d'un système généralisé de préférences établi par ledit Etat concédant.

15) Plusieurs membres de la Commission ont toutefois émis des doutes quant au bien-fondé d'une disposition de cette nature. A leur avis, le système généralisé de préférences, tel qu'il a été adopté par le Comité spécial des préférences, constituait de toute évidence une mesure temporaire. Les pays qui établissaient leur propre système préférentiel étaient libres de retirer, en tout ou partie, les préférences accordées, et les systèmes étaient soumis à des dérogations tenant compte des obligations internationales de ces pays. C'était là, évidemment, le point faible, non pas de la règle proposée, mais du système généralisé de préférences qui avait été adopté à titre de compromis entre Etats développés et Etats en voie de développement. Les systèmes généralisés de préférences des divers pays étaient, en fait, discriminatoires, et l'idée initiale de préférences non discriminatoires n'avait pas été retenue. Le maintien du système n'était pas assuré dans l'avenir, et c'est pourquoi on pouvait se demander s'il était judicieux d'inclure une règle d'un caractère aussi éphémère parmi des articles qui étaient destinés à codifier un domaine du droit pour une plus longue période de temps. La question a été posée de savoir s'il ne serait pas préférable d'adopter un article de caractère

[694] *Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-huitième session, Supplément n° 15* (A/9015/Rev.1), première partie, chap. Ier, par. 89 et 90.

[695] Voir ci-dessus par. 5 du présent commentaire, extraits des « conclusions concertées » du Comité spécial des préférences, sect. IX : « Statut juridique ».

[696] Voir par. 7 du présent commentaire.

général, s'inspirant de la proposition mentionnée plus haut :

Aucune disposition des présents articles ne préjuge

1) des régimes spéciaux qui peuvent prévaloir dans les rapports entre pays en voie de développement et dans les rapports entre pays en voie de développement et pays développés;

...[697].

16) On a également exprimé l'avis que l'effet de l'article 21 était limité. Les clauses de la nation la plus favorisée avaient des répercussions étendues, qui n'étaient pas toujours apparentes. Ce qu'il fallait, c'étaient des dispositions susceptibles d'aider les pays en voie de développement à éviter tous effets préjudiciables pouvant résulter d'une application automatique des articles en cours d'élaboration. Des dispositions qui excluraient du champ d'application des articles certains traités conclus avec des pays en voie de développement, tels que ceux qui étaient envisagés dans la proposition reproduite au paragraphe précédent, ou qui tout au moins réaffirmeraient expressément le droit de l'Etat de formuler des réserves et des exceptions lorsque celui-ci souscrit à une clause, pourraient aller dans ce sens.

17) Compte tenu des observations mentionnées dans les paragraphes précédents et du caractère de la disposition en question, la Commission a décidé de réexaminer l'article 21 à sa prochaine session, dans le cadre de la poursuite de ses travaux sur l'application de la clause de la nation la plus favorisée aux pays en voie de développement.

[697] Voir ci-dessus art. 15, par. 70 du commentaire.

Chapitre V

QUESTION DES TRAITÉS CONCLUS ENTRE ÉTATS ET ORGANISATIONS INTERNATIONALES OU ENTRE DEUX OU PLUSIEURS ORGANISATIONS INTERNATIONALES

A. — Introduction

120. Les conditions dans lesquelles la CDI a été amenée à entreprendre l'examen des traités auxquels une organisation internationale est partie ont été exposées dans leurs aspects historiques dans le rapport de la Commission sur sa vingt-sixième session[698], de même que les caractères généraux de la méthode qu'elle allait suivre. Depuis cette date, l'Assemblée générale, à l'alinéa *d* du paragraphe 4 de la section I de sa résolution 3315 (XXIX), du 14 décembre 1974, a recommandé à la CDI

De poursuivre la préparation de projets d'articles sur les traités conclus entre des Etats et des organisations internationales ou entre des organisations internationales.

121. La Commission avait arrêté au cours de sa précédente session, en 1974, un certain nombre de dispositions[699], qui correspondaient, au moins en partie, aux articles 1 à 6 de la Convention de Vienne sur le droit des traités[700]. Au cours de la présente session, elle a examiné de sa 1344e à sa 1350e séance, les textes des alinéas *b*, *c* et *g* du paragraphe 1 de l'article 2 ainsi que des articles 7 à 23 soumis par le Rapporteur spécial dans son quatrième rapport (A/CN.4/285[701]). La Commission a renvoyé tous ces textes au Comité de rédaction. A sa 1353e séance, elle a adopté en première lecture, sur le rapport du Comité, les textes des alinéas *b*, *b bis*, *b ter*, *c*, *c bis* et *g* du paragraphe 1 de l'article 2 et des articles 7 à 18, dont l'objet correspond aux articles de la Convention de Vienne portant une numérotation identique et consacrés à la *conclusion des traités*. Elle n'a pu, faute de temps, adopter des dispositions pour les articles 19 à 23, mais elle a procédé à un large échange de vues sur les questions considérées dans ces articles, qui ont trait aux réserves, et elle a pu ainsi dégager certaines orientations qui permettront au Rapporteur spécial d'effectuer de nouvelles propositions et accéléreront dans ce domaine les travaux de sa prochaine session.

122. Le texte de tous les articles du projet sur les traités conclus entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales adoptés jusqu'à présent par la CDI, ainsi que le texte des alinéas *b*, *b bis*, *b ter*, *c*, *c bis* et *g* du paragraphe 1 de l'article 2 et des articles 7 à 18, accompagnés des commentaires y relatifs, adoptés au cours de la vingt-septième session, sont reproduits ci-après pour l'information de l'Assemblée générale[702].

123. Dans les nouveaux projets d'articles qu'elle présente aujourd'hui, la Commission a cherché à garder un équilibre entre des réalités et des tendances dont les exigences sont parfois contraires.

124. Le traité est basé par essence sur l'égalité des parties contractantes, et cette remarque fondamentale conduirait à assimiler autant que possible la situation conventionnelle des organisations internationales à celle des Etats. La Commission a fait largement droit à ce principe en décidant d'une manière générale de suivre

[698] *Annuaire... 1974*, vol. II (1re partie), p. 302 et suiv., doc. A/9610/Rev.1, chap. IV.

[699] Articles 1 à 4 et 6. Pour le texte des articles et des commentaires y relatifs, voir *ibid.*, p. 305 et suiv., doc. A/9610/Rev.1, chap. IV, sect. B.

[700] Pour le texte de la convention, voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents de la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.70.V.5), p. 309. La convention est ci-après dénommée « Convention de Vienne ».

[701] Voir ci-dessus p. 27.

[702] Voir ci-dessous sect. B. La sous-section 1 contient le texte de toutes les dispositions adoptées jusqu'ici par la Commission. La sous-section 2 contient le texte des dispositions adoptées à la vingt-septième session, avec les commentaires y relatifs. Pour les commentaires relatifs aux articles adoptés à la vingt-sixième session, voir ci-dessus note 698.

autant que possible les articles de la Convention de Vienne sur les traités conclus entre Etats pour les traités conclus entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales, et même pour les traités conclus entre plusieurs organisations internationales. La multiplication des conventions auxquelles participent des organisations internationales est d'ailleurs un témoignage de l'utilité que le traité présente pour les organisations internationales autant que pour les Etats.

125. Cependant, même en la limitant au domaine du droit des traités, l'assimilation des organisations internationales aux Etats devient assez rapidement inexacte. En effet, alors que tous les Etats sont égaux devant le droit international, les organisations internationales sont le résultat d'un acte de volonté des Etats, acte qui modèle leur figure juridique en conférant à chacune d'elles des caractères individuels fortement marqués qui limitent sa ressemblance avec toute autre organisation internationale. Structure composée, l'organisation reste unie par des liens étroits avec les Etats qui en sont membres; elle s'en « détache », certes, par l'analyse qui distingue en elle une personnalité distincte, mais elle reste encore unie d'une manière étroite aux Etats qui la composent. Dotée d'une compétence toujours plus limitée que celle d'un Etat, et souvent (surtout en matière de relations extérieures) définie peu clairement, l'organisation internationale, pour les traités auxquels elle est partie, oblige parfois à un réaménagement de certaines des règles posées pour les traités entre Etats.

126. On peut tout d'abord se demander s'il n'est pas normal de distinguer terminologiquement les actes, les instruments ou les procédures suivant qu'ils se rapportent à un Etat ou à une organisation internationale, même lorsqu'il n'y a pas entre les deux hypothèses de différences essentielles. En effet, une telle différenciation peut paraître plus claire; elle rappelle aussi que la nature des Etats et celle des organisations internationales sont fondamentalement dissemblables. Cependant, il faut reconnaître que la pratique internationale, tant en ce qui concerne les organisations internationales que les Etats, fait preuve d'une extrême liberté terminologique en matière de conclusion des traités. Cette liberté, et avec elle l'incertitude qui peut en naître, a été reconnue pour les Etats par la Convention de Vienne, notamment en son article 11. On pourrait souhaiter pour les organisations et les Etats une certaine uniformité de terminologie, mais la Commission, après avoir, notamment en ce qui concerne la ratification, longuement étudié la question, a parfois préféré différencier la terminologie applicable aux organisations internationales de celle applicable aux Etats.

127. De même, en ce qui concerne l'exercice par les organisations internationales de leurs compétences dans le processus de conclusion des traités, la Commission a estimé qu'il fallait garder présent à l'esprit que cette compétence, à la différence des celle des Etats, n'est jamais illimitée, et que les termes de la Convention de Vienne devaient, en ce qui concerne les compétences des organisations, être ajustés à ce caractère. De même, d'autres changements de terminologie ont pour objet de souligner qu'en matière d'organisations internationales la représentation des organisations doit être opérée dans le respect de leurs règles constitutionnelles.

128. C'est aussi la raison pour laquelle on a posé le principe que les représentants des organisations devaient être munis de *pouvoirs*, tout en apportant à cette règle tous les tempéraments requis par la pratique.

129. C'est en matière d'adoption du texte des traités — et il semble qu'il en sera de même plus tard en matière de réserves — que la Commission a rencontré les problèmes les plus sérieux pour adapter les dispositions de la Convention de Vienne au cas des organisations. C'est en effet qu'il y a entre les Etats et les organisations internationales une différence de fait importante qui doit être soulignée. Alors que les traités auxquels sont parties des organisations internationales se comptent maintenant par milliers, on ne connaît guère parmi eux de traités ouverts d'une manière assez large à de nombreux participants.

130. Les organisations sont à la fois trop spécialisées et trop différentes les unes des autres pour qur l'on puisse élaborer un régime particulier pour des conférences formées uniquement d'organisations internationales; dans les cas exceptionnels où l'on pourrait imaginer de telles conférences, la position de chaque organisation resterait trop individualisée pour les soumettre aux mêmes règles que les conférences entre Etats. En revanche, si l'on considère la pratique bien établie des conférences réunies entre des Etats en vue d'élaborer des traités multilatéraux généraux, on pourrait concevoir que de telles conférences soient ouvertes à certaines organisations internationales qui représentent des intérêts analogues à ceux dont, en fonction de l'objet de la conférence, les Etats sont les interprètes. On peut donner facilement des exemples qui répondraient à une telle hypothèse. Ainsi, si une conférence internationale sur la nomenclature douanière était réunie, on pourrait y inviter des unions douanières, dont la compétence s'étendrait aux questions de nomenclature, afin qu'elles participent à l'élaboration du texte d'un traité et à son adoption et puissent devenir parties à un traité portant sur l'objet de la conférence.

131. Mais, comme on vient de le rappeler, la pratique internationale ne connaît jusqu'à présent pour ainsi dire pas d'exemples de ce genre [703], et il est assez douteux que certains cas que l'on évoque parfois fassent d'une organisation internationale une partie au traité au même titre que les Etats [704].

132. Il faut reconnaître que la participation d'une organisation internationale à une convention multilatérale pose des problèmes, notamment lorsque les Etats membres de cette organisation entendent également être parties à ce traité. En effet, il faut alors que les titres auxquels l'organisation peut être partie et ceux auxquels les Etats entendent l'être soient nettement distincts [705]

---

[703] Voir *Annuaire... 1972*, vol. II, p. 188, 191, 200, 202 et 208, doc. A/CN.4/258, par. 3, 12, 42, 48 et 64.

[704] Pour la situation de l'ONU au sein de l'UIT ou de la Communauté économique européenne au sein du quatrième Accord international sur l'étain (1971), voir *ibid.*, p. 211, doc. A/CN.4/258, par. 73, et spécialement la note 178.

[705] Sur la question de l'adhésion de l'ONU aux Conventions de Genève de 1949, voir P. de Visscher, « Les conditions d'application des lois de la guerre aux opérations militaires des Nations Unies »,

— autrement dit, il faut que les compétences d'une organisation et celles des Etats soient nettement séparées et puissent s'exercer indépendamment. S'il n'en est pas ainsi, il faut alors déterminer par des règles particulières, nécessairement propres à chaque cas, comment l'organisation et ses membres exercent concurremment leurs droits; c'est cette dernière formule qui a été mise en œuvre pour des traités auxquels la Communauté économique européenne est partie en même temps que ses Etats membres. On peut dire alors que l'*ensemble* des droits et obligations attachés à la qualité de partie à un traité appartient bien à la Communauté et à ses Etats membres, mais ces droits et obligations sont répartis entre la Communauté et les Etats membres, sans que l'on puisse prétendre que chacun des Etats membres et la Communauté constituent vraiment des parties distinctes.

133. Mais il est possible qu'à l'avenir des traités multilatéraux généraux soient ouverts à des organisations internationales, soit que celles-ci soient substituées à leurs membres, soit que les Etats membres soient également parties mais avec des compétences bien distinctes. C'est là une hypothèse que la Commission a voulu retenir comme possible en lui donnant la forme d'une option ouverte : c'est aux Etats et aux organisations internationales participant à une conférence qu'il revient d'en apprécier dans chaque cas concret la possibilité et l'opportunité.

134. Cette hypothèse d'un traité multilatéral largement ouvert réunissant de nombreux Etats est celle qui a déterminé la Convention de Vienne à poser dans le paragraphe 2 de son article 9, à défaut d'une autre règle adoptée à la même majorité, le principe de l'adoption du texte des traités dans les conférences internationales à la majorité des deux tiers, et à prévoir dans ses articles 19 et 20 un régime libéral de réserves, qui est la contrepartie de ce principe majoritaire.

135. En matière d'accords auxquels des organisations internationales sont parties, il a fallu tenir compte, pour les règles portant sur l'adoption du texte d'un traité (et il devra sans doute en être tenu compte en matière de réserves), d'une situation concrète qui exige une solution particulière. En effet, en règle générale les organisations internationales sont des entités individualisées, qui ont chacune leurs caractéristiques propres. Les traités auxquels elles participent sont conclus en considération des organisations qui sont appelées à y devenir parties; ils sont en ce sens des actes *intuitu personae*. Aussi, sauf dans le cas décrit plus haut [706], la seule règle applicable, pour ces traités, à l'adoption du texte est celle de l'unanimité du consentement des participants. Il est probable qu'une règle analogue vaudra pour l'autorisation des réserves, dont la Commission a pu seulement au cours de sa vingt-septième session évoquer certains aspects généraux. Cependant, quand il s'agit d'un traité entre des Etats et une ou plusieurs organisations internationales élaboré au cours d'une conférence entre Etats à laquelle participent cette ou ces organisations, il semblerait raisonnable de présumer que pour l'adoption du texte du traité on applique la règle du paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention de Vienne, et qu'une majorité des deux tiers calculée sur l'ensemble des participants, Etats et organisations internationales, soit suffisante. Dans ce même cas, il apparaîtra peut-être possible que la Commission envisage dans ses travaux futurs de prévoir un système de réserves qui puisse s'inspirer du régime libéral des articles 19 et 20 de la Convention de Vienne.

136. Telles sont les observations générales portant sur l'ensemble du projet d'articles présentement soumis par la CDI à l'Assemblée générale et sur les échanges de vues qui ont eu lieu sur les articles 19 à 23. Elles reflètent le désir de la Commission de rester fidèle à l'esprit de la Convention de Vienne, et notamment à sa précision et à sa flexibilité, tout en tenant compte des caractères particuliers des organisations internationales participant aux traités. La CDI a considéré les conditions actuelles de la communauté internationale et s'est efforcée de donner aux projets d'articles suffisamment de souplesse pour faire face à de futurs développements.

B. — Projet d'articles sur les traités conclus entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales

137. Le texte des articles 1 à 4 et 6 à 18 [707] adoptés par la CDI à ses vingt-sixième et vingt-septième sessions, ainsi que le texte des articles 7 à 18 et des alinéas *b*, *b bis*, *b ter*, *c*, *c bis* et *g* du paragraphe 1 de l'article 2, accompagné des commentaires y relatifs, adoptés par la Commission à sa vingt-septième session, sont reproduits ci-dessous pour l'information de l'Assemblée générale.

1. — Textes des articles 1 à 4 et 6 à 18 adoptés par la Commission à ses vingt-sixième et vingt-septième sessions

PREMIÈRE PARTIE

INTRODUCTION

Article premier. — Portée des présents articles

Les présents articles s'appliquent :

***a*) aux traités conclus entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales, et**

***b*) aux traités conclus entre des organisations internationales.**

Article 2. — Expressions employées

1. Aux fins des présents articles :

***a*) L'expression « traité » s'entend d'un accord international régi par le droit international et conclu par écrit**

i) entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales, ou

ii) entre des organisations internationales,

Annuaire de l'Institut de droit international, 1971, Bâle, vol. 54, t. I, p. 43. Voir aussi *Annuaire... 1972*, vol. II, p. 210, doc. A/CN.4/258, note 173 (pour les références); et ci-dessus, p. 27, doc. A/CN.4/285, projet d'articles, deuxième partie, sect. 2, commentaire général, par. 4.

[706] Par. 133.

[707] Le projet ne comporte pas de dispositions correspondant à l'article 5 de la Convention de Vienne.

que cet accord soit consigné dans un document unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière ;

b) L'expression « ratification » s'entend de l'acte international ainsi dénommé par lequel un Etat établit sur le plan international son consentement à être lié par un traité ;

b bis) L'expression « acte de confirmation formelle » s'entend d'un acte international correspondant à celui de la ratification par un Etat et par lequel une organisation internationale établit sur le plan international son consentement à être liée par un traité ;

b ter) Les expressions « acceptation », « approbation » et « adhésion » s'entendent, selon le cas, de l'acte international ainsi dénommé par lequel un Etat ou une organisation internationale établit sur le plan international son consentement à être lié par un traité ;

c) L'expression « pleins pouvoirs » s'entend d'un document émanant de l'autorité compétente d'un Etat et désignant une ou plusieurs personnes pour représenter l'Etat pour la négociation, l'adoption ou l'authentification du texte d'un traité entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales, pour exprimer le consentement de l'Etat à être lié par un tel traité, ou pour accomplir tout autre acte à l'égard d'un tel traité ;

c bis) L'expression « pouvoirs » s'entend d'un document émanant de l'organe compétent d'une organisation internationale et désignant une ou plusieurs personnes pour représenter l'organisation pour la négociation, l'adoption ou l'authentification du texte d'un traité, pour communiquer le consentement de l'organisation à être liée par un traité, ou pour accomplir tout autre acte à l'égard du traité ;

d) L'expression « réserve » s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un Etat ou par une organisation internationale quand ils signent un traité ou consentent [par un moyen convenu] à être liés par un traité, par laquelle ils visent à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet Etat ou à cette organisation internationale ;

e) L'expression « Etat ayant participé à la négociation » et l'expression « organisation ayant participé à la négociation » s'entendent respectivement

i) d'un Etat,

ii) d'une organisation internationale

ayant participé à l'élaboration et à l'adoption du texte du traité ;

f) L'expression « Etat contractant » et l'expression « organisation contractante » s'entendent respectivement

i) d'un Etat,

ii) d'une organisation internationale

ayant consenti à être liés par le traité, que le traité soit entré en vigueur ou non ;

g) L'expression « partie » s'entend d'un Etat ou d'une organisation internationale qui a consenti à être lié par le traité et à l'égard duquel le traité est en vigueur ;

. . .

i) L'expression « organisation internationale » s'entend d'une organisation intergouvernementale ;

2. Les dispositions du paragraphe 1 concernant les expressions employées dans les présents articles ne préjudicient pas à l'emploi de ces expressions ni au sens qui peut leur être donné dans le droit interne d'un Etat ou dans les règles d'une organisation internationale.

Article 3. — Accords internationaux n'entrant pas dans le cadre des présents articles

Le fait que les présents articles ne s'appliquent

i) ni aux accords internationaux auxquels sont [parties] une ou plusieurs organisations internationales et une ou plusieurs entités autres que des Etats ou des organisations internationales,

ii) ni aux accords internationaux auxquels sont [parties] un ou plusieurs Etats, une ou plusieurs organisations internationales et une ou plusieurs entités autres que des Etats ou des organisations internationales,

iii) ni aux accords internationaux non écrits conclus entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales, ou entre des organisations internationales,

ne porte pas atteinte

a) à la valeur juridique de tels accords ;

b) à l'application à ces accords de toutes règles énoncées dans les présents articles auxquelles ils seraient soumis en vertu du droit international indépendamment desdits articles ;

c) à l'application desdits articles aux relations entre Etats et organisations internationales ou aux relations entre organisations internationales lorsque lesdites relations sont régies par des accords internationaux auxquels sont également [parties] d'autres entités.

Article 4. — Non-rétroactivité des présents articles

Sans préjudice de l'application de toutes règles énoncées dans les présents articles auxquelles les traités entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales ou entre des organisations internationales seraient soumis en vertu du droit international indépendamment des présents articles, ceux-ci s'appliquent uniquement à de tels traités après l'[entrée en vigueur] de ces articles à l'égard de ces Etats et de ces organisations.

DEUXIÈME PARTIE

CONCLUSION ET ENTRÉE EN VIGUEUR DES TRAITÉS

SECTION 1. — CONCLUSION DES TRAITÉS

Article 6. — Capacité des organisations internationales de conclure des traités

La capacité d'une organisation internationale de conclure des traités est régie par les règles pertinentes de cette organisation.

Article 7. — Pleins pouvoirs et pouvoirs

1. Une personne est considérée comme représentant un Etat pour l'adoption ou l'authentification du texte d'un traité entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales ou pour exprimer le consentement de l'Etat à être lié par un tel traité

a) si elle produit des pleins pouvoirs appropriés ; ou

b) s'il ressort de la pratique ou d'autres circonstances que cette personne est considérée comme représentant l'Etat à ces fins sans présentation de pleins pouvoirs.

2. En vertu de leurs fonctions et sans avoir à produire de pleins pouvoirs, sont considérés comme représentant leur Etat :

a) les chefs d'Etat, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères, pour tous les actes relatifs à la conclusion d'un traité entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales ;

b) les chefs de délégation des Etats à une conférence internationale, pour l'adoption du texte d'un traité entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales ;

c) les chefs de délégation des Etats auprès d'un organe d'une organisation internationale, pour l'adoption du texte d'un traité entre un ou plusieurs Etats et cette organisation ;

d) les chefs de missions permanentes auprès d'une organisation internationale, pour l'adoption du texte d'un traité entre un ou plusieurs Etats et cette organisation ;

e) les chefs de missions permanentes auprès d'une organisation internationale, pour la signature ou la signature *ad referendum* d'un

traité entre un ou plusieurs Etats et cette organisation, s'il ressort de la pratique ou d'autres circonstances que ces chefs de missions permanentes sont considérés comme représentant leur Etat à ces fins sans présentation de pleins pouvoirs.

3. Une personne est considérée comme représentant une organisation internationale pour l'adoption ou l'authentification du texte d'un traité

a) si elle produit des pouvoirs appropriés ; ou

b) s'il ressort de la pratique ou d'autres circonstances que cette personne est considérée comme représentant l'organisation à ces fins sans présentation de pouvoirs.

4. Une personne est considérée comme représentant une organisation internationale pour communiquer le consentement de cette organisation à être liée par un traité

a) si elle produit des pouvoirs appropriés ; ou

b) s'il ressort de la pratique ou d'autres circonstances que cette personne est considérée comme représentant l'organisation à cette fin sans présentation de pouvoirs.

Article 8. — Confirmation ultérieure d'un acte accompli sans autorisation

Un acte relatif à la conclusion d'un traité accompli par une personne qui ne peut, en vertu de l'article 7, être considérée comme autorisée à représenter un Etat ou une organisation internationale à cette fin est sans effet juridique, à moins qu'il ne soit confirmé ultérieurement par cet Etat ou cette organisation.

Article 9. — Adoption du texte

1. L'adoption du texte d'un traité s'effectue par le consentement de tous les participants à son élaboration, sauf dans les cas prévus au paragraphe 2.

2. L'adoption du texte d'un traité entre des Etats et une ou plusieurs organisations internationales à une conférence internationale à laquelle participent une ou plusieurs organisations internationales s'effectue à la majorité des deux tiers des participants présents et votants, à moins que ceux-ci ne décident, à la même majorité, d'appliquer une règle différente.

Article 10. — Authentification du texte

1. Le texte d'un traité entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales est arrêté comme authentique et définitif

a) suivant la procédure établie dans ce texte ou convenue par les Etats et par les organisations internationales participant à l'élaboration du traité ; ou

b) à défaut d'une telle procédure, par la signature, la signature *ad referendum* ou le paraphe, par les représentants de ces Etats et de ces organisations internationales, du texte du traité ou de l'acte final d'une conférence dans lequel le texte est consigné.

2. Le texte d'un traité entre des organisations internationales est arrêté comme authentique et définitif

a) suivant la procédure établie dans ce texte ou convenue par les organisations internationales participant à son élaboration ; ou

b) à défaut d'une telle procédure, par la signature, la signature *ad referendum* ou le paraphe, par les représentants de ces organisations internationales, du texte du traité ou de l'acte final d'une conférence dans lequel le texte est consigné.

Article 11. — Modes d'établissement du consentement à être lié par un traité

1. Le consentement d'un Etat à être lié par un traité entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales est exprimé par la signature, l'échange d'instruments constituant un traité, la ratification, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion, ou par tout autre moyen convenu.

2. Le consentement d'une organisation internationale à être liée par un traité est établi par la signature, l'échange d'instruments constituant un traité, un acte de confirmation formelle, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion, ou par tout autre moyen convenu.

Article 12. — La signature comme mode d'établissement du consentement à être lié par un traité

1. Le consentement d'un Etat à être lié par un traité entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales s'exprime par la signature du représentant de cet Etat

a) lorsque le traité prévoit que la signature aura cet effet ;

b) lorsque les participants à la négociation étaient convenus que la signature aurait cet effet ; ou

c) lorsque l'intention de l'Etat de donner cet effet à la signature ressort des pleins pouvoirs de son représentant ou a été exprimée au cours de la négociation.

2. Le consentement d'une organisation internationale à être liée par un traité est établi par la signature du représentant de cette organisation

a) lorsque le traité prévoit que la signature aura cet effet ; ou

b) lorsque l'intention de cette organisation de donner cet effet à la signature ressort des pouvoirs de son représentant ou a été établie au cours de la négociation.

3. Aux fins des paragraphes 1 et 2,

a) le paraphe d'un texte vaut signature lorsqu'il est établi que les participants à la négociation en étaient ainsi convenus ;

b) la signature *ad referendum* par le représentant d'un Etat ou d'une organisation internationale, si elle est confirmée par cet Etat ou cette organisation, vaut signature définitive.

Article 13. — L'échange d'instruments constituant un traité comme mode d'établissement du consentement à être lié par un traité

1. Le consentement des Etats et des organisations internationales à être liés par un traité entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales constitué par les instruments échangés entre eux s'établit par cet échange

a) lorsque les instruments prévoient que leur échange aura cet effet ; ou

b) lorsque ces Etats et ces organisations étaient convenus que l'échange des instruments aurait cet effet.

2. Le consentement des organisations internationales à être liées par un traité entre des organisations internationales constitué par les instruments échangés entre elles s'établit par cet échange

a) lorsque les instruments prévoient que leur échange aura cet effet ; ou

b) lorsque ces organisations étaient convenues que l'échange des instruments aurait cet effet.

Article 14. — La ratification, un acte de confirmation formelle, l'acceptation ou l'approbation comme mode d'établissement du consentement à être lié par un traité

1. Le consentement d'un Etat à être lié par un traité entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales s'exprime par la ratification

a) lorsque le traité prévoit que ce consentement s'exprime par la ratification ;

b) lorsque les participants à la négociation étaient convenus que la ratification serait requise ;

c) lorsque le représentant de cet Etat a signé le traité sous réserve de ratification ; ou

d) lorsque l'intention de cet Etat de signer le traité sous réserve de ratification ressort des pleins pouvoirs de son représentant ou a été exprimée au cours de la négociation.

2. Le consentement d'une organisation internationale à être liée par un traité s'établit par un acte de confirmation formelle

a) lorsque le traité prévoit que ce consentement s'établit par un acte de confirmation formelle ;

b) lorsque les participants à la négociation étaient convenus qu'un acte de confirmation formelle serait requis ;

c) lorsque le représentant de cette organisation a signé le traité sous réserve d'un acte de confirmation formelle ; ou

d) lorsque l'intention de cette organisation de signer le traité sous réserve d'un acte de confirmation formelle ressort des pouvoirs de son représentant ou a été établie au cours de la négociation.

3. Le consentement d'un Etat à être lié par un traité entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales ainsi que le consentement d'une organisation internationale à être liée par un traité s'établissent par l'acceptation ou l'approbation dans des conditions analogues à celles qui s'appliquent à la ratification ou à un acte de confirmation formelle.

Article 15. — L'adhésion comme mode d'établissement du consentement à être lié par un traité

1. Le consentement d'un Etat à être lié par un traité entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales s'exprime par l'adhésion

a) lorsque le traité prévoit que ce consentement peut être exprimé par cet Etat par voie d'adhésion ;

b) lorsque les participants à la négociation étaient convenus que ce consentement pourrait être exprimé par cet Etat par voie d'adhésion ; ou

c) lorsque toutes les parties sont convenues ultérieurement que ce consentement pourrait être exprimé par cet Etat par voie d'adhésion.

2. Le consentement d'une organisation internationale à être liée par un traité s'établit par l'adhésion

a) lorsque le traité prévoit que ce consentement peut être établi par cette organisation par voie d'adhésion ;

b) lorsque les participants à la négociation étaient convenus que ce consentement pourrait être donné par cette organisation par voie d'adhésion ; ou

c) lorsque toutes les parties sont convenues ultérieurement que ce consentement pourrait être donné par cette organisation par voie d'adhésion.

Article 16. — Echange, dépôt ou notification des instruments de ratification, de confirmation formelle, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion

1. A moins que le traité n'en dispose autrement, les instruments de ratification, de confirmation formelle, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion établissent le consentement d'un Etat ou d'une organisation internationale à être lié par un traité entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales au moment

a) de leur échange entre les Etats et les organisations internationales contractants ;

b) de leur dépôt auprès du dépositaire ; ou

c) de leur notification aux Etats et aux organisations internationales contractants ou au dépositaire, s'il en est ainsi convenu.

2. A moins que le traité n'en dispose autrement, les instruments de confirmation formelle, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion établissent le consentement d'une organisation internationale à être liée par un traité entre des organisations internationales au moment

a) de leur échange entre les organisations internationales contractantes ;

b) de leur dépôt auprès du dépositaire ; ou

c) de leur notification aux organisations internationales contractantes ou au dépositaire, s'il en est ainsi convenu.

Article 17. — Consentement à être lié par une partie d'un traité et choix entre des dispositions différentes

1. Sans préjudice des articles [19 à 23], le consentement d'un Etat ou d'une organisation internationale à être lié par une partie d'un traité entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales ne produit effet que si le traité le permet ou si les autres Etats et organisations internationales contractants y consentent.

2. Sans préjudice des articles [19 à 23], le consentement d'une organisation internationale à être liée par une partie d'un traité entre des organisations internationales ne produit effet que si le traité le permet ou si les autres organisations internationales contractantes y consentent.

3. Le consentement d'un Etat ou d'une organisation internationale à être lié par un traité entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales qui permet de choisir entre des dispositions différentes ne produit effet que si les dispositions sur lesquelles il porte sont clairement indiquées.

4. Le consentement d'une organisation internationale à être liée par un traité entre des organisations internationales qui permet de choisir entre des dispositions différentes ne produit effet que si les dispositions sur lesquelles il porte sont clairement indiquées.

Article 18. — Obligation de ne pas priver un traité de son objet et de son but avant son entrée en vigueur

1. Un Etat ou une organisation internationale doit s'abstenir d'actes qui priveraient un traité entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales de son objet et de son but

a) lorsque cet Etat ou cette organisation a signé le traité ou a échangé les instruments constituant le traité sous réserve de ratification, d'un acte de confirmation formelle, d'acceptation ou d'approbation, tant que cet Etat ou cette organisation n'a pas manifesté son intention de ne pas devenir partie au traité ; ou

b) lorsque cet Etat ou cette organisation a établi son consentement à être lié par le traité, dans la période qui précède l'entrée en vigueur du traité et à condition que celle-ci ne soit pas indûment retardée.

2. Une organisation internationale doit s'abstenir d'actes qui priveraient un traité entre des organisations internationales de son objet et de son but

a) lorsqu'elle a signé le traité ou a échangé les instruments constituant le traité sous réserve d'un acte de confirmation formelle, d'acceptation ou d'approbation, tant qu'elle n'a pas manifesté son intention de ne pas devenir partie au traité ; ou

b) lorsqu'elle a établi son consentement à être liée par le traité, dans la période qui précède l'entrée en vigueur du traité et à condition que celle-ci ne soit pas indûment retardée.

2. — TEXTE DES ARTICLES 7 À 18 ET DES ALINÉAS *b*, *b bis*, *b ter*, *c*, *c bis* ET *g* DU PARAGRAPHE 1 DE L'ARTICLE 2 ET DES COMMENTAIRES Y RELATIFS ADOPTÉS PAR LA COMMISSION À SA VINGT-SEPTIÈME SESSION

Article 7. — Pleins pouvoirs et pouvoirs [708]

1. Une personne est considérée comme représentant un Etat pour l'adoption ou l'authentification du texte d'un

[708] Disposition correspondante de la Convention de Vienne :

« *Article 7 : Pleins pouvoirs*

« 1. Une personne est considérée comme représentant un Etat pour l'adoption ou l'authentification du texte d'un traité ou pour exprimer le consentement de l'Etat à être lié par un traité

traité entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales ou pour exprimer le consentement de l'Etat à être lié par un tel traité

***a*) si elle produit des pleins pouvoirs appropriés ; ou**

***b*) s'il ressort de la pratique ou d'autres circonstances que cette personne est considérée comme représentant l'Etat à ces fins sans présentation de pleins pouvoirs.**

2. En vertu de leurs fonctions et sans avoir à produire de pleins pouvoirs, sont considérés comme représentant leur Etat :

***a*) les chefs d'Etat, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères, pour tous les actes relatifs à la conclusion d'un traité entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales ;**

***b*) les chefs de délégation des Etats à une conférence internationale, pour l'adoption du texte d'un traité entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales ;**

***c*) les chefs de délégation des Etats auprès d'un organe d'une organisation internationale, pour l'adoption du texte d'un traité entre un ou plusieurs Etats et cette organisation ;**

***d*) les chefs de missions permanentes auprès d'une organisation internationale, pour l'adoption du texte d'un traité entre un ou plusieurs Etats et cette organisation ;**

***e*) les chefs de missions permanentes auprès d'une organisation internationale, pour la signature ou la signature *ad referendum* d'un traité entre un ou plusieurs Etats et cette organisation, s'il ressort de la pratique ou d'autres circonstances que ces chefs de missions permanentes sont considérés comme représentant leur Etat à ces fins sans présentation de pleins pouvoirs.**

3. Une personne est considérée comme représentant une organisation internationale pour l'adoption ou l'authentification du texte d'un traité

***a*) si elle produit des pouvoirs appropriés ; ou**

***b*) s'il ressort de la pratique ou d'autres circonstances que cette personne est considérée comme représentant l'organisation à ces fins sans présentation de pouvoirs.**

4. Une personne est considérée comme représentant une organisation internationale pour communiquer le consentement de cette organisation à être liée par un traité

***a*) si elle produit des pouvoirs appropriés ; ou**

***b*) s'il ressort de la pratique ou d'autres circonstances que cette personne est considérée comme représentant l'organisation à cette fin sans présentation de pouvoirs.**

Commentaire

1) Ce projet d'article traite en ses deux premiers paragraphes des représentants des Etats et en ses deux derniers des représentants des organisations internationales. Dans le premier cas sont visés seulement les traités entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales; dans le second cas sont visés les traités au sens de l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 2, c'est-à-dire à la fois les traités entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales et les traités entre plusieurs organisations internationales.

2) Pour les représentants des Etats, on a suivi dans ses lignes générales l'article 7 de la Convention de Vienne : en principe, ceux-ci sont appelés à présenter des « pleins pouvoirs » appropriés pour l'adoption, l'authentification, du texte d'un traité entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales ou pour exprimer le consentement de l'Etat à être lié par un tel traité. Toutefois, cette règle comporte des exceptions. En premier lieu, comme dans la Convention de Vienne, la pratique ou d'autres circonstances peuvent conduire à considérer, malgré l'absence de présentation de pleins pouvoirs, une personne comme représentant un Etat.

3) En second lieu, comme dans la Convention de Vienne, certaines personnes sont, *en vertu de leurs fonctions*, considérées comme représentant un Etat. La liste de ces personnes donnée par la Convention de Vienne a dû être partiellement modifiée. Sont maintenus sans changement les chefs d'Etat et les ministres des affaires étrangères (par. 2, al. *a*); mais pour les autres représentants certaines modifications ont été introduites. Tout d'abord, l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention de Vienne, visant « les chefs de mission diplomatique, pour l'adoption du texte d'un traité entre l'Etat accréditant et l'Etat accréditaire », devait disparaître, faute d'objet dans le présent projet d'article. On a dû d'autre part tenir compte à la fois de certains progrès opérés, par rapport à la Convention de Vienne, par la Convention sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (14 mars 1975) [709] et des limites, tenant à leurs fonctions, de certains représentants des Etats.

4) On a ainsi, dans l'*alinéa* b *du paragraphe 2* du présent projet d'article, traité d'une manière symétrique à celle de l'alinéa *c* du paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention de Vienne le cas des conférences internationales, en substituant toutefois à l'expression « les représentants accrédités des Etats à une conférence internationale », employée dans la Convention de Vienne, celle plus pré-

« *a*) si elle produit des pleins pouvoirs appropriés; ou

« *b*) s'il ressort de la pratique des Etats intéressés ou d'autres circonstances qu'ils avaient l'intention de considérer cette personne comme représentant l'Etat à ces fins et de ne pas requérir la présentation de pleins pouvoirs.

« 2. En vertu de leurs fonctions et sans avoir à produire de pleins pouvoirs, sont considérés comme représentant leur Etat :

« *a*) les chefs d'Etat, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères, pour tous les actes relatifs à la conclusion d'un traité;

« *b*) les chefs de mission diplomatique, pour l'adoption du texte d'un traité entre l'Etat accréditant et l'Etat accréditaire;

« *c*) les représentants accrédités des Etats à une conférence internationale ou auprès d'une organisation internationale ou d'un de ses organes, pour l'adoption du texte d'un traité dans cette conférence, cette organisation ou cet organe. »

[709] Pour le texte de la convention, voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales*, vol. II, *Documents de la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.75.V.12), p. 201. La convention est ci-après dénommée « Convention sur la représentation des Etats ».

cise de « les chefs de délégation des Etats à une conférence internationale », qui est inspirée de la Convention sur la représentation des Etats (art. 44).

5) On a traité à l'alinéa *c* du paragraphe 2 du cas des chefs de délégation des Etats auprès d'un organe d'une organisation internationale, en limitant leur compétence à adopter le texte d'un traité sans produire de pleins pouvoirs au seul cas d'un traité conclu entre un ou plusieurs Etats et *l'organisation de laquelle relève l'organe* auprès duquel ils sont délégués. En effet, leurs fonctions ne dépassent pas le cadre de cette organisation.

6) Enfin, en ce qui concerne les missions auprès des organisations internationales, on a non seulement abandonné la terminologie de la Convention de Vienne (« les représentants accrédités des Etats [...] auprès d'une organisation internationale ») pour celle de la Convention sur la représentation des Etats : « le chef de mission », mais on s'est inspiré, pour les *alinéas* d *et* e *du paragraphe 2*, des paragraphes 1 et 2 de l'article 12 de cette dernière convention, qui constituent l'expression de la règle la plus récente rédigée par des représentants d'Etats en la matière. Les chefs de mission permanente auprès d'une organisation internationale sont compétents pour l'*adoption* du texte d'un traité entre un ou plusieurs Etats et l'organisation, de plein droit en vertu de leurs fonctions. Ils peuvent également être compétents, mais seulement en vertu de la pratique ou d'autres circonstances, pour la *signature* ou pour la *signature ad referendum* du texte d'un traité entre un ou plusieurs Etats et cette organisation.

7) La question des représentants des organisations internationales pose des questions nouvelles, et d'abord une question de principe. Est-il normal de poser la règle que le représentant d'une organisation est astreint, comme celui d'un Etat, à établir par un document approprié qu'il a compétence pour représenter une organisation déterminée aux fins d'accomplir certains actes relatifs à la conclusion d'un traité (adoption et authentification du texte, consentement à être lié par un traité, etc.) ? La Commission a répondu affirmativement à cette question, car il n'y a aucune raison, bien au contraire, de ne pas soumettre les organisations internationales à un principe déjà fermement et généralement établi pour le cas des traités entre Etats. Il est, certes, exact que dans la pratique des organisations internationales on ne recourt pas habituellement à cet effet à des documents formels. Les traités actuellement conclus par des organisations internationales sont des traités bilatéraux ou restreints à un très petit nombre de parties; ils sont précédés par des échanges de correspondance qui déterminent généralement sans doute possible l'identité des personnes physiques appelées à poser, au nom de l'organisation, certains actes relatifs à la procédure de conclusion (au sens large) d'un traité. Dans d'autres cas, il existe dans les organisations un chef hiérarchique suprême des fonctionnaires de l'organisation (« le plus haut fonctionnaire de l'organisation », au sens du paragraphe 3 de l'article 85 de la Convention sur la représentation des Etats), que l'on considère en général dans la pratique, avec ses adjoints immédiats, comme représentant l'organisation sans autre preuve documentaire.

8) Mais ces faits ne sauraient faire méconnaître que dès que les organisations présentent une structure institutionnelle plus complexe, comme dans la Communauté économique européenne, le recours à des documents formels aux fins susindiquées s'impose. Par ailleurs, le projet d'articles envisage la possibilité, si les Etats y consentent, d'un accès des organisations internationales à des traités élaborés dans une conférence internationale comprenant principalement des Etats (art. 9), et il semble tout à fait normal que dans de tels cas les organisations soient soumises aux mêmes règles que les Etats. Ce qui reste vrai, c'est qu'il est nécessaire de donner le plus de souplesse possible à l'obligation de principe imposée aux organisations internationales et de permettre une pratique, acceptée par tous les intéressés, qui consiste à recourir à tous les accommodements souhaitables; c'est ce que l'on a fait par les *alinéas* b *des paragraphes 3 et 4*, dans des termes qui transposent au cas des représentants des organisations internationales la règle admise pour les représentants des Etats. En revanche, il n'a pas semblé possible à la Commission d'établir une liste de cas dans lesquels, *à raison de ses fonctions* au sein d'une organisation internationale, une personne serait dispensée de plein droit d'apporter le preuve documentaire de sa compétence pour représenter une organisation pour un acte relatif à la conclusion (au sens large) d'un traité. En effet, sous peine de complications inextricables, le présent projet d'article doit, à la différence de la Convention sur la représentation des Etats, s'appliquer à *toutes les organisations*, et les organisations internationales, prises dans leur ensemble, présentent des différences de structure telles que l'on ne peut poser à leur sujet de règles générales.

9) D'autres considérations peuvent encore renforcer ce point de vue, qui entraînent également des conséquences plus étendues. Aucune organisation n'a, en matière de conclusion de traités internationaux, une compétence comparable à celle d'un Etat : toute organisation a une capacité limitée, comme il résulte du projet d'article 6; aucun organe d'une organisation internationale n'a, comme le chef d'Etat ou le ministre des affaires étrangères pour l'Etat, une compétence *générale* pour représenter l'organisation. Il importe donc de maintenir par une terminologie appropriée ces différences et de préciser plus que pour les Etats, que la compétence des représentants des organisations internationales est limitée.

10) A cet effet, comme il sera établi plus loin par l'alinéa *c* du paragraphe 1 de l'article 2, le terme « pleins pouvoirs » est réservé aux documents produits par les représentants des Etats, et le terme « pouvoirs » aux documents produits par les représentants des organisations internationales. La CDI n'ignore pas combien, dans la pratique, la terminologie est fluctuante (et la Convention sur la représentation des Etats en donne un exemple dans ses articles 12 et 44), mais il lui a semblé que la terminologie qu'elle propose marquait une distinction qui mérite d'être retenue.

11) De plus, il a semblé à la Commission nécessaire de distinguer, en ce qui concerne les représentants des organisations internationales, l'adoption ou l'authentification du texte d'un traité, d'une part, et le consentement à être lié par un traité, d'autre part — les deux hypothèses

sont respectivement l'objet des paragraphes 3 et 4 du présent projet d'article. En ce qui concerne l'adoption ou l'authentification du texte d'un traité, il est proposé une formule qui correspond à celle qui résulte de l'alinéa *a* du paragraphe 1 pour les représentants des Etats. Toutefois, en ce qui concerne le consentement à être lié par un traité, la Convention de Vienne et le paragraphe 1 du présent article prévoient le cas où « une personne est considérée comme représentant un Etat [...] pour exprimer le consentement de l'Etat à être lié par un [...] traité ». La Commission est d'avis que, appliqué au représentant d'une organisation internationale, le verbe « exprimer » pourrait présenter une certaine ambiguïté. En effet, surtout en présence des lacunes ou des ambiguïtés, assez fréquentes, des chartes constitutives, ce terme pourrait être entendu comme laissant au représentant d'une organisation internationale le pouvoir de déterminer lui-même, en tant que représentant, si l'organisation doit ou non être liée par un traité. Pour éviter une telle ambiguïté, il a semblé utile d'employer, au lieu d' « exprimer », le verbe « communiquer », qui spécifie plus clairement que la volonté de l'organisation d'être liée par un traité doit être établie suivant les règles constitutionnelles de chaque organisation, et que l'action de son représentant consiste à transmettre cette volonté, sans que, du moins par le présent projet d'article, il reçoive la compétence de déterminer, à lui seul, le consentement de l'organisation à être liée par un traité. Dans d'autres articles du projet, on s'est également appliqué à éviter, en ce qui concerne les représentants des organisations internationales, l'emploi du verbe « exprimer » en recourant à d'autres expressions, comme celle d' « établir » (le consentement à être lié par un traité).

Article 2. — Expressions employées [710]

[1. Aux fins des présents articles :

...]

***c*) L'expression « pleins pouvoirs » s'entend d'un document émanant de l'autorité compétente d'un Etat et désignant une ou plusieurs personnes pour représenter l'Etat pour la négociation, l'adoption ou l'authentification du texte d'un traité entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales, pour exprimer le consentement de l'Etat à être lié par un tel traité, ou pour accomplir tout autre acte à l'égard d'un tel traité ;**

***c bis*) L'expression « pouvoirs » s'entend d'un document émanant de l'organe compétent d'une organisation internationale et désignant une ou plusieurs personnes pour représenter l'organisation pour la négociation, l'adoption ou l'authentification du texte d'un traité, pour communiquer le consentement de l'organisation à être liée par un traité, ou pour accomplir tout autre acte à l'égard du traité.**

Commentaire

L'adoption d'une terminologie distincte (« pleins pouvoirs » et « pouvoirs ») pour les documents établissant la qualité d'une personne pour représenter soit l'Etat soit l'organisation internationale a déjà été commentée, de même que l'emploi du terme « communiquer » au lieu d' « exprimer » en ce qui concerne le consentement d'une organisation à être liée par un traité [711]. L'alinéa *c bis* a été ajouté au texte correspondant de la Convention de Vienne; par rapport au texte de cette dernière, l'alinéa *c* ne comporte que la modification rédactionnelle nécessitée par l'objet particulier du présent projet d'article.

Article 8. — Confirmation ultérieure d'un acte accompli sans autorisation [712]

Un acte relatif à la conclusion d'un traité accompli par une personne qui ne peut, en vertu de l'article 7, être considérée comme autorisée à représenter un Etat ou une organisation internationale à cette fin est sans effet juridique, à moins qu'il ne soit confirmé ultérieurement par cet Etat ou cette organisation.

Commentaire

Cet article ne comporte que des modifications nécessitées par l'objet propre du présent texte, par rapport à l'article correspondant de la Convention de Vienne.

Article 9. — Adoption du texte [713]

1. L'adoption du texte d'un traité s'effectue par le consentement de tous les participants à son élaboration, sauf dans les cas prévus au paragraphe 2.

---

[710] Disposition de la Convention de Vienne correspondant aux alinéas *c* et *c bis* :

« *Article 2 : Expressions employées*

« 1. Aux fins de la présente Convention :

« ...

« *c*) l'expression « pleins pouvoirs » s'entend d'un document émanant de l'autorité compétente d'un Etat et désignant une ou plusieurs personnes pour représenter l'Etat pour la négociation, l'adoption ou l'authentification du texte d'un traité, pour exprimer le consentement de l'Etat à être lié par un traité, ou pour accomplir tout autre acte à l'égard du traité. »

[711] Voir ci-dessus art. 7, par. 10 et 11 du commentaire.

[712] Disposition correspondante de la Convention de Vienne :

« *Article 8 : Confirmation ultérieure d'un acte accompli sans autorisation*

« Un acte relatif à la conclusion d'un traité accompli par une personne qui ne peut, en vertu de l'article 7, être considérée comme autorisée à représenter un Etat à cette fin est sans effet juridique, à moins qu'il ne soit confirmé ultérieurement par cet Etat. »

[713] Disposition correspondante de la Convention de Vienne :

« *Article 9 : Adoption du texte*

« 1. L'adoption du texte d'un traité s'effectue par le consentement de tous les Etats participant à son élaboration, sauf dans les cas prévus au paragraphe 2.

« 2. L'adoption du texte d'un traité à une conférence internationale s'effectue à la majorité des deux tiers des Etats présents et votants, à moins que ces Etats ne décident, à la même majorité, d'appliquer une règle différente. »

2. L'adoption du texte d'un traité entre des Etats et une ou plusieurs organisations internationales à une conférence internationale à laquelle participent une ou plusieurs organisations internationales s'effectue à la majorité des deux tiers des participants présents et votants, à moins que ceux-ci ne décident, à la même majorité, d'appliquer une règle différente.

Commentaire

1) L'article correspondant de la Convention de Vienne établit une règle : l'adoption du texte du traité à l'unanimité de tous les Etats participant à son élaboration, et une exception pour l'adoption du texte du traité à une « conférence internationale » — mais sans définir autrement ce qu'est une « conférence internationale ». Toutefois, le sentiment commun a toujours été que ce terme visait une conférence relativement ouverte et générale et à laquelle les Etats participaient sans que le consentement final à être lié par le traité de l'un ou de plusieurs d'entre eux apparaisse, à l'égard des autres Etats, comme une condition de la mise en vigueur du traité.

2) Le présent projet d'article suit le même schéma; il évite d'apporter toute qualification ou toute précision au terme de « conférence » parce qu'une telle adjonction risquerait de créer une dissymétrie avec le texte de la Convention de Vienne, ce qui ne manquerait pas de compliquer les rapports entre celle-ci et le projet d'articles. Il en serait notamment ainsi du fait que l'article 3 de la Convention de Vienne réserve, dans son alinéa *c*, son application « aux relations entre Etats régies par des accords internationaux auxquels sont également parties d'autres sujets du droit international ». Pour que le projet d'articles et la Convention de Vienne ne créent pas deux jeux de règles dont le champ d'application différent risquerait de conduire à des difficultés, il est nécessaire de garder la même terminologie dans les deux textes et d'aligner le projet d'articles autant que possible sur la Convention de Vienne.

3) Cependant, le présent projet d'article présente un certain nombre d'aspects particuliers qui tiennent aux caractères propres des organisations internationales. Tout d'abord, l'article 9 de la Convention de Vienne vise, dans son paragraphe 1, à propos du traité, « tous les Etats participant à son élaboration » — sans définir autrement cette expression, dont la portée est assez claire quand seuls sont en cause des Etats. Quand des organisations sont en cause, il faut comprendre l'expression « tous les participants à son élaboration », employée au paragraphe 1 du projet, comme visant, suivant le cas, soit un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations, soit plusieurs organisations. Mais en ce qui concerne les organisations, il ne faut considérer comme « organisations » participant à l'élaboration du texte que les organisations qui participent à l'élaboration sur le même pied que les Etats, en excluant le cas de l'organisation qui se bornerait dans l'élaboration du texte à jouer un rôle de préparation ou de conseil. La Commission examinera plus tard, lorsqu'elle considérera le projet d'articles dans son ensemble, s'il est ou non convenable d'insérer, dans ses dispositions liminaires, une définition formelle de l'expression « participants à l'élaboration d'un traité ».

4) En examinant quelle pouvait être dans le développement de la communauté internationale la place des organisations internationales, la Commission a dû résoudre la question de savoir si l'on pourrait concevoir une conférence qui ne *réunirait que des organisations internationales*. L'hypothèse, pour être exceptionnelle, ne saurait être exclue, et l'on pourrait imaginer, par exemple, que par la voie d'une conférence internationale des organisations internationales cherchent à résoudre certains problèmes, ou au moins à harmoniser certaines solutions, concernant la fonction publique internationale. Mais il a semblé que, même dans une hypothèse de ce genre, chaque organisation présente des caractères tellement spécifiques par rapport aux autres organisations qu'il serait peu indiqué d'étendre à une telle « conférence » la règle du paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention de Vienne, qui n'est manifestement pas adaptée à une telle hypothèse. Dans le projet d'article, une « conférence » qui ne réunirait que des organisations internationales tomberait, en ce qui concerne l'adoption du texte d'un traité, sous le coup du *paragraphe 1* : le texte devrait être adopté par tous les participants, à moins que, du consentement de tous, une autre règle ne soit établie.

5) La seule hypothèse concrète qui appelle l'application d'une règle symétrique à celle du paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention de Vienne est celle d'une « conférence » entre Etats au sens de cette convention, à laquelle participeraient en outre une ou plusieurs organisations internationales en vue de l'adoption du texte d'un traité entre ces Etats et cette ou ces organisations internationales. Dans cette hypothèse, il semblerait raisonnable de présumer le maintien de l'application de la règle de la majorité des deux tiers stipulée dans le texte de la Convention de Vienne en appliquant la règle de la majorité des deux tiers à l'ensemble des participants, Etats et organisations internationales. Tel est l'objet du paragraphe 2 du projet d'article. Faute d'une telle disposition, si des Etats réunis en conférence décidaient d'inviter une ou deux organisations internationales à participer à la conférence sur le même pied que des Etats, la règle posée par le paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention de Vienne serait inapplicable, et l'on en serait réduit à employer une règle de consentement unanime, peut-être pour l'adoption du texte d'un traité, et en tout cas pour l'adoption de la règle suivant laquelle le texte du traité serait adopté. En proposant le paragraphe 2 du projet d'article, la Commission n'a pas entendu recommander la participation d'une ou de plusieurs organisations internationales à l'élaboration d'un traité au sein d'une conférence internationale — c'est là une question qui doit être examinée cas par cas et qui relève des Etats. Elle a simplement voulu prévoir une éventualité qui, si elle ne peut invoquer de précédents dans le passé, même récent, ne peut être exclue de l'avenir. En particulier, la constitution de nombreuses unions douanières ou économiques ne permet plus d'exclure que, dans certains cas tout au moins, de telles unions puissent être amenées en tant que telles à participer à l'élaboration de certaines conventions dans des conférences internationales. Il n'était pas non plus dans l'intention de la Commission que les dispositions du paragraphe 2 soient interprétées comme limitant l'autonomie des conférences interna-

tionales lorsqu'elles adoptent leur règlement intérieur — lequel peut prévoir une règle différente pour l'adoption du texte d'un traité — ou lorsqu'elles comblent une lacune de leur règlement intérieur à cet égard.

Article 10. — Authentification du texte [714]

1. Le texte d'un traité entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales est arrêté comme authentique et définitif

***a*) suivant la procédure établie dans ce texte ou convenue par les Etats et par les organisations internationales participant à l'élaboration du traité ; ou**

***b*) à défaut d'une telle procédure, par la signature, la signature *ad referendum* ou le paraphe, par les représentants de ces Etats et de ces organisations internationales, du texte du traité ou de l'acte final d'une conférence dans lequel le texte est consigné.**

2. Le texte d'un traité entre des organisations internationales est arrêté comme authentique et définitif

***a*) suivant la procédure établie dans ce texte ou convenue par les organisations internationales participant à son élaboration ; ou**

***b*) à défaut d'une telle procédure, par la signature, la signature *ad referendum* ou le paraphe, par les représentants de ces organisations internationales, du texte du traité ou de l'acte final d'une conférence dans lequel le texte est consigné.**

Commentaire

Ce projet d'article ne comporte, par rapport au texte correspondant de la Convention de Vienne, que des modifications de présentation, correspondant aux deux variétés particulières de traités auxquelles il est consacré. La brève allusion, à la fin du paragraphe 2, à une conférence ne réunissant que des organisations internationales doit être entendue comme visant une hypothèse exceptionnelle, ainsi qu'on l'a établi à propos de l'article 9 [715]. A l'alinéa *a* du paragraphe 2, l'expression « les organisations internationales participant à son [le texte du traité visé au paragraphe 2] élaboration » élimine toute ambiguïté dans le cas où une organisation internationale prête son assistance et son concours pour préparer le texte d'une convention à laquelle elle n'est pas appelée à devenir partie. L'hypothèse a été retenue également, bien qu'elle soit encore moins fréquente, dans le cas de l'alinéa *b*.

Article 11. — Mode d'établissement du consentement à être lié par un traité [716]

1. Le consentement d'un Etat à être lié par un traité entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales est exprimé par la signature, l'échange d'instruments constituant un traité, la ratification, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion, ou par tout autre moyen convenu.

2. Le consentement d'une organisation internationale à être liée par un traité est établi par la signature, l'échange d'instruments constituant un traité, un acte de confirmation formelle, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion, ou par tout autre moyen convenu.

Commentaire

1) Le paragraphe 1 de ce projet d'article reproduit, pour le comportement des Etats à être liés par un traité conclu entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales, la liste des différents modes donnée par l'article 11 de la Convention de Vienne pour les traités entre Etats. Une détermination de la liste des différents modes d'établir le consentement d'une organisation internationale à être liée par un traité auquel elle entend devenir partie est plus délicate. Il n'y a aucune difficulté à admettre pour les organisations internationales la signature, l'échange d'instruments constituant un traité, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion. La Commission a également estimé que l'on pouvait admettre pour les organisations internationales le même principe que pour les Etats et ajouter à cette liste « tout autre moyen convenu ». Cette formule, qui a été adoptée à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, a une portée considérable, car elle introduit une extrême souplesse dans les modes d'exprimer le consentement à être lié par un traité. Cette liberté laissée aux Etats, et qu'il est proposé d'étendre aux organisations internationales, porte également sur la terminologie, puisque la Convention de Vienne énumère, mais ne définit pas, les modes d'exprimer le consentement à être lié par un traité. Mais la pratique a démontré que l'expansion considérable des engagements conventionnels requérait cette souplesse, et il n'y a aucune raison d'en refuser le bénéfice aux organisations internationales.

2) Comme il a déjà été indiqué à propos de l'article 7 [717], on a évité le terme « exprimer » et préféré celui d' « établir » quand il s'agit du consentement d'une organisation internationale à être liée par un traité. En outre, l'emploi du terme « ratification » pour désigner un mode d'établir le consentement d'une organisation internationale à être liée par un traité a, après de longues discussions au sein

---

[714] Disposition correspondante de la Convention de Vienne :

« *Article 10 : Authentification du texte*

« Le texte d'un traité est arrêté comme authentique et définitif

« *a*) suivant la procédure établie dans ce texte ou convenue par les Etats participant à l'élaboration du traité; ou

« *b*) à défaut d'une telle procédure, par la signature, la signature *ad referendum* ou le paraphe, par les représentants de ces Etats, du texte du traité ou de l'acte final d'une conférence dans lequel le texte est consigné. »

[715] Voir ci-dessus art. 9, par. 4 du commentaire.

[716] Disposition correspondante de la Convention de Vienne :

« *Article 11 : Modes d'expression du consentement à être lié par un traité*

« Le consentement d'un Etat à être lié par un traité peut être exprimé par la signature, l'échange d'instruments constituant un traité, la ratification, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion, ou par tout autre moyen convenu. »

[717] Voir ci-dessus art. 7, par 11 du commentaire.

de la Commission, été écarté. Pour bien poser les éléments du problème, il convient de rappeler que le projet d'article 11, comme l'article 11 de la Convention de Vienne, ne se réfère pas au sens qui peut être donné aux expressions qu'il emploie dans le droit interne d'un Etat ou dans les règles d'une organisation internationale (paragraphe 2 du projet d'article 2, qui transpose le principe énoncé au paragraphe 2 de l'article 2 de la Convention de Vienne). Il ne s'agit donc pas de savoir si une organisation internationale peut dans sa constitution ou même dans sa pratique employer le terme « ratification » pour désigner un certain mode d'établir son consentement a être liée par un traité. En fait, les organisations internationales n'emploient pas cette terminologie, sauf dans des cas exceptionnels, qui semblent être des anomalies [718]. Mais il est évident que le projet d'article ne prétend pas interdire à une organisation internationale l'emploi d'un vocabulaire déterminé dans son ordre juridique propre.

3) En revanche, le projet d'article emploie, comme la Convention de Vienne, une terminologie reçue « sur le plan international » (art. 2, par. 1, al. *b*, de la Convention). A cet égard, il a semblé à la Commission que le terme « ratification » était réservé aux Etats, car il vise toujours, selon une longue tradition historique, un acte émanant des organes les plus élevés de l'Etat, généralement le chef d'Etat, auxquels ne correspond aucun organe analogue des organisations internationales.

4) Cependant, si l'on considère non plus les organes dont émane la ratification, mais son mécanisme technique, on constate qu'elle s'analyse en une confirmation définitive d'une volonté de se lier, énoncée une première fois sans engagement. Un tel mécanisme peut être parfois nécessaire dans le cas des organisations internationales, et il n'y a aucune raison de lui refuser une place dans les modes d'établir leur consentement à être liées par un traité. Toutefois, aucune dénomination généralement reçue sur un plan international ne désigne actuellement un tel mécanisme quand il s'agit d'une organisation internationale. Faute d'une expression reçue, la Commission s'est bornée à décrire ce mécanisme par la formule « un acte de confirmation formelle ». Ainsi, avec une terminologie différente, les organisations internationales peuvent, quand c'est nécessaire, établir sur un plan international leur consentement à être liées par un traité par un procédé symétrique à celui des Etats.

Article 2. — Expressions employées [719]

[1. Aux fins des présents articles :

...]

b) L'expression « ratification » s'entend de l'acte international ainsi dénommé par lequel un Etat établit sur le plan international son consentement à être lié par un traité ;

***b bis*) L'expression « acte de confirmation formelle » s'entend d'un acte international correspondant à celui de la ratification par un Etat et par lequel une organisation internationale établit sur le plan international son consentement à être liée par un traité ;**

***b ter*) Les expressions « acceptation », « approbation » et « adhésion » s'entendent, selon le cas, de l'acte international ainsi dénommé par lequel un Etat ou une organisation internationale établit sur le plan international son consentement à être lié par un traité.**

Commentaire

La portée des définitions ici proposées résulte du commentaire de l'article 11.

Article 12. — La signature comme mode d'établissement du consentement à être lié par un traité [720]

1. Le consentement d'un Etat à être lié par un traité entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales s'exprime par la signature du représentant de cet Etat

***a*) lorsque le traité prévoit que la signature aura cet effet ;**

***b*) lorsque les participants à la négociation étaient convenus que la signature aurait cet effet ; ou**

***c*) lorsque l'intention de l'Etat de donner cet effet à la signature ressort des pleins pouvoirs de son représentant ou a été exprimée au cours de la négociation.**

2. Le consentement d'une organisation internationale à être liée par un traité est établi par la signature du représentant de cette organisation

***a*) lorsque le traité prévoit que la signature aura cet effet ; ou**

***b*) lorsque l'intention de cette organisation de donner cet effet à la signature ressort des pouvoirs de son représentant ou a été établie au cours de la négociation.**

---

[718] Pour un exemple, voir ci-dessus doc. A/CN.4/285, note 31.

[719] Disposition de la Convention de Vienne correspondant aux alinéas *b*, *b bis* et *b ter* :

« *Article 2 : Expressions employées*

« 1. Aux fins de la présente Convention :

« ...

« *b*) les expressions « ratification », « acceptation », « approbation » et « adhésion » s'entendent, selon le cas, de l'acte international ainsi dénommé par lequel un Etat établit sur le plan international son consentement à être lié par un traité. »

[720] Disposition correspondante de la Convention de Vienne :

« *Article 12 : Expression, par la signature, du consentement à être lié par un traité*

« 1. Le consentement d'un Etat à être lié par un traité s'exprime par la signature du représentant de cet Etat

« *a*) lorsque le traité prévoit que la signature aura cet effet;

« *b*) lorsqu'il est par ailleurs établi que les Etats ayant participé à la négociation étaient convenus que la signature aurait cet effet; ou

« *c*) lorsque l'intention de l'Etat de donner cet effet à la signature ressort des pleins pouvoirs de son représentant ou a été exprimée au cours de la négociation.

« 2. Aux fins du paragraphe 1,

« *a*) le paraphe d'un texte vaut signature du traité lorsqu'il est établi que les Etats ayant participé à la négociation en étaient ainsi convenus;

« *b*) la signature *ad referendum* d'un traité par le représentant d'un Etat, si elle est confirmée par ce dernier, vaut signature définitive du traité. »

3. Aux fins des paragraphes 1 et 2,

***a*) le paraphe d'un texte vaut signature lorsqu'il est établi que les participants à la négociation en étaient ainsi convenus ;**

***b*) la signature *ad referendum* par le représentant d'un Etat ou d'une organisation internationale, si elle est confirmée par cet Etat ou cette organisation, vaut signature définitive.**

Commentaire

L'application au cas des organisations internationales de la règle établie pour les représentants des Etats par l'article 12 de la Convention de Vienne s'est opérée moyennant quelques modifications. Pour le cas des représentants des organisations internationales, on a substitué au verbe « s'exprime » le terme « est établi ». On a supprimé, pour les organisations internationales, la disposition de l'alinéa *b* du paragraphe 1 du texte de la Convention de Vienne, dont l'alinéa *c* correspond ainsi à l'alinéa *b* du paragraphe 2 du projet d'article 12. L'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 12 de la Convention de Vienne accorde aux Etats une grande liberté en leur permettant en la matière de conclure des accords sans les assujettir à aucune forme ni à aucune circonstance particulière. Une telle liberté, normale pour les Etats, soulève en ce qui concerne les organisations internationales des objections. L'alinéa *b* du paragraphe 2 du projet d'article 12 donne d'ailleurs aux organisations internationales une latitude suffisante.

Article 13. — L'échange d'instruments constituant un traité comme mode d'établissement du consentement à être lié par un traité [721]

1. Le consentement des Etats et des organisations internationales à être liés par un traité entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales constitué par les instruments échangés entre eux s'établit par cet échange

***a*) lorsque les instruments prévoient que leur échange aura cet effet ; ou**

***b*) lorsque ces Etats et ces organisations étaient convenus que l'échange des instruments aurait cet effet.**

2. Le consentement des organisations internationales à être liées par un traité entre des organisations internationales constitué par les instruments échangés entre elles s'établit par cet échange

***a*) lorsque les instruments prévoient que leur échange aura cet effet ; ou**

***b*) lorsque ces organisations étaient convenues que l'échange des instruments aurait cet effet.**

Commentaire

Ce projet d'article ne comporte par rapport à l'article 13 de la Convention de Vienne que les changements résultant des deux variétés de traités auxquels il s'applique. La rédaction du projet d'article rappelle, bien que cette hypothèse soit devenue aujourd'hui assez rare, que le mécanisme de l'échange d'instruments constituant un traité peut jouer aussi pour des traités comptant plus de deux parties contractantes.

Article 14. — La ratification, un acte de confirmation formelle, l'acceptation ou l'approbation comme mode d'établissement du consentement à être lié par un traité [722]

1. Le consentement d'un Etat à être lié par un traité entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales s'exprime par la ratification

***a*) lorsque le traité prévoit que ce consentement s'exprime par la ratification ;**

***b*) lorsque les participants à la négociation étaient convenus que la ratification serait requise ;**

***c*) lorsque le représentant de cet Etat a signé le traité sous réserve de ratification ; ou**

***d*) lorsque l'intention de cet Etat de signer le traité sous réserve de ratification ressort des pleins pouvoirs de son représentant ou a été exprimée au cours de la négociation.**

2. Le consentement d'une organisation internationale à être liée par un traité s'établit par un acte de confirmation formelle

***a*) lorsque le traité prévoit que ce consentement s'établit par un acte de confirmation formelle ;**

***b*) lorsque les participants à la négociation étaient convenus qu'un acte de confirmation formelle serait requis ;**

***c*) lorsque le représentant de cette organisation a signé le traité sous réserve d'un acte de confirmation formelle ; ou**

---

[721] Disposition correspondante de la Convention de Vienne :

Article 13 : Expression, par l'échange d'instruments constituant un traité, du consentement à être lié par un traité

« Le consentement des Etats à être liés par un traité constitué par les instruments échangés entre eux s'exprime par cet échange

« *a*) lorsque les instruments prévoient que leur échange aura cet effet; ou

« *b*) lorsqu'il est par ailleurs établi que ces Etats étaient convenus que l'échange des instruments aurait cet effet. »

[722] Disposition correspondante de la Convention de Vienne :

« Article 14 : Expression, par la ratification, l'acceptation ou l'approbation, du consentement à être lié par un traité

« 1. Le consentement d'un Etat à être lié par un traité s'exprime par la ratification

« *a*) lorsque le traité prévoit que ce consentement s'exprime par la ratification;

« *b*) lorsqu'il est par ailleurs établi que les Etats ayant participé à la négociation étaient convenus que la ratification serait requise;

« *c*) lorsque le représentant de cet Etat a signé le traité sous réserve de ratification; ou

« *d*) lorsque l'intention de cet Etat de signer le traité sous réserve de ratification ressort des pleins pouvoirs de son représentant ou a été exprimée au cours de la négociation.

« 2. Le consentement d'un Etat a être lié par un traité s'exprime par l'acceptation ou l'approbation dans des conditions analogues à celles qui s'appliquent à la ratification. »

d) lorsque l'intention de cette organisation de signer le traité sous réserve d'un acte de confirmation formelle ressort des pouvoirs de son représentant ou a été établie au cours de la négociation.

3. Le consentement d'un Etat à être lié par un traité entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales ainsi que le consentement d'une organisation internationale à être liée par un traité s'établissent par l'acceptation ou l'approbation dans des conditions analogues à celles qui s'appliquent à la ratification ou à un acte de confirmation formelle.

Commentaire

Ce projet d'article traite séparément dans son *paragraphe 1* du consentement de l'Etat dans le cas des traités entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales, et dans son *paragraphe 2* du consentement d'une organisation internationale pour le cas d'un traité au sens de l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 2, c'est-à-dire d'un traité entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales ou d'un traité entre plusieurs organisations internationales. Il n'appelle pas d'observation en ce qui concerne la question de l'emploi, dans le cas des organisations internationales, du terme « un acte de confirmation formelle », qui a déjà été traitée [723]; on notera seulement que le titre de cet article souligne, dans sa version française tout au moins, que l'expression retenue — « un acte de confirmation formelle » — est une expression verbale décrivant une opération qui n'a pas jusqu'à présent été désignée dans la pratique internationale par un terme généralement reçu.

Article 15. — L'adhésion comme mode d'établissement du consentement à être lié par un traité [724]

1. Le consentement d'un Etat à être lié par un traité entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales s'exprime par l'adhésion

a) lorsque le traité prévoit que ce consentement peut être exprimé par cet Etat par voie d'adhésion ;

b) lorsque les participants à la négociation étaient convenus que ce consentement pourrait être exprimé par cet Etat par voie d'adhésion ; ou

c) lorsque toutes les parties sont convenues ultérieurement que ce consentement pourrait être exprimé par cet Etat par voie d'adhésion.

2. Le consentement d'une organisation internationale à être liée par un traité s'établit par l'adhésion

a) lorsque le traité prévoit que ce consentement peut être établi par cette organisation par voie d'adhésion ;

b) lorsque les participants à la négociation étaient convenus que ce consentement pourrait être donné par cette organisation par voie d'adhésion ; ou

c) lorsque toutes les parties sont convenues ultérieurement que ce consentement pourrait être donné par cette organisation par voie d'adhésion.

Commentaire

Deux paragraphes distincts traitent du consentement de l'Etat et de celui de l'organisation internationale. Le terme « exprimé », employé au paragraphe 1 pour les Etats, comme il l'est dans l'article 15 de la Convention de Vienne, a été remplacé au paragraphe 2, pour les organisations internationales, par les termes « établi » ou « donné ».

Article 2. — Expressions employées [725]

[1. Aux fins des présents articles :
. . .]

g) L'expression « partie » s'entend d'un Etat ou d'une organisation internationale qui a consenti à être lié par le traité et à l'égard duquel le traité est en vigueur.

Commentaire

L'article 15 est, de tous les projets d'articles adoptés jusqu'à présent, le premier qui emploie le terme « partie » : aussi a-t-il été nécessaire de définir le sens de celui-ci. La définition ci-dessus suit exactement, sauf l'adjonction des mots « ou d'une organisation internationale », le texte de la Convention de Vienne. Elle laisse donc de côté certains problèmes propres aux organisations internationales. Mais il faut entendre ici les termes « être lié par le traité » dans leur sens le plus précis, c'est-à-dire être lié *par le traité lui-même*, comme acte juridique, et non pas seulement « être lié par les règles du traité ». En effet, il peut arriver qu'une organisation soit liée par des règles juridiques contenues dans un traité sans être partie à ce traité, soit que ces règles aient par rapport à l'organisation un caractère coutumier, soit que l'organisation se soit engagée par voie de déclaration unilatérale (si l'on admet cette possibilité), soit que l'organisation ait conclu avec les parties à un traité X

---

[723] Voir ci-dessus art. 11, par. 3 et 4 du commentaire.

[724] Disposition correspondante de la Convention de Vienne :

« *Article 15 : Expression, par l'adhésion, du consentement à être lié par un traité*

« Le consentement d'un Etat à être lié par un traité s'exprime par l'adhésion

« *a*) lorsque le traité prévoit que ce consentement peut être exprimé par cet Etat par voie d'adhésion;

« *b*) lorsqu'il est par ailleurs établi que les Etats ayant participé à la négociation étaient convenus que ce consentement pourrait être exprimé par cet Etat par voie d'adhésion; ou

« *c*) lorsque toutes les parties sont convenues ultérieurement que ce consentement pourrait être exprimé par cet Etat par voie d'adhésion. »

[725] Disposition de la Convention de Vienne correspondant à l'alinéa *g* :

« *Article 2 : Expressions employées*

« 1. Aux fins de la présente Convention :

« . . .

« *g*) l'expression « partie » s'entend d'un Etat qui a consenti à être lié par le traité et à l'égard duquel le traité est en vigueur. »

un traité collatéral en vertu duquel elle s'engage à respecter les règles contenues dans le traité X, sans pour autant devenir partie à ce traité. Au surplus, la définition relativement simple donnée ci-dessus doit être entendue sous réserve des observations qui ont déjà été présentées à propos de la participation à « l'élaboration » d'un traité : ce terme, en attendant peut-être une définition plus précise que la Commission établira plus tard, ne saurait couvrir le cas des organisations internationales qui, à l'occasion de l'élaboration, prêtent leur assistance technique à la préparation du texte d'un traité, sans être jamais destinées à y devenir parties.

Article 16. — Echange, dépôt ou notification des instruments de ratification, de confirmation formelle, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion [726]

1. A moins que le traité n'en dispose autrement, les instruments de ratification, de confirmation formelle, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion établissent le consentement d'un Etat ou d'une organisation internationale à être lié par un traité entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales au moment

***a*) de leur échange entre les Etats et les organisations internationales contractants ;**

***b*) de leur dépôt auprès du dépositaire ; ou**

***c*) de leur notification aux Etats et aux organisations internationales contractants ou au dépositaire, s'il en est ainsi convenu.**

2. A moins que le traité n'en dispose autrement, les instruments de confirmation formelle, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion établissent le consentement d'une organisation internationale à être liée par un traité entre des organisations internationales au moment

***a*) de leur échange entre les organisations internationales contractantes ;**

***b*) de leur dépôt auprès du dépositaire ; ou**

***c*) de leur notification aux organisations internationales contractantes ou au dépositaire, s'il en est ainsi convenu.**

Commentaire

Le projet d'article suit les dispositions de l'article 16 de la Convention de Vienne en distinguant en deux paragraphes les deux catégories de traités visées. On a, dans le cas d'un acte de confirmation formelle, désigné l'instrument qui en établit l'existence du terme d' « instrument de confirmation formelle », mais cette formule n'empêche pas le maintien dans les projets d'articles 2, par. 1, al. *b bis*, 11 et 14, de l'expression « acte de confirmation formelle », puisque ces termes permettent d'éviter toute confusion avec la confirmation visée au projet d'article 8 et que par ailleurs, comme on l'a déjà exposé [727], ils tendent non pas à dénommer, mais à décrire, l'opération visée.

Article 17. — Consentement à être lié par une partie d'un traité et choix entre des dispositions différentes [728]

1. Sans préjudice des articles [19 à 23], le consentement d'un Etat ou d'une organisation internationale à être lié par une partie d'un traité entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales ne produit effet que si le traité le permet ou si les autres Etats et organisations internationales contractants y consentent.

2. Sans préjudice des articles [19 à 23], le consentement d'une organisation internationale à être liée par une partie d'un traité entre des organisations internationales ne produit effet que si le traité le permet ou si les autres organisations internationales contractantes y consentent.

3. Le consentement d'un Etat ou d'une organisation internationale à être lié par un traité entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales qui permet de choisir entre des dispositions différentes ne produit effet que si les dispositions sur lesquelles il porte sont clairement indiquées.

4. Le consentement d'une organisation internationale à être liée par un traité entre des organisations internationales qui permet de choisir entre des dispositions différentes ne produit effet que si les dispositions sur lesquelles il porte sont clairement indiquées.

Commentaire

Ce projet d'article traite des deux questions distinctes qui font l'objet de l'article 17 de la Convention de Vienne en quatre paragraphes, en considérant séparément les deux catégories de traités qui sont l'objet du présent article. La référence aux articles 19 à 23 dans les paragraphes 1 et 2 a été mise entre crochets parce que la Commission n'a pu, faute de temps, avoir sur les projets d'articles 19 à 23 qu'un échange de vues général, sans se prononcer sur leur texte. Elle examinera les projets d'articles révisés relatifs aux réserves lors de sa prochaine session.

---

[726] Disposition correspondante de la Convention de Vienne :

« *Article 16 : Echange ou dépôt des instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion*

« A moins que le traité n'en dispose autrement, les instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion établissent le consentement d'un Etat à être lié par un traité au moment

« *a*) de leur échange entre les Etats contractants;

« *b*) de leur dépôt auprès du dépositaire; ou

« *c*) de leur notification aux Etats contractants ou au dépositaire, s'il en est ainsi convenu. »

[727] Voir ci-dessus art. 11, par. 4 du commentaire.

[728] Disposition correspondante de la Convention de Vienne :

« *Article 17 : Consentement à être lié par une partie d'un traité et choix entre des dispositions différentes*

« 1. Sans préjudice des articles 19 à 23, le consentement d'un Etat à être lié par une partie d'un traité ne produit effet que si le traité le permet ou si les autres Etats contractants y consentent.

« 2. Le consentement d'un Etat à être lié par un traité qui permet de choisir entre des dispositions différentes ne produit effet que si les dispositions sur lesquelles il porte sont clairement indiquées. »

Article 18. — Obligation de ne pas priver un traité de son objet et de son but avant son entrée en vigueur [729]

1. Un Etat ou une organisation internationale doit s'abstenir d'actes qui priveraient un traité entre un ou plusieurs Etats et une ou plusieurs organisations internationales de son objet et de son but

***a*) lorsque cet Etat ou cette organisation a signé le traité ou a échangé les instruments constituant le traité sous réserve de ratification, d'un acte de confirmation formelle, d'acceptation ou d'approbation, tant que cet Etat ou cette organisation n'a pas manifesté son intention de ne pas devenir partie au traité ; ou**

***b*) lorsque cet Etat ou cette organisation a établi son consentement à être lié par le traité, dans la période qui précède l'entrée en vigueur du traité et à condition que celle-ci ne soit pas indûment retardée.**

2. Une organisation internationale doit s'abstenir d'actes qui priveraient un traité entre des organisations internationales de son objet et de son but

***a*) lorsqu'elle a signé le traité ou a échangé les instruments constituant le traité sous réserve d'un acte de confirmation formelle, d'acceptation ou d'approbation, tant qu'elle n'a pas manifesté son intention de ne pas devenir partie au traité ; ou**

***b*) lorsqu'elle a établi son consentement a être liée par le traité, dans la période qui précède l'entrée en vigueur du traité et à condition que celle-ci ne soit pas indûment retardée.**

Commentaire

Ce projet d'article suit le principe posé par l'article 18 de la Convention de Vienne, avec quelques différences de rédaction et en distinguant les deux variétés de traités qui sont l'objet du présent article.

[729] Disposition correspondante de la Convention de Vienne :

« *Article 18 : Obligation de ne pas priver un traité de son objet et de son but avant son entrée en vigueur*

« Un Etat doit s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet et de son but

« *a*) lorsqu'il a signé le traité ou a échangé les instruments constituant le traité sous réserve de ratification, d'acceptation ou d'approbation, tant qu'il n'a pas manifesté son intention de ne pas devenir partie au traité; ou

« *b*) lorsqu'il a exprimé son consentement à être lié par le traité, dans la période qui précède l'entrée en vigueur du traité et à condition que celle-ci ne soit pas indûment retardée. »

Chapitre VI

AUTRES DÉCISIONS ET CONCLUSIONS DE LA COMMISSION

A. — Droit relatif aux utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation

138. A sa vingt-sixième session, en 1974, la CDI, agissant conformément à la recommandation de l'Assemblée générale contenue au paragraphe 4 de sa résolution 3071 (XXVIII), du 30 novembre 1973, a créé une sous-commission chargée d'examiner la question et de faire rapport à la Commission et nommé M. Richard D. Kearney rapporteur spécial. La Commission a adopté sans changement le rapport de la Sous-Commission et l'a incorporé dans son rapport sur cette session [730]. Le rapport de la Sous-Commission comprenait une série de questions qui permettraient de connaître l'opinion des Etats sur certains aspects fondamentaux du sujet en vue de faciliter l'étude ultérieure de la question par la Commission. Conformément aux dispositions de son statut, la CDI a décidé d'inviter les gouvernements des Etats Membres à présenter leurs observations et commentaires sur ces questions. Ces mesures ont été approuvées par l'Assemblée générale à la section I de sa résolution 3315 (XXIX), du 14 décembre 1974. Par une circulaire du 21 janvier 1975, le Secrétaire général a transmis aux gouvernements le questionnaire de la Commission et les a priés de soumettre leurs réponses avant le 1er juillet 1975. Les observations et commentaires que recevra le Secrétaire général seront communiqués au Rapporteur spécial et seront également reproduits dans un document qui sera distribué aux membres de la Commission. En attendant de recevoir les réponses des gouvernements des Etats Membres, la CDI n'a pas examiné ce sujet à sa présente session.

[730] Voir *Annuaire... 1974*, vol. II (1re partie), p. 313 et suiv., doc. A/9610/Rev.1, chap. V, annexe.

B. — Programme de travail et organisation des travaux

139. Les sujets soumis à l'examen de la CDI dans le cadre de son programme actuel de travail sont les suivants : responsabilité des Etats, succession d'Etats dans les matières autres que les traités, clause de la nation la plus favorisée, question des traités conclus entre Etats et organisations internationales ou entre deux ou plusieurs organisations internationales; droit relatif aux utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation.

140. A la suite d'un débat qui a eu lieu à la Commission à sa vingt-septième session, un groupe de planification a été créé au sein du Bureau élargi pour étudier le fonctionnement de la CDI et formuler des suggestions concernant ses travaux. La Groupe était composé de MM. Taslim O. Elias, Richard D. Kearney (président), N. A. Ouchakov, José Sette Câmara et Senjin Tsuruoka.

141. A titre initial, le Groupe a entrepris d'examiner le volume actuel de travail de la CDI en vue de proposer des objectifs généraux que la Commission pourrait s'efforcer d'atteindre. Sur la base de cet examen, le

Groupe a conclu que, en l'état actuel des travaux sur la clause de la nation la plus favorisée, il devait être possible de mener à bien la première lecture de la série d'articles à la session de 1976. Cette session étant celle à laquelle expirait le mandat des membres actuels de la Commission, le Groupe a suggéré que l'on s'efforce d'achever la première lecture des articles sur ce sujet afin de les soumettre à l'Assemblée générale à sa trente et unième session.

142. Le Groupe s'est longuement penché sur les sujets prioritaires inscrits à l'ordre du jour — responsabilité des Etats et succession d'Etats dans les matières autres que les traités. Comme il est indiqué dans l'introduction au chapitre II du présent rapport [731], trois chapitres de la première partie des articles sur la responsabilité des Etats restent à examiner. Ce sont :

Chapitre III : Violation d'une obligation internationale;

Chapitre IV : Participation d'autres Etats au fait internationalement illicite d'un Etat;

Chapitre V : Circonstances excluant l'illicéité et circonstances atténuantes ou aggravantes.

143. La première partie, une fois achevée, contiendra un exposé complet des aspects les plus fondamentaux de la responsabilité des Etats et formera un tout en soi. Le Groupe a considéré que, compte tenu du rang élevé de priorité que l'Assemblée générale a attribué à ce sujet, la première lecture de cette série d'articles devrait être achevée au cours de la première partie du mandat des membres qui seront élus à la Commission en 1976. Cela permettrait de soumettre la série d'articles aux gouvernements et de recevoir leurs observations en temps voulu pour que la deuxième et dernière lecture des articles puisse avoir lieu avant l'expiration de ce mandat. Ainsi, les articles sur ce sujet pourraient être achevés en 1981 au plus tard, et peut-être même avant.

144. En ce qui concerne la succession d'Etats dans les matières autres que les traités, le Groupe est arrivé à la conclusion que, du point de vue des besoins actuels du droit international, les aspects les plus importants du sujet étaient les biens publics — pour lesquels l'étude des biens d'Etat était déjà bien avancée — et les dettes publiques. En faisant porter l'essentiel des efforts sur ces aspects, on pourrait élaborer un projet d'articles équilibré qui, une fois adopté sous la forme d'un traité, constituerait une base à partir de laquelle pourraient être traitées les questions qui, en ce qui concerne les matières autres que les traités, posent généralement le plus de problèmes au cours d'une succession d'Etats. En tenant compte des problèmes complexes et difficiles auxquels la Commission se heurtera dans ces travaux, le Groupe a estimé que l'achèvement, en première lecture, d'une série d'articles sur la succession d'Etats en matière de biens publics et de dettes publiques devait représenter un objectif minimal pour la Commission au cours de son mandat 1976-1981.

145. Sur le quatrième sujet qui occupe activement la CDI, à savoir la question des traités conclus entre Etats et organisations internationales ou entre deux ou plusieurs organisations internationales, les travaux ont progressé à un rythme satisfaisant. Le Groupe a donc considéré qu'il était justifié de fixer comme objectif l'achèvement, en deuxième lecture, d'une série d'articles sur ce sujet en 1981, sinon avant.

146. Les réponses au questionnaire de la Commission sur les utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation n'ont pas été suffisamment nombreuses jusqu'à présent pour permettre de déterminer la portée et le contenu des travaux sur ce sujet. Le Groupe a suggéré d'attendre la vingt-huitième session de la Commission (1976) pour lui assigner un objectif en la matière.

147. Le Bureau élargi a soumis ces suggestions du Groupe à l'examen de la CDI. Après les avoir étudiées, la Commission est arrivée à la conclusion qu'il était impossible d'adopter un plan rigide d'organisation des travaux, mais qu'en se fixant des objectifs dans la planification de ses activités la Commission disposerait d'un cadre de référence pour prendre ses décisions. La CDI a également estimé qu'il fallait continuer d'avoir recours à un groupe de planification chargé d'examiner périodiquement l'état d'avancement des travaux de la Commission, et elle a approuvé la suggestion tendant à ce que, pour aider le groupe dans ses travaux, les membres soumettent à l'examen du groupe des propositions relatives aux activités et aux besoins de la Commission.

C. — Coopération avec d'autres organismes

1. Comité juridique consultatif africano-asiatique

148. Le Président de la vingt-sixième session, M. Endre Ustor, a assisté, en qualité d'observateur de la CDI, à la seizième session du Comité juridique consultatif africano-asiatique, qui s'est tenue à Téhéran (Iran) en janvier 1975, et a fait une déclaration au Comité (A/CN.4/287 [732]).

149. Le Comité juridique était représenté à la vingt-septième session de la CDI par son secrétaire général, M. B. Sen, qui a pris la parole devant la Commission à la 1310e séance.

150. M. Sen a exprimé l'espoir que la coopération ne cesserait de s'intensifier dans l'avenir entre le Comité et la CDI, qui œuvraient l'un et l'autre pour l'instauration d'un ordre juridique fondé sur la justice, l'équité et la bonne foi. M. Sen a indiqué que le Comité avait informé ses membres des travaux de la CDI sur divers sujets, et qu'il espérait bientôt être en mesure de faire part de ses observations sur le projet d'articles de la Commission sur la succession d'Etats en matière de traités. M. Sen a dit que, désormais, le Comité inscrirait à son programme de travail tous les sujets examinés par la CDI et les aborderait lorsque la Commission en serait encore aux premiers stades de ses travaux. En même temps que le nombre de ses membres augmentait, a

[731] Voir ci-dessus par. 42, 45 et 49 à 51.

[732] Voir ci-dessus p. 49.

ajouté M. Sen, le Comité avait étendu le champ de ses activités à l'étude et à l'établissement d'une documentation sur toutes les questions juridiques intéressant l'ONU et les autres organisations internationales, dans l'intérêt de ses membres et d'autres gouvernements d'Asie et d'Afrique. M. Sen a indiqué que la seizième session du Comité avait été consacrée en grande partie à une évaluation de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer et à la discussion de questions précises qui avaient demandé des éclaircissements et des consultations complémentaires en vue de la préparation de la récente session de la Conférence qui s'est tenue à Genève. M. Sen a également souligné que le Comité avait collaboré étroitement avec le Programme des Nations Unies pour l'environnement en ce qui concerne les aspects juridiques des problèmes de l'environnement, ainsi qu'avec la CNUDCI, la CNUCED, la CEE, la Communauté économique européenne et d'autres organismes pour ce qui avait trait aux questions de vente internationale d'objets mobiliers corporels, d'arbitrage commercial international et de transports maritimes, matières qui présentaient toutes un intérêt vital pour les pays en voie de développement et qui ont été examinées par le Comité à sa seizième session. Enfin, M. Sen a expliqué à la CDI que le Comité prêtait son concours aux gouvernements membres en organisant des programmes de formation, en rassemblant de la documentation juridique et en organisant des séminaires sur des problèmes d'intérêt commun. Le Comité espérait organiser en 1976 un séminaire sur les problèmes de droit international à l'intention des conseillers juridiques des gouvernements.

151. La CDI a été informée que la dix-septième session du Comité, auprès duquel elle est invitée à titre permanent à envoyer un observateur, se tiendrait à Kuala Lumpur (Malaisie) en 1976. La CDI a prié son président, M. Abdul Hakim Tabibi, d'assister à la session du Comité, ou, s'il était empêché, de désigner un autre membre de la Commission pour le remplacer.

2. Comité européen de coopération juridique

152. Les vingt-deuxième et vingt-troisième sessions du Comité européen de coopération juridique se sont tenues à Strasbourg (France) respectivement en décembre 1974 et en juin 1975. La CDI n'a pas pu envoyer d'observateur à ces sessions, qui ont coïncidé avec la vingt-neuvième session de l'Assemblée générale et la présente session de la Commission.

153. La Comité européen était représenté à la vingt-septième session de la Commission par M. H. Golsong, directeur des affaires juridiques au Conseil de l'Europe, qui a pris la parole à la 1333e séance.

154. M. Golsong a souligné que les travaux de la CDI étaient toujours suivis avec beaucoup d'intérêt par le Comité. En ce qui concerne la question des traités conclus entre Etats et organisations internationales ou entre deux ou plusieurs organisations internationales, M. Golsong a mentionné les dispositions prises en vue de permettre aux Communautés européennes de devenir parties contractantes à la future Convention européenne pour la protection des cours d'eau internationaux contre la pollution [733]. Il a déclaré que les travaux du Comité visant à adapter aux exigences actuelles la Convention européenne d'extradition se rattachaient également au droit des traités. Il a rappelé les récents efforts du Comité qui visaient notamment à réduire le nombre des réserves formulées par certains Etats à l'encontre de cette convention, dont l'élaboration remontait à une vingtaine d'années et qui était maintenant en vigueur entre de nombreux Etats. M. Golsong a également commenté une affaire récente (l'*Affaire Golder*), tranchée par la Cour européenne des droits de l'homme, qui portait sur l'interprétation d'une disposition de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales presque identique à une disposition du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Afin d'interpréter cette disposition et de déterminer si elle impliquait le droit d'accès aux tribunaux, la Cour avait suivi la méthode d'interprétation prévue aux articles 31 à 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités [734]. Dans le domaine du droit pénal, M. Golsong s'est référé à la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs, récemment entrée en vigueur, et à la Convention européenne pour la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous condition, qui devait entrer en vigueur prochainement. Enfin, M. Golsong a indiqué que le Comité étudiait également la rédaction des instruments concernant l'entraide administrative et qu'il entreprendrait bientôt des travaux sur l'étude des actes de violence concertés.

155. La Commission a été informée que la prochaine session du Comité, auprès duquel elle est invitée à titre permanent à envoyer un observateur, se tiendrait à une date et en un lieu qui seront annoncés ultérieurement. La Commission a prié son président, M. Abdul Hakim Tabibi, d'assister à la session du Comité ou, s'il était empêché, de désigner un autre membre de la Commission pour le remplacer.

3. Comité juridique interaméricain

156. M. Alfredo Martínez Moreno a assisté en qualité d'observateur de la Commission à la session du Comité juridique interaméricain qui s'est tenue à Rio de Janeiro (Brésil) en février et en mars 1975.

157. Le Comité juridique interaméricain était représenté à la vingt-septième session de la Commission par M. A. P. Ricaldoni, qui a pris la parole à la 1321e sécance.

158. M. Ricaldoni a exprimé l'espoir que la collaboration étroite et fructueuse entre la CDI et le Comité continuerait de se développer comme une manifestation de la conviction profonde qu'il ne peut y avoir de justice, de paix ou de liberté en dehors du droit. Passant aux travaux effectués par le Comité en 1974, il a déclaré que celui-ci avait adopté une liste définitive, mais non exhaustive, de 21 « cas » de violation du principe de

---

[733] *Annuaire... 1974*, vol. II (2e partie), doc. A/CN.4/274, par. 377.

[734] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents de la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.70.V.5), p. 315 et 316.

non-intervention par les Etats ainsi qu'un exposé des motifs, joint à la liste. M. Ricaldoni a expliqué à la Commission certaines des dispositions de la liste et de l'exposé des motifs, et a fait observer que la liste tirait son origine d'un projet que le Comité avait établi en 1959. Neuf des 21 cas avaient été empruntés pratiquement sans changement à la liste de 1959. Lors de sa session de 1974, le Comité avait ajouté 12 cas nouveaux à la liste. M. Ricaldoni a indiqué que le Comité s'était également occupé, à sa session de 1974, de la question des entreprises transnationales. Il a souligné que le Comité étudiait depuis plusieurs années les questions relatives aux sociétés multinationales, et avait reçu à ce sujet plusieurs rapports intéressants émanant de certains de ses membres. Il a rappelé certaines décisions que le Conseil de l'OEA avait prises sur la question ainsi que les vues exprimées par le Comité. En ce qui concerne les autres sujets, M. Ricaldoni a indiqué que l'un des membres du Comité avait présenté une étude sur l'immunité de juridiction des Etats et un autre une étude consacrée aux règlements des différends relatifs au droit de la mer et tenant compte des travaux de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer. Le Comité avait aussi poursuivi en 1974 ses activités habituelles concernant la recherche en matière de droit international ainsi que la diffusion et l'enseignement du droit international en organisant des séries de cours dans divers domaines du droit international.

159. La Commission a été informée qu'une session du Comité devait se tenir en juillet 1975, pendant l'actuelle session de la Commission, mais que la prochaine session du Comité, auprès duquel elle était invitée à titre permanent à envoyer un observateur, se tiendrait à une date et en un lieu qui seraient annoncés ultérieurement. La Commission a prié son président, M. Abdul Hakim Tabibi, d'assister à la prochaine session du Comité ou, s'il était empêché, de désigner un autre membre de la Commission pour le remplacer.

D. — Date et lieu de la vingt-huitième session

160. La Commission a décidé de tenir sa prochaine session à l'Office des Nations Unies, à Genève, du 3 mai au 23 juillet 1976.

E. — Représentation à la trentième session de l'Assemblée générale

161. La Commission a décidé qu'elle serait représentée à la trentième session de l'Assemblée générale par son président, M. Abdul Hakim Tabibi.

F. — Conférence commémorative Gilberto Amado

162. Conformément à la décision prise par la Commission à sa vingt-troisième session [735], et grâce à un nouveau don généreux du Gouvernement brésilien, la troisième Conférence commémorative Gilberto Amado a été donnée au Palais des Nations le 11 juin 1975.

163. Cette conférence, qui a été faite par M. Manfred Lachs, président de la Cour internationale de Justice, avait pour thème « Considérations sur le règlement pacifique des différends ». Y ont assisté des membres de la Commission et de son secrétariat, d'autres éminents juristes, notamment de missions permanentes, de délégations, du Secrétariat de l'Office des Nations Unies à Genève et de l'université de Genève, ainsi que les participants au Séminaire de droit international. La conférence a été suivie d'un dîner. La Commission a exprimé l'avis que, tout comme pour les deux conférences précédentes, il serait souhaitable de faire imprimer le texte de la conférence susmentionnée en anglais et en français, pour le porter à la connaissance du plus grand nombre possible de spécialistes du droit international.

164. Le Comité consultatif de la Conférence commémorative Gilberto Amado s'est réuni le 4 juin 1975 sous la présidence de M. Taslim O. Elias. MM. Richard D. Kearney, José Sette Câmara, Abdul Hakim Tabibi et Nikolaï A. Ouchakov, membres du Comité, ont assisté à cette réunion.

165. Le Comité a décidé de recommander que tout soit mis en œuvre pour organiser une autre conférence en 1976 pendant les sessions de la CDI et du Séminaire de droit international. Avec l'aide du Président de la Commission et de M. Sette Câmara, il faudrait par ailleurs tenter d'obtenir, comme les années précédentes, des fonds du Gouvernement brésilien.

166. La Commission a fait sienne l'opinion du Comité et a exprimé sa gratitude au Gouvernement brésilien pour son nouveau geste, qui avait permis d'organiser la troisième Conférence commémorative Gilberto Amado. Elle a exprimé l'espoir que ce gouvernement maintiendrait son assistance financière de manière que la série de conférences puisse se poursuivre, en hommage à la mémoire de cet illustre juriste brésilien qui avait été pendant tant d'années membre de la CDI. La Commission a demandé à M. Sette Câmara de transmettre ces observations au Gouvernement brésilien.

G. — Séminaire de droit international

167. En application de la résolution 3315 (XXIX) de l'Assemblée générale, en date du 14 décembre 1974, l'Office des Nations Unies à Genève a organisé, au cours de la vingt-septième session de la Commission, une session — la onzième — du Séminaire de droit international destiné à des étudiants avancés de cette discipline et à de jeunes fonctionnaires d'administrations nationales, dont les tâches comprennent habituellement l'examen de questions de droit international.

168. Le Séminaire a tenu, entre le 26 mai et le 13 juin 1975, dix réunions, consacrées à des conférences suivies de débats.

169. Neuf membres de la Commission ont généreusement prêté leur concours en qualité de conférenciers.

[735] *Annuaire... 1971*, vol. II (1re partie), p. 375, doc. A/8410/Rev.1, par. 164 à 169.

Les conférences ont porté sur divers sujets, dont certains se rattachaient aux travaux passés, présents ou futurs de la Commission, à savoir Convention de Vienne sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (M. El-Erian, avec la participation, pour les débats, de M. Sette Câmara), système actuel de droit diplomatique et consulaire (M. Ustor), droit relatif aux utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation (M. Kearney), et succession d'Etats en matière de traité (sir Francis Vallat). Un conférencier (M. Elias) a présenté une critique des arrêts de la CIJ dans les affaires des essais nucléaires et un autre (M. Yasseen) a parlé des travaux de l'Assemblée générale sur la définition de l'agression. Une conférence a porté sur les frontières du droit international (M. Pinto), une autre sur les aspects juridiques et opérationnels du processus d'intégration sous-régional andin (M. Calle y Calle), et une autre encore sur les problèmes de l'énergie et le droit international (M. Bedjaoui). En outre, le Directeur du Département de la doctrine et du droit du Comité international de la Croix-Rouge (M. Pilloud) a parlé de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés [736]. Le Directeur du Séminaire (M. Raton) a fait un exposé liminaire sur la Commission du droit international et son œuvre.

170. Les vingt étudiants, tous originaires de pays différents, qui ont participé au Séminaire ont également assisté à la troisième Conférence commémorative Gilberto Amado et aux séances de la Commission. La Bibliothèque du Palais des Nations leur était ouverte, et ils ont assisté à une projection cinématographique organisée par le Service de l'information de l'ONU. Il leur a été remis, à titre gracieux, des exemplaires de *La Commission du droit international et son œuvre* [737], ouvrage indispensable pour qui désire suivre les travaux du Séminaire, ainsi que les documents de base voulus pour suivre les débats de la Commission et les conférences du Séminaire. Les participants ont en outre pu obtenir, ou acheter à prix réduit, des documents des Nations Unies non disponibles ou difficiles à trouver dans leur pays d'origine.

171. Le Séminaire n'a occasionné aucune dépense à l'ONU, à qui il n'a pas été demandé de contribuer aux frais de voyage ni aux fraix de subsistance des participants. Comme lors des précédentes sessions, les Gouvernements du Danemark, de la Finlande, d'Israël, de la Norvège, des Pays-Bas, de la République fédérale d'Allemagne et de la Suède ont offert des bourses à des participants de pays en voie de développement. Ces bourses, dont le montant varie entre 1 200 et plus de 4 000 dollars des Etats-Unis, ont été attribuées à 12 candidats. L'octroi de bourses permet d'obtenir désormais une bien meilleure répartition géographique des participants et de faire venir de pays éloignés des candidats méritants qui ne pourraient sans cela participer à la session pour des raisons uniquement pécuniaires. Il est utile de rappeler que de 1965 à 1975, sur 248 participants de 87 nationalités différentes, 119 ont pu bénéficier de bourses, dont 100 offertes par les Etats susmentionnés et par la Suisse, et 19 par l'UNITAR

172. Malheureusement, la baisse continue du dollar et l'augmentation des prix des transports aériens et du coût de la vie à Genève ont fortement réduit le pouvoir d'achat des bourses. Si cette tendance se poursuivait, l'organisation du Séminaire rencontrerait de grosses difficultés. La plupart des gouvernements donateurs l'ont fort bien compris et ont relevé le montant des bourses qu'ils octroient, portant ce montant à 2 000 dollars (Finlande, Norvège et Suède), à 2 100 dollars (Pays-Bas), à près de 2 500 dollars (République fédérale d'Allemagne), et même à plus de 4 000 dollars (Danemark). Pour la douzième session du Séminaire, le Danemark a déjà fait parvenir un montant de 11 675 francs suisses. Ce résultat, pour satisfaisant qu'il soit, devrait être encore amélioré. Il est souhaitable que l'on puisse compter sur la générosité accrue ou renouvelée des gouvernements des Etats précités et, si possible, sur l'octroi de bourses par d'autres gouvernements, ce qui permettrait d'améliorer encore la répartition géographique des candidats et éviterait d'avoir à refuser des candidatures faute de fonds suffisants. Il est à noter que, selon une politique constante des organisateurs du Séminaire, le nom des bénéficiaires est porté à la connaissance des gouvernements donateurs et que, de leur côté, les bénéficiaires sont toujours informés de la provenance de leur bourse.

---

[736] Conformément au paragraphe 3 de la résolution 3032 (XXVII) de l'Assemblée générale, du 18 décembre 1972.

[737] Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.72.I.17.