



Nations Unies

Rapport de la Commission du droit international

Cinquante-troisième session

**23 avril -1er juin
et 2 juillet - 10 août 2001**

Assemblée générale
Documents officiels • Cinquante-sixième session
Supplément n° 10 (A/56/10)

Rapport de la Commission du droit international

Cinquante-troisième session

**23 avril - 1er juin
et 2 juillet - 10 août 2001**

**Assemblée générale
Documents officiels • Cinquante-sixième session
Supplément n° 10 (A/56/10)**



Nations Unies • New York, 2001

NOTE

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

Le mot *Annuaire* suivi de points de suspension et de l'année (par exemple, *Annuaire ... 1971*) s'entend de l'*Annuaire de la Commission du droit international*.

Une version linotypée du rapport de la Commission paraîtra dans la deuxième partie du volume II de l'*Annuaire de la Commission du droit international*, 2001.

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
<u>Chapitres</u>		
I. INTRODUCTION.....	1 - 10	19
A. Membres de la Commission.....	2	19
B. Membres du Bureau élargi.....	3 - 5	20
C. Comité de rédaction	6 - 7	21
D. Groupes de travail.....	8	21
a) Responsabilité des États.....	8	22
b) Protection diplomatique.....	8	22
c) Actes unilatéraux des États	8	22
E. Secrétariat	9	22
F. Ordre du jour.....	10	22
II. RÉSUMÉ DES TRAVAUX DE LA COMMISSION À SA CINQUANTE-TROISIÈME SESSION.....	11 - 18	24
III. POINTS SUR LESQUELS DES OBSERVATIONS SERAIENT PARTICULIÈREMENT INTÉRESSANTES POUR LA COMMISSION	19 - 29	26
A. Réserves aux traités.....	20 - 26	26
B. Protection diplomatique.....	27 - 28	28
C. Actes unilatéraux des États	29	28

TABLE DES MATIÈRES (suite)

<u>Chapitres</u>	<u>Paragraphe</u> s	<u>Page</u>
IV. RESPONSABILITÉ DES ÉTATS	30 - 77	29
A. Introduction.....	30 - 40	29
B. Examen du sujet à la présente session	41 - 71	32
1. Bref résumé du débat sur les principales questions en suspens	45 - 67	33
a) Violations graves d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble (deuxième partie, chap. III, document A/CN.4(L.600*)	45 - 49	33
b) Contre-mesures (deuxième partie bis, chap. II, document A/CN.4/L.600*)	50 - 55	35
c) Dispositions relatives au règlement des différends (troisième partie).....	56 - 60	37
d) Forme à donner au projet d'articles	61 - 67	39
2. Changement au titre du sujet	68	42
3. Adoption du projet d'articles et des commentaires y relatifs	69 - 71	43
C. Recommandation de la Commission	72 - 73	43
D. Hommage au Rapporteur spécial, M. James Crawford	74 - 75	44
E. Texte du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.....	76	44
1. Texte du projet d'articles.....	76	44
2. Texte des projets d'articles et commentaires y relatifs ...	77	60

TABLE DES MATIÈRES (suite)

	<u>Paragraphe</u> s	<u>Page</u>
<u>Chapitres</u>		
La responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite		61
Première partie		65
Le fait internationalement illicite de l'État.....		65
Chapitre 1 ^{er} – Principes généraux.....		65
Article 1. Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.....		65
Commentaire		65
Article 2. Éléments du fait internationalement illicite de l'État.....		70
Commentaire		71
Article 3. Qualification du fait de l'État comme internationalement illicite.....		77
Commentaire		77
Chapitre II Attribution d'un comportement à l'État.....		83
Article 4. Comportement des organes de l'État.....		87
Commentaire		88
Article 5. Comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique.....		96
Commentaire		96
Article 6. Comportement d'un organe mis à la disposition de l'État par un autre État.....		100
Commentaire		100
Article 7. Excès de pouvoir ou comportement contraire aux instructions		104
Commentaire		104

TABLE DES MATIÈRES (suite)

<u>Chapitres</u>		<u>Paragraphe</u> s	<u>Page</u>
Article 8.	Comportement sous la direction ou le contrôle de l'État		109
	Commentaire		109
Article 9.	Comportement en cas d'absence ou de carence des autorités officielles.....		115
	Commentaire		115
Article 10.	Comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre		117
	Commentaire		118
Article 11.	Comportement reconnu et adopté par l'État comme étant sien.....		125
	Commentaire		125
Chapitre III - Violation d'une obligation internationale			129
Article 12.	Existence d'une violation d'une obligation internationale.....		131
	Commentaire		131
Article 13.	Obligation internationale en vigueur à l'égard de l'État		140
	Commentaire		140
Article 14.	Extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale.....		146
	Commentaire		146
Article 15.	Violation constituée par un fait composite		154
	Commentaire		154

TABLE DES MATIÈRES (suite)

	<u>Paragraphe</u> s	<u>Page</u>
<u>Chapitres</u>		
Chapitre IV - Responsabilité de l'État à raison du fait d'un autre État.....		159
Article 16. Aide ou assistance dans la commission du fait internationalement illicite.....		164
Commentaire		164
Article 17. Directives et contrôle dans la commission du fait internationalement illicite.....		170
Commentaire		170
Article 18. Contrainte sur un autre État.....		175
Commentaire		175
Article 19. Effet du présent chapitre		178
Commentaire		178
Chapitre V - Circonstances excluant l'illicéité.....		179
Article 20. Consentement		184
Commentaire		184
Article 21. Légitime défense		189
Commentaire		189
Article 22. Contre-mesures à raison d'un fait internationalement illicite.....		192
Commentaire		192
Article 23. Force majeure		195
Commentaire		195
Article 24. Détresse		202
Commentaire		202

TABLE DES MATIÈRES (suite)

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
<u>Chapitres</u>		
Article 25. État de nécessité		208
Commentaire		208
Article 26. Respect de normes impératives		221
Commentaire		221
Article 27. Conséquences de l’invocation d’une circonstance excluant l’illicéité		224
Commentaire		225
Deuxième partie		227
Contenu de la responsabilité internationale de l’État		227
Chapitre I ^{er} - Principes généraux		229
Article 28. Conséquences juridiques d’un fait internationalement illicite		230
Commentaire.....		230
Article 29. Maintien du devoir d’exécuter l’obligation		231
Commentaire.....		231
Article 30. Cessation et non-répétition		233
Commentaire.....		233
Article 31. Réparation.....		240
Commentaire.....		240
Article 32. Non-pertinence du droit interne.....		249
Commentaire.....		249

TABLE DES MATIÈRES (suite)

<u>Chapitres</u>		<u>Paragraphe</u> s	<u>Page</u>
	Article 33.	Portée des obligations internationales énoncées dans la présente partie	251
		Commentaire.....	251
	Chapitre II - Réparation du préjudice.....		253
	Article 34.	Formes de réparation	253
		Commentaire.....	253
	Article 35.	Restitution.....	256
		Commentaire.....	256
	Article 36.	Indemnisation	262
		Commentaire.....	262
	Article 37.	Satisfaction	284
		Commentaire.....	284
	Article 38.	Intérêts	289
		Commentaire.....	290
	Article 39.	Contribution au préjudice	296
		Commentaire.....	296
	Chapitre III - Violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général.....		298
	Article 40.	Application du présent chapitre	303
		Commentaire.....	303
	Article 41.	Conséquences particulières d'une violation grave d'une obligation en vertu du présent chapitre.....	308
		Commentaire.....	308

TABLE DES MATIÈRES (suite)

<u>Chapitres</u>	<u>Paragrapes</u>	<u>Page</u>
Troisième partie		314
Mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'État		314
Chapitre 1 ^{er} - Invocation de la responsabilité de l'État.....		314
Article 42. Invocation de la responsabilité par l'État lésé		316
Commentaire.....		316
Article 43. Notification par l'État lésé.....		324
Commentaire.....		324
Article 44. Recevabilité de la demande		327
Commentaire.....		327
Article 45. Renonciation au droit d'invoquer la responsabilité		330
Commentaire.....		330
Article 46. Pluralité d'États lésés.....		335
Commentaire.....		335
Article 47. Pluralité d'États responsables		337
Commentaire.....		337
Article 48. Invocation de la responsabilité par un État autre qu'un État lésé		343
Commentaire.....		343
Chapitre II - Contre-mesures		349
Article 49. Objet et limites des contre-mesures		354
Commentaire.....		354
Article 50. Obligations ne pouvant être affectées par des contre-mesures		359
Commentaire.....		359

TABLE DES MATIÈRES (suite)

	<u>Paragraphe</u> s	<u>Page</u>
<u>Chapitres</u>		
Article 51 - Proportionnalité		367
Commentaire.....		367
Article 52 - Conditions du recours à des contre-mesures		370
Commentaire.....		371
Article 53 - Cessation des contre-mesures		375
Commentaire.....		375
Article 54 - Mesures prises par des États autres qu'un État lésé		375
Commentaire.....		376
Quatrième partie - Dispositions générales.....		382
Article 55 - <i>Lex specialis</i>		383
Commentaire.....		383
Article 56. Questions concernant la responsabilité de L'État non régies par les présents articles		386
Commentaire.....		386
Article 57. Responsabilité d'une organisation internationale.....		388
Commentaire.....		388
Article 58. Responsabilité individuelle.....		390
Commentaire.....		390
Article 59. Charte des Nations Unies.....		392
Commentaire.....		393

TABLE DES MATIÈRES (suite)

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
<u>Chapitres</u>		
V. RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE POUR LES CONSÉQUENCES PRÉJUDICIALES DÉCOULANT D'ACTIVITÉS QUI NE SONT PAS INTERDITES PAR LE DROIT INTERNATIONAL	78 - 98	393
A. Introduction	78 - 90	393
B. Examen du sujet à la présente session	91 - 93	397
C. Recommandation de la Commission	94	397
D. Hommage au Rapporteur spécial, M. Pemmaraju Sreenivasa Rao	95 - 96	398
E. Texte du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses	97	398
1. Texte du projet d'articles	97	398
2. Texte du projet d'articles et commentaires y relatifs	98	405
Prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses		405
Commentaire général		405
Préambule		408
Commentaire		408
Article 1. Champ d'application.....		409
Commentaire.....		409
Article 2. Termes employés		416
Commentaire.....		416
Article 3. Prévention		420
Commentaire.....		420

TABLE DES MATIÈRES (suite)

<u>Chapitres</u>		<u>Paragraphe</u> s	<u>Page</u>
Article 4.	Coopération.....		426
	Commentaire.....		426
Article 5.	Mise en œuvre.....		429
	Commentaire.....		429
Article 6.	Autorisation		430
	Commentaire.....		430
Article 7.	Évaluation du risque		433
	Commentaire.....		433
Article 8.	Notification et information		437
	Commentaire.....		437
Article 9.	Consultations sur les mesures préventives		440
	Commentaire.....		441
Article 10.	Facteurs d'un juste équilibre des intérêts.....		444
	Commentaire.....		444
Article 11.	Procédures en cas d'absence de notification		450
	Commentaire.....		451
Article 12.	Échange d'informations.....		452
	Commentaire.....		453
Article 13.	Information du public		454
	Commentaire.....		455
Article 14.	Sécurité nationale et secrets industriels		459
	Commentaire.....		459

TABLE DES MATIÈRES (suite)

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
<u>Chapitres</u>		
Article 15. Non-discrimination		460
Commentaire.....		460
Article 16. Préparation aux situations d'urgence.....		463
Commentaire.....		463
Article 17. Notification d'une situation d'urgence		465
Commentaire.....		465
Article 18. Relations avec d'autres règles du droit international.....		467
Commentaire.....		467
Article 19. Règlement des différends		467
Commentaire.....		468
VI. RÉSERVES AUX TRAITÉS.....	99 - 157	470
A. Introduction	99 - 111	470
B. Examen du sujet à la présente session	112 - 134	473
1. Deuxième partie du cinquième rapport	112 - 115	473
2. Sixième rapport	116 - 117	475
a) Présentation par le Rapporteur spécial de son sixième rapport	118 - 133	475
b) Résumé du débat.....	134 - 155	483

TABLE DES MATIÈRES (suite)

<u>Chapitres</u>	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
C. Texte des projets de directives concernant les réserves aux traités provisoirement adoptés à ce jour par la Commission	156	488
1. Texte des projets de directives	156	488
2. Texte des projets de directives et des commentaires y afférents adoptés par la Commission à sa cinquante-troisième session.....	157	499
2.2 Confirmation des réserves à la signature.....		499
2.2.1 Confirmation formelle des réserves formulées lors de la signature d'un traité.....		499
Commentaire.....		499
2.2.2 [2.3.5] Cas de non-exigence de confirmation des réserves formulées lors de la signature d'un traité		508
Commentaire.....		508
2.2.3 [2.2.4] Réserves à la signature expressément prévues par le traité.....		509
Commentaire.....		510
2.3 Formulation tardive des réserves.....		512
2.3.1 Formulation tardive d'une réserve.....		513
Commentaire.....		513
2.3.2 Acceptation de la formulation tardive d'une réserve.....		525
Commentaire.....		526
2.3.3 Objection à la formulation tardive d'une réserve.....		529
Commentaire.....		529

TABLE DES MATIÈRES (*suite*)

<u>Chapitres</u>	<u>Paragraphe</u> s	<u>Page</u>
2.3.4	Exclusion ou modification ultérieure des effets juridiques d'un traité par des procédés autres que les réserves.....	531
	Commentaire.....	531
2.4.3	Moment auquel une déclaration interprétative peut être formulée.....	535
	Commentaire.....	535
2.4.4	[2.4.5] Non-exigence de confirmation des déclarations interprétatives formulées lors de la signature d'un traité.....	537
	Commentaire.....	538
2.4.5	[2.4.4] Confirmation formelle des déclarations interprétatives conditionnelles formulées lors de la signature d'un traité.....	539
	Commentaire.....	539
2.4.6	[2.4.7] Formulation tardive d'une déclaration interprétative.....	540
	Commentaire.....	540
2.4.7	[2.4.8] Formulation tardive d'une déclaration interprétative conditionnelle.....	542
	Commentaire.....	542

TABLE DES MATIÈRES (suite)

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
<u>Chapitres</u>		
VII. PROTECTION DIPLOMATIQUE.....	158 - 207	543
A. Introduction	158 - 163	543
B. Examen du sujet à la présente session	164 - 207	545
1. Article 9.....	167 - 184	546
a) Présentation par le Rapporteur spécial	167 - 170	546
b) Résumé du débat	171 - 183	548
c) Conclusions du Rapporteur spécial	184	552
2. Article 10.....	185 - 199	553
a) Présentation par le Rapporteur spécial	185 - 188	553
b) Résumé du débat	189 - 195	555
c) Conclusions du Rapporteur spécial	196 - 199	556
3. Article 11.....	200 - 207	558
a) Présentation par le Rapporteur spécial	200 - 201	558
b) Résumé du débat	202 - 206	559
c) Conclusions du Rapporteur spécial	207	560
VIII. ACTES UNILATÉRAUX DES ÉTATS.....	208 - 254	561
A. Introduction.....	208 - 217	561
B. Examen du sujet à la présente session	218 - 254	562
1. Présentation par le Rapporteur spécial de son quatrième rapport	220 - 229	563
2. Résumé du débat	230 - 248	566

TABLE DES MATIÈRES (*suite*)

	<u>Paragraphe</u> s	<u>Page</u>
<u>Chapitres</u>		
3. Conclusions du Rapporteur spécial	249 - 253	570
4. Groupe de travail	254	570
IX. AUTRES DÉCISIONS ET AUTRES DÉCISIONS ET CONCLUSIONS DE LA COMMISSION.....	255 - 281	571
A. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission.....	255 - 260	571
B. Date et lieu de la cinquante-quatrième session	261	572
C. Coopération avec d'autres organes	262 - 266	572
D. Représentation à la cinquante-sixième session de l'Assemblée générale	267 - 268	573
E. Séminaire de droit international.....	269 - 281	573

CHAPITRE PREMIER

INTRODUCTION

1. La Commission du droit international a tenu sa cinquante-troisième session à son siège, à l'Office des Nations Unies à Genève, du 23 avril au 1er juin 2001 pour la première partie de session et du 2 juillet au 10 août 2001 pour la seconde partie de session.

A. Membres de la Commission

2. La Commission se compose des membres suivants:

M. Emmanuel Akwei Addo (Ghana)

M. Husain Al-Baharna (Bahreïn)

M. Joao Clemente Baena Soares (Brésil)

M. Ian Brownlie (Royaume-Uni)

M. Enrique J. A. Candioti (Argentine)

M. James Richard Crawford (Australie)

M. Christopher John Robert Dugard (Afrique du Sud)

M. Constantin Economides (Grèce)

M. Nabil Elaraby (Égypte)

M. Giorgio Gaja (Italie)

M. Zdzislaw Galicki (Pologne)

M. Raul Ilustre Goco (Philippines)

M. Gerhard Hafner (Autriche)

M. Qizhi He (Chine)

M. Mauricio Herdocia Sacasa (Nicaragua)

M. Kamil E. Idris (Soudan)

M. Jorge E. Illueca (Panama)

M. Peter C. R. Kabatsi (Ouganda)

M. Maurice Kamto (Cameroun)

M. James Lutabanzibwa Kateka (République-Unie de Tanzanie)

M. Mochtar Kusuma-Atmadja (Indonésie)

M. Igor Ivanovich Lukashuk (Fédération de Russie)

M. Teodor Viorel Melescanu (Roumanie)
M. Djamchid Momtaz (République islamique d'Iran)
M. Didier Opertti-Badan (Uruguay)
M. Guillaume Pambou-Tchivounda (Gabon)
M. Alain Pellet (France)
M. Pemmaraju Sreenivasa Rao (Inde)
M. Victor Rodríguez-Cedeño (Venezuela)
M. Robert Rosenstock (États-Unis d'Amérique)
M. Bernardo Sepúlveda (Mexique)
M. Bruno Simma (Allemagne)
M. Peter Tomka (Slovaquie)
M. Chusei Yamada (Japon).

B. Membres du Bureau élargi

3. À sa 2665^e séance, le 23 avril 2001, la Commission a élu le Bureau suivant:

Président:	M. Peter C. R. Kabatsi
Premier Vice-Président:	M. Gerhard Hafner
Deuxième Vice-Président:	M. Enrique J. A. Candiotti
Président du Comité de rédaction:	M. Peter Tomka
Rapporteur:	M. Qizhi He.

4. Le Bureau élargi de la Commission se composait des membres du Bureau élus pour la session, des anciens présidents de la Commission¹ et des rapporteurs spéciaux².

5. Sur la recommandation du Bureau élargi, la Commission a constitué un Groupe de planification composé des membres suivants: M. Gerhard Hafner (Président), M. E. A. Addo, M. J. C. Baena Soares, M. I. Brownlie, M. K. Idris, M. Z. Galicki, M. M. Kamto,

¹ M. J. C. Baena Soares, M. Z. Galicki, M. A. Pellet, M. P. S. Rao et M. C. Yamada.

² M. J. R. Crawford, M. C. J. R. Dugard, M. A. Pellet, M. P. S. Rao et M. V. Rodríguez-Cedeño.

M. M. Kusuma-Atmadja, M. A. Pellet, M. R. Rosenstock, M. C. Yamada et M. Q. He (membre de droit).

C. Comité de rédaction

6. À ses 2666^e, 2669^e et 2679^e séances, tenues respectivement les 24 avril, 27 avril et 23 mai 2001, la Commission a constitué un comité de rédaction, composé des membres suivants pour les sujets indiqués:

a) Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (Prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses): M. Peter Tomka (Président),

M. Pemmaraju Sreenivasa Rao (Rapporteur spécial), M. J. C. Baena Soares, M. I. Brownlie, M. Z. Galicki, M. G. Gaja, M. G. Hafner, M. M. Herdocia Sacasa, M. J. L. Kateka, M. T. V. Melescanu, M. D. Opertti-Badan, M. V. Rodriguez-Cedeño, M. R. Rosenstock, M. C. Yamada et M. Q. He (membre de droit);

b) Responsabilité des États: M. P. Tomka (Président), M. J. Crawford (Rapporteur spécial), M. I. Brownlie, M. E. J. A. Candioti, M. C. J. R. Dugard, M. C. Economides, M. G. Gaja, M. Z. Galicki, M. I. Lukashuk, M. D. Momtaz, M. G. Pambou-Tchivounda, M. A. Pellet, M. R. Rosenstock, M. B. Simma, M. C. Yamada et M. Q. He (membre de droit);

c) Réserves aux traités: M. P. Tomka (Président), M. A. Pellet (Rapporteur spécial), M. H. Al-Baharna, M. E. J. A. Candioti, M. C. Economides, M. G. Gaja, M. G. Hafner, M. M. Kamto, M. T. V. Melescanu, M. V. Rodriguez-Cedeño, M. R. Rosenstock, M. B. Simma et M. Q. He (membre de droit).

7. Le Comité de rédaction a tenu un total de 34 séances sur les trois sujets indiqués ci-dessus.

D. Groupes de travail

8. À ses 2673^e, 2688^e et 2695^e séances, tenues respectivement le 4 mai et les 12 et 25 juillet 2001, la Commission a également constitué les groupes de travail ci-après, composés comme suit:

a) Responsabilité des États:

- *Commentaires:* M. T. V. Melescanu (Président), M. I. Brownlie, M. E. J. A. Candioti, M. J. Crawford, M. C. J. R. Dugard, M. C. Economides, M. G. Gaja, M. D. Momtaz, M. G. Pambou-Tchivounda, M. B. Sepúlveda, M. P. Tomka et M. Q. He (membre de droit);
- *Questions en suspens:* consultations informelles à composition non limitée présidées par le Rapporteur spécial;

b) Protection diplomatique: consultations informelles à composition non limitée présidées par le Rapporteur spécial, M. C. J. R. Dugard;

c) Actes unilatéraux des États: Groupe de travail à composition non limitée présidé par le Rapporteur spécial, M. Rodriguez-Cedeño.

E. Secrétariat

9. M. Hans Corell, Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique, a ouvert la session et représenté le Secrétaire général. M. Václav Mikulka, Directeur de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques, assumait les fonctions de Secrétaire de la Commission et, en l'absence du Conseiller juridique, représentait le Secrétaire général. M^{me} Mahnoush H. Arsanjani, Directrice adjointe de la Division de la codification, assumait les fonctions de Secrétaire adjointe de la Commission. M. George Korontzis et M. Renan Villacis, juristes, et M. Arnold Pronto et M^{me} Ruth Khalastchi, juristes adjoints de première classe, étaient secrétaires assistants de la Commission.

F. Ordre du jour

10. À sa 2665^e séance, le 23 avril 2001, la Commission a adopté pour sa cinquante-troisième session l'ordre du jour suivant:

1. Organisation des travaux de la session.
2. Responsabilité des États.

3. Protection diplomatique.
4. Actes unilatéraux des États.
5. Réserves aux traités.
6. Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses).
7. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission.
8. Coopération avec d'autres organes.
9. Date et lieu de la cinquante-quatrième session.
10. Questions diverses.

CHAPITRE II

RÉSUMÉ DES TRAVAUX DE LA COMMISSION À SA CINQUANTE-TROISIÈME SESSION

11. S'agissant du sujet «Responsabilité des États», la Commission a examiné le quatrième rapport³ du Rapporteur spécial. Elle a également achevé l'examen en deuxième lecture du projet d'articles y relatif (chap. IV). La Commission a décidé, conformément à l'article 23 de son statut, de recommander à l'Assemblée générale de prendre acte du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite dans une résolution, et d'annexer le projet d'articles à la résolution. La Commission a décidé également de recommander que l'Assemblée générale envisage la possibilité, à un stade ultérieur et compte tenu de l'importance du sujet, de convoquer une conférence internationale de plénipotentiaires pour examiner le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite en vue de l'adoption d'une convention sur ce sujet.

12. En ce qui concerne le sujet «Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses)», la Commission a achevé l'examen en deuxième lecture du projet d'articles s'y rapportant (chap. V). La Commission a décidé, conformément à l'article 23 de son statut, de recommander à l'Assemblée générale l'élaboration d'une convention par l'Assemblée sur la base du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses.

13. À propos du sujet «Réserves aux traités», la Commission a examiné les chapitres du cinquième rapport⁴ du Rapporteur spécial qu'elle n'avait pas examinés à la session précédente, de même que le sixième rapport⁵. La Commission a adopté 12 projets de directives concernant la formulation des réserves et des déclarations interprétatives. Elle a par ailleurs renvoyé au Comité de rédaction 13 projets de directives sur la forme et la notification des réserves et des déclarations interprétatives (chap. VI).

³ A/CN.4/517 et Add.1.

⁴ A/CN.4/508/Add.3 et 4.

⁵ A/CN.4/518 et Add.1 à 3.

14. Pour ce qui est du sujet «Protection diplomatique», la Commission a examiné le chapitre du premier rapport du Rapporteur spécial⁶ consacré à la continuité de la nationalité et à la cessibilité des réclamations qu'elle n'avait pas examiné à la session précédente, ainsi que le deuxième rapport, portant sur la question de l'épuisement des recours internes⁷. La Commission a renvoyé au Comité de rédaction le projet d'article 9, sur la continuité de la nationalité et la cessibilité des réclamations, et les projets d'articles 10 et 11, relatifs à l'épuisement des recours internes. La Commission a par ailleurs tenu des consultations officieuses ouvertes à tous sur la question de la continuité de la nationalité et de la cessibilité des réclamations (chap. VII).

15. Sur le sujet «Actes unilatéraux des États», la Commission a examiné le quatrième rapport du Rapporteur spécial⁸. Le Rapporteur spécial a proposé les projets d'articles a) et b), concernant les règles d'interprétation applicables aux actes unilatéraux. La Commission a entendu le rapport oral du Président du Groupe de travail chargé du sujet, M. Victor Rodríguez-Cedeño, et approuvé la proposition tendant à demander aux États des informations complémentaires sur leur pratique relative aux actes unilatéraux (chap. VIII).

16. La Commission a poursuivi ses échanges traditionnels d'informations avec la Cour internationale de Justice, l'Organisation consultative juridique afro-asiatique, le Comité juridique interaméricain et le Comité des conseillers juridiques sur le droit international public du Conseil de l'Europe (chap. IX, sect. C).

17. Un séminaire de formation, organisé par l'Office des Nations Unies à Genève, auquel ont participé 24 personnes de nationalités différentes, a eu lieu lors de la session. Certains membres de la Commission ont donné des conférences devant le séminaire (chap. IX, sect. E).

18. La Commission a décidé de tenir sa session suivante à l'Office des Nations Unies à Genève, en deux temps, du 6 mai au 7 juin et du 8 juillet au 9 août 2002.

⁶ A/CN.4/506/Add.1.

⁷ A/CN.4/514 et Corr.1.

⁸ A/CN.4/519.

CHAPITRE III

POINTS SUR LESQUELS DES OBSERVATIONS SERAIENT PARTICULIÈREMENT INTÉRESSANTES POUR LA COMMISSION

19. En application du paragraphe 14 de la résolution 55/152 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2000, la Commission indique ci-après, pour chaque sujet, les points sur lesquels il pourrait être particulièrement intéressant que les gouvernements expriment leurs vues, soit à la Sixième Commission, soit par écrit, afin de la guider utilement dans la poursuite de ses travaux.

A. Réserves aux traités

a) Déclarations interprétatives conditionnelles

20. En 1997, la Commission a décidé d'inclure dans ses travaux sur le sujet des réserves aux traités l'étude des déclarations interprétatives⁹. En 1999, elle a retenu une distinction entre les déclarations interprétatives «simples» et les déclarations interprétatives conditionnelles, dont la définition figure dans le projet de directive 1.2.1¹⁰. En avançant dans ses travaux, la Commission constate que ces dernières sont soumises, *mutatis mutandis*, au même régime juridique que les réserves elles-mêmes. Si cette assimilation devait se confirmer au sujet des effets respectivement des réserves d'une part et des déclarations interprétatives conditionnelles d'autre part, la Commission envisage de renoncer à inclure dans son projet de Guide de la pratique les projets de directives spécifiquement consacrés aux déclarations interprétatives conditionnelles.

21. La Commission recevrait avec un intérêt particulier les observations des États à cet égard et accueillerait avec reconnaissance toutes informations qui pourraient lui être communiquées sur la pratique suivie par les États et les organisations internationales en ce qui concerne la formulation et les effets des déclarations interprétatives conditionnelles.

⁹ Assemblée générale, *Documents officiels, cinquante-deuxième session, Supplément n° 10* (A/52/10), par. 113 à 115.

¹⁰ Assemblée générale, *Documents officiels, cinquante-quatrième session, Supplément n° 10* (A/54/10), p. 194.

b) Formulation tardive des réserves

22. S'agissant des projets de directives adoptés lors de la présente session¹¹, la Commission souhaiterait recevoir plus particulièrement des observations de la part des gouvernements sur le projet de directive 2.3.1 «Formulation tardive d'une réserve»¹².

23. Ce projet a été rédigé de telle manière qu'il soit entendu que cette pratique, qui déroge à la définition même des réserves telle qu'elle est donnée à l'article 2.d) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités et reprise dans le projet de directive 1.1¹³, doit demeurer exceptionnelle tout en tenant compte de la pratique suivie par les dépositaires et, en particulier par le Secrétaire général des Nations Unies¹⁴. Néanmoins, certains membres de la Commission ont estimé que la consécration de cette pratique dans le Guide de la pratique encouragerait indûment la formulation tardive de réserves. La Commission aimerait recevoir l'avis des gouvernements sur ce point.

24. En outre, et toujours au sujet du même projet de directive, la Commission souhaiterait avoir l'avis des États sur l'opportunité de l'utilisation du terme «objection» non pas dans le sens de l'article 20 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités de déclaration par laquelle un État objecte au *contenu* d'une réserve, mais pour signifier l'opposition à sa *formulation* tardive elle-même¹⁵.

c) Rôle du dépositaire

25. Le Rapporteur spécial sur les réserves aux traités a consacré une partie de son sixième rapport¹⁶ au rôle du dépositaire en ce qui concerne la communication des réserves. Il a proposé

¹¹ Voir chap. VI, ci-dessous.

¹² «À moins que le traité n'en dispose autrement, un État ou une organisation internationale ne peut pas formuler une réserve à un traité après l'expression de son consentement à être lié par ce traité sauf si aucune des autres Parties contractantes n'y fait objection.»

¹³ Assemblée générale, *Documents officiels, cinquante-troisième session, Supplément n° 10* (A/53/10), p. 213 à 216.

¹⁴ Lettre du Conseiller juridique des Nations Unies, LA 41TR/221 (23-1).

¹⁵ Parmi les solutions alternatives possibles, les mots «rejet» ou «opposition» ont été proposés.

¹⁶ A/CN.4/518/Add.2, par. 156 à 170.

de reproduire, dans le Guide de la pratique, en les adaptant au cas particulier des réserves, les dispositions des articles 77 et 78 de la Convention de Vienne de 1969. Le problème se pose néanmoins de savoir s'il appartient au dépositaire de refuser de communiquer aux États et organisations internationales intéressés une réserve manifestement illicite, notamment lorsqu'elle est interdite par une disposition du traité.

26. La Commission souhaiterait recueillir l'avis des États sur ce point avant d'adopter un projet de directive à cet égard.

B. Protection diplomatique

27. La Commission souhaiterait recevoir des observations sur les exceptions qui peuvent être apportées à la règle de la continuité de la nationalité, y compris sur les conditions dans lesquelles de telles exceptions s'appliqueraient, et en particulier sur les exceptions à la règle concernant les cas de changement involontaire de nationalité résultant d'une succession d'État, ou du mariage ou de l'adoption.

28. La Commission souhaiterait aussi recevoir des observations sur les questions suivantes relatives à la protection diplomatique dans le cas de personnes morales:

a) Dans la pratique, les États exercent-ils la protection diplomatique à l'égard d'une société lorsque celle-ci est enregistrée/constituée dans l'État, quelle que soit la nationalité des actionnaires? Ou les États exigent-ils, en outre, que la majorité des actionnaires, ou les actionnaires principaux de la société aient la nationalité de l'État de protection pour exercer la protection diplomatique?

b) Un État peut-il exercer la protection diplomatique à l'égard d'actionnaires de sa nationalité lorsque la société (enregistrée/constituée dans un autre État) est lésée par un fait de l'État d'enregistrement/constitution?

C. Actes unilatéraux des États

29. La Commission appelle l'attention des États sur un questionnaire élaboré par le Rapporteur spécial qui sera transmis aux gouvernements et encourage ces derniers à y répondre dès que possible.

CHAPITRE IV

RESPONSABILITÉ DES ÉTATS

A. Introduction

30. À sa première session, en 1949, la Commission du droit international avait inscrit la question de la «Responsabilité des États» sur la liste des sujets se prêtant à codification. Comme suite à la résolution 799 (VIII) du 7 décembre 1953 dans laquelle l'Assemblée générale la pria de procéder, dès qu'elle le jugerait opportun, à la codification des principes du droit international régissant la responsabilité de l'État, la Commission, à sa septième session, en 1955, a décidé d'entreprendre l'étude de la question de la responsabilité des États et a nommé M. F. V. Garcia Amador Rapporteur spécial sur le sujet. Aux six sessions suivantes, de 1956 à 1961, le Rapporteur spécial a présenté six rapports successifs traitant, dans l'ensemble, de la question de la responsabilité à raison des dommages causés aux personnes ou aux biens des étrangers¹⁷.

31. À sa quatorzième session, en 1962, la Commission a constitué une sous-commission qu'elle a chargée d'établir un rapport préliminaire contenant des suggestions quant à la portée de l'étude future et à la manière d'aborder le sujet¹⁸.

32. À sa quinzième session, en 1963, la Commission, après avoir approuvé à l'unanimité le rapport de la Sous-Commission, a nommé M. Roberto Ago Rapporteur spécial sur le sujet.

¹⁷ Pour les six rapports du Rapporteur spécial, voir:

Annuaire ... 1956, vol. II, document A/CN.4/96, p. 175 à 231;
Annuaire ... 1957, vol. II, document A/CN.4/106, p. 119 à 146;
Annuaire ... 1958, vol. II, document A/CN.4/111, p. 49 à 76;
Annuaire ... 1959, vol. II, document A/CN.4/119, p. 1 à 36;
Annuaire ... 1960, vol. II, document A/CN.4/125, p. 38 à 63; et
Annuaire ... 1961, vol. II, document A/CN.4/134, p. 1 à 56.

¹⁸ Ibid., p. 238 et suiv.

33. De sa vingt et unième session (1969) à sa trente et unième session (1979), la Commission a reçu huit rapports du Rapporteur spécial¹⁹. Le plan d'ensemble adopté par la Commission à sa vingt-septième session, en 1975, pour le projet d'articles sur le sujet de la responsabilité des États envisageait l'économie du projet comme suit: la première partie porterait sur l'origine de la responsabilité internationale, la deuxième sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale, et une éventuelle troisième partie, que la Commission pourrait décider d'ajouter, sur la question du règlement des différends et de la mise en œuvre de la responsabilité internationale²⁰.

34. À sa trente-deuxième session, en 1980, la Commission a adopté à titre provisoire en première lecture la première partie du projet d'articles, intitulée «Origine de la responsabilité internationale²¹».

35. À sa trente et unième session, en 1979, la Commission a nommé M. Willem Riphagen Rapporteur spécial en remplacement de M. Ago élu juge à la Cour internationale de Justice. De sa trente-deuxième session (1980) à sa trente-huitième session (1986), la Commission a reçu de M. Willem Riphagen sept rapports²², consacrés aux deuxième et troisième parties du projet d'articles.

¹⁹ Pour les huit rapports du Rapporteur spécial, voir :

Annuaire ... 1969, vol. II, document A/CN.4/217 et Add.1, p. 129 à 162;
Annuaire ... 1970, vol. II, document A/CN.4/233, p. 189 à 211;
Annuaire ... 1971, vol. II (première partie), document A/CN.4/246 et Add.1 à 3, p. 209 à 289;
Annuaire ... 1972, vol. II, document A/CN.4/264 et Add.1, p. 77 à 174;
Annuaire ... 1976, vol. II (première partie), document A/CN.4/291 et Add.1 et 2, p. 3 à 57;
Annuaire ... 1977, vol. II (première partie), document A/CN.4/302 et Add.1 à 3;
Annuaire ... 1978, vol. II (première partie), document A/CN.4/318 et Add.1 à 4; et
Annuaire ... 1980, vol. II, document A/CN.4/318/Add.5 à 7.

²⁰ *Annuaire ... 1975*, vol. II, p. 60 à 64, document A/10010/Rev.1, par. 38 à 51.

²¹ *Annuaire ... 1980*, vol. II (deuxième partie), p. 25 à 61, document A/35/10, chap. III.

²² Pour les sept rapports du Rapporteur spécial, voir:

Annuaire ... 1980, vol. II (première partie), p. 105, document A/CN.4/330;
Annuaire ... 1981, vol. II (première partie), p. 81, document A/CN.4/334;
Annuaire ... 1982, vol. II (première partie), p. 25, document A/CN.4/354;
Annuaire ... 1983, vol. II (première partie), p. 3, documents A/CN.4/366 et Add.1;
Annuaire ... 1984, vol. II (première partie), p. 1, document A/CN.4/380;

36. À sa trente-neuvième session, en 1987, la Commission a nommé M. Gaetano Arangio-Ruiz Rapporteur spécial pour succéder à M. Willem Riphagen, dont le mandat de membre de la Commission avait expiré le 31 décembre 1986. De sa quarantième session (1988) à sa quarante-huitième session (1996), la Commission a reçu huit rapports de M. Arangio-Ruiz²³.

37. À sa quarante-huitième session, en 1996, la Commission a achevé l'examen en première lecture des articles des deuxième et troisième parties du projet d'articles sur la responsabilité des États et décidé, en application des articles 16 et 21 de son statut, de transmettre aux gouvernements, par l'intermédiaire du Secrétaire général, les projets d'articles qu'elle avait adoptés provisoirement en première lecture²⁴, en leur demandant de faire parvenir leurs commentaires et observations au Secrétaire général pour le 1er janvier 1998 au plus tard.

Annuaire ... 1985, vol. II (première partie), p. 3, document A/CN.4/389; et
Annuaire ... 1986, vol. II (première partie), p. 1, documents A/CN.4/397 et Add.1.

²³ Pour les huit rapports du Rapporteur spécial, voir :

Annuaire ... 1988, vol. II (première partie), p. 6, documents A/CN.4/416 et Corr.1 et 2 et Add.1 et Add.1/Corr.1 et Add.2;

Annuaire ... 1989, vol. II (première partie), p.1, documents A/CN.4/425 et Corr.1 et Add.1 et Add.1/Corr.1;

Annuaire ... 1991, vol. II (première partie), p. 1, documents A/CN.4/440 et Add.1;

Annuaire ... 1992, vol. II (première partie), p. 1, documents A/CN.4/444 et Add.1 et Corr.1 et Add.2 et 3;

Annuaire ... 1993, vol. II (première partie), p. 1, documents, A/CN.4/453 et Add.1 et Corr.1 à 3, et Add.2 et 3;

A/CN.4/461 et Add.1 et 2, et Add.2/Corr.1 et Add.3;

A/CN.4/469 et Corr.1 (anglais seulement) et Add.1 et 2; et

A/CN.4/476 et Corr.1 (anglais seulement) et Add.1.

²⁴ Rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-huitième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 10 (A/51/10)*, p. 148 à 174. Pour le texte de l'article 42, par. 3, et des articles 47, 48 et 51 à 53, avec leurs commentaires, voir *ibid.*, p. 175 et suiv.

38. À sa quarante-neuvième session en 1997, la Commission a constitué un Groupe de travail sur la responsabilité des États chargé de traiter les questions liées à l'examen du sujet en deuxième lecture²⁵. Elle a aussi nommé M. James Crawford Rapporteur spécial.

39. De sa cinquantième (1998) à sa cinquante-deuxième (2000) session, la Commission a reçu du Rapporteur spécial, M. James Crawford²⁶, trois rapports dans lesquels ce dernier examinait les projets d'article à la lumière des commentaires des gouvernements²⁷, de l'évolution de la pratique des États, la jurisprudence et de la doctrine.

40. À sa cinquante-deuxième session, en 2000, la Commission a pris note du rapport du Comité de rédaction sur la deuxième lecture de l'ensemble des projets d'articles (A/CN.4/L.600*) provisoirement adoptés par le Comité²⁸. La Commission a décidé de terminer la deuxième lecture des projets d'article à sa cinquante-troisième session, en 2001, à la lumière des commentaires supplémentaires que pourraient soumettre les gouvernements sur le document A/CN.4/L.600*.

B. Examen du sujet à la présente session

41. À la présente session, la Commission était saisie des commentaires et observations des gouvernements sur les projets d'articles adoptés à titre provisoire par le Comité de rédaction à la session précédente²⁹ et du quatrième rapport du Rapporteur spécial M. James Crawford³⁰. Dans ce rapport, le Rapporteur spécial se penchait sur les principales questions soulevées par les projets d'articles à la lumière des commentaires et observations reçus des gouvernements. La Commission

²⁵ Pour les directives sur l'examen du sujet en deuxième lecture adoptées par la Commission sur la recommandation du Groupe de travail, voir *ibid.*, par. 161.

²⁶ A/CN.4/490 et Add.1, Add.2, Add.2/Rev.1 (français seulement) et Add.2/Corr.1 (anglais, arabe, chinois, russe et espagnol seulement) et Add.3, Add.4, Add.4/Corr.1, Add.5 et Add.6; A/CN.4/498 et Add.1 à 4; A/CN.4/507 et Add.1, Add.1/Corr.1, Add.1/Corr.2 (français seulement), Add.2, Add.2/Corr.1 et 2, Add.3, Add.3/Corr.1 et Add.4.

²⁷ A/CN.4/488 et Add.1 à 3 et A/CN.4/483; A/CN.4/492 et A/CN.4/496; A/CN.4/504 et Add.1.

²⁸ Rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-deuxième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10)*, p. 110 à 126.

²⁹ A/CN.4/515 et Corr. 1 (arabe seulement), Add. 1 à 3.

³⁰ A/CN.4/517 et Add.1.

l'a examiné à ses 2665e, 2667e, 2668e et 2670e à 2674e séances, les 23, 25 et 26 avril et du 1er au 4 et le 8 mai 2001. Le débat a essentiellement porté sur les quatre principales questions en suspens, à savoir: les violations graves d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble (deuxième partie, chap. III), les contre-mesures (deuxième partie bis, chap. II), les dispositions relatives au règlement des différends (troisième partie) et la forme que prendrait le projet d'articles.

42. La Commission a décidé de renvoyer les projets d'articles au Comité de rédaction à ses 2672^e et 2674^e séances, les 3 et 8 mai 2001.

43. La Commission a aussi décidé, à sa 2673^e séance, le 4 mai 2001, de constituer deux groupes de travail sur le sujet: un groupe de travail à composition non limitée chargé d'examiner les principales questions en suspens sur le sujet, et un autre, chargé des commentaires des projets d'articles³¹.

44. Sur recommandation du Groupe de travail à composition non limitée chargé d'examiner les principales questions en suspens, la Commission a accepté de déroger à sa pratique établie en matière d'adoption de projets d'articles en deuxième lecture et d'inclure un bref résumé de son débat sur les quatre questions examinées, compte tenu de l'importance du sujet et de la complexité de ces questions. Les recommandations du Groupe de travail à composition non limitée sur les principales questions en suspens figurent aux paragraphes 49, 55, 60 et 67 ci-après.

1. Bref résumé du débat sur les principales questions en suspens

a) Violations graves d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble (deuxième partie, chap. III, document A/CN.4/L.600*)

45. Des opinions divergentes ont été exprimées sur les dispositions relatives aux violations graves figurant dans le chapitre III de la deuxième partie et sur l'analyse qui en était faite dans le quatrième rapport du Rapporteur spécial.

³¹ Pour la composition du Groupe de travail chargé des commentaires, voir chap. I, par. 8, ci-dessus.

46. Pour certains membres, il fallait conserver ce chapitre. Selon eux, il apportait au texte un équilibre essentiel, compte tenu de la décision de ne pas faire référence à la notion de «crimes internationaux» de l'État consacrée dans l'ancien article 19; il était donc crucial pour l'équilibre d'ensemble du texte. En outre, la suppression de ce chapitre constituerait une mesure rétrograde, parce qu'elle amoindrirait le travail accompli par la Commission et donnerait à penser que celle-ci n'est pas capable de trouver des solutions aux problèmes épineux et controversés.

47. Nombre de ceux qui étaient favorables au maintien de ce chapitre ont néanmoins estimé qu'il pouvait être amélioré de diverses manières. En particulier, la notion de «violation grave» devait être encore explicitée, les conséquences de ces violations précisées et développées afin de clarifier, entre autres choses, le droit de tous les États d'invoquer la responsabilité d'un État découlant d'une violation grave (l'«*actio popularis*»); il fallait aussi préciser quand une violation grave donnait lieu au versement de dommages-intérêts «exemplaires» ou «expressifs», et en particulier définir ces dommages plus clairement afin de les distinguer des dommages-intérêts punitifs, qui n'existaient pas en l'état actuel du droit international général. Les obligations de coopération et de non-reconnaissance énoncées au paragraphe 2 de l'article 42 devaient aussi être précisées et développées, et il convenait d'indiquer sans ambiguïté que ces conséquences n'étaient pas exhaustives et ne s'excluaient pas mutuellement.

48. D'autres membres estimaient que ce chapitre devait être supprimé pour les raisons suivantes: il traitait des règles primaires; la distinction qualitative qu'il opérait entre violations graves et violations ordinaires n'était pas fondée en droit international, et elle n'était pas souhaitable du point de vue des principes, compte tenu de la large gamme de violations susceptibles d'être commises; certains éléments des dispositions en cause étaient extrêmement problématiques, comme la définition des violations graves, la notion de dommages-intérêts aggravés, les obligations incombant à tous les États et les contre-mesures que tous les États étaient autorisés à prendre. On a dit qu'au lieu d'un chapitre distinct, il était préférable, pour éviter de préjuger l'élaboration de règles sur les «violations graves», d'inclure dans la quatrième partie ou ailleurs une clause «sans préjudice».

49. Sur la recommandation du Groupe de travail à composition non limitée, la Commission est convenue que le chapitre serait conservé moyennant la suppression du paragraphe 1 de

l'article 42, relatif aux dommages-intérêts correspondant à la gravité de la violation. Il a été entendu que les références antérieures aux violations graves d'une obligation due à la communauté internationale dans son ensemble et essentielles pour la protection de ses intérêts fondamentaux, qui concernaient essentiellement la question de l'invocation telle que l'avait formulée la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, seraient remplacées par des références aux normes impératives. L'utilisation de cette catégorie était préférable puisqu'elle concernait la portée des obligations secondaires et non leur invocation. Un autre avantage de cette démarche était que la notion de normes impératives était bien établie dans la Convention de Vienne sur le droit des traités. Le nouveau texte ne devait pas s'intéresser aux violations triviales ou mineures de normes impératives, mais seulement aux violations graves de ces normes. Le Comité de rédaction a aussi été prié d'examiner plus avant certains aspects des conséquences des violations graves afin de les simplifier, d'éviter les formules excessivement vagues et d'en circonscrire le champ d'application aux situations relevant réellement du chapitre.

b) Contre-mesures (deuxième partie bis, chap. II, document A/CN.4/L.600*)

50. Différentes opinions ont également été exprimées en ce qui concerne les dispositions sur les contre-mesures figurant dans le chapitre II de la deuxième partie *bis* et analysées par le Rapporteur spécial dans son quatrième rapport.

51. Pour certains membres de la Commission, il fallait conserver ce chapitre pour les raisons suivantes: il était indéniable que les contre-mesures existaient et qu'elles étaient reconnues comme partie intégrante du droit international, comme l'avait confirmé la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*; à la différence des autres circonstances excluant l'illicéité, les contre-mesures jouaient un rôle déterminant dans la mise en œuvre de la responsabilité puisqu'elles avaient pour objet d'amener l'État auteur du fait illicite à exécuter son obligation non seulement de cessation, mais aussi de réparation; le régime défini pour les contre-mesures aux articles 50 à 53 et 55 assignait un cadre rigoureux à la prise de contre-mesures afin d'éviter les abus, traçait des limites plus claires que celles que prévoyaient les règles vagues et indéterminées du droit international coutumier régissant les contre-mesures et réalisait un équilibre fragile dont la structure devait pour l'essentiel être

maintenue. Il serait en outre illogique et difficile de faire figurer ces dispositions à l'article 23, dont l'objet et la fonction étaient différents, compte tenu de la longueur des dispositions qu'il faudrait y ajouter.

52. Certains des membres favorables au maintien de ce chapitre ont proposé divers amendements afin de mieux concilier le droit de prendre des contre-mesures et la nécessité d'en limiter l'abus. Il a notamment été proposé de renforcer la référence au règlement des différends à l'article 53 et de prévoir un mécanisme de règlement des différends souple et rapide pour le règlement des différends concernant les contre-mesures.

53. Pour d'autres membres, ce chapitre devait être supprimé pour les raisons suivantes: les dispositions étaient inutiles et ne reflétaient pas, sur des points importants, l'état du droit et la logique des contre-mesures; en droit coutumier, le régime des contre-mesures n'était que partiellement établi, et le chapitre en question traitait des modalités d'une notion qui n'était pas clairement définie. En outre, les dispositions étaient insatisfaisantes à un certain nombre d'égards: elles n'envisageaient pas les multiples fins des contre-mesures, elles énonçaient des conditions procédurales trop rigoureuses et elles n'étaient pas compatibles avec la jurisprudence internationale, y compris arbitrale. On a dit que la suppression de ce chapitre pourrait s'accompagner d'un renforcement et d'un développement du libellé de l'article 23, comme le proposaient plusieurs gouvernements.

54. Outre cette question générale concernant le chapitre II, diverses opinions ont été exprimées en ce qui concerne les contre-mesures prises par des États autres que l'État lésé, qui faisaient l'objet de l'article 54. Certains membres ont estimé que cette disposition était utile et nécessaire face aux violations graves prévues à l'article 41, et en tant qu'une des conséquences essentielles des violations graves en l'absence de laquelle les États seraient impuissants face à de telles violations; c'était aussi une disposition cruciale pour l'équilibre du texte. Selon eux, c'était à tout le moins une forme légitime de développement progressif du droit international; de fait, au moins certains aspects en étaient étayés par la pratique des États. D'autres membres étaient opposés à cette disposition pour les raisons suivantes: ni le droit positif, ni le développement progressif du droit ne justifiaient l'article 54 car la pratique était inconsistante et il n'y avait pas d'*opinio juris*; l'article 54 était en outre défectueux à plusieurs égards, par exemple lorsqu'il légitimait de

manière superficielle les brimades à l'encontre des petits États, en ce qu'il créait un régime de sanction «*do it yourself*» qui menaçait le système de sécurité reposant sur la Charte des Nations Unies, et parce qu'il créait une nouvelle circonstance excluant l'illicéité en vue de contre-mesures «collectives» sans lien avec les contre-mesures «ordinaires» qui pourraient, finalement, aller jusqu'au recours à la force. On a proposé de supprimer l'article 54 et de le remplacer par une clause de sauvegarde.

55. Sur la recommandation du Groupe de travail à composition non limitée, la Commission est convenue qu'il n'était pas souhaitable de faire entrer la totalité ou une partie substantielle des articles sur les contre-mesures dans l'article 23, qui ne concernait qu'un aspect de la question. Cet article s'en trouverait surchargé et risquait même de devenir incompréhensible.

La Commission est donc convenue que l'article 23 demeurerait dans le chapitre V de la première partie. Le chapitre consacré aux contre-mesures demeurerait dans la troisième partie mais l'article 54, qui traitait des contre-mesures prises par des États autres que l'État lésé, serait supprimé. On introduirait une clause de sauvegarde qui n'affecterait aucune des positions sur cette question. En outre, l'article 53, relatif aux conditions des contre-mesures, serait réexaminé et la distinction entre contre-mesures et contre-mesures provisoires supprimée. Cet article devait être simplifié et mis en harmonie, dans sa substance, avec les décisions du tribunal arbitral dans l'affaire des *Services aériens* et de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. Les articles 51 et 52, concernant respectivement les obligations ne pouvant faire l'objet de contre-mesures et la proportionnalité, devaient aussi être réexaminés en tant que de besoin.

c) Dispositions relatives au règlement des différends (troisième partie)

56. Les projets d'articles adoptés en première lecture comprenaient une troisième partie consacrée au règlement des différends³². Différentes opinions ont été exprimées en ce qui concerne les dispositions de cette partie.

³² Pour le texte des articles sur le règlement des différends, voir le rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-huitième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 10 (A/51/10)*, p. 170 à 174.

57. Pour certains membres, le projet devait contenir des dispositions générales de règlement des différends, en particulier si la Commission devait recommander l'élaboration d'une convention, eu égard à l'importance et à la complexité du sujet; le texte envisageait nombre d'importantes questions de droit international qui n'étaient pas régies par des règles conventionnelles particulières; en outre, si le texte contenait des dispositions relatives au règlement des différends, cours et tribunaux seraient en meilleure position pour développer le droit par leur jurisprudence. On a également estimé qu'un mécanisme obligatoire de règlement des différends était nécessaire au moins en ce qui concerne les contre-mesures, celles-ci pouvant donner lieu à des abus.

58. D'autres membres ont estimé qu'il était inutile de faire figurer dans le texte des dispositions relatives au règlement des différends. Le règlement des différends était déjà suffisamment couvert par un corpus croissant de droit international conventionnel, fondé sur le principe exprimé à l'Article 33 de la Charte. Pour ces membres, étant donné le lien étroit, en matière de responsabilité des États, entre obligations primaires et obligations secondaires, et le fait que le droit de la responsabilité des États faisait partie intégrante de la structure du droit international dans son ensemble, on risquait, en définissant un régime spécial de règlement des différends pour la responsabilité des États, d'empiéter sur les mécanismes de règlement existants ou d'en provoquer la fragmentation, ou encore d'amener une prolifération de ces mécanismes. De fait, une disposition générale prévoyant un mécanisme obligatoire de règlement dans le domaine de la responsabilité des États reviendrait à inverser la règle inscrite à l'Article 33 de la Charte, un changement dont même aujourd'hui il n'était guère réaliste d'envisager l'acceptation.

59. D'autres membres encore estimaient que l'absence totale de dispositions sur le règlement des différends serait inappropriée et ils ont proposé d'inclure une disposition générale de règlement des différends comparable à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies, ainsi que le proposait un gouvernement.

60. Sur la recommandation du Groupe de travail à composition non limitée, la Commission est convenue qu'elle n'inclurait pas de dispositions relatives au règlement des différends dans le projet, mais appellerait l'attention sur le mécanisme qu'elle avait élaboré dans le cadre du projet

adopté en première lecture comme pouvant servir au règlement des différends relatif à la responsabilité des États; et qu'elle laisserait à l'Assemblée générale le soin d'examiner s'il convenait d'élaborer des dispositions relatives au règlement des différends, et sous quelle forme, au cas où l'Assemblée déciderait d'élaborer une convention.

d) Forme à donner au projet d'articles

61. Quant à savoir la forme finale qui devait être proposée à l'Assemblée générale pour le projet d'articles, des vues divergentes ont été exprimées sur l'adéquation des options qui s'offraient à la Commission en vertu de l'article 23 de son statut. De nombreux membres étaient favorables à la conclusion d'une convention ou à la tenue d'une conférence chargée de conclure une convention. D'autres, en revanche, ont dit préférer que l'Assemblée prenne note du rapport ou le fasse sien dans une résolution. Une autre possibilité consistait pour la Commission à recommander à l'Assemblée d'adopter les projets d'articles sous la forme d'une déclaration, comme elle l'avait fait en 1999 pour le projet d'articles sur la nationalité en relation avec la succession d'États.

62. Les membres qui étaient favorables à l'adoption d'une convention internationale ont, entre autres, soutenu qu'il appartenait à la Commission d'exposer le droit, ce que seules les conventions pouvaient faire; que traditionnellement, tous les grands projets de la Commission étaient adoptés sous la forme de conventions internationales et que cette solution, dans le cas du projet d'articles, ferait de ce dernier, à côté de la Convention de Vienne sur le droit des traités, l'un des piliers fondamentaux du droit international public. En outre, eu égard à l'importance de la responsabilité, les obligations et droits particuliers à cette institution appelaient un ensemble de règles qui ne pouvaient être énoncées que dans un instrument définitif ayant force contraignante. Énoncer des règles coutumières du droit international sous forme conventionnelle conférerait à ces dernières davantage de certitude, de fiabilité et de force contraignante, et consoliderait ainsi un chapitre capital du droit. En outre, le fait de ne pas codifier le droit de la responsabilité des États dans un traité créerait un déséquilibre dans l'ordre juridique international, les règles primaires se trouvant plus exhaustivement codifiées que les règles secondaires. On pouvait douter que la non-ratification risque d'entraîner une «décodification»; le fait que des règles coutumières soient énoncées dans une convention ne signifiait pas en soi

qu'elles cesseraient d'être des règles coutumières si ladite convention n'était pas ratifiée. De fait, les conventions non ratifiées continuaient de jouer un rôle important. On a fait observer que tous les États participant à une conférence diplomatique prendraient part sur un pied d'égalité à l'élaboration du traité. Il avait fallu plus d'une décennie à la Convention de Vienne de 1969 pour entrer en vigueur, et elle n'était encore ratifiée que par moins de la moitié des États du monde, mais ceci n'avait eu aucun effet perceptible sur son statut d'exposé du droit des traités faisant autorité. Dire que les États rompraient nécessairement l'équilibre du texte impliquait qu'ils agissent contre leurs propres intérêts, alors qu'en fait les États, par principe, agissaient de manière responsable et étaient capables de mener des négociations politiques pour aboutir à des résultats satisfaisants, même dans le cadre d'une entreprise générale de codification. En outre, les conférences de codification avaient tendance à n'apporter que peu de modifications aux textes adoptés par consensus par la Commission.

63. D'autres membres se sont déclarés opposés à l'adoption d'une convention pour les raisons suivantes: il était difficile d'énoncer les éléments fondamentaux du droit de la responsabilité internationale dans une convention; à la différence, par exemple, de celui de l'immunité des États, le droit de la responsabilité des États n'avait pas à être incorporé dans les droits internes; en outre, une convention non ratifiée contenant des éléments importants de droit international coutumier risquait d'entraîner une «décodification». De même, ses effets ne seraient pas clairs tant pour les États qui y seraient parties que pour ceux qui n'y seraient pas. La possibilité de réserves ou celle que certains États ne se montrent guère coopératifs constituaient des dangers supplémentaires. L'analogie avec la Convention de Vienne sur le droit des traités n'était pas valable, car cette dernière traitait en grande partie de questions de forme, alors que le sujet de la responsabilité des États touchait au fond du droit international et postulait un désaccord ou un différend entre les parties concernées et non une activité consensuelle comme l'élaboration d'un traité. De même, une convention n'était pas strictement nécessaire car les projets d'articles adoptés en deuxième lecture ne manqueraient pas d'avoir une influence, tout comme le texte existant avait été largement cité et invoqué par la Cour internationale et d'autres juridictions. De plus, une conférence de plénipotentiaires était un processus long, dont le résultat était imprévisible, et qui risquait de remettre en cause l'équilibre du texte qu'il avait fallu plus de 40 ans de travaux laborieux pour réaliser.

64. Certains des membres qui estimaient que le projet d'articles ne devait pas prendre la forme d'un traité ont soutenu que si, dans l'idéal, une convention était peut-être préférable, envisager cette solution n'était pas réaliste étant donné toutes les difficultés qui se poseraient inévitablement. De plus, il n'était pas souhaitable de placer l'Assemblée générale devant un choix aussi tranché qu'«une convention ou rien». Une résolution ou une déclaration de l'Assemblée générale, adoptée à l'unanimité, serait plus efficace qu'une convention adoptée après de nombreuses années de travaux préparatoires et ratifiée par quelques États seulement. De fait, si l'Assemblée adoptait le rapport de la Commission dans une résolution ou si elle en prenait note, celui-ci acquerrait le statut d'une étude faisant autorité des règles en vigueur, de la pratique des États et de la doctrine visant à donner aux États des indications quant à leurs droits et obligations, et il contribuerait ainsi à la stabilité et à la prévisibilité du droit dans les relations internationales. L'adoption du texte sous la forme d'une déclaration obligerait effectivement les États qui s'y opposent à apporter la preuve qu'ils ne sont pas liés par lui. On a fait observer que les instruments de «*soft law*» avaient un impact décisif dans les relations internationales et sur la conduite des États, comme l'attestait la jurisprudence de la Cour internationale de Justice.

65. Ceux qui étaient opposés à l'adoption d'un instrument n'ayant pas force contraignante ont fait observer qu'une telle démarche ferait paraître la question de la responsabilité des États moins importante qu'elle ne l'était en fait en droit international, et jetterait des doutes sur l'importance du texte. Une résolution de l'Assemblée générale ne pouvait avoir la même valeur normative qu'un traité. Elle s'écarterait de l'intention et de l'objectif initiaux, à savoir mettre en place un système général de règles juridiques, et ne fournirait aucun moyen de remédier aux carences du droit international coutumier. En outre, une telle solution ne tiendrait pas compte de la dimension historique d'un projet inscrit à l'ordre du jour de la Commission depuis la création de celle-ci. Il n'était pas réaliste de compter que l'Assemblée générale adopterait le texte sous forme de déclaration sans y apporter au préalable des modifications substantielles. Rien ne garantissait que des États ne formuleraient pas de déclarations interprétatives en ce qui concerne l'instrument. Une déclaration posait donc les mêmes problèmes qu'une convention, mais elle n'en avait pas les avantages.

66. Quant à l'importance des éléments de développement progressif figurant dans le projet, selon une opinion, la forme que prendrait finalement le projet d'articles était fonction de leur

contenu: si un élément normatif quant au fond était inclus, alors le texte devrait prendre la forme d'une convention multilatérale, tandis que si le projet d'articles ne faisait que codifier des règles existantes, une convention n'était pas nécessaire. Pour d'autres membres, c'était précisément parce que le texte contenait des éléments de développement progressif qu'il fallait être prudent et ne pas proposer une convention. La pratique montrait que les États n'étaient pas en général favorables à l'inclusion de tels éléments dans un instrument international contraignant. D'autres membres encore ont contesté cela, et ont fait observer que diverses conventions, comme celles concernant le droit de la mer et les relations consulaires, relevaient et de la codification et du développement progressif du droit international. Comme certains textes antérieurs de la Commission, les projets d'articles associaient codification et développement progressif, et il n'était pas toujours possible de déterminer si une disposition particulière relevait de l'une ou de l'autre et, à long terme, cela n'était peut-être pas important si la disposition en cause était jugée raisonnable et équilibrée. De plus, des éléments substantiels du droit international avaient été énoncés dans des conventions. Par exemple, la Convention sur le droit des traités a introduit la notion fondamentale de normes impératives.

67. Sur la recommandation du Groupe de travail à composition non limitée, la Commission est convenue qu'elle devrait recommander à l'Assemblée générale en premier lieu de prendre note des projets d'articles dans une résolution et d'en annexer le texte à cette résolution. Cette démarche était comparable à celle qu'avait suivie l'Assemblée en ce qui concerne les articles sur «la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États» dans la résolution 55/153. La Commission proposerait également dans sa recommandation que, étant donné l'importance du sujet, dans un second temps l'Assemblée devrait envisager qu'une convention soit adoptée sur ce sujet. La question du règlement des différends se poserait naturellement dans ce deuxième temps (voir par. 60 ci-dessus).

2. Changement du titre du sujet

68. La Commission craignait que le titre «Responsabilité des États» ne soit pas assez clair pour distinguer le sujet de celui de la responsabilité de l'État en droit interne. Elle a examiné différentes variantes, par exemple «La responsabilité de l'État en droit international», «La responsabilité internationale des États» et «La responsabilité internationale de l'État pour

fait internationalement illicite». L'un des avantages de ce dernier titre était qu'il rendait la traduction du texte anglais dans les autres langues plus facile en distinguant clairement la responsabilité en question de la responsabilité («*liability*») internationale pour les activités qui ne sont pas interdites par le droit international. Finalement, la Commission a opté pour le titre «La responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite», sans l'adjectif «internationale» après «responsabilité» pour éviter de répéter le mot «internationale» deux fois dans le titre. Comme les projets d'articles ne concernaient que les faits internationalement illicites à l'exclusion de tous autres faits illicites, il a été jugé préférable d'associer le mot «international» aux «faits illicites».

3. Adoption du projet d'articles et des commentaires y relatifs

69. Le Président du Comité de rédaction a présenté son rapport (A/CN.4/L.602 et Corr.1, et par la suite Rev. 1) aux 2681^e, 2682^e, 2683^e et 2701^e séances de la Commission, tenues respectivement les 29, 30, 31 mai et 3 août 2001. La Commission a examiné le rapport du Comité de rédaction auxdites séances et adopté dans son intégralité le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite à ses 2683^e et 2701^e séances.

70. À ses 2702^e à 2709^e séances, tenues du 6 au 9 août 2001, la Commission a adopté les commentaires relatifs au projet d'articles susmentionné.

71. Conformément à son statut, la Commission soumet le projet d'articles à l'Assemblée générale, accompagné de la recommandation ci-après.

C. Recommandation de la Commission

72. À sa 2709^e séance, le 9 août 2001, la Commission a décidé, conformément à l'article 23 de son Statut de recommander à l'Assemblée générale de prendre acte du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite dans une résolution, et d'annexer le projet d'articles à la résolution.

73. La Commission a décidé également de recommander que l'Assemblée générale envisage la possibilité, à un stade ultérieur et compte tenu de l'importance du sujet, de convoquer une conférence internationale de plénipotentiaires pour examiner le projet d'articles sur la responsabilité

de l'État pour fait internationalement illicite en vue de la conclusion d'une convention sur ce sujet. La Commission a estimé que la question du règlement des différends pourrait être traitée par la Conférence internationale susmentionnée, si celle-ci considérait, qu'il faudrait prévoir un mécanisme juridique de règlement des différends dans le cadre du projet d'articles.

D. Hommage au Rapporteur spécial, M. James Crawford

74. À sa 2709^e séance, le 9 août 2001, la Commission, après avoir adopté le texte du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, a adopté la résolution suivante par acclamation:

«La Commission du droit international,

Ayant adopté le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite,

Exprime à M. James Crawford, Rapporteur spécial, sa profonde gratitude et ses chaleureuses félicitations pour la contribution exceptionnelle qu'il a apportée à l'élaboration du projet d'articles par son dévouement et ses efforts inlassables, et pour les résultats qu'il a obtenus dans l'élaboration du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.»

75. La Commission a aussi exprimé sa profonde gratitude aux précédents rapporteurs spéciaux, MM. Francisco V. García-Amador, Roberto Ago, Willem Riphagen et Gaetano Arangio-Ruiz pour leur contribution exceptionnelle aux travaux sur le sujet.

E. Texte du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite

1. Texte du projet d'articles

76. Le texte du projet d'articles adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session est reproduit ci-après:

RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT POUR FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE

PREMIÈRE PARTIE

LE FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE DE L'ÉTAT

CHAPITRE PREMIER

Principes généraux

Article premier

Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite

Tout fait internationalement illicite de l'État engage sa responsabilité internationale.

Article 2

Éléments du fait internationalement illicite de l'État

Il y a fait internationalement illicite de l'État lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission:

- a) Est attribuable à l'État en vertu du droit international; et
- b) Constitue une violation d'une obligation internationale de l'État.

Article 3

Qualification du fait de l'État comme internationalement illicite

La qualification du fait de l'État comme internationalement illicite relève du droit international. Une telle qualification n'est pas affectée par la qualification du même fait comme licite par le droit interne.

CHAPITRE II

Attribution d'un comportement à l'État

Article 4

Comportement des organes de l'État

1. Le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État.

2. Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État.

Article 5

Comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique

Le comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'État au titre de l'article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet État à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international.

Article 6

Comportement d'un organe mis à la disposition de l'État par un autre État

Le comportement d'un organe mis à la disposition de l'État par un autre État, pour autant que cet organe agisse dans l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État à la disposition duquel il se trouve, est considéré comme un fait du premier État d'après le droit international.

Article 7

Excès de pouvoir ou comportement contraire aux instructions

Le comportement d'un organe de l'État ou d'une personne ou entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cet organe, cette personne ou cette entité agit en cette qualité, même s'il outrepassa sa compétence ou contrevient à ses instructions.

Article 8

Comportement sous la direction ou le contrôle de l'État

Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État.

Article 9

Comportement en cas d'absence ou de carence des autorités officielles

Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes exerce en fait des prérogatives de puissance publique en cas d'absence ou de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui requièrent l'exercice de ces prérogatives.

Article 10

Comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre

1. Le comportement d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement de l'État est considéré comme un fait de cet État d'après le droit international.
2. Le comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre qui parvient à créer un nouvel État sur une partie du territoire d'un État préexistant ou sur un territoire sous son administration est considéré comme un fait de ce nouvel État d'après le droit international.
3. Le présent article est sans préjudice de l'attribution à l'État de tout comportement, lié de quelque façon que ce soit à celui du mouvement concerné, qui doit être considéré comme un fait de cet État en vertu des articles 4 à 9.

Article 11

Comportement reconnu et adopté par l'État comme étant sien

Un comportement qui n'est pas attribuable à l'État selon les articles précédents est néanmoins considéré comme un fait de cet État d'après le droit international si, et dans la mesure où, cet État reconnaît et adopte ledit comportement comme sien.

CHAPITRE III

Violation d'une obligation internationale

Article 12

Existence de la violation d'une obligation internationale

Il y a violation d'une obligation internationale par un État lorsqu'un fait dudit État n'est pas conforme à ce qui est requis de lui en vertu de cette obligation, quelle que soit l'origine ou la nature de celle-ci.

Article 13

Obligation internationale en vigueur à l'égard de l'État

Le fait de l'État ne constitue pas une violation d'une obligation internationale à moins que l'État ne soit lié par ladite obligation au moment où le fait se produit.

Article 14

Extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale

1. La violation d'une obligation internationale par le fait de l'État n'ayant pas un caractère continu a lieu au moment où le fait se produit, même si ses effets perdurent.

2. La violation d'une obligation internationale par le fait de l'État ayant un caractère continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale.

3. La violation d'une obligation internationale requérant de l'État qu'il prévienne un événement donné a lieu au moment où l'événement survient et s'étend sur toute la période durant laquelle l'événement continue et reste non conforme à cette obligation.

Article 15

Violation constituée par un fait composite

1. La violation d'une obligation internationale par l'État à raison d'une série d'actions ou d'omissions, définie dans son ensemble comme illicite, a lieu quand se produit l'action ou l'omission qui, conjuguée aux autres actions ou omissions, suffit à constituer le fait illicite.

2. Dans un tel cas, la violation s'étend sur toute la période débutant avec la première des actions ou omissions de la série et dure aussi longtemps que ces actions ou omissions se répètent et restent non conformes à ladite obligation internationale.

CHAPITRE IV

Responsabilité de l'État à raison du fait d'un autre État

Article 16

Aide ou assistance dans la commission du fait internationalement illicite

L'État qui aide ou assiste un autre État dans la commission du fait internationalement illicite par ce dernier est internationalement responsable pour avoir agi de la sorte dans le cas où:

- a) Ledit État agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite; et
- b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet État.

Article 17

Directives et contrôle dans la commission du fait internationalement illicite

L'État qui donne des directives à un autre État et qui exerce un contrôle dans la commission du fait internationalement illicite par ce dernier est internationalement responsable de ce fait dans le cas où:

- a) Ledit État agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite; et
- b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet État.

Article 18

Contrainte sur un autre État

L'État qui contraint un autre État à commettre un fait est internationalement responsable de ce fait dans le cas où:

- a) Le fait constituerait, en l'absence de contrainte, un fait internationalement illicite de l'État soumis à la contrainte; et
- b) L'État qui exerce la contrainte agit en connaissance des circonstances dudit fait.

Article 19

Effet du présent chapitre

Le présent chapitre est sans préjudice de la responsabilité internationale, en vertu d'autres dispositions des présents articles, de l'État qui commet le fait en question ou de tout autre État.

CHAPITRE V

Circonstances excluant l'illicéité

Article 20

Consentement

Le consentement valide de l'État à la commission par un autre État d'un fait donné exclut l'illicéité de ce fait à l'égard du premier État pour autant que le fait reste dans les limites de ce consentement.

Article 21

Légitime défense

L'illicéité du fait de l'État est exclue si ce fait constitue une mesure licite de légitime défense prise en conformité avec la Charte des Nations Unies.

Article 22

Contre-mesures à raison d'un fait internationalement illicite

L'illicéité du fait d'un État non conforme à l'une de ses obligations internationales à l'égard d'un autre État est exclue si, et dans la mesure où, ce fait constitue une contre-mesure prise à l'encontre de cet autre État conformément au chapitre II de la troisième partie.

Article 23

Force majeure

1. L'illicéité du fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si ce fait est dû à la force majeure, consistant en la survenance d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu qui échappe au contrôle de l'État et fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas:

- a) Si la situation de force majeure est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'État qui l'invoque; ou
- b) Si l'État a assumé le risque que survienne une telle situation.

Article 24

Détresse

1. L'illicéité du fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si l'auteur dudit fait n'a raisonnablement pas d'autre moyen, dans une situation de détresse, de sauver sa propre vie ou celle de personnes qu'il a la charge de protéger.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas:

- a) Si la situation de détresse est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'État qui l'invoque; ou
- b) Si ledit fait est susceptible de créer un péril comparable ou plus grave.

Article 25

État de nécessité

1. L'État ne peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales que si ce fait:

a) Constitue pour l'État le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent; et

b) Ne porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'État ou des États à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble.

2. En tout cas, l'état de nécessité ne peut être invoqué par l'État comme cause d'exclusion de l'illicéité:

a) Si l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité; ou

b) Si l'État a contribué à la survenance de cette situation.

Article 26

Respect de normes impératives

Aucune disposition du présent chapitre n'exclut l'illicéité de tout fait de l'État qui n'est pas conforme à une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général.

Article 27

Conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité

L'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité conformément au présent chapitre est sans préjudice:

a) Du respect de l'obligation en question si, et dans la mesure où, la circonstance excluant l'illicéité n'existe plus;

b) De la question de l'indemnisation de toute perte effective causée par le fait en question.

DEUXIÈME PARTIE

CONTENU DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DE L'ÉTAT

CHAPITRE PREMIER

Principes généraux

Article 28

Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite

La responsabilité internationale de l'État qui, conformément aux dispositions de la première partie, résulte d'un fait internationalement illicite comporte les conséquences juridiques qui sont énoncées dans la présente partie.

Article 29

Maintien du devoir d'exécuter l'obligation

Les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite prévues dans la présente partie n'affectent pas le maintien du devoir de l'État responsable d'exécuter l'obligation violée.

Article 30

Cessation et non-répétition

L'État responsable du fait internationalement illicite a l'obligation:

- a) D'y mettre fin si ce fait continue;
- b) D'offrir des assurances et des garanties de non-répétition appropriées si les circonstances l'exigent.

Article 31

Réparation

1. L'État responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite.
2. Le préjudice comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite de l'État.

Article 32

Non-pertinence du droit interne

L'État responsable ne peut pas se prévaloir des dispositions de son droit interne pour justifier un manquement aux obligations qui lui incombent en vertu de la présente partie.

Article 33

Portée des obligations internationales énoncées dans la présente partie

1. Les obligations de l'État responsable énoncées dans la présente partie peuvent être dues à un autre État, à plusieurs États ou à la communauté internationale dans son ensemble, en fonction notamment de la nature et du contenu de l'obligation internationale violée et des circonstances de la violation.
2. La présente partie est sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'État peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un État.

CHAPITRE II

Réparation du préjudice

Article 34

Formes de la réparation

La réparation intégrale du préjudice causé par le fait internationalement illicite prend la forme de restitution, d'indemnisation et de satisfaction, séparément ou conjointement, conformément aux dispositions du présent chapitre.

Article 35

Restitution

L'État responsable du fait internationalement illicite a l'obligation de procéder à la restitution consistant dans le rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis, dès lors et pour autant qu'une telle restitution:

- a) N'est pas matériellement impossible;
- b) N'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation.

Article 36

Indemnisation

1. L'État responsable du fait internationalement illicite est tenu d'indemniser le dommage causé par ce fait dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution.
2. L'indemnité couvre tout dommage susceptible d'évaluation financière, y compris le manque à gagner dans la mesure où celui-ci est établi.

Article 37

Satisfaction

1. L'État responsable d'un fait internationalement illicite est tenu de donner satisfaction pour le préjudice causé par ce fait dans la mesure où il ne peut pas être réparé par la restitution ou l'indemnisation.
2. La satisfaction peut consister en une reconnaissance de la violation, une expression de regrets, des excuses formelles ou toute autre modalité appropriée.
3. La satisfaction ne doit pas être hors de proportion avec le préjudice et ne peut pas prendre une forme humiliante pour l'État responsable.

Article 38

Intérêts

1. Des intérêts sur toute somme principale due en vertu du présent chapitre sont payables dans la mesure nécessaire pour assurer la réparation intégrale. Le taux d'intérêt et le mode de calcul sont fixés de façon à atteindre ce résultat.
2. Les intérêts courent à compter de la date à laquelle la somme principale aurait dû être versée jusqu'au jour où l'obligation de payer est exécutée.

Article 39

Contribution au préjudice

Pour déterminer la réparation, il est tenu compte de la contribution au préjudice due à l'action ou à l'omission, intentionnelle ou par négligence, de l'État lésé ou de toute personne ou entité au titre de laquelle réparation est demandée.

CHAPITRE III

Violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général

Article 40

Application du présent chapitre

1. Le présent chapitre s'applique à la responsabilité internationale qui résulte d'une violation grave par l'État d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général.
2. La violation d'une telle obligation est grave si elle dénote de la part de l'État responsable un manquement flagrant ou systématique à l'exécution de l'obligation.

Article 41

Conséquences particulières d'une violation grave d'une obligation en vertu du présent chapitre

1. Les États doivent coopérer pour mettre fin, par des moyens licites, à toute violation grave au sens de l'article 40.
2. Aucun État ne doit reconnaître comme licite une situation créée par une violation grave au sens de l'article 40, ni prêter aide ou assistance au maintien de cette situation.
3. Le présent article est sans préjudice des autres conséquences prévues dans la présente partie et de toute conséquence supplémentaire que peut entraîner, d'après le droit international, une violation à laquelle s'applique le présent chapitre.

TROISIÈME PARTIE

MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DE L'ÉTAT

CHAPITRE PREMIER

Invocation de la responsabilité de l'État

Article 42

Invocation de la responsabilité par l'État lésé

Un État est en droit en tant qu'État lésé d'invoquer la responsabilité d'un autre État si l'obligation violée est due:

- a) À cet État individuellement; ou

b) À un groupe d'États dont il fait partie ou à la communauté internationale dans son ensemble, et si la violation de l'obligation:

- i) Atteint spécialement cet État; ou
- ii) Est de nature à modifier radicalement la situation de tous les autres États auxquels l'obligation est due quant à l'exécution ultérieure de cette obligation.

Article 43

Notification par l'État lésé

1. L'État lésé qui invoque la responsabilité d'un autre État notifie sa demande à cet État.
2. L'État lésé peut préciser notamment:
 - a) Le comportement que devrait adopter l'État responsable pour mettre fin au fait illicite si ce fait continue;
 - b) La forme que devrait prendre la réparation, conformément aux dispositions de la deuxième partie.

Article 44

Recevabilité de la demande

La responsabilité de l'État ne peut pas être invoquée si:

- a) La demande n'est pas présentée conformément aux règles applicables en matière de nationalité des réclamations;
- b) Toutes les voies de recours internes disponibles et efficaces n'ont pas été épuisées au cas où la demande est soumise à la règle de l'épuisement des voies de recours internes.

Article 45

Renonciation au droit d'invoquer la responsabilité

La responsabilité de l'État ne peut pas être invoquée si:

- a) L'État lésé a valablement renoncé à la demande; ou
- b) L'État lésé doit, en raison de son comportement, être considéré comme ayant valablement acquiescé à l'abandon de la demande.

Article 46

Pluralité d'États lésés

Lorsque plusieurs États sont lésés par le même fait internationalement illicite, chaque État lésé peut invoquer séparément la responsabilité de l'État qui a commis le fait internationalement illicite.

Article 47

Pluralité d'États responsables

1. Lorsque plusieurs États sont responsables du même fait internationalement illicite, la responsabilité de chaque État peut être invoquée par rapport à ce fait.
2. Le paragraphe 1:
 - a) Ne permet à aucun État lésé de recevoir une indemnisation supérieure au dommage qu'il a subi;
 - b) Est sans préjudice de tout droit de recours à l'égard des autres États responsables.

Article 48

Invocation de la responsabilité par un État autre qu'un État lésé

1. Conformément au paragraphe 2, tout État autre qu'un État lésé est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État, si:
 - a) L'obligation violée est due à un groupe d'États dont il fait partie, et si l'obligation est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe; ou
 - b) L'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble.
2. Tout État en droit d'invoquer la responsabilité en vertu du paragraphe 1 peut exiger de l'État responsable:
 - a) La cessation du fait internationalement illicite et des assurances et garanties de non-répétition, conformément à l'article 30; et
 - b) L'exécution de l'obligation de réparation conformément aux articles précédents, dans l'intérêt de l'État lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée.
3. Les conditions posées par les articles 43, 44 et 45 à l'invocation de la responsabilité par un État lésé s'appliquent à l'invocation de la responsabilité par un État en droit de le faire en vertu du paragraphe 1.

CHAPITRE II

Contre-mesures

Article 49

Objet et limites des contre-mesures

1. L'État lésé ne peut prendre de contre-mesures à l'encontre de l'État responsable du fait internationalement illicite que pour amener cet État à s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie.
2. Les contre-mesures sont limitées à l'inexécution temporaire d'obligations internationales de l'État prenant les mesures envers l'État responsable.
3. Les contre-mesures doivent, autant que possible, être prises d'une manière qui permette la reprise de l'exécution des obligations en question.

Article 50

Obligations ne pouvant être affectées par des contre-mesures

1. Les contre-mesures ne peuvent porter aucune atteinte:
 - a) À l'obligation de ne pas recourir à la menace ou à l'emploi de la force telle qu'elle est énoncée dans la Charte des Nations Unies;
 - b) Aux obligations concernant la protection des droits fondamentaux de l'homme;
 - c) Aux obligations de caractère humanitaire excluant les représailles;
 - d) Aux autres obligations découlant de normes impératives du droit international général.
2. L'État qui prend des contre-mesures n'est pas dégagé des obligations qui lui incombent:
 - a) En vertu de toute procédure de règlement des différends applicable entre lui et l'État responsable;
 - b) De respecter l'inviolabilité des agents, locaux, archives et documents diplomatiques ou consulaires.

Article 51

Proportionnalité

Les contre-mesures doivent être proportionnelles au préjudice subi, compte tenu de la gravité du fait internationalement illicite et des droits en cause.

Article 52

Conditions du recours à des contre-mesures

1. Avant de prendre des contre-mesures, l'État lésé doit:
 - a) Demander à l'État responsable, conformément à l'article 43, de s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie;
 - b) Notifier à l'État responsable toute décision de prendre des contre-mesures et offrir de négocier avec cet État.
2. Nonobstant le paragraphe 1 *b*, l'État lésé peut prendre les contre-mesures urgentes qui sont nécessaires pour préserver ses droits.
3. Des contre-mesures ne peuvent être prises et, si elles sont déjà prises, doivent être suspendues sans retard indu si:
 - a) Le fait internationalement illicite a cessé; et
 - b) Le différend est en instance devant une cour ou un tribunal habilité à rendre des décisions obligatoires pour les parties.
4. Le paragraphe 3 ne s'applique pas si l'État responsable ne met pas en œuvre de bonne foi les procédures de règlement des différends.

Article 53

Cessation des contre-mesures

Il doit être mis fin aux contre-mesures dès que l'État responsable s'est acquitté des obligations qui lui incombent à raison du fait internationalement illicite conformément à la deuxième partie.

Article 54

Mesures prises par des États autres qu'un État lésé

Le présent chapitre est sans préjudice du droit de tout État, habilité en vertu de l'article 48, paragraphe 1, à invoquer la responsabilité d'un autre État, de prendre des mesures licites à l'encontre de ce dernier afin d'assurer la cessation de la violation ainsi que la réparation dans l'intérêt de l'État lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée.

QUATRIÈME PARTIE

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 55

Lex specialis

Les présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où les conditions d'existence d'un fait internationalement illicite ou le contenu ou la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un État sont régies par des règles spéciales de droit international.

Article 56

Questions concernant la responsabilité de l'État non régies par les présents articles

Les règles de droit international applicables continuent de régir les questions concernant la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite dans la mesure où ces questions ne sont pas régies par les présents articles.

Article 57

Responsabilité d'une organisation internationale

Les présents articles sont sans préjudice de toute question relative à la responsabilité d'après le droit international d'une organisation internationale ou d'un État pour le comportement d'une organisation internationale.

Article 58

Responsabilité individuelle

Les présents articles sont sans préjudice de toute question relative à la responsabilité individuelle d'après le droit international de toute personne qui agit pour le compte d'un État.

Article 59

Charte des Nations Unies

Les présents articles sont sans préjudice de la Charte des Nations Unies.

2. Texte des projets d'articles et commentaires y relatifs

77. Le texte des projets d'articles et des commentaires y relatifs, adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session, est reproduit ci-après:

LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT POUR FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE

- 1) Les présents articles ont pour objet d'énoncer par codification et développement progressif les règles fondamentales du droit international relatives à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, en s'attachant essentiellement aux règles secondaires de cette responsabilité, c'est-à-dire aux conditions générales que pose le droit international pour que l'État soit considéré comme responsable d'actions ou omissions illicites, et aux conséquences juridiques qui en découlent. Ils ne cherchent pas à définir le contenu des obligations internationales dont la violation engage la responsabilité: c'est là le rôle des règles primaires, que l'on ne pourrait codifier qu'en paraphrasant la plus grande partie du droit international positif, coutumier et conventionnel.
- 2) Roberto Ago, à qui revint la tâche de définir la structure et les orientations de base du projet, considérait que ces articles devaient préciser...

«les principes qui régissent la responsabilité des États pour faits illicites internationaux, en maintenant une distinction rigoureuse entre cette tâche et celle qui consiste à définir les règles mettant à la charge des États les obligations dont la violation peut être cause de responsabilité... [D]éfinir une règle et le contenu de l'obligation qu'elle impose est une chose et établir si cette obligation a été violée et quelles doivent être les suites de cette violation en est une autre³³.»

- 3) Dans l'hypothèse où il existe une règle primaire imposant une obligation à un État selon le droit international et où se pose la question de savoir si l'État a respecté cette obligation, plusieurs autres questions de caractère général doivent encore être abordées, notamment les suivantes:
 - a) Le rôle que joue le droit international, indépendamment du droit interne de l'État considéré, dans la qualification du comportement comme illicite;
 - b) Les circonstances dans lesquelles un comportement est attribuable à l'État en tant que sujet de droit international;

³³ *Annuaire ... 1970*, vol. II, p. 327, par. 66 c.

- c) La détermination du moment et de la durée de la violation par un État d'une obligation internationale;
- d) Les circonstances dans lesquelles un État peut être responsable du comportement d'un autre État, incompatible avec une obligation internationale de celui-ci;
- e) Les circonstances dans lesquelles l'illicéité du comportement en droit international peut être exclue;
- f) Le contenu de la responsabilité de l'État, c'est-à-dire les relations juridiques nouvelles qui résultent de la commission par un État d'un fait internationalement illicite, en ce qui concerne la cessation du fait illicite et la réparation des éventuels préjudices;
- g) Les conditions préalables, de procédure ou de fond, qui doivent être réunies pour qu'un État puisse invoquer la responsabilité d'un autre État, et les circonstances dans lesquelles le droit d'invoquer la responsabilité peut disparaître;
- h) Les conditions dans lesquelles un État peut avoir le droit de réagir à une violation d'une obligation internationale en prenant des contre-mesures pour obtenir l'exécution des obligations qui incombent à l'État responsable en vertu des présents articles.

Toutes ces questions entrent dans le champ des règles secondaires de la responsabilité des États.

- 4) Un certain nombre de questions, en revanche, ne relèvent pas du domaine de la responsabilité des États, tel qu'il est circonscrit dans les présents articles:

Premièrement, comme on l'a déjà dit, ces articles n'ont pas pour fonction de préciser le contenu des obligations énoncées par telle ou telle règle primaire, pas plus que de les interpréter. Ils ne traitent pas non plus de la question de savoir si des obligations primaires particulières sont en vigueur à l'égard d'un État, et pour combien de temps. C'est au droit des traités qu'il appartient de déterminer si un État est partie à un traité valide, si ce traité est en vigueur à l'égard de cet État et pour quelles dispositions, et comment il doit être interprété. Cela est vrai aussi, *mutatis mutandis*, d'autres «sources» d'obligations internationales, telles que le droit international coutumier. Les articles envisagent les règles primaires

du droit international telles qu'elles existent et avec le contenu qu'elles ont au moment considéré; ils aident à déterminer si les obligations qui en découlent pour chaque État ont été violées, et quelles conséquences juridiques cela entraîne pour les autres États.

Deuxièmement, les conséquences prévues par ces articles sont celles qui résultent de la commission d'un fait internationalement illicite en soi³⁴. Il n'est nullement question des conséquences que peut avoir une violation sur le maintien de la validité ou de l'effet obligatoire de la règle primaire (par exemple, le droit de l'État lésé de mettre fin à un traité ou d'en suspendre l'application en cas de violation substantielle du traité, qui est reconnu à l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités). Les articles ne disent rien non plus des conséquences indirectes ou additionnelles qui peuvent résulter de la réaction des organisations internationales à un comportement illicite. Dans l'exercice de leurs fonctions, les organisations internationales peuvent certes avoir à prendre position sur la question de savoir si un État a violé une obligation internationale. Mais, même lorsque c'est le cas, les conséquences seront celles qui sont déterminées par l'acte constitutif de l'organisation, ou dans le cadre de cet acte constitutif, et elles échappent à l'application de ces articles. C'est en particulier le cas des mesures que peut prendre l'Organisation des Nations Unies en vertu de la Charte, qui sont expressément réservées par l'article 59.

Troisièmement, les articles concernent uniquement la responsabilité pour un comportement qui est internationalement illicite. Il peut se trouver qu'un État soit tenu de réparer les conséquences préjudiciables d'un comportement que le droit international n'interdit pas, voire qu'il autorise expressément (par exemple verser une indemnité du fait d'une expropriation opérée en bonne et due forme pour cause d'utilité publique). Il peut se trouver également qu'un État soit tenu de rétablir le *statu quo ante* après qu'une activité licite a pris fin. Ces obligations d'indemnisation ou de rétablissement de l'état antérieur mettent en jeu des obligations primaires: c'est leur inexécution qui engagerait la responsabilité internationale de l'État considéré. Ainsi aux fins des présents articles, la responsabilité

³⁴ Aux fins des articles, l'expression «fait internationalement illicite» désigne aussi une omission, et elle s'étend au comportement consistant en plusieurs actions ou omissions qui, ensemble, constituent un fait internationalement illicite. Voir le commentaire de l'article premier, par. 1).

internationale résulte-t-elle exclusivement d'un fait illicite contraire au droit international. C'est ce qu'indique l'intitulé des articles.

Quatrièmement, les articles ne portent que sur la responsabilité des États pour un comportement internationalement illicite, laissant de côté la question de la responsabilité des organisations internationales ou d'autres acteurs non étatiques (voir les articles 57 et 58).

5) Par contre, les présents articles portent sur l'ensemble du domaine de la responsabilité des États. Ils ne sont donc pas limités aux violations d'obligations bilatérales, celles qui résultent par exemple d'un traité bilatéral conclu avec un autre État, mais s'appliquent à l'ensemble des obligations internationales des États, que l'obligation existe envers un ou plusieurs États, envers un individu ou un groupe, ou envers la communauté internationale dans son ensemble. De caractère général, ils sont aussi, pour la plupart, supplétifs. En principe, les États, lorsqu'ils établissent une règle ou acceptent d'être liés par une règle, sont libres de préciser que sa violation n'entraînera que certains effets particuliers, écartant ainsi l'application des règles ordinaires de la responsabilité. C'est ce que précise l'article 55.

6) Les présents articles sont divisés en quatre parties. La première, qui s'intitule «Le fait internationalement illicite de l'État», traite des conditions dans lesquelles la responsabilité internationale d'un État est engagée. La deuxième, intitulée «Contenu de la responsabilité internationale de l'État», concerne les conséquences juridiques du fait internationalement illicite pour l'État responsable, principalement du point de vue de la cessation et de la réparation. La troisième partie, qui a pour titre «Mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'État», précise quels États peuvent réagir à un fait internationalement illicite, et quelles formes cette réaction peut prendre, y compris, dans certaines circonstances, l'adoption des contre-mesures nécessaires pour obtenir la cessation du fait illicite et la réparation de ses conséquences. La quatrième partie contient diverses dispositions générales applicables à l'ensemble des articles.

PREMIÈRE PARTIE

LE FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE DE L'ÉTAT

La première partie définit les conditions générales qui doivent être réunies pour que la responsabilité de l'État soit engagée. Le chapitre premier énonce trois principes de base dont procède l'ensemble des articles. Le chapitre II définit les conditions dans lesquelles un comportement est attribuable à l'État. Le chapitre III énonce en termes généraux les conditions dans lesquelles un comportement constitue une violation d'une obligation internationale de l'État considéré. Le chapitre IV est consacré à certains cas exceptionnels dans lesquels un État peut être responsable du comportement d'un autre État qui n'est pas en conformité avec une obligation internationale de ce dernier. Enfin, le chapitre V définit les circonstances excluant l'illicéité d'un comportement non conforme aux obligations internationales d'un État.

Chapitre premier

Principes généraux

Article premier

Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite

Tout fait internationalement illicite de l'État engage sa responsabilité internationale.

Commentaire

1) L'article premier énonce le principe qui est à la base de l'ensemble des articles, à savoir que la violation du droit international par un État engage sa responsabilité internationale. Le comportement internationalement illicite d'un État peut consister en une ou plusieurs actions ou omissions, ou en une combinaison d'actions et d'omissions. Le point de savoir s'il y a eu fait internationalement illicite dépend, en premier lieu, du contenu de l'obligation qui est censée avoir été violée et, en second lieu, des conditions générales qui définissent le caractère illicite du fait et qui sont exposées dans la première partie. L'expression «responsabilité internationale» s'applique aux relations juridiques nouvelles qui naissent en droit international du fait internationalement illicite d'un État. Le contenu de ces relations est précisé dans la deuxième partie.

2) La Cour permanente de Justice internationale a appliqué le principe énoncé à l'article premier dans plusieurs affaires. Ainsi, dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, elle a affirmé que, lorsqu'un État commet un fait internationalement illicite à l'encontre d'un autre État, la responsabilité internationale s'établit «directement dans le plan des relations entre ces États³⁵». La Cour internationale de Justice a elle aussi fait application du principe à diverses reprises, par exemple dans les affaires du *Détroit de Corfou*³⁶, des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*³⁷, et du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*³⁸. La Cour a également invoqué ce principe dans ses avis consultatifs sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*³⁹ et sur l'*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie (deuxième phase)*⁴⁰, où elle a déclaré qu'«il est clair que le refus de s'acquitter d'une obligation conventionnelle est de nature à engager la responsabilité internationale⁴¹». Les tribunaux arbitraux de leur côté ont maintes fois affirmé ce principe, notamment dans les affaires des *Réclamations des sujets italiens résidant au Pérou*⁴², de la *Dickson Car Wheel Company*⁴³, de l'*International*

³⁵ *Phosphates du Maroc, exceptions préliminaires*, 1938, C.P.J.I., série A/B, n° 74, p. 28. Voir aussi *Vapeur «Wimbledon»*, 1923, C.P.J.I., série A, n° 1, p. 30; *Usine de Chorzów, compétence*, 1927, C.P.J.I., série A, n° 9, p. 21, et *fond*, 1928, C.P.J.I., série A, n° 17, p. 29.

³⁶ *Détroit de Corfou, fond*, C.I.J. Recueil 1949, p. 23.

³⁷ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, *fond*, C.I.J. Recueil 1986, p. 142, par. 283; p. 149, par. 292.

³⁸ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, C.I.J. Recueil 1997, p. 38, par. 47.

³⁹ *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, C.I.J. Recueil 1949, p. 184.

⁴⁰ *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, deuxième phase*, C.I.J. Recueil 1950, p. 221.

⁴¹ *Ibid.*, p. 228.

⁴² Dans sept de ces sentences arbitrales, rendues en 1901, il est dit qu'«un principe de droit international universellement reconnu veut que l'État soit responsable des violations du droit des gens commises par ses agents...». Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV (1901), p. 399, 401, 404, 407, 408, 409 et 411.

⁴³ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (1931), p. 678.

*Fisheries Company*⁴⁴, des *Réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc*⁴⁵, et dans l'affaire *Armstrong Cork Company*⁴⁶. Dans l'affaire du *Rainbow Warrior*⁴⁷, le tribunal arbitral a insisté sur le fait que «toute violation par un État d'une obligation, quelle qu'en soit la source, engage la responsabilité de l'État⁴⁸».

3) Que chaque fait internationalement illicite d'un État engage la responsabilité internationale de celui-ci, donnant ainsi naissance à des relations juridiques nouvelles s'ajoutant à celles qui existaient avant la survenance de ce fait, cela était déjà largement reconnu avant que la Commission ne formule l'article premier⁴⁹ et l'est encore⁵⁰. Il est vrai que, au début, des divergences d'opinion sont apparues sur la définition des relations juridiques nées d'un fait internationalement illicite. Une école de pensée, menée par Anzilotti, décrivait les conséquences juridiques résultant d'un fait internationalement illicite uniquement comme un rapport bilatéral obligatoire instauré entre l'État auteur du fait et l'État lésé,

⁴⁴ Ibid., vol. IV (1931), p. 701.

⁴⁵ Selon l'arbitre, Max Huber, c'est un principe indiscutable que «la responsabilité est le corollaire nécessaire du droit. Tous droits d'ordre international ont pour conséquence une responsabilité internationale...», Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (1925), p. 641.

⁴⁶ Selon la Commission de conciliation italo-américaine, aucun État «ne peut échapper à la responsabilité qui naît de l'exercice d'une action illicite du point de vue des principes généraux du droit international», Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV (1953), p. 163.

⁴⁷ *Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande/France)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990), p. 217.

⁴⁸ Ibid., p. 251, par. 75.

⁴⁹ Voir par exemple D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale* (4^e éd., Padoue, CEDAM, 1955), vol. I, p. 385; W. Wengler, *Völkerrecht* (Berlin, Springer, 1964), vol. I, p. 499; G. I. Tunkin, *Teoria mezhdunarodnogo prava, Mezhduranodnye othoshenia* (Moscou, 1970), p. 470; E. Jiménez de Aréchaga, «International Responsibility», in M. Sørensen (dir. publ.), *Manual of Public International Law* (Londres, Macmillan, 1968), p. 533.

⁵⁰ Voir par exemple I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (5^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1998), p. 435; B. Conforti, *Diritto Internazionale* (4^e éd., Milan, Editoriale Scientifica, 1995), p. 332; P. Daillier et A. Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)* (6^e éd., Paris, L.G.D.J., 1999), p. 742; P.-M. Dupuy, *Droit international public* (3^e éd., Paris, Précis Dalloz, 1998), p. 414; R. Wolfrum, «Internationally Wrongful Acts», in R. Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law* (Amsterdam, North Holland, 1995), vol. II, p. 1398.

rapport opposant l'obligation de réparer du premier au droit «subjectif» du second d'exiger réparation. Une autre façon de voir, celle de Kelsen notamment, partant de l'idée que l'ordre juridique est un ordre de contrainte, considérait l'autorisation accordée à l'État lésé d'appliquer à l'État responsable un acte de contrainte à titre de sanction comme la principale conséquence juridique découlant directement du fait illicite⁵¹. Selon ce point de vue, le droit international général donnait à l'État lésé le pouvoir de réagir à un fait illicite: l'obligation de réparer était considérée comme subsidiaire, comme un moyen pour l'État responsable de se soustraire à l'application de l'acte de contrainte. Un troisième point de vue, qui a fini par l'emporter, était que les conséquences d'un fait internationalement illicite ne peuvent se limiter ni à la réparation ni à une «sanction⁵²». En droit international, comme dans tout système de droit, le fait illicite peut donner naissance à différents types de rapports juridiques, selon les circonstances.

4) Les avis ont aussi été partagés sur la question de savoir si les relations juridiques qui naissent de la survenance d'un fait internationalement illicite sont essentiellement bilatérales, c'est-à-dire n'existent qu'entre l'État responsable et l'État lésé. Il est de plus en plus généralement reconnu que certains faits illicites engagent la responsabilité de l'État en question envers plusieurs États, ou un grand nombre d'États, ou même envers la communauté internationale dans son ensemble. La Cour internationale de Justice a fait un pas important sur cette voie en relevant, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, que:

«une distinction essentielle doit ... être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*⁵³.»

⁵¹ Voir H. Kelsen (R. W. Tucker, dir. publ.), *Principles of International Law* (New York, Holt, Rhinehart et Winston, 1966), p. 22.

⁵² Voir par exemple R. Ago, «Le délit international», *Recueil des cours*, vol. 68 (1939/II), p. 430; H. Lauterpacht, *Oppenheim's International Law* (8^e éd.) (Londres, Longmans, 1955), vol. I, p. 352 à 354.

⁵³ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase*, C.I.J. Recueil 1970, p. 32, par. 33.

Chaque État, du fait qu'il appartient à la communauté internationale, a un intérêt juridique à ce que certains droits fondamentaux soient protégés et certaines obligations essentielles respectées. La Cour a indiqué que ces obligations découlent par exemple «de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale⁵⁴». Dans des affaires ultérieures, la Cour a réaffirmé cette idée⁵⁵. Les conséquences d'une conception élargie de la responsabilité internationale doivent nécessairement se refléter dans ces articles qui, bien que s'appliquant aux situations normales bilatérales de responsabilité, ne sont pas limités à ces situations.

5) Ainsi, l'expression «responsabilité internationale», au sens de l'article premier, recouvre les relations qui, selon le droit international, naissent du fait internationalement illicite d'un État, qu'elles se limitent au rapport existant entre l'État auteur du fait illicite et un seul État lésé, ou qu'elles s'étendent aussi à d'autres États ou même à d'autres sujets de droit international, et qu'elles soient centrées sur des obligations de restitution ou de réparation ou qu'elles donnent aussi à l'État lésé la possibilité de réagir en prenant des contre-mesures.

6) Le fait que, selon l'article premier, tout fait internationalement illicite d'un État engage la responsabilité internationale de celui-ci ne signifie pas que d'autres États ne puissent pas aussi être tenus pour responsables du comportement en question, ou du dommage qui en résulterait. En vertu du chapitre II, un même comportement peut être attribuable à plusieurs États à la fois. En vertu du chapitre IV, un seul et même État peut être responsable du fait internationalement illicite d'un autre, par exemple si ce fait a été commis sous sa direction et son contrôle. Néanmoins, le principe de base du droit international est que chaque État est responsable de son propre comportement en ce qui concerne ses propres obligations internationales.

⁵⁴ Ibid., par. 34.

⁵⁵ Voir *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, C.I.J. Recueil 1995, p. 102, par. 29; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, C.I.J. Recueil 1996, p. 258, par. 83; *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires*, C.I.J. Recueil 1996, p. 615 et 616, par. 31 et 32.

7) Les présents articles ne portent que sur la responsabilité des États. Bien entendu, comme l'a affirmé la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, l'Organisation des Nations Unies «est un sujet de droit international, ... a capacité d'être titulaire de droits et devoirs internationaux et ... de se prévaloir de ses droits par voie de réclamation internationale⁵⁶». La Cour a aussi appelé l'attention sur la responsabilité de l'Organisation pour la conduite de ses organes ou de ses agents⁵⁷. Il est possible que la responsabilité pour fait illicite soit un attribut essentiel de la personnalité juridique internationale, mais il n'est pas moins vrai que des considérations particulières s'appliquent à la responsabilité des autres personnes juridiques internationales, et que celles-ci ne sont pas visées par ces articles⁵⁸.

8) En ce qui concerne la terminologie, l'expression «fait internationalement illicite» est préférable en français au mot «délit» ou à d'autres termes analogues qui peuvent avoir un sens particulier en droit interne. Pour la même raison, il est préférable d'éviter en anglais des termes comme «*tort*», «*delict*» ou «*delinquency*», et en espagnol le terme «*delito*». Si l'expression française «fait internationalement illicite» est préférable à «acte internationalement illicite», c'est parce que l'illicéité résulte souvent d'une omission, ce que n'indique guère le mot «acte». En outre, celui-ci semble impliquer que les conséquences juridiques sont voulues par l'auteur. C'est aussi pour ces raisons que l'on a adopté l'expression «*hecho internacionalmente ilícito*» dans le texte espagnol. Dans le texte anglais, il est nécessaire de s'en tenir à l'expression «*internationally wrongful act*», le mot français «fait» n'ayant pas d'équivalent exact; le mot «*act*» est néanmoins censé s'appliquer aux omissions, ce qui est indiqué clairement à l'article 2.

Article 2

Éléments du fait internationalement illicite de l'État

Il y a fait internationalement illicite de l'État lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission:

⁵⁶ *C.I.J. Recueil 1949*, p. 179.

⁵⁷ *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, *C.I.J. Recueil 1999*, p. 88 et 89, par. 66.

⁵⁸ Pour la situation des organisations internationales, voir l'article 57 et le commentaire y relatif.

- a) Est attribuable à l'État en vertu du droit international; et
- b) Constitue une violation d'une obligation internationale de l'État.

Commentaire

1) L'article premier pose le principe de base que tout fait internationalement illicite d'un État engage sa responsabilité internationale. L'article 2 précise les conditions requises pour établir l'existence d'un fait internationalement illicite de l'État, c'est-à-dire les éléments constitutifs d'un tel fait. Deux éléments sont dégagés: premièrement, le comportement en question doit être attribuable à l'État d'après le droit international; deuxièmement, pour qu'une responsabilité naisse du fait de l'État, ce comportement doit constituer une violation d'une obligation juridique internationale qui était alors à la charge de cet État.

2) Ces deux éléments ont été précisés, par exemple, par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*⁵⁹, où la Cour a lié expressément la naissance d'une responsabilité internationale à l'existence «d'un acte imputable à l'État et décrit comme contraire aux droits conventionnels d'un autre État⁶⁰». La Cour internationale de Justice s'est également référée à ces deux éléments à maintes reprises. Dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*⁶¹, elle a souligné que pour établir la responsabilité de l'Iran...

«[t]out d'abord elle doit déterminer dans quelle mesure les comportements en question peuvent être considérés comme juridiquement imputables à l'État iranien. Ensuite, elle doit rechercher s'ils sont compatibles ou non avec les obligations incombant à l'Iran en vertu des traités en vigueur ou de toute autre règle de droit international éventuellement applicable⁶².»

⁵⁹ *Phosphates du Maroc, exceptions préliminaires*, 1938, C.P.J.I., série A/B, n° 74, p. 10.

⁶⁰ Ibid., p. 28

⁶¹ *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, C.I.J. Recueil 1980, p. 3.

⁶² Ibid., p. 29, par. 56. Cf. p. 41, par. 90. Voir aussi *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, C.I.J. Recueil 1986, p. 117 et 118, par. 226; *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, C.I.J. Recueil 1997, p. 54, par. 78.

De même dans l'affaire de la *Dickson Car Wheel Company*, la Commission générale des réclamations États-Unis d'Amérique/Mexique a indiqué comme condition pour que l'État puisse encourir une responsabilité internationale le fait «qu'un acte illicite international lui soit imputé, c'est-à-dire qu'il existe une violation d'une obligation imposée par une norme juridique internationale⁶³».

3) L'élément de l'attribution a parfois été qualifié de «subjectif» et celui de la violation d'«objectif», mais cette terminologie n'a pas été retenue dans les articles⁶⁴. Le fait qu'il y ait ou non manquement à une règle peut dépendre de l'intention des organes ou agents habilités de l'État ou de la connaissance qu'ils ont; en ce sens, déterminer l'existence ou l'inexistence d'une violation peut être «subjectif». Ainsi, l'article II de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide dispose: «Dans la présente Convention, le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel ...». Dans d'autres cas, le critère de violation d'une obligation peut être «objectif», en ce sens que le fait que les organes ou agents habilités de l'État en aient été conscients ou non peut être sans objet. Que la responsabilité soit «objective» ou «subjective» en ce sens dépend donc des circonstances et surtout du contenu de l'obligation primaire en question. Les présents articles n'énoncent aucune règle générale à cet égard. Cela est vrai aussi pour d'autres critères, qu'ils fassent apparaître, à un degré ou à un autre, une faute, une culpabilité, une négligence ou un manquement de diligence. Ils varient selon le contexte, pour des raisons qui tiennent principalement à l'objet et au but de la disposition conventionnelle considérée ou d'une autre règle créant l'obligation primaire. De même, les articles n'établissent à cet égard aucune présomption parmi les différents critères possibles. Cela relève de l'interprétation et de l'application des règles primaires en jeu dans le cas d'espèce.

4) Le comportement attribuable à l'État peut consister en une action ou une omission. Les cas dans lesquels la responsabilité internationale d'un État a été invoquée sur la base d'une omission sont au moins aussi nombreux que ceux qui sont fondés sur des faits positifs, et il n'existe en principe aucune différence entre les deux. De plus, il peut s'avérer difficile d'isoler une «omission» des circonstances qui l'entourent et qui interviennent dans la détermination de la responsabilité. Par exemple, dans l'affaire du Détroit de Corfou, la Cour internationale de Justice a estimé que le fait que l'Albanie savait,

⁶³ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (1931), p. 678.

⁶⁴ Cf. *Annuaire ... 1973*, vol. II, p. 182, par. 1.

ou aurait dû savoir, que des mines se trouvaient dans ses eaux territoriales et n'avait rien fait pour avertir les États tiers de leur présence constituait une base suffisante pour établir sa responsabilité⁶⁵.

Dans l'affaire relative au Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, la Cour a conclu que la responsabilité de l'Iran était engagée par l'«inaction» des autorités iraniennes qui avaient «manqué de prendre des mesures appropriées», dans des circonstances où celles-ci s'imposaient à l'évidence⁶⁶. Dans certains cas, ce peut être le cumul d'une action et d'une omission qui fonde la responsabilité⁶⁷.

5) Pour qu'un comportement déterminé puisse être qualifié de fait internationalement illicite, il doit avant tout être un comportement attribuable à l'État. L'État est une entité organisée réelle, une personne juridique ayant pleine qualité pour agir d'après le droit international. Mais le reconnaître ne veut pas dire nier la vérité élémentaire que l'État comme tel n'est pas capable d'agir. Un «fait de l'État» met nécessairement en jeu une action ou une omission d'un être humain ou d'un groupe: «Les États ne peuvent agir qu'au moyen et par l'entremise de la personne de leurs agents et représentants⁶⁸». Il s'agit de déterminer quelles sont les personnes qui devraient être considérées comme agissant au nom de l'État, c'est-à-dire ce que constitue un «fait de l'État» aux fins de la responsabilité des États.

6) Lorsque l'on parle de l'attribution d'un comportement à l'État, on entend par État un sujet de droit international. Dans de nombreux systèmes juridiques les organes de l'État consistent

⁶⁵ *Détroit de Corfou, fond, C.I.J. Recueil 1949*, p. 22 et 23.

⁶⁶ *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, C.I.J. Recueil 1980*, p. 31 et 32, par. 63 et 67. Voir aussi l'affaire *Velásquez Rodríguez*, Inter-Am.Ct.H.R., Série C, n° 4 (1989), par. 170: «d'après le droit international, un État est responsable des actes accomplis par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions ainsi que de leurs omissions...»; *Affaire relative à l'acquisition de la nationalité polonaise*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. I (1924), p. 425.

⁶⁷ Par exemple, selon l'article 4 de la Convention de La Haye (VIII) du 18 octobre 1907 relative à la pose des mines sous-marines automatiques de contact, toute puissance neutre qui place des mines automatiques de contact devant ses côtes mais omet d'en avertir dans les formes les autres États parties est susceptible d'être tenue pour responsable des conséquences de cette omission; voir J. B. Scott, *The Proceedings of the Hague Peace Conferences: The Conference of 1907* (New York, Oxford University Press, 1920), vol. I, p. 643.

⁶⁸ *Colons allemands en Pologne, 1923, C.P.J.I., série B, n° 6*, p. 22.

en différentes personnes juridiques (ministères ou autres entités) qui sont considérées comme ayant des droits et obligations distincts au titre desquels elles sont seules susceptibles de faire l'objet d'une action en justice et responsables. Aux fins du droit international de la responsabilité des États, cette conception est différente. L'État est considéré comme une unité, conformément au fait qu'il est reconnu comme une personne juridique unique en droit international. En ceci, comme à d'autres égards, l'attribution d'un comportement à l'État est nécessairement une opération normative. Ce qui est déterminant ici est qu'il y ait suffisamment de liens entre un événement donné et un comportement (qu'il s'agisse d'une action ou d'une omission) attribuable à l'État en vertu de l'une ou l'autre des règles énoncées au chapitre II.

7) La deuxième condition pour qu'il y ait fait internationalement illicite de l'État est que le comportement attribuable à l'État constitue une violation par cet État d'une obligation internationale existant à sa charge. L'expression «violation par l'État d'une obligation internationale existant à sa charge» est établie de longue date et s'applique aux obligations tant conventionnelles que non conventionnelles. Dans son arrêt concernant la compétence dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*, la Cour permanente de Justice internationale s'est servie de l'expression «violation d'un engagement⁶⁹». Elle a repris la même expression dans son arrêt concernant le fond⁷⁰.

La Cour internationale de Justice s'est référée explicitement à ces termes dans son avis consultatif concernant la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*⁷¹. Dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, le tribunal arbitral a employé l'expression «toute violation par un État de toute obligation⁷²». Dans la pratique, des expressions telles que «non-exécution d'obligations internationales», «actes incompatibles avec des obligations internationales», «violation d'une obligation internationale», «violation d'un engagement» sont également utilisées⁷³. Toutes ces

⁶⁹ *Usine de Chorzów, compétence, 1927, C.P.J.I., série A, n° 9, p. 21.*

⁷⁰ *Usine de Chorzów, fond, 1928, C.P.J.I., série A, n° 17, p. 29.*

⁷¹ *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, C.I.J. Recueil 1949, p. 184.*

⁷² *Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande/France), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XX (1990), p. 251, par. 75.*

⁷³ À la Conférence pour la codification du droit international tenue en 1930 par la Société des Nations, l'expression «tout manquement aux obligations internationales d'un État» a été adoptée; *Annuaire ... 1956, vol. II, p. 226.*

formules ont essentiellement la même signification. L'expression retenue dans les présents articles est «violation d'une obligation internationale» en tant qu'elle correspond au libellé du paragraphe 2 c de l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice.

8) En droit international, l'idée de violation d'une obligation a souvent été considérée comme l'équivalent de celle de comportement contraire aux droits d'autrui. La Cour permanente de Justice internationale a parlé d'un «acte [...] contraire aux droits conventionnels d'un autre État» dans son arrêt concernant l'affaire des *Phosphates du Maroc*⁷⁴. Cette affaire concernait un traité multilatéral restreint qui régissait les droits et devoirs mutuels des parties, mais certains ont considéré que la corrélation entre obligations et droits était une caractéristique générale du droit international: il n'existe en effet pas d'obligations incombant à un sujet du droit international auxquelles ne correspondrait pas un droit international d'un autre sujet ou d'autres sujets, voire de l'ensemble des autres sujets (la communauté internationale dans son ensemble). Mais différentes conséquences secondaires découlent d'un droit appartenant en commun à tous les autres sujets de droit international, par opposition à un droit spécifique d'un État donné ou d'États donnés. Différents États peuvent être les bénéficiaires d'une obligation de différentes manières, ou peuvent avoir différents intérêts s'agissant de son exécution. Les obligations multilatérales peuvent donc être distinctes des obligations bilatérales, compte tenu de la diversité des règles et institutions juridiques et de la grande variété des intérêts que l'on cherche à protéger au moyen de celles-ci. Mais le point de savoir si une obligation a été violée conduit encore à se poser les deux questions fondamentales dégagées à l'article 2, et ce quelle que soit la nature ou l'origine de l'obligation violée. Quant à savoir qui peut invoquer la responsabilité découlant de la violation d'une obligation, c'est une question distincte qui est traitée dans la troisième partie⁷⁵.

9) Partant, il n'y a pas d'exception au principe énoncé à l'article 2 selon lequel deux conditions doivent être réunies pour qu'il y ait fait internationalement illicite - la présence d'un comportement, attribuable à l'État d'après le droit international et la violation, par ce comportement d'une obligation internationale à sa charge. La question est de savoir si ces deux conditions nécessaires sont aussi suffisantes. On a parfois dit que la responsabilité internationale ne peut être engagée

⁷⁴ *Phosphates du Maroc, exceptions préliminaires, 1938, C.P.J.I., série A/B, n° 74, p. 28.*

⁷⁵ Voir aussi le paragraphe 2 de l'article 33 et le commentaire y relatif.

par le comportement d'un État qui manque à ses obligations que s'il existe un autre élément, en particulier celui du «dommage» causé à un autre État. Mais la nécessité de tenir compte de tels éléments dépend du contenu de l'obligation primaire, et il n'y a pas de règle générale à cet égard. Ainsi, l'obligation contractée par traité d'adopter une loi uniforme est violée si cette loi n'est pas adoptée, et il n'est pas nécessaire qu'un autre État partie argue d'un dommage spécifique qu'il aurait subi par ce manquement. Pour être en mesure de déterminer si une obligation particulière est violée du seul fait que l'État responsable n'a pas agi ou si pour qu'elle le soit quelque autre événement doit se produire, il faut partir du contenu et de l'interprétation de l'obligation primaire, et l'on ne peut le faire dans l'abstrait⁷⁶.

10) Une question connexe est de savoir si la faute constitue un élément nécessaire du fait internationalement illicite de l'État. Il n'en va certainement pas ainsi si, par «faute», on vise par exemple l'existence d'une intention malveillante. En l'absence de toute exigence spécifique d'un élément psychologique aux termes de l'obligation primaire, seul importe le fait de l'État, indépendamment de toute intention.

11) L'article 2 introduit et place dans le contexte juridique indispensable les questions traitées aux chapitres suivants de la première partie. À l'alinéa *a* – qui affirme la nécessité de l'existence, pour qu'il y ait fait internationalement illicite, d'un comportement attribuable à l'État d'après le droit international – correspond le chapitre II, tandis que le chapitre IV traite des cas spécifiques où un État est responsable du fait internationalement illicite d'un autre État. À l'alinéa *b* – qui affirme la nécessité que ce comportement constitue une violation d'une obligation internationale – correspondent les principes généraux énoncés au chapitre III, tandis que le chapitre V traite des cas où est exclue l'illicéité d'un comportement qui, sans cela, serait constitutif d'une violation d'une obligation.

12) À l'alinéa *a*, le terme «attribution» est employé pour désigner l'opération du rattachement à l'État d'une action ou omission donnée. Dans la pratique et la jurisprudence internationales,

⁷⁶ Pour une analyse des différentes obligations, voir, par exemple, *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, C.I.J. Recueil 1980, p. 30 à 33, par. 62 à 68; *Rainbow Warrior*, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XX (1990), p. 266 et 267, par. 107 à 110; Rapport du Groupe spécial de l'OMC, *États-Unis - Art. 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur*, document WT/DS152/R, 22 décembre 1999, par. 7.41 et suiv.

le terme «imputation» est également utilisé⁷⁷. Mais le terme «attribution» permet d'éviter de laisser entendre que le processus juridique consistant à rattacher le comportement de l'État est une fiction, ou que le comportement en question est «en réalité» celui de quelqu'un d'autre.

13) À l'alinéa *b*, on parle de violation d'une obligation internationale et non de violation d'une règle ou d'une norme de droit international. Ce qui importe en l'occurrence n'est pas simplement l'existence d'une règle, mais son application dans le cas d'espèce à l'État responsable. Le terme «obligation» est couramment employé dans la jurisprudence et dans la pratique internationales ainsi que dans la doctrine pour couvrir toutes les possibilités. Le mot «obligation» renvoie uniquement à une obligation de droit international, ce que l'article 3 précise.

Article 3

Qualification du fait de l'État comme internationalement illicite

La qualification du fait d'un État comme internationalement illicite relève du droit international. Une telle qualification n'est pas affectée par la qualification du même fait comme licite par le droit interne.

Commentaire

1) L'article 3 énonce de façon explicite un principe qui ressort déjà implicitement de l'article 2, à savoir que la qualification d'un fait donné comme internationalement illicite est indépendante de la qualification de ce même fait comme licite en vertu du droit interne de l'État concerné. Ce principe comporte deux éléments. Tout d'abord, le fait d'un État ne peut être qualifié d'internationalement illicite s'il ne constitue pas une violation d'une obligation internationale, et ce même s'il enfreint une prescription du droit interne de ce même État. Ensuite, et surtout, un État ne peut pas éviter en faisant valoir que son comportement est conforme aux dispositions de son droit interne, que ce comportement soit qualifié d'illicite selon le droit international. Le fait d'un État doit être qualifié d'internationalement illicite dès lors qu'il constitue une violation

⁷⁷ Voir, par exemple, *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, C.I.J. Recueil 1980, p. 29, par. 56 et 58; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, C.I.J. Recueil 1986, p. 51, par. 86.

d'une obligation internationale, même au cas où ledit fait ne contreviendrait pas au droit interne de cet État - et même au cas où, d'après ce droit, l'État se trouverait en réalité tenu à ce comportement.

2) En ce qui concerne le premier de ces éléments, la décision judiciaire sans doute la plus claire est celle de la Cour permanente de Justice internationale, dans l'affaire concernant le *Traitement des nationaux polonais*⁷⁸. La Cour dénia au Gouvernement polonais le droit de soumettre aux organes de la Société des Nations des questions concernant l'application à des ressortissants polonais de certaines dispositions de la Constitution de la Ville libre de Dantzig, car:

«... d'après les principes généralement admis, un État ne peut, vis-à-vis d'un autre État, se prévaloir des dispositions constitutionnelles de ce dernier, mais seulement du droit international et des engagements internationaux valablement contractés ... inversement, un État ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre État sa propre Constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur (...)
L'application de la Constitution de la Ville libre peut (...) avoir pour résultat la violation d'une obligation internationale de Dantzig envers la Pologne, découlant soit de stipulations conventionnelles, soit du droit international commun (...) Toutefois, dans une éventualité de ce genre, ce n'est pas la Constitution, en tant que telle, mais bien l'obligation internationale qui donne naissance à la responsabilité de la Ville libre⁷⁹.»

3) C'est un principe également bien établi que la conformité aux dispositions du droit interne n'empêche nullement que le comportement d'un État soit qualifié d'internationalement illicite. La jurisprudence internationale ne laisse pas subsister le moindre doute à ce sujet. En particulier, la Cour permanente de Justice internationale a expressément reconnu ce principe dès son premier arrêt, dans l'affaire du *Vapeur «Wimbledon»*⁸⁰. La Cour a rejeté l'argumentation du Gouvernement allemand, selon lequel le passage du navire par le canal de Kiel aurait représenté une infraction aux ordonnances allemandes en matière de neutralité, en observant que:

«... une ordonnance de neutralité, acte unilatéral d'un État, ne saurait prévaloir sur les dispositions du Traité de paix (...) en vertu de l'article 380 du Traité de Versailles, elle [l'Allemagne] avait le devoir formel d'y consentir [au passage du Wimbledon par

⁷⁸ *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire du Dantzig, 1932, C.P.J.I., série A/B, n° 44, p. 4.*

⁷⁹ *Ibid.*, p. 24 et 25. Voir également l'affaire du *Lotus, 1927, C.P.J.I., série A, n° 10, p. 24.*

⁸⁰ *Vapeur «Wimbledon», 1923, C.P.J.I., série A, n° 1.*

le canal]. Elle ne pouvait opposer aux engagements qu'elle avait pris en vertu de cet article ses ordonnances de neutralité⁸¹.»

Ce principe a été réaffirmé à plusieurs reprises:

«... c'est un principe généralement reconnu du droit des gens que, dans les rapports entre puissances contractantes d'un traité, les dispositions d'une loi interne ne sauraient prévaloir sur celles du traité⁸².»

«... il est constant que la France ne saurait se prévaloir de sa législation pour restreindre la portée de ses obligations internationales⁸³.»

«... un État ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre État sa propre Constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur⁸⁴.»

Une autre facette du même principe se retrouve également affirmée dans les avis consultatifs concernant l'*Échange des populations grecques et turques*⁸⁵ et la *Compétence des tribunaux de Dantzig*⁸⁶.

4) La Cour internationale de Justice a souvent invoqué et appliqué ce principe⁸⁷. Par exemple dans l'avis consultatif concernant la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*⁸⁸,

⁸¹ Ibid., p. 29 et 30.

⁸² «Communautés» greco-bulgares, 1930, C.P.J.I., série B, n° 17, p. 32.

⁸³ Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, 1930, C.P.J.I., série A, n° 24, p. 12; 1932, C.P.J.I., série A/B, n° 46, p. 167.

⁸⁴ Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, 1932, C.P.J.I., série A/B, n° 44, p. 24.

⁸⁵ Échange des populations grecques et turques, 1925, C.P.J.I., série B, n° 10, p. 20.

⁸⁶ Compétence des tribunaux de Dantzig, 1928, C.P.J.I., série B, n° 15, p. 26 et 27. Voir également les observations de Lord Finlay relatives à l'avis consultatif sur l'*Acquisition de la nationalité polonaise*, 1923, C.P.J.I., série B, n° 7, p. 26.

⁸⁷ Voir les affaires *Pêcheries*, C.I.J. Recueil 1951, p. 132; *Nottebohm, exceptions préliminaires*, C.I.J. Recueil 1953, p. 123; *Application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs*, C.I.J. Recueil 1958, p. 67; *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'Accord du 26 juin 1947 relatif au Siège de l'Organisation des Nations Unies*, C.I.J. Recueil 1988, p. 34 et 35, par. 57.

⁸⁸ *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, C.I.J. Recueil 1949, p. 180.

elle a indiqué: «La réclamation étant fondée sur un manquement à une obligation internationale, manquement dont l'Organisation impute la responsabilité à l'un de ses Membres, ce Membre ne peut prétendre que cette obligation est régie par son droit national.» Dans l'affaire *ELSI*⁸⁹, une chambre de la Cour a mis l'accent sur ce principe, en indiquant que:

«La conformité d'un acte au droit interne et sa conformité aux dispositions d'un traité sont des questions différentes. Ce qui constitue une violation d'un traité peut être licite en droit interne, et ce qui est illicite en droit interne peut n'entraîner aucune violation d'une disposition conventionnelle. Même si le préfet avait jugé que la réquisition était tout à fait justifiée au regard du droit italien, cela n'exclurait pas la possibilité qu'elle ait constitué une violation du traité de 1948⁹⁰.»

Inversement, comme la Chambre l'a expliqué:

«... il faut tenir compte du fait qu'un acte d'une autorité publique peut avoir été illégitime en droit interne sans que cela signifie nécessairement que cet acte était illicite en droit international, en tant que violation d'un traité ou autrement. Une décision d'une juridiction interne selon laquelle un acte était illégitime peut bien être produite à l'appui d'une argumentation d'après laquelle cet acte était aussi arbitraire, mais on ne peut pas dire que l'illégitimité équivaudrait, par elle-même et sans plus, à l'arbitraire (...) Il ne découle pas non plus du fait qu'une juridiction nationale a conclu qu'un acte était injustifié, déraisonnable ou arbitraire, que cet acte doit être qualifié d'arbitraire en droit international, bien que la qualification donnée par une autorité nationale à l'acte attaqué puisse constituer une indication utile⁹¹.»

Ce principe a été aussi appliqué par de nombreux tribunaux arbitraux⁹².

⁸⁹ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, C.I.J. Recueil 1989, p. 15.

⁹⁰ Ibid., p. 51, par. 73.

⁹¹ Ibid., p. 74, par. 124.

⁹² Voir par exemple, l'arbitrage relatif à «Alabama» (1872), in J. B. Moore, *International Arbitrations*, vol. IV, p. 4156 et 4157; *Norwegian Shipowners' Claims (Norvège/États-Unis d'Amérique)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. I (1922), p. 331; l'affaire *Tinoco (Royaume-Uni/Costa Rica)*, ibid., vol. I (1923), p. 386; l'affaire *Shufeldt Claim*, ibid., vol. II (1930), p. 1098 («... c'est un principe établi du droit international qu'un souverain ne saurait être admis à opposer une de ses lois nationales comme fin de non-recevoir à la réclamation d'un autre souverain pour préjudice causé à un ressortissant de ce dernier»); l'affaire *Wollemborg*, ibid., vol. XIV (1956), p. 289; l'affaire *Flegenheimer*, ibid., vol. XIV (1958), p. 360.

5) Le principe a été expressément entériné lors des travaux engagés sous les auspices de la Société des Nations concernant la codification de la responsabilité des États⁹³, ainsi que dans ceux entrepris sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies sur la codification des droits et devoirs des États et sur le droit des traités. L'article 13 du projet de Déclaration sur les droits et devoirs des États adopté par la Commission du droit international était ainsi libellé:

«Tout État a le devoir d'exécuter de bonne foi ses obligations nées des traités et autres sources du droit international, et il ne peut invoquer pour manquer à ce devoir les dispositions de sa Constitution ou de sa législation⁹⁴.»

6) De même, ce principe a été entériné dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, dont l'article 27 se lit comme suit:

«Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. Cette règle est sans préjudice de l'article 46⁹⁵.»

⁹³ Au point I de la demande d'informations adressée aux États par le Comité préparatoire de la Conférence de 1930 sur la responsabilité des États, il était précisé:

«En particulier, un État ne peut échapper à sa responsabilité selon le droit international, si elle existe, en invoquant les dispositions de son droit interne.»

Dans leurs réponses, les États se déclarèrent expressément ou implicitement d'accord avec ce principe: Société des Nations, Conférence de codification du droit international, *Bases de discussion pour la Conférence établies par le Comité préparatoire*, vol. III: *Responsabilité des États en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens d'étrangers* (SDN, document C.75.M.69.1929.V.), p. 16. Au cours du débat qui eut lieu lors de la Conférence, les États marquèrent leur adhésion générale à l'idée énoncée dans le point I, et la Troisième Commission de la Conférence de La Haye de 1930 adopta l'article 5, conçu comme suit: «Un État ne peut décliner sa responsabilité internationale en invoquant l'état de son droit interne.» (SDN, document C.351c)M.145c).1930.V; reproduit dans *Annuaire ... 1956*, vol. II, p. 226).

⁹⁴ Voir la résolution 375 (IV) de l'Assemblée générale du 6 décembre 1949. Pour les débats à la Commission, voir *Annuaire ... 1949*, p. 105 et 106, 150 et 171. Pour les débats à l'Assemblée générale, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quatrième session, Sixième Commission*, 168^e à 173^e séances, 18-25 octobre 1949; 175^e à 183^e séances, 27 octobre-3 novembre 1949; *Documents officiels de l'Assemblée générale, quatrième session, séances plénières*, 270^e séance, 6 décembre 1949.

⁹⁵ Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1155, p. 331. L'article 46 prévoit la possibilité d'invoquer une disposition du droit interne concernant la compétence pour conclure des traités dans des cas limités, c'est-à-dire lorsque la violation de ladite disposition a été manifeste et concerne une règle de droit interne d'importance fondamentale.

7) Le principe selon lequel la qualification du fait d'un État comme illicite en droit international n'est pas affectée par la qualification du même fait comme licite en droit interne ne comporte pas d'exception pour les cas où le droit international prescrit à un État de se conformer aux dispositions de son droit interne, par exemple en réservant aux étrangers le même traitement juridique qu'à ses ressortissants. Il est vrai que dans ce cas, la conformité avec le droit interne est pertinente sous l'angle de la responsabilité internationale. Mais il en est ainsi parce que la règle de droit international la rend pertinente, par exemple en intégrant la norme de conformité avec le droit interne dans la norme internationale applicable ou un aspect de celle-ci. En particulier en ce qui concerne les préjudices causés aux étrangers et à leurs biens et les droits de l'homme, les dispositions et l'application du droit interne seront souvent pertinentes dans l'optique de la responsabilité internationale. Dans chaque cas, l'analyse dira si les dispositions du droit interne sont pertinentes en tant que faits dans la mise en œuvre de la norme internationale applicable, ou si elles sont en réalité intégrées, sous une forme ou sous une autre, de manière conditionnelle ou inconditionnelle, dans cette norme.

8) En ce qui concerne l'énoncé de la règle, la formule «le droit interne d'un État ne peut être invoqué pour empêcher qu'un fait de cet État soit qualifié d'illicite selon le droit international», qui est similaire à l'article 5 du projet adopté en première lecture à la Conférence de La Haye de 1930, ainsi qu'à l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, a le mérite de faire ressortir clairement que les États ne sauraient arguer de leur droit interne pour se soustraire à la responsabilité internationale. Toutefois, une telle formule évoque une règle de procédure et se prête mal à une déclaration de principe. Les questions relatives à l'invocation de la responsabilité sont traitées dans la troisième partie, tandis que ce principe soulève la question sous-jacente de l'origine de la responsabilité. En outre, dans de nombreux cas, les questions de droit interne sont pertinentes pour déterminer l'existence d'une responsabilité ou l'absence de responsabilité. Comme cela a déjà été indiqué, dans de tels cas c'est le droit international qui détermine la portée et les limites de tout renvoi au droit interne. La meilleure manière de rendre compte de cet élément est de dire, tout d'abord, que la qualification du fait de l'État comme internationalement illicite est régie par le droit international, et d'affirmer ensuite qu'un fait qualifié d'illicite selon le droit international ne peut être excusé sous prétexte qu'il est licite en droit interne.

9) En ce qui concerne la terminologie, dans la version anglaise, l'expression «internal law» est préférée à «municipal law» parce que cette dernière est parfois utilisée dans un sens restreint, et aussi parce que dans la Convention de Vienne sur le droit des traités c'est l'expression «internal law» qui est employée. À cet égard, il serait encore moins approprié d'utiliser l'expression «national law», qui ne se réfère, dans certains systèmes juridiques, qu'aux lois émanant de l'organe législatif central, par opposition aux autorités provinciales, cantonales ou locales. Le principe dont il est question à l'article 3 s'applique à toutes les lois et à tous les règlements adoptés dans le cadre de l'État, par quelque autorité que ce soit et à quelque niveau que ce soit⁹⁶. Dans la version française, l'expression «droit interne» est préférée à «législation interne» et à «loi interne», parce qu'elle couvre toutes les dispositions de l'ordre juridique interne, que celles-ci soient écrites ou non écrites, ou qu'elles prennent la forme de règles constitutionnelles ou législatives, de décrets ou de décisions judiciaires.

Chapitre II

Attribution d'un comportement à l'État

1) Selon l'article 2, l'une des conditions essentielles de la responsabilité internationale de l'État est qu'au regard du droit international le comportement en cause soit attribuable à l'État. Le chapitre II définit les circonstances dans lesquelles cette attribution se justifie, c'est-à-dire lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission ou une série d'actions ou d'omissions doit être considéré comme le comportement de l'État.

2) Théoriquement, le comportement de tous les êtres humains, sociétés commerciales ou collectivités liés à l'État par la nationalité, le lieu de résidence habituelle ou le lieu de constitution peut être attribué à l'État, qu'ils soient ou non liés aux pouvoirs publics. En droit international, ce principe est écarté, à la fois pour limiter la responsabilité à un comportement qui engage l'État en tant qu'organisation et pour tenir compte de l'autonomie des personnes qui agissent pour leur propre compte et non à l'instigation d'une entité publique. La règle générale est donc que le seul comportement attribué à l'État sur le plan international est celui de ses

⁹⁶ Cf. *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, demande en indication de mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1999, p. 16, par. 28.

organes de gouvernements ou d'autres entités qui ont agi sous la direction, à l'instigation ou sous le contrôle de ces organes, c'est-à-dire en qualité d'agents de l'État⁹⁷.

3) Par voie de conséquence, le comportement de personnes privées n'est pas en tant que tel attribuable à l'État. Cette règle a été établie par exemple dans l'affaire *Tellini* de 1923.

Le Conseil de la Société des Nations a soumis à un comité spécial de juristes certaines questions soulevées par un incident opposant l'Italie à la Grèce⁹⁸. Au cours de cet incident, le président et plusieurs membres d'une commission internationale chargée de délimiter la frontière gréco-albanaise furent assassinés en territoire grec. En réponse à la question V, le Comité déclara que:

«La responsabilité d'un État, pour crime politique commis sur la personne des étrangers sur son territoire, ne se trouve engagée que si cet État 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 criminel⁹⁹.»

4) L'attribution d'un comportement à l'État en tant que sujet de droit international repose sur des critères déterminés par ce droit et non sur la simple reconnaissance d'un lien de causalité factuel. En tant qu'opération normative, l'attribution doit être clairement distinguée de la qualification d'un comportement comme internationalement illicite. Elle a pour objet d'établir

⁹⁷ Voir par exemple I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility (Part I)* (Oxford, Clarendon Press, 1983), p. 132 à 166; D. D. Caron, «The Basis of Responsibility: Attribution and Other Trans-Substantive Rules», in R. Lillich & D. Magraw (dir. publ.), *The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility* (Irvington-on-Hudson, Transnational Publishers, 1998), p. 109; L. Condorelli, «L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances», *Recueil des cours...*, vol. 189 (1984-VI), p. 9; H. Dipla, *La responsabilité de l'État pour violation des droits de l'homme – problèmes d'imputation* (Paris, Pédone, 1994); A. V. Freeman, «Responsibility of States for Unlawful Acts of Their Armed Forces», *Recueil des cours...*, vol. 88 (1956), p. 261; F. Przetacznik, «The International Responsibility of States for the Unauthorized Acts of their Organs», *Sri Lanka Journal of International Law*, vol. 1 (1989), p. 151.

⁹⁸ SDN, *Journal officiel*, quatrième année, n° 11 (novembre 1923), p. 1349.

⁹⁹ SDN, *Journal officiel*, cinquième année, n° 4 (avril 1924), p. 524. Voir aussi l'affaire *Janes*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (1925), p. 86.

l'existence d'un fait de l'État aux fins de la responsabilité. Montrer qu'un comportement est attribuable à l'État ne permet pas en soi de déterminer s'il est licite ou illicite, et les règles d'attribution ne doivent pas être formulées en des termes qui laisseraient entendre le contraire. Mais les différentes règles d'attribution énoncées dans le chapitre II ont un effet cumulatif, de telle manière qu'un État peut être responsable des effets du comportement d'entités privées s'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour prévenir ces effets. Par exemple, un État accréditaire n'est pas responsable, en cette qualité, des faits de particuliers qui s'emparent d'une ambassade, mais il sera responsable s'il n'a pas pris toutes les mesures nécessaires pour protéger l'ambassade ou pour en reprendre le contrôle¹⁰⁰. À cet égard, il y a souvent un lien étroit entre le fondement de l'attribution et l'obligation dont la violation est alléguée, même si ces deux éléments sont distincts du point de vue de l'analyse.

5) La question de l'attribution d'un comportement à l'État aux fins de la responsabilité est à distinguer d'autres processus du droit international par lesquels certains organes sont autorisés à contracter des engagements au nom de l'État. Ainsi, le chef de l'État ou de gouvernement ou le Ministre des affaires étrangères sont réputés être habilités à représenter l'État sans avoir besoin de produire des pleins pouvoirs¹⁰¹. De telles règles n'ont rien à voir avec l'attribution aux fins de la responsabilité. En principe, la responsabilité de l'État est engagée par tout comportement incompatible avec ses obligations internationales, quel que soit le niveau de l'administration ou du gouvernement auquel ce comportement intervient¹⁰². Ainsi, les règles concernant l'attribution énoncées dans le présent chapitre sont formulées à cette fin particulière, et non à d'autres fins pour lesquelles il peut être nécessaire de définir l'État ou son gouvernement.

¹⁰⁰ Voir *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, C.I.J. Recueil 1980, p. 3.

¹⁰¹ Voir art. 7, 8, 46 et 47 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

¹⁰² Ce point a été souligné, s'agissant des États fédéraux, dans l'affaire *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique), mesures conservatoires*, C.I.J. Recueil 1999, p. 16, par. 28. Il ne vaut naturellement pas pour les seuls États fédéraux. Voir ci-après l'article 5 et le commentaire y relatif.

6) Le droit interne et la pratique de chaque État jouent un rôle décisif dans la détermination de ce qui constitue un organe de l'État. La structure de l'État et les fonctions de ses organes ne sont pas, en règle générale, régies par le droit international. Il appartient à chaque État de décider de la structure de son appareil administratif et des fonctions qui doivent être assumées par les pouvoirs publics. Mais s'il est vrai que l'État demeure libre de déterminer sa structure et ses fonctions internes selon ses lois et sa pratique, le droit international joue un rôle distinct. Par exemple, le comportement de certaines institutions assumant des fonctions publiques et exerçant des prérogatives de puissance publique (comme la police) est attribué à l'État même si, en droit interne, elles sont réputées être autonomes et indépendantes du pouvoir exécutif¹⁰³. De même, en droit international, le comportement d'organes de l'État qui outrepassent leur compétence peut être attribué à l'État, quelle que puisse être la position du droit interne à cet égard¹⁰⁴.

7) Le présent chapitre a donc pour objet d'indiquer les conditions dans lesquelles un comportement peut être attribué à l'État en sa qualité de sujet de droit international aux fins de déterminer sa responsabilité internationale. Le comportement est ainsi attribué à l'État en sa qualité de sujet de droit international et non en celle de sujet de droit interne. En droit interne, il est courant que l'«État» soit subdivisé en entités juridiques distinctes. Par exemple, il se peut qu'en droit interne, les ministères, directions, services de toutes sortes, commissions ou établissements publics soient dotés d'une personnalité juridique distincte, aient des comptes distincts et des obligations en matière de réparation distinctes. Mais en droit international, un État ne peut se soustraire à ses responsabilités internationales du seul fait de son organisation interne. En sa qualité de sujet de droit international, l'État est responsable du comportement de tous les organes, institutions et fonctionnaires qui font partie de son organisation et agissent en cette qualité, qu'ils aient ou non la personnalité juridique en droit interne.

8) Le chapitre II comprend huit articles. L'article 4 énonce la règle fondamentale d'attribution à l'État du comportement de ses organes. L'article 5 traite du comportement d'entités habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique de l'État, et l'article 6 du cas particulier dans

¹⁰³ Voir le commentaire de l'article 4, par. 11); voir aussi l'article 5 et le commentaire y relatif.

¹⁰⁴ Voir l'article 7 et le commentaire y relatif.

lequel un organe d'un État est mis à la disposition d'un autre État et est habilité à exercer des prérogatives de puissance publique de cet État. L'article 7 indique clairement que le comportement d'un organe ou d'une entité habilité à exercer des prérogatives de puissance publique est attribué à l'État même si l'organe ou la personne concerné a agi *ultra vires* ou contrairement à ses instructions. Les articles 8 à 11 envisagent d'autres situations dans lesquelles un comportement, qui n'est pas celui d'un organe ou d'une entité de l'État, n'en est pas moins attribué à l'État par le droit international. L'article 8 a trait au comportement mené sur instructions d'un organe de l'État ou sous la direction ou le contrôle d'un tel organe. L'article 9 vise un comportement impliquant l'exercice de prérogatives de puissance publique en l'absence des autorités officielles. L'article 10 a trait à un cas particulier, à savoir la responsabilité, dans certaines circonstances, à raison du comportement d'un mouvement insurrectionnel. L'article 11 traite du comportement qui n'est pas attribuable à l'État en vertu d'un des articles qui précèdent mais que l'État fait néanmoins sien, expressément ou par sa conduite.

9) Ces règles sont cumulatives mais elles sont également limitatives. En l'absence d'un engagement ou d'une garantie spécifique (qui relèverait de la *lex specialis*¹⁰⁵), un État n'est pas responsable du comportement de personnes ou d'entités dans des circonstances qui ne sont pas couvertes par le présent chapitre. Comme l'a confirmé le Tribunal des réclamations États-Unis-Iran, «Pour attribuer un fait à l'État, il est nécessaire d'identifier avec une certitude raisonnable les acteurs et leur relation avec l'État¹⁰⁶». Ceci se déduit déjà des dispositions de l'article 2.

Article 4

Comportement des organes de l'État

1. Le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État.

¹⁰⁵ Voir l'article 55 et le commentaire y relatif.

¹⁰⁶ *Yeager v. Islamic Republic of Iran* (1987) 17 *Iran-U.S.C.T.R.* 92, p. 101 et 102.

2. Un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État.

Commentaire

- 1) Le paragraphe 1 de l'article 4 énonce le premier principe qui régit l'attribution aux fins de la responsabilité de l'État en droit international, à savoir que le comportement d'un organe de l'État est attribuable à cet État. L'expression «organe de l'État» s'entend de toutes les personnes ou entités qui entrent dans l'organisation de l'État et qui agissent en son nom. Elle englobe les organes de toute collectivité publique territoriale à l'intérieur de l'État, au même titre que les organes du gouvernement central de cet État: cela est précisé dans le dernier membre de phrase.
- 2) Certains faits d'individus ou d'entités qui n'ont pas le statut d'organe de l'État peuvent être attribués à l'État en droit international, et ces cas sont visés dans d'autres articles du présent chapitre. Mais la règle n'en constitue pas moins un point de départ. Elle définit les principaux cas d'attribution et en annonce d'autres. Par exemple, en vertu de l'article 8, un comportement que l'État autorise au point qu'il lui est attribuable doit avoir été autorisé par un organe de l'État, directement ou indirectement.
- 3) Le fait que l'État est responsable du comportement de ses organes, agissant en cette qualité, est reconnu de longue date par la jurisprudence internationale. Dans l'affaire *Moses*, par exemple, tranchée par la Commission mixte des réclamations États-Unis d'Amérique/Mexique, le surarbitre Lieber affirmait: «Un fonctionnaire ou une personne investie d'une autorité représente *pro tanto* son gouvernement qui, internationalement considéré, est l'ensemble de tous les fonctionnaires et de toutes les personnes investies d'une autorité¹⁰⁷». Ce principe a été réaffirmé à plusieurs reprises depuis lors¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Moore, *International Arbitrations*, vol. III (1871), p. 3129.

¹⁰⁸ Voir par exemple *Claims of Italian Nationals Resident in Peru*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV (1901), p. 399 (réclamation *Chiessa*); p. 401 (réclamation *Sessarego*); p. 404 (réclamation *Sanguinetti*); p. 407 (réclamation *Vercelli*); p. 408 (réclamation *Queirolo*); p. 409 (réclamation *Roggero*); p. 411 (réclamation *Miglia*); *Salvador Commercial*

4) Dans les réponses qu'ils ont adressées au Comité préparatoire de la Conférence de 1930 pour la codification du droit international¹⁰⁹ ils ont été unanimes à considérer que les actions ou omissions des organes de l'État doivent être attribuées à celui-ci. La Troisième Commission de la Conférence a adopté en première lecture, à l'unanimité, l'article 1^{er}, qui prévoyait que «tout manquement aux obligations internationales d'un État du fait de ses organes¹¹⁰» engage la responsabilité internationale de cet État.

5) Le principe de l'unité de l'État veut que les actions ou omissions de tous les organes de l'État soient réputées être des actions ou omissions de l'État aux fins de la responsabilité internationale. Il va sans dire qu'il n'existe pas de catégorie d'organes ayant spécialement vocation à commettre un fait internationalement illicite, et pratiquement tout organe de l'État peut être l'auteur d'un tel fait. La diversité des obligations internationales ne permet pas d'établir de distinction générale entre les organes qui peuvent commettre un fait internationalement illicite et ceux qui ne le peuvent pas. Cette idée est rendue dans le dernier membre de phrase du paragraphe 1, qui énonce clairement la règle de droit international en la matière.

6) Ainsi l'expression «un organe de l'État» utilisée à l'article 4 doit s'entendre dans son acception la plus large. Elle ne se limite pas aux organes du gouvernement central, aux hauts responsables ou aux personnes chargés des relations extérieures de l'État. Elle recouvre les organes publics de quelque nature et de quelque catégorie que ce soit, remplissant quelque fonction que ce soit et à quelque niveau que ce soit, y compris au niveau régional, voire local. Aucune distinction n'est faite en l'occurrence entre les organes qui appartiennent à la branche

Company, ibid. vol. XV (1902), p. 477; affaire des *Finnish Shipowners* entre la Grande-Bretagne et la Finlande, ibid., vol. III (1934), p. 1501.

¹⁰⁹ Société des Nations, Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussions établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, tome III: *Responsabilité des États en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* (doc. C.75.M.69.1929.V), p. 25, 41 et 52; *Supplément au tome III: Réponses des États à la liste de points; Réponses du Canada et des États-Unis d'Amérique* (doc. C.75a).M.69a).1929.V), p. 2, 3 et 6.

¹¹⁰ Reproduit dans *Annuaire ... 1956*, vol. II, p. 225, annexe 3.

législative, exécutive ou judiciaire. C'est ainsi que dans l'affaire *Salvador Commercial Company*, le Tribunal a déclaré:

«... Un État est responsable des actes de ses dirigeants, qu'ils appartiennent à la branche législative, exécutive ou judiciaire de l'État, pour autant qu'ils aient commis ces actes en leur qualité officielle¹¹¹.»

La Cour internationale de Justice a elle aussi confirmé cette règle de manière catégorique dans l'avis qu'elle a rendu dans l'affaire du *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*:

«Selon une règle bien établie du droit international, le comportement de tout organe d'un État doit être regardé comme un fait de cet État. Cette règle ... revêt un caractère coutumier¹¹².»

Dans cette affaire, la Cour s'est intéressée principalement à des décisions de tribunaux nationaux, mais le même principe vaut pour les faits des organes législatifs et exécutifs¹¹³. Ainsi que la Cour permanente de Justice internationale l'a dit dans l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*:

¹¹¹ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV (1902), p. 477. Voir également affaire *Chattin*, *ibid.*, vol. IV (1927), p. 285 et 286; *Différend concernant l'interprétation de l'article 79 du Traité de paix*, *ibid.*, vol. XIII (1955), p. 438.

¹¹² *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, C.I.J. *Recueil* 1999, p. 87, par. 62, avec une référence au projet d'articles sur la responsabilité des États, notamment à l'article 6, devenu l'article 4.

¹¹³ Pour les faits d'organes législatifs, voir par exemple les affaires *Colons allemands en Pologne, 1923, C.P.J.I., série B, n° 6*, p. 35 et 36; *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, 1932, C.P.J.I., série A/B, n° 44*, p. 24 et 25; *Phosphates du Maroc, exceptions préliminaires, 1938, C.P.J.I., série A/B, n° 74*, p. 25 et 26; *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc, C.I.J. Recueil* 1952, p. 193 et 194. Pour ce qui est des faits d'organes exécutifs, voir, par exemple, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre ce pays (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, C.I.J. Recueil* 1986, p. 14; *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), C.I.J. Recueil* 1989, p. 15. En ce qui concerne les faits d'organes judiciaires, voir l'affaire du *Lotus, 1927, C.P.J.I., série A, n° 10*, p. 24; *Compétence des tribunaux de Dantzig, C.P.J.I., 1928, série B, n° 15*, p. 24; *Ambatielos, fond, C.I.J. Recueil* 1953, p. 21 et 22. Dans certains cas, le comportement en cause peut comprendre des faits de l'exécutif et du judiciaire; voir par exemple *Application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, C.I.J. Recueil* 1958, p. 65.

«Au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont [...] [des] manifestations de la volonté et de l'activité des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives¹¹⁴.»

Il s'ensuit que l'article 4 vise les organes, qu'ils exercent «des fonctions législative, exécutive, judiciaire ou autres». Cette formule tient compte du fait que le principe de la séparation des pouvoirs n'est pas appliqué de manière uniforme, et que de nombreux organes exercent des prérogatives combinant des éléments d'ordre législatif, exécutif ou judiciaire. De plus, les mots «ou autres» montrent clairement que l'énumération des fonctions n'est pas limitative¹¹⁵.

Peu importe, aux fins de l'attribution, que le comportement d'un organe de l'État soit qualifié de «commercial» ou de «*acta jure gestionis*». Bien entendu, la non-exécution d'un contrat par un État ne constitue pas en soi une violation du droit international¹¹⁶. Pour que le droit international s'applique, il faut quelque chose de plus, par exemple un déni de justice commis par les tribunaux de l'État dans le cadre d'une procédure intentée par le cocontractant.

La conclusion ou la non-exécution d'un contrat par un organe de l'État n'en demeure pas moins un fait de cet État aux fins de l'article 4¹¹⁷, et peut dans certaines circonstances constituer un fait internationalement illicite¹¹⁸.

¹¹⁴ *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, fond, 1926, C.P.J.I., série A, n° 7, p. 19.*

¹¹⁵ Ces fonctions peuvent comprendre, par exemple, la promulgation par l'administration de directives à l'intention du secteur privé. Le point de savoir si de telles directives constituent une violation d'une obligation internationale peut constituer un problème, mais en tant que «directives», elles sont à l'évidence attribuables à l'État. Voir, par exemple, GATT, *Japon – Commerce des semi-conducteurs*, rapport du Groupe spécial du 24 mars 1988, par. 110 et 111. OMC, *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, rapport du Groupe spécial, WT/DS44, par. 10.12 à 10.16.

¹¹⁶ Voir l'article 3 et le commentaire y relatif.

¹¹⁷ Voir par exemple les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Swedish Engine Drivers' Union, C.E.D.H., Série A, n° 20* (1976), p. 14, et l'affaire *Schmidt et Dahlström, ibid., Série A, n° 21* (1976), p. 15.

¹¹⁸ Tous les membres de la Sixième Commission qui ont répondu à une question spécifique posée par la Commission sur ce point ont déclaré que la distinction entre *acta jure gestionis* et *acta jure imperii* n'était pas pertinente en la matière: voir *Rapport de la Commission ... 1998 (A/53/10)*, par. 35.

7) De la même manière, aucune distinction de principe n'est établie entre les faits des «supérieurs hiérarchiques» et ceux des «subordonnés», pour autant qu'ils agissent en leur qualité officielle. C'est ce que rend l'expression «quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État» utilisée à l'article 4. Certes, les subordonnés exercent des tâches de portée plus limitée et peuvent n'être pas habilités à prendre les décisions finales. Mais leur comportement en leur qualité officielle n'en est pas moins attribuable à l'État aux fins de l'article 4. Les commissions mixtes constituées après la Seconde Guerre mondiale ont souvent eu à connaître du comportement d'organes subalternes de l'État, par exemple administrateurs de biens ennemis, maires et membres des forces de police, et elles ont toujours considéré que les faits de ces personnes étaient attribuables à l'État¹¹⁹.

8) De même, le principe posé à l'article 4 s'applique aux organes aussi bien du gouvernement central que de l'administration régionale ou locale. Ceci est admis depuis longtemps. Par exemple, dans l'affaire *Héritiers de S. A. R. Monseigneur le Duc de Guise*, la Commission de conciliation franco-italienne a dit:

«Il importe peu pour décider dans la présente affaire que le décret du 29 août 1947 émane non pas de l'État italien mais de la Région sicilienne. L'État italien est responsable, en effet, de l'exécution du Traité de paix même pour la Sicile, nonobstant l'autonomie accordée à celle-ci dans les rapports internes, par le droit public de la République italienne¹²⁰.»

Cette position a été vigoureusement défendue au cours des travaux préparatoires de la Conférence de 1930 pour la codification du droit international. Les gouvernements avaient été expressément invités à dire si la responsabilité de l'État se trouvait engagée à la suite des «actes

¹¹⁹ Voir par exemple l'affaire *Currie*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV (1954), p. 24; le *Différend concernant l'interprétation de l'article 79 du Traité de paix italien*, *ibid.*, vol. XIII (1955), p. 431 et 432; l'affaire *Mossé*, *ibid.*, vol. XIII (1953), p. 492 et 493. Pour des décisions antérieures, voir l'affaire *Roper*, *ibid.*, vol. IV (1927), p. 145; l'affaire *Massey*, *ibid.*, vol. IV (1927), p. 155; l'affaire *Way*, *ibid.*, vol. IV (1928), p. 400; l'affaire *Baldwin*, *ibid.*, vol. VI (1933), p. 328. Voir également la question de la réquisition d'une usine par le maire de Palerme dans l'affaire *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, *C.I.J. Recueil 1989*, p. 15, par exemple, p. 50, par. 70.

¹²⁰ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIII (1951), p. 161. Pour des décisions antérieures, voir par exemple l'affaire *Pieri Dominique and Co.*, *ibid.*, vol. X (1905), p. 156.

ou omissions de collectivités (communes, provinces, etc.) [...] qui exercent des fonctions publiques d'ordre législatif ou administratif». Tous les gouvernements répondirent par l'affirmative¹²¹.

9) Peu importe, en l'occurrence, que l'unité territoriale en cause fasse partie d'un État fédéral ou soit une région autonome spécifique, et peu importe également que le droit interne de l'État en question habilite ou non le parlement fédéral à contraindre l'unité territoriale à respecter les obligations internationales de l'État. La sentence rendue dans l'affaire du *Montijo* est le point de départ d'une jurisprudence constante dans ce sens¹²². Dans l'affaire *Pellat*, la Commission des réclamations France/Mexique a réaffirmé «le principe de la responsabilité internationale [...] d'un État fédéral pour tous les actes des États particuliers qui donnent lieu à des réclamations d'États étrangers» et noté en particulier que cette responsabilité «... ne saurait être niée, pas même dans les cas où la Constitution fédérale dénierait au gouvernement central le droit de contrôle sur les États particuliers ou le droit d'exiger d'eux qu'ils conforment leur conduite aux prescriptions du droit international¹²³». Depuis lors, cette règle a été appliquée avec constance. Par exemple, dans l'affaire *LaGrand*, la Cour internationale de Justice a déclaré ce qui suit:

«Considérant que la responsabilité internationale d'un État est engagée par l'action des organes et autorités compétents agissant dans cet État, quels qu'ils soient; que les États-Unis doivent prendre toutes les mesures dont ils disposent pour que M. Walter LaGrand ne soit pas exécuté tant que la décision définitive en la présente

¹²¹ Société des Nations, Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence, t. III: Responsabilité des États en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* (doc. C.75.M.69.1929.V), p. 90. *Supplément au tome III: Réponses des États à la liste de points; Réponses du Canada et des États-Unis d'Amérique* (doc. C.75a).M.69a).1929.V), p. 90. *Supplément au tome III: Réponses des États à la liste de points: Réponses du Canada et des États-Unis d'Amérique* (doc. C.75a).M.69a).1929.V), p. 3 et 18.

¹²² Voir Moore, *International Arbitrations*, vol. II, (1875), p. 1440. Voir également les affaires *De Brissot and others*, *ibid.*, vol. III (1855), p. 2970 et 2971; *Pieri Dominique and Co.*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (1905), p. 156 et 157; *Davy*, *ibid.*, vol. IX (1903), p. 468; *Janes*, *ibid.*, vol. IV (1925), p. 86; *Swinney*, *ibid.*, p. 101; *Quintanilla*, *ibid.*, p. 103; *Youmans*, *ibid.*, p. 116; *Mallén*, *ibid.*, p. 177; *Venable*, *ibid.*, p. 230; et *Tribolet*, *ibid.*, p. 601.

¹²³ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (1929), p. 536.

instance n'aura pas été rendue; que, selon les informations dont dispose la Cour, la mise en œuvre des mesures indiquées dans la présente ordonnance relève de la compétence du Gouverneur de l'État de l'Arizona; que le Gouvernement des États-Unis est par suite dans l'obligation de transmettre la présente ordonnance audit gouverneur; et que le Gouverneur de l'Arizona est dans l'obligation d'agir conformément aux engagements internationaux des États-Unis; ...¹²⁴»

10) Cette position s'explique d'autant plus que les États fédéraux varient considérablement quant à leur structure et à la répartition des pouvoirs et que, dans la plupart des cas, les entités fédérées ne jouissent ni d'une personnalité juridique internationale propre (aussi limitée fût-elle) ni du pouvoir de conclure des traités. Dans les cas où une entité fédérée est habilitée à conclure des accords internationaux pour son compte¹²⁵, l'autre partie peut avoir accepté de se borner à exercer un recours contre cette entité en cas de violation; l'affaire n'engagera donc pas la responsabilité de l'État fédéral et ne relèvera pas des présents articles. Autre possibilité, la responsabilité de l'État fédéral en vertu d'un traité peut être limitée par les termes d'une clause fédérale incorporée dans le traité¹²⁶. Il s'agit à l'évidence d'une exception à la règle générale, qui ne s'applique que dans les relations entre les États parties au traité et dans les matières couvertes par celui-ci. Elle produit des effets en vertu du principe de la *lex specialis*, envisagé à l'article 55.

11) Le paragraphe 2 définit le rôle du droit interne dans la détermination du statut d'un organe de l'État. La qualification d'un organe comme tel par le droit interne s'impose. Toutefois, il ne suffit pas de se référer au droit interne pour déterminer le statut d'un organe de l'État. Dans certains systèmes, le statut et les fonctions des diverses entités sont définis non seulement par la loi mais aussi par la pratique, et se reporter exclusivement au droit interne peut induire en erreur. De plus, la loi nationale peut être laconique, voire muette, quant aux entités qui ont le statut d'«organe». Dans ce cas, les pouvoirs de l'entité considérée et sa relation avec d'autres entités

¹²⁴ Affaire *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1999, p. 16, par. 28. Voir aussi l'arrêt du 27 juin 2001, par. 81.

¹²⁵ Voir par exemple l'article 56, par. 3, et l'article 172, par. 3, de la Constitution de la Confédération suisse, 18 avril 1999.

¹²⁶ Voir par exemple la Convention pour la protection du patrimoine mondial culturel et naturel, Paris, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1037, p. 174, art. 34.

en vertu du droit interne entreront en ligne de compte pour sa qualification en tant qu'«organe», mais le droit interne en lui-même ne permettra pas d'opérer cette classification. Et même s'il le permet, le mot «organe» peut avoir en droit interne un sens particulier et non celui, très général, qu'il a à l'article 4. Par exemple, dans certains systèmes juridiques, le mot «gouvernement» vise seulement les organes qui se situent au plus haut niveau, comme le chef de l'État et le conseil des ministres. Dans d'autres, la police jouit d'un statut spécial, indépendant de l'exécutif; ceci ne signifie pas pour autant qu'aux fins du droit international elle n'est pas un organe de l'État¹²⁷. En conséquence, un État ne saurait, pour se soustraire à sa responsabilité du fait d'une entité qui agit véritablement en tant qu'un de ses organes, se contenter de dénier ce statut à l'entité en cause en invoquant son droit interne. C'est cette idée que rend le mot «comprend» employé au paragraphe 2.

12) L'expression «personne ou entité» est utilisée au paragraphe 2 de l'article 4 ainsi qu'aux articles 5 et 7. Elle s'entend au sens large et vise toute personne physique ou morale, qu'il s'agisse du titulaire d'un emploi public, d'un ministère, d'une commission ou d'un autre organe exerçant des prérogatives de puissance publique, etc. Le mot «entité» est employé dans un sens similaire dans le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens adopté en 1991¹²⁸.

13) Bien que le principe posé à l'article 4 soit clair et incontesté, son application peut soulever des difficultés. En particulier, il s'agit de déterminer si une personne qui est un organe de l'État agit en cette qualité. Peu importe à cette fin que la personne concernée ait nourri des arrière-pensées ou agi sur la base de motifs illicites ou qu'elle ait pu abuser de prérogatives de puissance publique. Lorsqu'elle agit à titre apparemment officiel, ou en se prévalant d'une compétence, les faits en question seront attribuables à l'État. La distinction entre le comportement d'un organe de l'État non autorisé et un comportement purement privé a été

¹²⁷ Voir par exemple l'affaire de l'*Église de scientologie*, Cour fédérale (République fédérale d'Allemagne), arrêt du 26 septembre 1978, VI ZR 267/76, N.J.W. 1979, p. 1101; *I.L.R.*, vol. 65, p. 193; *Propend Finance Pty. Ltd. v. Sing* (1997); *I.L.R.*, vol. 111, p. 611 (Angleterre, *Court of Appeal*). Il s'agissait d'affaires mettant en jeu les immunités de l'État, mais le même principe s'applique dans le domaine de la responsabilité des États.

¹²⁸ *Annuaire ... 1991*, vol. II (deuxième partie), p. 13 à 18.

clairement établie dans des sentences arbitrales internationales. Par exemple, la sentence rendue par la Commission mixte des réclamations États-Unis d'Amérique/Mexique dans l'affaire *Mallén* (1927) mettait en jeu, premièrement, le fait d'un fonctionnaire agissant à titre privé et, deuxièmement, un autre fait commis par le même fonctionnaire agissant en sa qualité officielle, mais en abusant de son pouvoir¹²⁹. Le second fait a été jugé attribuable à l'État, mais pas le premier. Dans l'affaire *Caire*, la Commission des réclamations France/Mexique a exclu la responsabilité «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 particulier¹³⁰». Il faut se garder de confondre l'hypothèse d'un comportement purement privé avec celle d'un organe agissant en tant que tel mais *ultra vires* ou en violation des règles régissant son activité. Dans ce dernier cas, l'organe agit néanmoins au nom de l'État: ce principe est affirmé à l'article 7¹³¹. Ce critère doit naturellement être appliqué compte tenu des faits et circonstances de chaque cas d'espèce.

Article 5

Comportement d'une personne ou d'une entité exerçant des prérogatives de puissance publique

Le comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'État au titre de l'article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet État à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international.

Commentaire

1) L'article 5 traite de l'attribution à l'État du comportement d'organismes qui ne sont pas des organes de l'État au sens de l'article 4 mais qui sont néanmoins autorisés à exercer des prérogatives de puissance publique. L'objet de cet article est de faire en sorte que soit pris en

¹²⁹ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (1927), p. 175.

¹³⁰ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (1929), p. 531. Voir également l'affaire *Bensley* (1850) dans Moore, *International Arbitrations*, vol. III, p. 3018 («un geste irresponsable ne présentant aucune apparence de démarche officielle et n'ayant aucun rapport avec ses responsabilités officielles»); affaire *des Castelains* (1880), *ibid.*, p. 2999. Voir également l'article 7 et le commentaire y relatif.

¹³¹ Voir également le commentaire de l'article 7, par. 7.

compte le phénomène de plus en plus répandu des entités paraétatiques qui exercent des prérogatives de puissance publique à la place d'organes de l'État, ainsi que les situations où d'anciennes entreprises publiques ont été privatisées mais conservent certaines prérogatives publiques ou réglementaires.

2) Le terme générique «entité» traduit la grande diversité des organismes qui, bien que n'étant pas des organes de l'État, peuvent être habilités par le droit interne à exercer des prérogatives de puissance publique. Il peut s'agir d'entreprises publiques, d'entités parapubliques, d'institutions publiques diverses, voire, dans certains cas particuliers, de sociétés privées, pour autant que, dans le cas d'espèce, l'entité est habilitée par le droit interne à exercer des fonctions à caractère public normalement exercées par des organes de l'État et que son comportement se rapporte à l'exercice des prérogatives de puissance publique en cause. C'est ainsi que dans certains pays, des employés d'entreprises de sécurité privées peuvent être chargés d'assurer des fonctions de gardien de prison et, en cette qualité, d'exercer des prérogatives de puissance publique comportant, par exemple, un pouvoir de détention et des pouvoirs disciplinaires en application d'une sentence judiciaire ou d'un règlement pénitentiaire. Des compagnies aériennes privées ou publiques peuvent se voir déléguer certains pouvoirs ayant trait au contrôle de l'immigration ou à la mise en quarantaine. Dans une affaire dont a été saisi le Tribunal des réclamations États-Unis-Iran, une fondation autonome créée par un État était détentrice de biens à des fins caritatives, sous le contrôle étroit de cet État. Elle avait notamment pour pouvoir d'identifier les biens à saisir. Le Tribunal a jugé que cette fondation était une entité publique et non privée, relevant donc de sa compétence; l'administration par cette fondation des biens présumés expropriés aurait de toute manière été couverte par l'article 5¹³².

3) Le fait qu'une entité puisse être qualifiée de publique ou de privée d'après les critères d'un système juridique donné, le fait que l'État détienne une part plus ou moins grande de son capital ou, de manière plus générale, de ses actifs, et le fait qu'elle soit ou non soumise au contrôle du pouvoir exécutif ne sont pas des critères décisifs pour déterminer si le comportement de cette entité peut être attribué à l'État. L'article 5 renvoie par contre à la vraie caractéristique commune

¹³² *Hyatt International Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran* (1985) 9 *Iran-U.S.C.T.R.* 72, p. 88 à 94.

de ces entités, à savoir qu'elles sont habilitées, même dans une mesure limitée ou dans un domaine spécifique, à exercer certaines prérogatives de puissance publique.

4) Les entités paraétatiques peuvent être considérées comme un phénomène relativement moderne mais le principe consacré dans l'article 5 est reconnu depuis un certain temps déjà. C'est ainsi qu'il ressort des réponses à la demande d'informations adressées aux gouvernements par le Comité préparatoire de la Conférence de codification de 1930 que certains gouvernements étaient résolument en faveur de l'attribution à l'État du comportement des organismes autonomes exerçant des fonctions publiques à caractère administratif ou législatif.

Le Gouvernement allemand, par exemple, a fait valoir que:

«lorsque, en vertu d'une délégation de pouvoir, les collectivités exercent des fonctions publiques, comme par exemple, des fonctions de police ... les principes qui régissent la responsabilité de l'État, pour ses organes, s'appliquent d'une façon analogue. Au point de vue du droit international, il est indifférent qu'un État, par exemple, remplisse intégralement la fonction de police par ses propres agents ou qu'il en charge, dans une mesure plus ou moins grande, des corporations autonomes¹³³».

Le Comité préparatoire a donc établi la base de discussion ci-après, que la Troisième Commission de la Conférence n'a toutefois pas eu le temps d'examiner:

«La responsabilité de l'État se trouve engagée si le dommage subi par un étranger résulte des actes ou omissions ... [d']institutions autonomes qui exercent des fonctions publiques d'ordre législatif ou administratif, lorsque ces actes ou omissions sont contraires aux obligations internationales de l'État¹³⁴.»

5) La justification de l'attribution à l'État, en droit international, du comportement d'une entité «paraétatique» réside dans le fait que le droit interne de l'État autorise l'entité en question à exercer certaines prérogatives de puissance publique. Pour que le comportement d'une entité

¹³³ Société des Nations, Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, t. III: *Responsabilité des États en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* (doc. C.75.M.69.1929.V), p. 90. Le Gouvernement allemand faisait remarquer que ces observations s'appliqueraient à la situation où «l'État charge, exceptionnellement, de fonctions publiques des organisations privées ou autorise de telles organisations à exercer des droits de souveraineté, comme c'est le cas, par exemple, quand des fonctions de police sont conférées à une compagnie de chemin de fer privée»; *ibid.*

¹³⁴ *Ibid.*, p. 92.

de ce type soit considéré comme un fait de l'État aux fins de la responsabilité internationale, il faut donc que ce comportement ait trait à l'activité publique en question et non à d'autres activités, privées ou commerciales, que cette entité exercerait. Ainsi, à titre d'exemple, le comportement d'une entreprise de chemin de fer dotée de certains pouvoirs de police sera considéré comme un fait de l'État d'après le droit international s'il a trait à l'exercice de ces pouvoirs mais pas s'il se rapporte à d'autres activités (vente de billets, achat de matériel roulant, etc.).

6) L'article 5 ne vise pas à délimiter précisément le champ de la «puissance publique» aux fins de l'attribution à l'État du comportement d'une entité donnée. Passé un certain point, ce qui est considéré comme «public» relève de chaque société, de son histoire et de ses traditions. Particulièrement importants seront non seulement le contenu des prérogatives, mais aussi la manière dont elles sont conférées à une entité, les fins auxquelles elles vont être exercées et la mesure dans laquelle l'entité doit rendre compte de leur exercice à l'État. Il s'agit là essentiellement de problèmes d'application d'un critère général à des circonstances diverses.

7) De par sa formulation, l'article 5 se limite clairement aux entités que le droit interne habilite à l'exercice de la puissance publique. Il convient donc de distinguer ce cas de figure des situations où une entité agit sous la direction ou le contrôle de l'État, lesquelles font l'objet de l'article 8, et de celles où une entité ou un groupe s'empare du pouvoir en l'absence des organes de l'État mais dans des circonstances qui requièrent l'exercice de la puissance publique, situations qui sont couvertes par l'article 9. Aux fins de l'article 5, sont visées les entités qui, dans l'exercice de la puissance publique, disposent d'un pouvoir d'appréciation et peuvent agir de manière indépendante: il n'est nul besoin de montrer que le comportement était soumis au contrôle de l'État. Mais l'article 5 ne va pas jusqu'à couvrir les situations où le droit interne autorise ou justifie un certain comportement au titre de l'auto-assistance ou de la légitime défense, pouvoir que tous les citoyens de l'État sont habilités à exercer. Le droit interne doit autoriser expressément ce comportement comme relevant de l'exercice de la puissance publique; il ne suffit pas que l'activité considérée soit autorisée dans le cadre de la réglementation générale des affaires de la communauté. L'on est donc en présence d'une catégorie restreinte.

Article 6

Comportement d'un organe mis à la disposition de l'État par un autre État

Le comportement d'un organe mis à la disposition de l'État par un autre État, pour autant que cet organe agisse dans l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État à la disposition duquel il se trouve, est considéré comme un fait du premier État d'après le droit international.

Commentaire

- 1) L'article 6 traite de la situation précise et limitée où un organe d'un État est effectivement mis à la disposition d'un autre État pour qu'il agisse temporairement au bénéfice et sous l'autorité de ce dernier. Dans un tel cas, l'organe d'un État donné agit exclusivement aux fins et au nom d'un autre État et son comportement est attribué à ce dernier État et à lui seul.
- 2) L'expression «mis à la disposition» exprime la condition essentielle qui doit être remplie pour que le comportement de l'organe visé soit, en droit international, considéré comme un fait de l'État d'accueil et non de l'État d'envoi. La notion d'organe «mis à la disposition» de l'État d'accueil est précise et implique que l'organe agit avec le consentement, sous l'autorité et aux fins de l'État d'accueil. L'organe en question ne doit pas seulement être chargé d'exercer des fonctions propres à l'État à la disposition duquel il est mis. Dans l'exercice des fonctions qui lui ont été confiées par l'État bénéficiaire, l'organe doit aussi agir en liaison avec l'appareil de cet État et sous la direction et le contrôle exclusifs de celui-ci, et non pas sur instructions de l'État d'envoi. L'article 6 ne traite donc pas de situations ordinaires de coopération ou de collaboration interétatique, en vertu d'un traité ou autrement¹³⁵.
- 3) Parmi les exemples des situations qui pourraient entrer dans le cadre de cette notion limitée d'organe d'un État «mis à la disposition» d'un autre État pourrait figurer le cas d'une section de services sanitaires ou autres placée sous les ordres d'un autre pays pour aider à maîtriser une

¹³⁵ Ainsi les mesures prises par l'Italie pour contrôler l'immigration illégale en mer en vertu d'un accord avec l'Albanie n'étaient pas imputables à l'Albanie: *Xhavara et consorts c. Italie et Albanie*, requête n° 39473-98, C.E.D.H., décision du 11 janvier 2001. À l'inverse, les mesures prises par la Turquie dans le cadre de l'Union douanière Communautés européennes-Turquie demeuraient attribuables à la Turquie: voir OMC, *Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements*, Rapport du Groupe spécial, WT/DS34/R, 31 mai 1999, par. 9.33 à 9.44.

épidémie ou faire face aux conséquences d'une catastrophe naturelle, ou de juges chargés dans des cas particuliers d'agir en tant qu'organes judiciaires d'un autre État. En revanche, le cas de la simple fourniture d'une aide ou d'une assistance par les organes d'un État à un autre État sur le territoire de ce dernier n'est pas couvert par l'article 6. Ainsi, des forces armées peuvent être envoyées sur le territoire d'un autre État pour l'aider dans l'exercice du droit de légitime défense collective ou à d'autres fins. Lorsque les forces en question demeurent sous l'autorité de l'État d'envoi, elles exercent des prérogatives de puissance publique de cet État et non de l'État d'accueil. Il se peut aussi que l'organe d'un État agisse sur instructions conjointes de cet État et d'un autre, ou qu'une entité soit un organe mixte de plusieurs États. Dans de tels cas, le comportement en cause est imputable aux deux États en vertu d'autres dispositions du présent chapitre¹³⁶.

4) L'élément crucial aux fins de l'article 6 est donc l'établissement d'un lien fonctionnel entre l'organe en question et la structure ou l'autorité de l'État d'accueil. La notion d'organe «mis à la disposition» d'un autre État exclut le cas des organes d'un État, envoyés dans un autre État aux fins du premier État ou même à des fins communes, qui conservent leur propre autonomie et leur propre statut, par exemple les missions culturelles, les missions diplomatiques ou consulaires ou les organisations d'aide ou de secours étrangères. Sont aussi exclues du champ d'application de l'article 6 les situations où les fonctions de l'État «bénéficiaire» sont exercées sans son consentement, comme c'est le cas lorsqu'un État, placé dans une situation de dépendance, d'occupation territoriale ou autre, est forcé de tolérer que l'action de ses propres organes soit mise à l'écart et remplacée dans une plus ou moins large mesure par celle d'organes de l'autre État¹³⁷.

5) Deux autres conditions doivent être réunies pour que l'article 6 s'applique. Premièrement, l'organe en question doit posséder le statut d'organe de l'État d'envoi et, deuxièmement, il doit agir dans l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État d'accueil. La première de ces

¹³⁶ Voir aussi l'article 47 et le commentaire y relatif.

¹³⁷ Pour la responsabilité d'un État qui exerce une direction ou un contrôle dans la commission d'un fait internationalement illicite par un autre État ou contraint un autre État à commettre un tel fait, voir les articles 17 et 18 et les commentaires y relatifs.

conditions exclut du champ d'application de l'article 6 le comportement d'entités privées ou de particuliers qui n'ont jamais eu le statut d'organe de l'État d'envoi. Par exemple, des experts ou des conseillers mis à la disposition d'un État dans le cadre de programmes d'assistance technique n'ont généralement pas le statut d'organes de l'État d'envoi. La deuxième condition est que l'organe mis à la disposition d'un État par un autre État doit «agir dans l'exercice de prérogatives de puissance publique» de l'État d'accueil. Il n'y aura fait attribuable à l'État d'accueil que si l'organe prêté agit dans l'exercice de prérogatives de puissance publique de cet État. Au regard du nombre des cas d'actions de coopération menées par les États dans des domaines tels que la défense mutuelle, l'aide et le développement, l'article 6 ne couvre qu'une notion précise et limitée de «responsabilité transférée». Cette situation n'est toutefois pas inconnue dans la pratique des États.

6) Dans l'affaire *Chevreau*¹³⁸, un consul britannique en Perse qui était temporairement chargé d'affaires du consulat de France avait perdu des documents qui lui avaient été confiés. Saisi d'une réclamation de la France, l'arbitre Beichmann avait estimé que «le Gouvernement britannique ne saurait être tenu responsable d'une négligence de son consul, en sa qualité de gérant du consulat d'une autre puissance¹³⁹». La conclusion de l'arbitre montre implicitement que les termes de l'accord sur la base duquel le consul britannique agissait ne contenaient pas de disposition attribuant la responsabilité de ses actes. Si un État tiers avait voulu présenter une réclamation, il aurait dû, aux termes de l'article 6, la présenter à l'État pour le compte duquel le comportement en cause avait été mené.

7) La Commission européenne des droits de l'homme a examiné des questions similaires dans deux affaires relatives à l'exercice par la police suisse de pouvoirs «délégués» au Liechtenstein¹⁴⁰. À l'époque des faits, le Liechtenstein n'était pas partie à la Convention européenne, de sorte que si le comportement contesté était attribuable au seul Liechtenstein, aucune violation de la Convention ne pouvait avoir eu lieu. La Commission déclara la requête

¹³⁸ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (1931), p. 1113.

¹³⁹ Ibid., p. 1141.

¹⁴⁰ *X et Y c. Suisse* (Requêtes n^{os} 7289/75, 7349/76) (1977), 9 D.R. 57, C.E.D.H., *Annuaire n^o 20*, p. 402 à 406.

recevable au motif que, selon le traité de 1923 régissant les relations entre la Suisse et le Liechtenstein, la Suisse exerçait au Liechtenstein sa propre compétence en matière de douanes et d'immigration, bien qu'avec le consentement de ce dernier et dans leur intérêt mutuel. Les fonctionnaires concernés étaient exclusivement soumis au droit suisse et considérés comme exerçant des prérogatives de puissance publique suisse. En ce sens, ils n'étaient pas «mis à la disposition» de l'État d'accueil¹⁴¹.

8) Un autre exemple de situation à laquelle l'article 6 s'applique est celui de la Section judiciaire du *Privy Council*, qui a fait fonction de cour d'appel de dernier ressort pour un certain nombre d'États indépendants dans le cadre du Commonwealth. Les décisions rendues par le *Privy Council* sur appel d'un État indépendant du Commonwealth étaient attribuables à cet État et non au Royaume-Uni. Le rôle du *Privy Council* est comparable à celui de certaines cours d'appel de dernier ressort agissant dans le cadre d'arrangements conventionnels¹⁴². Il existe de nombreux exemples de juges détachés par un État dans un autre pour une période donnée: les décisions qu'ils rendent en leur qualité de juge de l'État d'accueil ne sont pas attribuables à l'État d'envoi, même si ce dernier continue à leur verser leur traitement.

9) Des questions similaires pourraient se poser dans le cas d'organes d'organisations internationales mis à la disposition d'un État et exerçant des prérogatives de puissance publique de cet État. C'est un cas encore plus exceptionnel que ceux auxquels l'article 6 est à présent limité. Il soulève également les questions difficiles des relations entre États et organisations internationales, questions qui ne relèvent pas des présents articles. L'article 57 exclut donc du champ d'application des articles toutes les questions liées à la responsabilité encourue par des organisations internationales ou un État pour les actes d'une organisation internationale. De même, l'article 6 ne concerne pas les cas où, par exemple, des personnes accusées

¹⁴¹ Voir aussi *Drozd et Janousek c. France et Espagne*, C.E.D.H., Série A, n° 240 (1992), par. 96 et 110. Voir en outre *Comptroller and Auditor-General v. Davidson* (1996), I.L.R., vol. 104 (Cour d'appel de Nouvelle-Zélande), p. 536 et 537 (Cooke, P.) et p. 574 à 576 (Richardson, J.). Un appel devant le *Privy Council* invoquant d'autres moyens fut rejeté: I.L.R., vol. 108, p. 622.

¹⁴² Par exemple, l'accord conclu entre Nauru et l'Australie relatif aux appels des décisions de la Cour suprême de Nauru devant la Haute Cour d'Australie, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1216, p. 151.

d'infractions sont transférées par un État à une institution internationale en application d'un traité¹⁴³. En coopérant avec les institutions internationales, l'État concerné n'assume pas la responsabilité de leur comportement ultérieur.

Article 7

Excès de pouvoir ou comportement contraire aux instructions

Le comportement d'un organe de l'État ou d'une personne ou entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cet organe, cette personne ou cette entité agit en cette qualité, même s'il outrepassé sa compétence ou contrevient à ses instructions.

Commentaire

- 1) L'article 7 traite de l'importante question des faits non autorisés ou *ultra vires* d'organes ou d'entités de l'État. Il établit clairement que le comportement d'un organe de l'État ou d'une entité habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique, agissant en sa qualité officielle, est attribuable à l'État même si l'organe ou l'entité a dépassé son pouvoir ou contrevient aux instructions reçues.
- 2) L'État ne peut pas se retrancher derrière la considération que selon les dispositions de son droit interne ou les instructions qui ont pu être données à ses organes ou à ses agents, les actions ou omissions de ces derniers n'auraient pas dû se produire ou auraient dû prendre une forme différente. Il en est ainsi même lorsque l'organe ou l'entité en question a ouvertement commis des faits illicites sous le couvert de sa qualité officielle, ou a manifestement dépassé sa compétence. Il en est ainsi même si d'autres organes de l'État ont désavoué le comportement en question¹⁴⁴. Toute autre règle irait à l'encontre du principe fondamental énoncé à l'article 3, étant donné que sinon un État pourrait invoquer son droit interne pour faire valoir que le comportement visé, qui est en fait celui de ses organes, ne lui est pas attribuable.

¹⁴³ Voir, par exemple, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, A/CONF.183/9, art. 89.

¹⁴⁴ Voir par exemple la controverse relative au «*Star and Herald*», Moore, *Digest*, vol. VI, p. 775.

3) La règle a évolué en réponse à l'exigence de clarté et de sécurité des relations internationales. En dépit de premières prises de position équivoques dans la pratique diplomatique et dans des sentences arbitrales¹⁴⁵, la pratique des États a fini par étayer l'idée, exprimée par le Gouvernement britannique comme suite à une requête italienne, que «tout gouvernement doit toujours être tenu pour responsable pour tous les actes commis par ses agents en vertu de leur qualité officielle¹⁴⁶». Comme l'a fait observer le Gouvernement espagnol: «Sinon, on finirait par autoriser l'abus, car dans la plupart des cas il n'y aurait pas de moyen pratique de prouver que l'agent a ou n'a pas procédé d'après ordres reçus¹⁴⁷». À l'époque, les États-Unis étaient d'avis que «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 apparente¹⁴⁸». Il est probable que les différentes formulations aient eu essentiellement le même effet, étant donné que les actes n'entrant pas dans le cadre de la compétence tant réelle qu'apparente ne seraient pas commis par les agents de l'État «en vertu de leur qualité officielle». En tout état de cause, au moment de la Conférence de codification de La Haye (1930), dans leurs réponses à la demande d'informations que le Comité préparatoire de la Conférence leur avait soumise, la majorité des États se sont prononcés

¹⁴⁵ Dans un certain nombre de cas anciens, on a attribué à l'État la responsabilité internationale du comportement de ses agents sans préciser si ces derniers avaient dépassé leur pouvoir: voir par exemple les affaires suivantes: «*The Only Son*», Moore, *International Arbitrations*, vol. IV, p. 3404 et 3405; «*The William Lee*», ibid., vol. IV, p. 3405; *Donougho*, Moore, *International arbitrations*, vol. III, p. 3012 (1876). Dans les cas où la question a été expressément examinée, les tribunaux n'ont pas systématiquement appliqué un seul principe: voir, par exemple, «*Collector of Customs*»: l'affaire du *Matilda A. Lewis*, ibid., vol. III, p. 3019; l'affaire *Gadino*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XV (1901), p. 414; «*The Lacaze*», de Lapradelle et Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, p. 297 et 298; «*The William Yeaton*», ibid., vol. III, p. 2946.

¹⁴⁶ Pour les avis des Gouvernements britannique et espagnol formulés en 1898 à la demande de l'Italie concernant un différend avec le Pérou, voir *Archivio del Ministero degli Affari esteri italiano*, serie politica P, n° 43.

¹⁴⁷ Note verbale du Duc Almodóvar del Rio, 4 juillet 1898, ibid.

¹⁴⁸ Incident de l'«*American Bible Society*», déclaration du Secrétaire d'État des États-Unis, 17 août 1885, Moore, *Digest*, vol. VI, p. 743; «*Shine and Milligen*», Hackworth, *Digest*, vol. V, p. 575; «*Miller*», Hackworth, *Digest*, vol. V, p. 570 et 571.

nettement pour la formulation la plus large de la règle, prévoyant l'attribution à l'État «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 compétence¹⁴⁹». Les Bases de discussion établies par le Comité reflétèrent ces vues. La Troisième Commission de la Conférence adopta en première lecture un article libellé comme suit:

«La responsabilité internationale de l'État se trouve ... engagée si le dommage subi par un étranger résulte d'actes contraires aux obligations internationales de l'État accomplis par ses fonctionnaires en dehors de leur compétence, mais sous le couvert de leur qualité officielle¹⁵⁰.»

4) La règle moderne est à présent fermement établie en ce sens par la jurisprudence internationale, la pratique des États et la doctrines¹⁵¹. Elle est confirmée par exemple dans l'article 91 du Protocole I de 1977 additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949¹⁵², qui dispose que: «La partie au conflit ... sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de ses forces armées.». Ceci inclut clairement les faits commis en violation des ordres et instructions. Le commentaire note que l'article 91 fut adopté par consensus et «correspond[s] to the general principles of law on international responsibility¹⁵³».

¹⁴⁹ Point V, n° 2 b, Société des Nations, Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, t. III, (doc. C.75.M.69.1929.V), p. 78; et *Supplément au tome III* (doc. C.75 a).M.69 a).1929.V), p. 3 et 17.

¹⁵⁰ Ibid., p. 238. Pour un compte rendu plus détaillé de l'évolution de la règle moderne, voir *Annuaire ... 1975*, vol. II, p. 65 à 75.

¹⁵¹ Par exemple, l'avant-projet révisé de 1961 du Rapporteur spécial, F. V. García Amador, prévoyait que «l'acte ou l'omission est également imputable à l'État lorsque l'organe ou le fonctionnaire a agi en dehors de sa compétence, mais sous le couvert de sa qualité officielle». *Annuaire ... 1961*, vol. II, p. 49.

¹⁵² Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1125, p. 3.

¹⁵³ Comité international de la Croix-Rouge, *Commentary on the Additional Protocols* (Genève, 1987), p. 1053 et 1054.

5) Une formulation définitive de la règle moderne figure dans la décision rendue dans l'affaire *Caire*. Cette affaire concernait le meurtre d'un citoyen français par deux officiers mexicains qui, après avoir échoué dans leur tentative pour lui extorquer de l'argent, l'emmenèrent dans leur caserne et l'abattirent. La Commission considéra...

«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'État, comme s'étant couverts de leur qualité d'officiers et servis des moyens mis, à ce titre, à leur disposition¹⁵⁴».

6) Les cours et les tribunaux internationaux des droits de l'homme ont appliqué la même règle. Ainsi dans l'affaire *Velásquez Rodríguez*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a dit...

«Cette conclusion [d'une violation de la Convention] est indépendante du fait de savoir si l'organe ou le fonctionnaire a contrevenu aux dispositions du droit interne ou outrepassé les limites de son pouvoir: en droit international un État est responsable des faits de ses agents pris en leur qualité officielle et de leurs omissions, même lorsque ces agents agissent hors de la sphère de leur pouvoir ou violent le droit interne¹⁵⁵».

7) La question essentielle à examiner pour déterminer l'applicabilité de l'article 7 au comportement non autorisé d'un organe officiel est celle de savoir si l'organe en question a agi ou non en sa qualité officielle. Il faut distinguer, d'une part, les cas où les fonctionnaires ont agi en leur qualité en tant que telle, bien que de manière illicite ou en violation des instructions reçues, et, d'autre part, les cas où leur comportement est si éloigné du champ de leurs fonctions officielles qu'il devrait être assimilé à celui de personnes privées, non attribuable à l'État. Pour reprendre les termes employés par le Tribunal des réclamations États-Unis-Iran, la question est

¹⁵⁴ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (1929), p. 531. Pour d'autres énoncés de la règle, voir les affaires suivantes: *Maal*, *ibid.*, vol. X (1903), p. 732 et 733; *La Masica*, *ibid.*, vol. XI (1916), p. 560; *Youmans*, *ibid.*, vol. IV (1916), p. 116; *Mallén*, *ibid.*, vol. IV (1925), p. 177; *Stephens*, *ibid.*, vol. IV (1927), p. 267 et 268; *Way*, *ibid.*, vol. IV (1925), p. 400 et 401. La décision rendue par le Tribunal des réclamations des États-Unis dans l'affaire *Royal Holland Lloyd v. United States*, 73 Ct. Cl. 722, (1931); *A.D.P.I.L.C.*, vol. 6, p. 442, est aussi souvent citée.

¹⁵⁵ *Cour interaméricaine des droits de l'homme*, *Série C*, n° 4 (1989), par. 170; 95 *I.L.R.* 232, p. 296.

de savoir si le comportement a été «mené par des personnes bénéficiant de prérogatives publiques¹⁵⁶».

8) Le problème de la frontière à définir entre un comportement non autorisé mais encore «public», d'une part, et un comportement «privé», d'autre part, peut être évité si le comportement qui fait l'objet de la réclamation est systématique ou récurrent, de façon telle que l'État en avait ou aurait dû en avoir connaissance et aurait dû prendre des mesures pour l'empêcher. La distinction entre les deux situations doit cependant encore être faite pour les cas spécifiques de comportements outrageux de la part de personnes qui sont fonctionnaires. Cette distinction apparaît dans la formule «si cet organe, cette personne ou cette entité agit en cette qualité» qui figure à l'article 7. Cela signifie que le comportement visé ne comprend que les actions ou les omissions d'organes agissant prétendument ou apparemment sous le couvert de leurs fonctions officielles et non pas les actions ou les omissions d'individus agissant à titre privé qui se trouvent être des organes ou des agents de l'État¹⁵⁷. En somme, la question est de savoir s'ils avaient apparemment qualité pour agir.

9) Tel qu'il est formulé, l'article 7 ne s'applique qu'au comportement d'un organe de l'État ou d'une entité habilitée à exercer des prérogatives de puissance publique, c'est-à-dire uniquement aux cas d'attribution couverts par les articles 4, 5, et 6. La question du comportement non autorisé d'autres personnes, groupes ou entités donne lieu à des problèmes distincts qui sont traités séparément dans les articles 8, 9 et 10.

¹⁵⁶ *Petrolane, Inc. v. Islamic Republic of Iran* (1991) 27 *Iran-U.S.C.T.R.* 64, p. 92. Voir le commentaire de l'article 4, par. 13.

¹⁵⁷ Le fait pour l'agent d'un État d'accepter un pot-de-vin afin d'accomplir un acte donné ou de conclure une transaction serait une forme de comportement *ultra vires* visé par l'article 7. Les articles ne visent pas les questions qui pourraient alors se poser quant à la validité de la transaction (cf. Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 50). En ce qui concerne la responsabilité de l'acte de corruption, des situations diverses peuvent se présenter, qu'il n'est pas nécessaire de traiter expressément dans les présents articles. Lorsqu'un État soudoie un organe d'un autre État pour qu'il accomplisse un acte officiel, sa responsabilité est engagée en vertu de l'article 8 ou de l'article 17. La question de la responsabilité de l'État dont le représentant a été soudoyé à l'égard de l'État corrupteur ne pourrait guère être soulevée en pareil cas; des problèmes concernant sa responsabilité à l'égard d'une tierce partie pourraient se poser mais seraient résolus de manière appropriée par l'article 7.

10) Dans la mesure où il pose une règle d'attribution, l'article 7 ne vise pas la question de savoir si le comportement équivaut à une violation d'une obligation internationale. Le fait qu'un organe ou une entité n'ait pas tenu compte des instructions données ou que ses actions soient des faits *ultra vires* peut certes être utile pour déterminer si l'obligation a été ou non violée, mais il s'agit là d'une question distincte¹⁵⁸. De même, l'article 7 ne vise pas la question de la recevabilité des réclamations découlant de faits internationalement illicites commis par des organes ou des agents agissant *ultra vires* ou en contradiction avec leurs instructions. Lorsqu'un fait non autorisé ou non valable d'après le droit interne a été commis et qu'un recours interne est donc disponible, il faut en faire usage conformément au principe de l'épuisement des recours internes avant de présenter une réclamation internationale¹⁵⁹.

Article 8

Comportement sous la direction ou le contrôle de l'État

Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes, en adoptant ce comportement, agit en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle de cet État.

Commentaire

1) En règle générale, le comportement de personnes ou d'entités privées n'est pas attribuable à l'État d'après le droit international. Des circonstances peuvent cependant survenir où un tel comportement est néanmoins attribuable à l'État, parce qu'il existe une relation de fait entre la personne ou l'entité ayant ce comportement et l'État. L'article 8 traite de deux circonstances de ce type. La première est celle où des personnes privées agissent sur les instructions de l'État lorsqu'elles mènent le comportement illicite. La seconde est une situation à caractère plus général, où des personnes privées agissent sur les directives ou sous le contrôle de l'État¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Voir *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, C.I.J. Recueil 1989, en particulier p. 52, 62 et 74.

¹⁵⁹ Voir également l'article 44 *b* et le commentaire y relatif.

¹⁶⁰ Tout autres sont les questions qui se posent lorsqu'un État mène un comportement internationalement illicite sur les directives ou sous le contrôle d'un autre État: voir l'article 17 et le commentaire y relatif, en particulier le paragraphe 7 pour le sens des termes anglais «direction» et «control» dans les diverses langues.

Étant donné le rôle important que joue le principe de l'effectivité en droit international, il faut tenir compte dans les deux cas de l'existence d'un lien réel entre la personne ou le groupe auteur du fait et la structure de l'État.

2) L'attribution à l'État d'un comportement qu'il a en fait autorisé est largement admise par la jurisprudence internationale¹⁶¹. Peu importe en pareil cas que la ou les personnes en question soient des personnes privées, ou que leur comportement relève ou non d'une «activité publique». La plupart du temps il s'agit de situations où les organes de l'État complètent leur propre action en recrutant des personnes ou groupes de personnes privées à titre «d'auxiliaires», ou les incitent à agir à ce titre tout en restant en dehors des structures officielles de l'État. Il peut s'agir, par exemple, d'individus ou de groupes de personnes privées qui, bien que n'étant pas spécifiquement recrutés par l'État et ne faisant pas partie de la police ou des forces armées de celui-ci, sont employés comme auxiliaires ou sont envoyés comme «volontaires» dans des pays voisins, ou qui effectuent des missions particulières à l'étranger sur instructions de l'État.

3) Plus complexes sont les problèmes qui se posent lorsqu'il s'agit de déterminer si le comportement a été mené «sur les directives ou sous le contrôle» de l'État. Ce comportement ne peut être attribué à l'État que si ce dernier a dirigé ou contrôlé l'opération elle-même et que le comportement objet de la plainte faisait partie intégrante de cette opération. Le principe d'attribution ne s'étend pas aux comportements dont le lien avec l'opération considérée n'était qu'incident ou périphérique, et qui échappaient à la direction ou au contrôle de l'État.

4) Le degré de contrôle que l'État doit avoir exercé pour que le comportement puisse lui être attribué a constitué l'un des problèmes clefs dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires*¹⁶². La question était de savoir si le comportement des contras était attribuable aux États-Unis, au point de rendre ces derniers responsables d'une manière générale des violations

¹⁶¹ Voir, par exemple, les affaires *Zafiro*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (1925), p. 160; *Stephens*, ibid., vol. IV (1927), p. 267; *Lehigh Valley Railroad Company, and others (USA) v. Germany (Sabotage Cases)*: incidents du «Black Tom» et du «Kingsland», Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VIII (1930), p. 84, et vol. VIII (1939), p. 458.

¹⁶² *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, C.I.J. Recueil 1986, p. 14.

du droit international humanitaire commises par les contras. La Cour a analysé cette question sous l'angle de la notion de «contrôle». D'un côté, elle a considéré que les États-Unis étaient responsables du fait que des agents des États-Unis avaient participé à «la préparation, au commandement et au soutien» des opérations¹⁶³. Mais elle a rejeté l'argument de plus grande ampleur avancé par le Nicaragua selon lequel l'ensemble du comportement des contras était attribuable aux États-Unis en raison du contrôle qu'ils exerçaient sur ceux-ci. Elle parvint à la conclusion suivante:

«[P]ourtant, malgré les subsides importants et les autres formes d'assistance que leur fournissent les États-Unis, il n'est pas clairement établi que ceux-ci exercent en fait sur les contras dans toutes leurs activités une autorité telle qu'on puisse considérer les contras comme agissant en leur nom ... Toutes les modalités de participation des États-Unis qui viennent d'être mentionnées, et même le contrôle général exercé par eux sur une force extrêmement dépendante à leur égard, ne signifieraient pas par eux-mêmes, sans preuve complémentaire, que les États-Unis aient ordonné ou imposé la perpétration des actes contraires aux droits de l'homme et au droit humanitaire allégués par l'État demandeur. Ces actes auraient fort bien pu être commis par des membres de la force contra en dehors du contrôle des États-Unis. Pour que la responsabilité juridique de ces derniers soit engagée, il devrait en principe être établi qu'ils avaient le contrôle effectif des opérations militaires ou paramilitaires au cours desquelles les violations en question se seraient produites¹⁶⁴.»

Ainsi, alors que les États-Unis furent tenus pour responsables de leur propre soutien aux contras, les faits des contras eux-mêmes ne leur ont été attribués que dans certains cas particuliers, où il y avait participation effective de cet État et ordres donnés par celui-ci. La Cour a confirmé que l'existence d'une situation générale de dépendance et d'appui ne suffisait pas pour justifier l'attribution du comportement à l'État.

5) La Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a également examiné ces questions¹⁶⁵. Dans l'affaire *Le Procureur c. Tadić*, la Chambre a souligné que:

¹⁶³ Ibid., p. 51, par. 86.

¹⁶⁴ Ibid., p. 62, 64 et 65, par. 109 et 115. Voir aussi l'opinion individuelle de M. Ago, membre de la Cour, ibid., p. 189, par. 17.

¹⁶⁵ Affaire IT-94-1, *Le Procureur c. Tadić* (1999) *I.L.M.*, vol. 38, p. 1518. Pour l'arrêt de la Chambre de première instance (1997), voir *I.L.R.*, vol. 112, p. 1.

«La condition requise d'après le droit international pour que les actes commis par des personnes privées soient attribués à des États est que l'État exerce un contrôle sur ces personnes. Le *degré de contrôle* peut toutefois varier en fonction des faits de chaque cause. La Chambre d'appel ne voit pas pourquoi le droit international devrait imposer en toutes circonstances un seuil élevé pour le critère du contrôle¹⁶⁶.»

La Chambre d'appel a estimé que le degré de contrôle des autorités yougoslaves sur ces forces armées requis en droit international pour que le conflit armé puisse être considéré comme international était «*le contrôle global*, qui va au-delà du simple financement et équipement de ces forces et comporte également une participation à la planification et la supervision des opérations militaires¹⁶⁷». Au cours de leur argumentation, la majorité des membres ont jugé nécessaire de rejeter l'approche adoptée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *activités militaires et paramilitaires* mais les questions de droit et la situation de fait n'étaient pas les mêmes que celles dont la Cour avait été saisie dans cette affaire. Le mandat du Tribunal porte sur des questions de responsabilité pénale individuelle, pas sur la responsabilité des États, et la question qui se posait dans l'affaire considérée avait trait non pas à la responsabilité mais aux règles applicables du droit international humanitaire¹⁶⁸. En tout état de cause, c'est au cas par cas qu'il faut déterminer si tel ou tel comportement précis était ou n'était pas mené sous le contrôle d'un État et si la mesure dans laquelle ce comportement était contrôlé justifie que le comportement soit attribué audit État¹⁶⁹.

6) Le comportement des sociétés ou des entreprises qui appartiennent ou sont contrôlées par l'État soulève des questions. Si de telles sociétés agissent d'une manière non conforme aux

¹⁶⁶ Affaire IT-94-1, *Le Procureur c. Tadić* (1999) *I.L.M.*, vol. 38, p. 1541, par. 117 (italiques dans le texte original) (traduction non officielle).

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 1546, par. 145 (italiques dans le texte original).

¹⁶⁸ Voir l'explication donnée par le juge Shahabuddeen, *ibid.*, p. 1614 et 1615.

¹⁶⁹ Le problème du degré que le contrôle de l'État doit atteindre pour que le comportement soit attribué à l'État a été également traité, entre autres, par le Tribunal des réclamations États-Unis-Iran: *Yeager v. Islamic Republic of Iran* (1987) 17 *Iran-U.S.C.T.R.* 92, p. 103. Voir aussi *Starrett Housing Corp. v. Government of the Islamic Republic of Iran* (1983) 4 *Iran-U.S.C.T.R.* 122, p. 143, et par la Cour européenne des droits de l'homme, *Loizidou c. Turquie, fond*, *C.E.D.H. Recueil*, 1996-VI, p. 2235 et 2236, par. 56. Voir aussi *ibid.*, p. 2234, par. 52, et la décision sur les exceptions préliminaires: *C.E.D.H., Série A, n° 310* (1995), par. 62.

obligations internationales de l'État concerné, la question se pose de savoir si leur comportement lui est attribuable. Pour débattre de cette question, il est nécessaire de rappeler que le droit international admet l'existence distincte des sociétés au niveau national, sauf dans les cas où le «voile social» est un simple mécanisme ou un instrument de fraude¹⁷⁰. Le fait que l'État a été à l'origine d'une société, que ce soit par le biais d'une loi spécifique ou autrement, n'est pas une base suffisante pour lui attribuer le comportement ultérieur de cette entité¹⁷¹. Dès lors que l'on considère que les sociétés, même si elles appartiennent à l'État et sont en ce sens soumises à son contrôle, ont un statut séparé, leur comportement dans l'exécution de leurs activités n'est pas *prima facie* attribuable à l'État, à moins qu'elles n'exercent des prérogatives de puissance publique au sens de l'article 5. Ce fut la position adoptée, par exemple, à l'égard d'une saisie de facto menée par une compagnie pétrolière appartenant à l'État, dans un cas où il n'existait pas de preuve que l'État ait utilisé sa position de propriétaire comme un moyen pour charger la compagnie de réaliser la saisie¹⁷². En revanche, quand la preuve a pu être établie que la société exerçait des prérogatives de puissance publique¹⁷³, ou que l'État utilisait sa position de

¹⁷⁰ *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, deuxième phase, C.I.J. Recueil 1970*, p. 39, par. 56 à 58.

¹⁷¹ Par exemple, les conseils de travailleurs examinés dans *Schering Corporation v. Islamic Republic of Iran* (1984) 5 *Iran-U.S.C.T.R.* 361; *Otis Elevator Co. v. Islamic Republic of Iran* (1987) 14 *Iran-U.S.C.T.R.* 283; *Eastman Kodak Co. v. Islamic Republic of Iran* (1987) 17 *Iran-U.S.C.T.R.* 153.

¹⁷² *SEDCO, Inc. v. National Iranian Oil Co.* (1987) 15 *Iran-U.S.C.T.R.* 23. Voir aussi *International Technical Products Corp. v. Islamic Republic of Iran* (1985) 9 *Iran-U.S.C.T.R.* 206; *Flexi-Van Leasing, Inc. v. Islamic Republic of Iran* (1986) 12 *Iran-U.S.C.T.R.* 335, p. 349.

¹⁷³ *Phillips Petroleum Co. Iran v. Islamic Republic of Iran* (1989) 21 *Iran-U.S.C.T.R.* 79; *Petrolane, Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran* (1991) 27 *Iran-U.S.C.T.R.* 64.

propriétaire ou de contrôle de la société spécialement pour parvenir à un résultat particulier¹⁷⁴, le comportement en question a été attribué à l'État¹⁷⁵.

7) Il apparaît donc clairement qu'un État peut, s'il donne des orientations précises à un groupe de personnes ou exerce un contrôle sur ce groupe, devenir effectivement responsable du comportement de ce groupe. Chaque cause sera déterminée par ses propres faits, en particulier ceux qui concernent le lien entre les instructions ou les directives données ou le contrôle exercé et le comportement qui fait l'objet de la plainte. Dans le texte de l'article 8, les trois termes «instructions», «directives» et «contrôle» sont disjoints; il suffit d'établir la réalité de l'un d'entre eux. Parallèlement, le texte dit clairement que les instructions, les directives ou le contrôle doivent être en rapport avec le comportement qui est censé avoir constitué un fait internationalement illicite.

8) Lorsqu'un fait a été autorisé par un État ou a été commis sur ses directives ou sous son contrôle, des questions peuvent se poser quant à la responsabilité de l'État pour des actes allant au-delà de ce qui a été autorisé. Ainsi, des questions pourraient se poser si, dans l'exécution d'instructions ou de directives licites, l'agent se livre à une activité contraire à la fois aux instructions ou aux directives reçues et aux obligations internationales de l'État qui les a données. On peut régler ces questions en demandant si le comportement illicite ou non autorisé était réellement lié à la mission donnée ou si l'agent a manifestement dépassé sa compétence. En général, lorsqu'il donne des instructions licites à des personnes qui ne sont pas ses organes, l'État n'assume pas le risque que ces instructions soient exécutées de manière internationalement illicite. En revanche, lorsque des personnes ou des groupes de personnes ont agi sous le contrôle effectif d'un État, la condition d'attribution sera néanmoins remplie même s'il n'a pas été tenu compte d'instructions particulières. Le comportement aura été mené sous le contrôle de l'État et sera attribuable à l'État conformément à l'article 8.

¹⁷⁴ *Foremost Tehran, Inc. v. Islamic Republic of Iran* (1986) 10 *Iran-U.S.C.T.R.* 228; *American Bell International, Inc. v. Islamic Republic of Iran* (1986) 12 *Iran-U.S.C.T.R.* 170.

¹⁷⁵ Voir aussi *Hertzberg et consorts c. Finlande* (Communication n° R.14/61) (1982), A/37/40, annexe XIV, par. 9.1. Voir aussi *X c. Irlande* (Requête n° 4125/69) (1971), *C.E.D.H., Annuaire n° 14*, p. 198; *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, *C.E.D.H., Série A, n° 44* (1981).

9) Les mots «... personne ou ... groupe de personnes» employés à l'article 8 reflètent le fait que le comportement visé par cet article peut être celui d'un groupe non doté d'une personnalité juridique distincte mais agissant de facto. Ainsi, un État peut autoriser le comportement d'une personne morale telle qu'une société, mais il peut s'agir aussi d'un ensemble d'individus ou de groupes qui n'ont pas la personnalité juridique mais agissent néanmoins collectivement.

Article 9

Comportement en cas d'absence ou de carence des autorités officielles

Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international si cette personne ou ce groupe de personnes exerce en fait des prérogatives de puissance publique en cas d'absence ou de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui requièrent l'exercice de ces prérogatives.

Commentaire

1) L'article 9 traite du cas de figure exceptionnel où une personne ou un groupe de personnes exerce des prérogatives de puissance publique en l'absence des autorités officielles et sans aucun pouvoir à cet effet. Le caractère exceptionnel des circonstances envisagées dans cet article apparaît dans le membre de phrase «dans des circonstances qui requièrent». Ces hypothèses ne surviennent que dans des circonstances exceptionnelles, telles qu'une révolution, un conflit armé ou une occupation étrangère au cours desquels les autorités régulières sont dissoutes, disparaissent, ont été supprimées ou sont temporairement inopérantes. Cela peut aussi se produire lors du rétablissement progressif de l'autorité légale, par exemple après une occupation étrangère.

2) Le principe sur lequel repose l'article 9 est un peu l'héritier de la vieille idée de la *levée en masse*, l'autodéfense des citoyens en cas d'absence des forces régulières¹⁷⁶; il s'agit dans les faits d'une forme de représentation par nécessité. Le domaine de la responsabilité des États en recèle lui-même quelques exemples. Ainsi, le Tribunal des réclamations États-Unis-Iran a considéré

¹⁷⁶ La légitimité de ce principe est reconnue par l'article 2 du Règlement de La Haye de 1907 relatif aux lois et coutumes de la guerre sur terre: J. B. Scott (dir. publ.), *The Proceedings of The Hague Peace Conferences: The Conference of 1907* (New York, Oxford University Press, 1920), vol. I, p. 623, et par l'article 4, par. A 6), de la Convention de Genève du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre. Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, p. 140.

que la position des Gardiens de la révolution ou «Komitehs», juste après la révolution iranienne, était couverte par le principe énoncé à l'article 9. L'affaire *Yeager v. Islamic Republic of Iran* concernait entre autres le fait qu'ils avaient exercé des fonctions liées à l'immigration, aux douanes et aux domaines de ce type à l'aéroport de Téhéran dans les lendemains immédiats de la révolution. Le Tribunal considéra que leur comportement était attribuable à la République islamique d'Iran, au motif que, même s'il n'avait pas été effectivement autorisé par le Gouvernement, les Gardiens

«exerçaient au moins des prérogatives de puissance publique en cas d'absence des autorités officielles, dans le cadre d'opérations dont le nouveau gouvernement devait avoir eu connaissance et auxquelles il n'avait pas expressément fait objection¹⁷⁷».

3) L'article 9 établit trois conditions qui doivent être réunies pour que le comportement puisse être attribué à l'État: premièrement, le comportement doit se rapporter effectivement à l'exercice de prérogatives de puissance publique, deuxièmement, le comportement doit avoir été adopté en cas d'absence ou de carence des autorités officielles, et troisièmement, il faut que les circonstances aient justifié l'exercice de ces prérogatives de puissance publique.

4) En ce qui concerne la première condition, la personne ou le groupe qui agit doit accomplir des fonctions publiques, mais il doit le faire de sa propre initiative. À cet égard, la nature de l'activité menée se voit attribuer plus de poids que l'existence d'un lien formel entre les auteurs de l'activité et l'appareil de l'État. Il convient de souligner que les personnes privées visées à l'article 9 ne sont pas assimilables à un gouvernement général de fait. Les hypothèses de l'article 9 supposent l'existence d'un gouvernement officiel et d'un appareil d'État dont des irréguliers prennent la place ou dont l'action est complétée dans certains cas. Ceci peut se produire sur une partie du territoire de l'État sur laquelle ce dernier n'est temporairement pas en mesure d'exercer un contrôle, ou dans d'autres circonstances spécifiques. Un gouvernement général de fait, en revanche, constitue lui-même un appareil d'État qui remplace celui qui existait

¹⁷⁷ (1987) 17 *Iran-U.S.C.T.R.* 92, p. 104, par. 43.

auparavant. Le comportement des organes d'un tel gouvernement est couvert par l'article 4 et non l'article 9¹⁷⁸.

5) S'agissant de la deuxième condition, l'expression «en cas d'absence ou de carence des» vise à couvrir aussi bien la situation d'un effondrement total de l'appareil d'État que les situations où les autorités officielles n'exercent pas leurs fonctions sur un plan bien précis, par exemple, en cas d'effondrement partiel de l'appareil d'État ou de perte de contrôle d'une localité donnée. L'expression «en cas d'absence ou de carence» vise à couvrir ces deux cas.

6) La troisième condition d'attribution selon l'article 9 impose que les circonstances aient été telles que l'exercice de prérogatives de puissance publique par des personnes privées s'imposait. Le terme «requièrent» contient l'idée que des fonctions publiques devaient être d'une manière ou d'une autre exercées, sans que le comportement en question ait été lui-même nécessaire. En d'autres termes, il faut que les circonstances de l'exercice de prérogatives de puissance publique par des personnes privées aient justifié la tentative d'exercer des fonctions de police ou autres en l'absence de tout corps constitué. La forme de représentation qu'implique l'article 9 contient donc un élément normatif qui distingue ces situations de celles régies par le principe normal selon lequel le comportement d'entités privées, y compris de forces insurgées, n'est pas attribuable à l'État¹⁷⁹.

Article 10

Comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre

1. Le comportement d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement de l'État est considéré comme un fait de cet État d'après le droit international.

¹⁷⁸ Voir, par exemple, la sentence arbitrale rendue dans l'affaire *Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada Claims* (affaire Timoco), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. I (1923), p. 386. S'agissant de la responsabilité de l'État pour le comportement de fait de gouvernements, voir aussi J. A. Frowein, *Das de facto-Regime im Völkerrecht* (Cologne, Heymanns, 1968), p. 70 et 71. Le comportement d'un gouvernement en exil pourrait être couvert par l'article 9, selon les circonstances.

¹⁷⁹ Voir, par exemple, l'affaire *Sambiaggio*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (1904), p. 499, et voir également plus loin l'article 10 et le commentaire y relatif.

2. Le comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre qui parvient à créer un nouvel État sur une partie du territoire d'un État préexistant ou sur un territoire sous son administration est considéré comme un fait de ce nouvel État d'après le droit international.

3. Le présent article est sans préjudice de l'attribution à l'État de tout comportement, lié de quelque façon que ce soit à celui du mouvement concerné, qui doit être considéré comme un fait de cet État en vertu des articles 4 à 9.

Commentaire

1) L'article 10 traite du cas particulier de l'attribution à un État du comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre, qui devient par la suite le nouveau gouvernement de l'État ou qui parvient à créer un nouvel État.

2) Dans un premier temps, le comportement des membres du mouvement apparaît comme celui de simples particuliers. Il peut être mis sur le même plan que le comportement de personnes ou de groupes qui participent à une émeute ou à une manifestation de masse, et n'est donc de ce fait pas attribuable à l'État. Lorsqu'un mouvement organisé acquiert une existence effective, il est d'autant moins possible d'attribuer son comportement à l'État que celui-ci ne peut exercer de contrôle réel sur ses activités. Le principe général applicable au comportement de tels mouvements, tout au long de leur lutte avec les autorités constituées, est qu'il n'est pas attribuable à l'État selon le droit international. En d'autres termes, les actions des mouvements insurrectionnels qui ont échoué ne sont pas attribuables à l'État, sauf dans les cas qui seraient prévus dans quelque autre article du chapitre II, par exemple dans les circonstances exceptionnelles envisagées à l'article 9.

3) La jurisprudence arbitrale confirme amplement ce principe général. Les organes arbitraux internationaux, notamment les commissions des réclamations mixtes¹⁸⁰ et les juridictions arbitrales¹⁸¹ ont uniformément affirmé ce que le commissaire Nielsen a qualifié dans

¹⁸⁰ Voir les décisions des différentes commissions mixtes dans les affaires suivantes: *Zuloaga and Miramon Governments*, Moore, *International Arbitrations*, vol. III, p. 2873; *McKenny*, *ibid.*, vol. III, p. 2881; *Confederate States*, *ibid.*, vol. III, p. 2886; *Confederate Debt*, *ibid.*, vol. III, p. 2900; *Maximilian Government*, *ibid.*, vol. III, p. 2928 et 2929.

¹⁸¹ Voir par exemple les affaires *Biens britanniques au Maroc espagnol*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (1925), p. 642; *Several British Subjects (Iloilo Claims)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (1925), p. 159 et 160.

l'affaire *Solis* de «principe bien établi du droit international», à savoir qu'un gouvernement ne peut pas être tenu pour responsable d'une action commise en violation de son autorité par des groupes 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'insurrection¹⁸². La pratique diplomatique reconnaît systématiquement que le comportement d'un mouvement insurrectionnel ne peut être attribué à l'État. C'est ce que révèlent, par exemple, les travaux préparatoires à la Conférence de codification de 1930. Des réponses données par les gouvernements au point IX de la demande d'informations que leur avait adressée le Comité préparatoire, il ressort que les États étaient en substance d'accord pour reconnaître: a) que le comportement d'organes d'un mouvement insurrectionnel ne saurait être attribué comme tel à l'État ni engager sa responsabilité internationale; b) que seul un comportement adopté par des organes de l'État en rapport avec des agissements préjudiciables des insurgés pourrait être attribué à l'État et engager sa responsabilité internationale, et encore seulement si ce même comportement constitue un manquement à une obligation internationale de cet État¹⁸³.

4) Le principe général selon lequel le comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre n'est pas attribuable à l'État part de l'hypothèse que les structures et l'organisation du mouvement sont et demeurent indépendantes de celles de l'État. Tel est le cas lorsque l'État écrase la révolte. En revanche, lorsque le mouvement parvient à ses fins, et soit devient le nouveau gouvernement de l'État, soit réussit à créer un nouvel État sur une partie du territoire de l'État préexistant ou sur un territoire sous son administration, il serait anormal que le nouveau régime ou le nouvel État ne soit pas tenu pour responsable de ses agissements antérieurs. Dans ces circonstances exceptionnelles, l'article 10 prévoit l'attribution à l'État du comportement du mouvement insurrectionnel ou autre ayant abouti. L'attribution à l'État du comportement d'un

¹⁸² Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (1928), p. 361 (référence à l'affaire *Home Missionary Society*), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (1920), p. 42. Voir l'affaire *Sambiaggio*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (1903), p. 524.

¹⁸³ SDN, Conférence pour la codification du droit international, t. III: *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence* (C.75.M.69.1929.V), p. 108; *Supplément au tome III: Réponses des États à la liste de points: Réponses du Canada et des États-Unis d'Amérique* (C.75 a).M.69 a).1929.V), p. 3 et 20.

mouvement insurrectionnel ou autre ayant abouti est fondée en droit international sur la continuité entre le mouvement et le gouvernement qui en émanera. Le terme «comportement» ne concerne donc que le comportement du mouvement en tant que tel, et non les faits et gestes des membres du mouvement, agissant à titre individuel.

5) Lorsque le mouvement insurrectionnel, en tant que nouveau gouvernement, remplace le gouvernement précédent de l'État, l'organisation dirigeante du mouvement insurrectionnel devient l'organisation dirigeante de cet État. La continuité qui est ainsi maintenue entre la nouvelle organisation de l'État et celle du mouvement insurrectionnel conduit naturellement à attribuer à l'État le comportement que le mouvement insurrectionnel peut avoir eu pendant la lutte. Dans ce cas, l'État ne cesse pas d'exister en tant que sujet de droit international. Il demeure le même État, malgré les changements, les réorganisations et les adaptations qui se produisent dans ses institutions. En outre, c'est le seul sujet de droit international auquel la responsabilité peut être attribuée. La situation exige que les actions commises pendant la lutte pour le pouvoir par l'appareil du mouvement insurrectionnel soient attribuables à l'État, de même que les actions du gouvernement qui était alors en place.

6) Lorsque le mouvement insurrectionnel ou autre réussit à créer un nouvel État sur une partie du territoire de l'État préexistant ou sur un territoire qui était précédemment sous son administration, l'attribution au nouvel État du comportement du mouvement insurrectionnel ou autre est à nouveau justifiée par la continuité entre l'organisation du mouvement et l'organisation de l'État auquel celui-ci a donné naissance. En effet, l'entité qui avait auparavant les caractéristiques d'un mouvement insurrectionnel ou autre est devenue le gouvernement de l'État pour la création duquel elle luttait. L'État prédécesseur ne peut être tenu pour responsable de ces actions. La seule possibilité est donc que le nouvel État soit tenu d'assumer la responsabilité du comportement adopté en vue de sa propre création, et telle est la règle acceptée.

7) Le paragraphe 1 de l'article 10 a trait au cas de figure où le mouvement insurrectionnel victorieux a substitué ses structures à celles de l'ancien gouvernement de l'État en question. Le membre de phrase «qui devient le nouveau gouvernement» vise à rendre compte de cette conséquence. Toutefois, la règle énoncée au paragraphe 1 ne devrait pas être poussée trop loin dans le cas de gouvernements de réconciliation nationale, formés après un accord entre les

autorités en place et les dirigeants du mouvement insurrectionnel. L'État ne devrait pas être tenu pour responsable du comportement d'un mouvement d'opposition violent simplement parce que, pour qu'un accord de paix global soit conclu, des éléments de l'opposition ont été intégrés au gouvernement remanié. Ainsi, le critère d'application du paragraphe 1 est celui d'une continuité réelle et substantielle entre l'ancien mouvement insurrectionnel et le nouveau gouvernement qu'il a réussi à former.

8) Le paragraphe 2 de l'article 10 couvre le second cas de figure, c'est-à-dire celui où les structures du mouvement révolutionnaire insurrectionnel, ou autre, sont devenues celles d'un nouvel État, qui s'est constitué par sécession ou décolonisation d'une partie du territoire qui était précédemment soumis à la souveraineté ou à l'administration de l'État prédécesseur. Les mots «ou sur un territoire sous son administration» sont employés pour tenir compte des statuts juridiques variés de différents territoires dépendants.

9) Il est difficile de donner une définition complète des types de groupes que couvre l'expression «mouvement insurrectionnel» au sens de l'article 10, en raison du grand nombre de formes que peuvent prendre en pratique les mouvements insurrectionnels, selon que les troubles intérieurs sont relativement limités ou que l'on a affaire à une véritable guerre civile, une lutte anticoloniale, l'action d'un front de libération nationale, des mouvements révolutionnaires ou contre-révolutionnaires, etc. La base des mouvements insurrectionnels peut être située sur le territoire de l'État contre lequel leur action est dirigée, ou sur le territoire d'un État tiers. Malgré cette diversité, le critère pour l'application du droit des conflits armés établi par le Protocole additionnel II de 1977 peut servir de guide¹⁸⁴. Le paragraphe 1 de l'article premier fait référence à «des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés qui, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie du territoire [de l'État concerné] un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent Protocole», lequel ne s'applique pas «aux situations de tensions internes, de troubles intérieurs, comme les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence et autres actes analogues» (par. 2 de l'article premier). Cette définition des «forces

¹⁸⁴ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1125, p. 609.

armées dissidentes» traduit, dans le cadre des Protocoles, l'idée essentielle d'un «mouvement insurrectionnel».

10) Par rapport au paragraphe 1, la portée de la règle d'attribution énoncée au paragraphe 2 est étendue afin d'inclure les mouvements «insurrectionnels ou autres». Cette terminologie reflète l'existence d'une plus grande variété de mouvements dont l'action peut aboutir à la formation d'un nouvel État. Ces termes ne s'appliquent toutefois pas aux actions d'un groupe de citoyens préconisant la séparation ou la révolution lorsqu'elles s'inscrivent dans le cadre de l'État prédécesseur. Ils ne s'appliquent pas non plus au cas d'un mouvement insurrectionnel dont l'action, à l'intérieur d'un État, en faveur de l'union avec un autre État aboutit. Il s'agit essentiellement d'un cas de succession qui n'entre pas dans le cadre des articles; l'article 10 est axé sur la continuité entre le mouvement concerné et le nouveau gouvernement ou le nouvel État, selon le cas, qui sera constitué.

11) Aux fins de l'article 10, aucune distinction ne doit être faite entre différentes catégories de mouvements sur la base d'une quelconque «légitimité» internationale ou d'une quelconque illégalité eu égard à leur établissement en tant que gouvernement, malgré l'importance potentielle de ces distinctions dans d'autres contextes¹⁸⁵. Dès lors qu'il s'agit de formuler des règles de droit régissant la responsabilité des États, il est inutile et déconseillé de décharger un nouveau gouvernement ou un nouvel État de sa responsabilité en ce qui concerne le comportement de ses agents, en se référant à des considérations de légitimité ou d'illégitimité¹⁸⁶. Il faut plutôt mettre l'accent sur le comportement particulier dont il s'agit, et sur son caractère licite ou illicite selon les règles applicables du droit international.

¹⁸⁵ Voir H. Atlam, «International Liberation Movements and International Responsibility», in B. Simma et M. Spinedi (dir. publ.), *United Nations Codification of State Responsibility* (New York, Oceana, 1987), p. 35.

¹⁸⁶ Comme l'a déclaré la Cour dans l'avis consultatif sur l'affaire de la *Namibie*, «c'est l'autorité effective sur un territoire, et non la souveraineté ou la légitimité du titre, qui constitue le fondement de la responsabilité de l'État en raison d'actes concernant d'autres États»: *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, C.I.J. Recueil 1971, p. 54, par. 118.

12) Les décisions arbitrales, ainsi que la pratique des États et la doctrine indiquent que les deux règles d'attribution positive énoncées à l'article 10 sont généralement acceptées. Les décisions arbitrales internationales, par exemple celles des commissions mixtes créées au sujet du Venezuela (1903) et du Mexique (1920-1930), vont dans le sens de la règle de l'attribution du comportement des insurgés lorsque le mouvement réussit à atteindre ses objectifs révolutionnaires. Par exemple, dans l'affaire de la *Bolivar Railway Company*, le principe est affirmé dans les termes suivants:

«L'État 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 final¹⁸⁷.»

La Commission mixte France-Venezuela, dans la sentence réglant l'affaire de la *French Company of Venezuela Railroads*, affirme le principe de l'impossibilité de mettre à la charge de l'État les agissements de révolutionnaires «à moins que la révolution n'ait été victorieuse», car de tels agissements engagent alors la responsabilité de l'État «d'après les règles reconnues du droit public¹⁸⁸». Dans l'affaire *Pinson*, la Commission des réclamations France-Mexique a jugé 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'État ne saurait [...] être niée¹⁸⁹».

13) La possibilité de tenir l'État responsable du comportement d'un mouvement insurrectionnel victorieux était posée dans la demande d'informations soumise aux gouvernements par le Comité préparatoire de la Conférence de codification de 1930¹⁹⁰. Se fondant sur les réponses reçues

¹⁸⁷ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (1903), p. 453 (traduction de l'original anglais). Voir également l'affaire *Puerto Cabello and Valencia Railway Company*, *ibid.*, vol. IX (1903), p. 513.

¹⁸⁸ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (1902), p. 354. Voir également l'affaire *Dix*, *ibid.*, vol. IX (1902), p. 120.

¹⁸⁹ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (1928), p. 353.

¹⁹⁰ SDN, Conférence pour la codification du droit international, t. III: *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence* (doc. C.75.M.69.1929.V), p. 108 et 116; reproduit dans *Annuaire ... 1956*, vol. II, p. 225.

d'un certain nombre de gouvernements, le Comité préparatoire de la Conférence rédigea la Base de discussion suivante: «L'État 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 troupes¹⁹¹.». Bien que la proposition n'ait jamais été débattue, on peut considérer qu'elle reflète la règle d'attribution telle qu'énoncée au paragraphe 2.

14) Globalement, les décisions et la pratique plus récentes ne fournissent aucune raison de mettre en doute les propositions énoncées à l'article 10. Dans une affaire, la Haute Cour de Namibie est même allée plus loin en acceptant la responsabilité pour «tout ce qui fut fait» par l'administration sud-africaine précédente¹⁹².

15) Il peut arriver exceptionnellement que l'État, alors qu'il était à même d'adopter des mesures de surveillance, de prévention ou de répression à l'égard du mouvement, se soit indûment abstenu de le faire. Cette possibilité est préservée au paragraphe 3 de l'article 10, qui prévoit que les règles d'attribution énoncées aux paragraphes 1 et 2 sont sans préjudice de l'attribution à l'État de tout comportement, lié de quelque façon que ce soit à celui du mouvement concerné, qui doit être considéré comme un fait de cet État en vertu d'autres dispositions du chapitre II. Le membre de phrase «lié de quelque façon que ce soit à celui du mouvement concerné» doit être entendu au sens large. Ainsi, le fait pour un État de s'abstenir de prendre les mesures qui s'imposent pour protéger les locaux de missions diplomatiques, menacées par l'attaque d'un mouvement insurrectionnel est un comportement clairement attribuable à l'État, et cette possibilité est préservée au paragraphe 3.

¹⁹¹ Base de discussion n° 22 c), SDN, Conférence pour la codification du droit international, t. III: *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence* (doc. C.75.M.69.1929.V), p. 118; reproduit dans *Annuaire ... 1956*, vol. II, p. 225.

¹⁹² Se fondant en particulier sur une disposition constitutionnelle, la Cour a considéré que «le nouveau gouvernement hérite de la responsabilité pour les faits commis par les anciens organes de l'État»: affaire *Minister of Defence, Namibia v. Mwandighi* 1992 (2) SA 355, p. 360; *I.L.R.*, vol. 91, p. 361. Voir par ailleurs l'affaire *44123 Ontario Ltd. v. Crispus Kiyonga* (1992) 11 Kampala L.R. 14, p. 20 et 21; *I.L.R.*, vol. 103, p. 266 (*High Court*, Ouganda).

16) Il est par ailleurs possible que le mouvement insurrectionnel lui-même soit tenu pour responsable de son propre comportement en vertu du droit international, par exemple dans le cas où ses forces violeraient le droit international humanitaire. Toutefois, la question de la responsabilité internationale d'un mouvement insurrectionnel ou autre qui échouerait n'entre pas dans le cadre des présents articles, qui ne concernent que la responsabilité des États.

Article 11

Comportement reconnu et adopté par l'État comme étant sien

Un comportement qui n'est pas attribuable à l'État selon les articles précédents est néanmoins considéré comme un fait de cet État d'après le droit international si, et dans la mesure où, cet État reconnaît et adopte ledit comportement comme étant sien.

Commentaire

- 1) L'ensemble des fondements de l'attribution couverts dans le chapitre II (à l'exception du comportement des mouvements insurrectionnels ou autres selon l'article 10) présuppose que le statut d'organe de l'État de la personne ou de l'entité, ou son mandat d'agir pour le compte de l'État, sont établis au moment du fait illicite allégué. L'article 11, par contre, prévoit l'attribution à l'État d'un comportement qui n'était pas ou pouvait ne pas être attribuable à celui-ci au moment de la commission, mais qui est ultérieurement reconnu et adopté par cet État comme étant sien.
- 2) Dans de nombreux cas, le comportement reconnu et adopté par un État comme étant sien est celui de particuliers ou d'établissements privés. Le principe général, tiré de la pratique des États et des décisions judiciaires internationales, est que le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes n'agissant pas pour le compte de l'État n'est pas considéré comme un fait de l'État en vertu du droit international. Cette conclusion est valable quelles que soient les circonstances dans lesquelles le particulier agit et les intérêts lésés par le comportement de ce particulier.
- 3) Ainsi, comme l'article 10, l'article 11 est fondé sur le principe selon lequel un comportement purement privé ne peut en tant que tel être attribué à l'État. Mais l'on y reconnaît «néanmoins» qu'un comportement doit être considéré comme un fait de cet État «si, et dans la mesure où, cet État reconnaît et adopte ledit comportement comme étant sien». Des exemples de l'application

de ce principe peuvent être trouvés dans les décisions judiciaires et la pratique des États. Ainsi, dans la sentence arbitrale rendue dans l'*Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman*, un tribunal a déclaré la Grèce responsable de la rupture d'un accord de concession conclu par la Crète à une période où celle-ci était un territoire autonome de l'Empire ottoman, en partie au motif que la rupture avait été «endossée par [la Grèce] comme si cette infraction était régulière et finalement maintenue par elle, même après l'acquisition de la souveraineté territoriale sur l'île en question...¹⁹³». S'agissant d'une affaire de succession d'États, il n'apparaît pas clairement si un nouvel État succède à la responsabilité étatique de l'État prédécesseur au regard de son territoire¹⁹⁴. Mais si l'État successeur, confronté à un fait illicite continu sur son territoire, endosse et maintient la situation, il peut aisément être inféré qu'il a assumé la responsabilité du fait illicite.

4) Hors du contexte de la succession d'États, l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire*¹⁹⁵ fournit un autre exemple d'adoption ultérieure par un État d'un comportement particulier. En l'espèce, la Cour a fait une claire distinction entre la situation juridique suivant immédiatement la capture de l'ambassade des États-Unis et de son personnel par les militants et celle créée par le décret de l'État iranien qui approuvait expressément et maintenait la situation qu'ils avaient engendrée. Dans les termes de la Cour:

«La politique ainsi annoncée par l'ayatollah Khomeini, consistant à maintenir l'occupation de l'ambassade et la détention des otages afin de faire pression sur le Gouvernement des États-Unis, a été appliquée par d'autres autorités iraniennes et appuyée par elles de façon réitérée dans des déclarations faites à diverses occasions. Cette politique a eu pour effet de transformer radicalement la nature juridique de la situation créée par l'occupation de l'ambassade et la détention de membres de son personnel diplomatique et consulaire en otages. L'ayatollah Khomeini et d'autres organes de l'État iranien ayant approuvé ces

¹⁹³ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (1956), p. 198.

¹⁹⁴ Ce cas est réservé par l'article 39 de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1946, p. 3.

¹⁹⁵ *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, C.I.J. *Recueil* 1980, p. 3.

faits et décidé de les perpétuer, l'occupation continue de l'ambassade et la détention persistante des otages ont pris le caractère d'actes dudit État¹⁹⁶.»

Dans ce cas, que «l'approbation» du comportement des militants ait uniquement un effet prospectif ou qu'elle rende l'État iranien responsable de tout le processus de capture de l'ambassade et de détention de son personnel *ab initio* ne faisait aucune différence. La République islamique d'Iran avait déjà été considérée comme responsable pour la période antérieure sur une base juridique différente, à savoir son incapacité à prendre des mesures suffisantes pour empêcher la capture ou y mettre immédiatement un terme¹⁹⁷. Dans d'autres cas, une responsabilité antérieure de cet ordre n'existe pas. Si la reconnaissance et l'appropriation sont sans équivoque et inconditionnels, il y a de bonnes raisons de leur donner effet rétroactif, et c'est ce que fit le Tribunal arbitral dans l'affaire de la *Concession des phares*¹⁹⁸. Ceci est cohérent avec la position établie dans l'article 10 au sujet des mouvements insurrectionnels, et permet d'éviter des lacunes dans l'étendue de la responsabilité pour ce qui constitue, en réalité, le même fait continu.

5) En ce qui concerne la pratique des États, la capture d'Adolf Eichmann puis son procès en Israël peuvent fournir un exemple de l'appropriation ultérieure du comportement de particuliers par un État. Le 10 mai 1960, Eichmann a été capturé par un groupe d'Israéliens à Buenos Aires. Il a été séquestré à Buenos Aires dans un domicile privé pendant quelques semaines avant d'être emmené par avion en Israël. L'Argentine a par la suite accusé le Gouvernement israélien d'avoir été complice de la capture d'Eichmann, accusation dont la véracité n'a été ni confirmée ni infirmée par le Ministre israélien des affaires étrangères, M^{me} Meir, au cours de l'examen de la plainte par le Conseil de sécurité. M^{me} Meir a qualifié les ravisseurs d'Eichmann de «groupe de volontaires¹⁹⁹». Dans sa résolution 138 du 23 juin 1960, le Conseil de sécurité laissait entendre que le Gouvernement israélien avait au moins été informé du plan de capture d'Eichmann en Argentine qui avait été mené à bien et y avait consenti. Peut-être les ravisseurs d'Eichmann ont-ils agi «en fait sur les instructions ou les directives ou sous le contrôle» d'Israël, auquel cas,

¹⁹⁶ Ibid., p. 35, par. 74.

¹⁹⁷ Ibid., p. 31 à 33, par. 63 à 68.

¹⁹⁸ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (1956), p. 197 et 198.

¹⁹⁹ *Documents officiels du Conseil de sécurité, Quinzième année*, 865^e séance, 22 juin 1960, p. 4.

il serait approprié d'attribuer leur comportement à l'État selon l'article 8. Mais si l'on a des doutes sur le fait qu'un certain comportement relève de l'article 8, ces doutes sont susceptibles d'être levés par l'appropriation ultérieure du comportement en question par l'État.

6) Le membre de phrase «reconnaît et adopte ledit comportement comme étant sien» a pour objet de faire une distinction entre les cas où l'État reconnaît et fait sien ledit comportement et les cas où l'on est en présence d'un simple appui ou entérinement²⁰⁰. Dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire*, la Cour a utilisé des mots comme «approbation», «caution», «le sceau de l'approbation officielle du gouvernement» et «la décision de perpétuer [ces faits]²⁰¹». Dans le contexte de l'espèce, ces termes étaient suffisants, mais en règle générale, un comportement ne sera pas attribuable à un État en vertu de l'article 11 si cet État se contente de reconnaître l'existence factuelle du comportement ou exprime oralement son approbation dudit comportement. Dans le cadre des différends internationaux, les États prennent souvent des positions qui équivalent à une «approbation» ou un «appui» dans un sens général mais qui n'entraînent clairement aucune hypothèse de responsabilité. Le mot «adopter», en revanche, contient l'idée que le comportement est reconnu par l'État comme étant, en fait, son propre comportement. Effectivement, sous réserve que l'intention de l'État d'accepter la responsabilité d'un comportement qui ne lui est pas autrement attribuable soit clairement indiquée, l'article 11 peut couvrir les cas dans lesquels un État accepte la responsabilité d'un comportement qu'il n'approuve pas, a cherché à prévenir et déplore. Quelle que soit la façon dont cette acceptation est exprimée en l'espèce, l'expression «reconnaît et adopte» à l'article 11 indique clairement que ce qui est exigé va au-delà de la reconnaissance générale d'une situation de fait, il faut que l'État identifie et fasse sien le comportement en question.

7) Le principe établi à l'article 11 régit uniquement la question de l'attribution. Dans le cas où un comportement est reconnu et adopté par un État comme étant sien, il faut encore examiner si ledit comportement est internationalement illicite. Aux fins de l'article 11, les obligations

²⁰⁰ La question distincte de l'aide ou de l'assistance apportée par un État dans le comportement internationalement illicite d'un autre État est traitée à l'article 16.

²⁰¹ *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, C.I.J. Recueil 1980, p. 3.

internationales de l'État qui entérine le comportement constituent le critère d'illicéité. Le comportement peut avoir été licite pour autant que l'auteur initial ait été concerné, ou l'auteur peut avoir été une partie privée dont le comportement n'était pas en l'espèce régi par le droit international. De même, un État qui fait sien ou reconnaît un comportement qui est licite au regard de ses propres obligations internationales n'assume pas de ce fait la responsabilité de faits illicites d'une autre personne ou entité. Une telle responsabilité irait plus loin et équivaldrait à une acceptation de réparer le fait illicite d'autrui.

8) Les mots «si, et dans la mesure où» ont pour objet d'exprimer un certain nombre d'idées. Premièrement, le comportement de personnes, groupes ou entités privés, en particulier, n'est pas attribuable à l'État s'il ne relève pas de quelque autre article du chapitre II ou s'il n'a pas été reconnu et adopté par l'État comme étant sien. Deuxièmement, un État peut reconnaître et faire sien un comportement dans une certaine mesure seulement. Autrement dit, un État peut choisir de ne reconnaître et faire sien le comportement en question qu'en partie seulement. Troisièmement, le fait de reconnaître et de faire sien, qu'il se manifeste oralement ou sous forme d'un comportement, doit être clair et sans équivoque.

9) Les conditions consistant à «reconnaître» et «adopter» sont cumulatives, comme l'indique le mot «et». L'ordre de ces deux conditions indique la séquence normale des événements dans les cas où l'on s'appuie sur l'article 11. Le fait pour un État de reconnaître et d'adopter un comportement comme étant sien peut être formulé expressément (par exemple dans le cas de l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire*), ou inféré du comportement de l'État en question.

Chapitre III

Violation d'une obligation internationale

1) Il y a violation d'une obligation internationale lorsque le comportement attribué à un État en tant que sujet de droit international constitue un manquement par cet État à une obligation internationale qui lui incombe ou, pour reprendre les termes de l'article 2 *b*, lorsqu'un tel comportement constitue «une violation d'une obligation internationale de l'État». Le présent

chapitre a pour objet d'expliciter la notion de violation d'une obligation internationale dans la mesure où cela est possible en termes généraux.

2) Il faut souligner à nouveau que les articles ne visent pas à préciser le contenu des règles primaires du droit international ou des obligations qui sont mises à la charge des États par celles-ci²⁰². Pour déterminer si un comportement donné attribuable à un État constitue une violation de ses obligations internationales, on s'intéressera essentiellement à l'obligation primaire concernée. En l'interprétant et en l'appliquant à la situation, on déterminera la nature du comportement requis, la norme à observer, le résultat à obtenir, etc. Il n'existe pas de violation d'une obligation internationale dans l'abstrait et le chapitre III ne peut jouer qu'un rôle secondaire pour ce qui est de déterminer si une telle violation a eu lieu ou à quel moment elle s'est produite ou combien de temps elle a duré. On peut néanmoins énoncer un certain nombre de principes fondamentaux.

3) L'essence d'un fait internationalement illicite réside dans la non-conformité du comportement effectif de l'État avec celui qu'il aurait dû adopter pour s'acquitter d'une obligation internationale particulière. Ce comportement donne lieu aux relations juridiques nouvelles qui sont couramment qualifiées de responsabilité internationale. Le chapitre III commence donc par une disposition qui indique de manière générale quand il est possible de considérer qu'il y a violation d'une obligation internationale (art. 12). La notion de base ayant été ainsi déterminée, les autres dispositions du chapitre visent à préciser comment cette notion s'applique à diverses situations. En particulier, le chapitre traite de la question du droit intertemporel tel qu'il s'applique à la responsabilité des États, c'est-à-dire du principe selon lequel un État n'est responsable d'une violation d'une obligation internationale que si l'obligation est en vigueur à l'égard de cet État au moment de la violation (art. 13), ainsi que de la question tout aussi importante des violations continues (art. 14) et du problème spécial consistant à déterminer si et à quel moment il y a eu violation d'une obligation qui concerne non pas un fait unique mais des faits composites, c'est-à-dire lorsque l'essence de la violation réside dans une série d'actions ou d'omissions définie dans son ensemble comme illicite (art. 15).

²⁰² Voir l'introduction aux présents commentaires, par. 2 à 4.

4) Pour la raison donnée au paragraphe 2 ci-dessus, il n'est ni possible ni souhaitable de traiter dans le cadre de la présente partie de toutes les questions qui peuvent se poser lors de la détermination de l'existence d'une violation d'une obligation internationale. La question de la preuve d'une telle violation n'entre pas dans le champ des articles. D'autres questions concernent plutôt la classification ou la typologie des obligations internationales. Elles ne figurent dans le texte que lorsqu'il apparaît qu'elles peuvent avoir des conséquences distinctes dans le cadre des règles secondaires de la responsabilité des États²⁰³.

Article 12

Existence d'une violation d'une obligation internationale

Il y a violation d'une obligation internationale par un État lorsqu'un fait dudit État n'est pas conforme à ce qui est requis de lui en vertu de cette obligation, quelle que soit l'origine ou la nature de celle-ci.

Commentaire

1) Comme indiqué à l'article 2, une violation par un État d'une obligation internationale qui lui incombe engage sa responsabilité internationale. Il convient tout d'abord de préciser ce qu'il faut entendre par violation d'une obligation internationale. Tel est l'objet de l'article 12, qui définit de manière très générale ce qui constitue une violation d'une obligation internationale par un État. Pour conclure qu'il y a violation d'une obligation internationale dans un cas déterminé, il conviendra de prendre en considération les autres dispositions du chapitre III qui précisent les conditions d'existence d'une violation d'une obligation internationale, ainsi que celles du chapitre V qui traitent des circonstances pouvant exclure l'illicéité du fait d'un État. Mais en dernière analyse, la question de savoir si et quand il y a eu violation d'une obligation dépend des termes précis de l'obligation, de son interprétation et de son application, compte tenu de son objet et de son but et des éléments de fait.

2) En introduisant la notion de violation d'une obligation internationale, il faut de nouveau souligner l'autonomie du droit international, conformément au principe énoncé à l'article 3.

²⁰³ Voir par exemple la classification des obligations de comportement et de résultat, commentaire de l'article 12, par. 11) et 12).

Selon l'article 12, la violation d'une obligation internationale consiste dans le manque de conformité entre le comportement requis de l'État par cette obligation et celui qu'il a effectivement adopté - c'est-à-dire, entre les exigences du droit international et les faits en cause. Cela peut être exprimé de différentes façons. Par exemple la Cour internationale de Justice a parlé de comportements «compatibles ou non avec les obligations d'un État²⁰⁴», d'actes «contraires à » ou «non conformes à» la règle en question²⁰⁵, et de «manquement [aux] obligations conventionnelles²⁰⁶». Dans l'affaire *ELSI*, une chambre de la Cour a posé la question de savoir «si la réquisition était conforme aux exigences ... du Traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les États-Unis et l'Italie²⁰⁷». La formule «n'est pas conforme à ce qui est requis de lui par cette obligation» est celle qui convient le mieux pour indiquer ce que représente l'essence de la violation par un État d'une obligation internationale. Elle permet d'exprimer l'idée qu'une violation peut exister même si le fait de l'État n'est que partiellement contraire à une obligation internationale existant à sa charge. Dans certains cas, un comportement bien défini est attendu de l'État concerné; dans d'autres, l'obligation ne fixe qu'une norme minimum au-delà de laquelle l'État peut agir en toute liberté. Un comportement proscrit par une obligation internationale peut consister en une action ou une omission ou une combinaison d'actions et d'omissions; il peut s'agir de l'adoption d'un texte législatif ou d'une mesure administrative ou autre spécifique dans un cas donné, voire de la menace d'une telle adoption, que cette menace soit mise ou non à exécution ou d'une décision judiciaire définitive. Cela peut nécessiter la fourniture de certains moyens ou la prise de certaines précautions ou encore la mise en application d'une interdiction. Dans tous les cas, c'est en comparant le comportement effectivement adopté par l'État avec celui prévu en droit par l'obligation internationale que l'on peut établir s'il y a ou non violation de cette obligation. L'expression «n'est pas conforme à» est

²⁰⁴ *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, C.I.J. Recueil 1980, p. 29, par. 56.

²⁰⁵ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, C.I.J. Recueil 1986, p. 64, par. 115, et p. 98, par. 186, respectivement.

²⁰⁶ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, C.I.J. Recueil 1997, p. 46, par. 57.

²⁰⁷ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, C.I.J. Recueil 1989, p. 50, par. 70.

assez souple pour couvrir les nombreuses façons d'exprimer une obligation ainsi que les diverses formes qu'une violation peut prendre.

3) Il est dit à l'article 12 qu'il y a violation d'une obligation internationale lorsque le fait en question n'est pas conforme à ce qui est requis par cette obligation «quelle que soit l'origine» de celle-ci. Comme l'indique cette formule, les articles ont une application générale.

Ils s'appliquent à toutes les obligations internationales des États, quelle que soit l'origine de ces obligations. Des obligations internationales peuvent être établies par une règle coutumière de droit international, par un traité, ou par un principe général de droit applicable dans l'ordre juridique international. Les États peuvent assumer des obligations internationales par voie d'acte unilatéral²⁰⁸. Il se peut aussi qu'une obligation internationale découle des dispositions prévues dans un traité (décision d'un organe d'une organisation internationale compétent en la matière, jugement relatif à une affaire entre deux États rendu par la Cour internationale de Justice ou un autre tribunal, etc.). Il est inutile d'indiquer ces possibilités dans l'article 12, puisque la responsabilité d'un État est engagée par la violation d'une obligation internationale, quelle que soit l'origine particulière de l'obligation en question. La formule «quelle que soit l'origine» renvoie à toutes les sources possibles d'obligations internationales, c'est-à-dire à tous les procédés de création d'obligations juridiques admises en droit international. Le mot «source» est parfois utilisé dans ce contexte, comme dans le Préambule de la Charte des Nations Unies qui met l'accent sur la nécessité de respecter les «obligations nées des traités et autres sources du droit international». Le mot «origine», qui a le même sens, ne risque pas de provoquer les doutes et les débats doctrinaux auxquels le terme «source» a donné lieu.

4) D'après l'article 12, l'origine ou la provenance d'une obligation ne modifie pas en tant que telle la conclusion selon laquelle la responsabilité d'un État sera engagée s'il la viole et est sans effet sur le régime de responsabilité des États qui en découle. Des obligations peuvent naître pour un État d'un traité et d'une règle du droit international coutumier ou d'un traité et d'un acte

²⁰⁸ Ainsi la France s'est engagée par voie d'acte unilatéral à ne plus procéder à des essais nucléaires atmosphériques: *Affaire des essais nucléaires (Australie c. France)*, C.I.J. Recueil 1974, p. 253; *Affaire des essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, C.I.J. Recueil 1974, p. 457. L'étendue de l'obligation ainsi contractée a été précisée dans la *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'Affaire des essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, C.I.J. Recueil 1995, p. 288.

unilatéral²⁰⁹. De plus, il existe une interaction entre ces différentes sources d'obligations comme le montre clairement la pratique. Les traités, en particulier les traités multilatéraux, peuvent contribuer à la formation du droit international général; le droit coutumier peut aider à interpréter les traités; une obligation contenue dans un traité peut être rendue applicable à un État par un acte unilatéral de ce dernier, et ainsi de suite. Les cours et les tribunaux internationaux ont ainsi considéré que la responsabilité d'un État était engagée du fait de toute «violation d'une obligation imposée par une norme juridique internationale²¹⁰». Dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, le Tribunal a estimé que «toute violation par un État d'une obligation, quelle qu'en soit l'origine, engage la responsabilité de cet État et entraîne, par conséquent, le devoir de réparer²¹¹». Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour internationale de Justice s'est appuyée sur le projet d'article pertinent provisoirement adopté par la Commission en 1976 pour affirmer qu'il est «bien établi que, dès lors qu'un État a commis un acte internationalement illicite, sa responsabilité internationale est susceptible d'être engagée, quelle que soit la nature de l'obligation méconnue²¹²».

5) Il n'est donc pas possible en droit international d'établir une distinction, comme le font certains systèmes juridiques, entre le régime de la responsabilité pour violation d'un traité et le régime de la responsabilité pour violation d'une autre règle, c'est-à-dire la responsabilité

²⁰⁹ La Cour internationale de Justice a admis l'«existence de règles identiques en droit international conventionnel et coutumier» en un certain nombre d'occasions: voir *Plateau continental de la mer du Nord*, C.I.J. Recueil 1969, p. 38 et 39, par. 63; *Activités militaires et paramilitaires*, C.I.J. Recueil 1986, p. 95, par. 177.

²¹⁰ *Dickson Car Wheel Co.*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (1931), p. 678; cf. *Goldenberg*, ibid., vol. II (1928), p. 908 et 909; *International Fisheries Co.*, ibid., vol. IV (1931), p. 701 («some principle of international law») (un principe du droit international); *Armstrong Cork Co.*, ibid., vol. XIV (1953), p. 163 («any rule whatsoever of international law») (toute règle quelle qu'elle soit de droit international).

²¹¹ *Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande/France)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990), p. 251, par. 75. Voir aussi *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase*, C.I.J. Recueil 1970, p. 46, par. 86 («violation d'une obligation internationale née d'un traité ou d'une règle générale de droit»).

²¹² C.I.J. Recueil 1997, p. 38, par. 47. L'emploi de la formule «susceptible d'être engagée» s'explique peut-être par l'existence éventuelle, en l'espèce, de circonstances excluant l'illicéité.

contractuelle ou délictuelle. Dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, le Tribunal a affirmé qu'«il n'y a pas, en droit international, de distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle²¹³». En ce qui concerne l'origine de l'obligation violée, il n'existe qu'un seul régime général de responsabilité des États. Il n'y a pas non plus de distinction entre la responsabilité «civile» et la responsabilité «pénale» comme dans les systèmes de droit interne.

6) La responsabilité des États peut naître de violations d'obligations bilatérales ou de violations d'obligations envers certains États ou envers la communauté internationale dans son ensemble. Elle peut découler de faits illicites relativement mineurs ou des violations les plus graves d'obligations résultant de normes impératives du droit international général. La gravité de la violation et le caractère impératif des obligations violées peuvent influencer sur les conséquences qui en résultent pour l'État responsable et, dans certains cas, pour d'autres États aussi. Des distinctions entre les conséquences de certaines violations sont dès lors établies dans les deuxième et troisième parties des présents articles²¹⁴. Mais le régime de la responsabilité des États pour violation d'une obligation internationale en vertu de la première partie se caractérise par un champ d'application étendu, un caractère général et une application souple. La première partie peut ainsi couvrir toutes les situations possibles sans qu'il soit nécessaire de faire d'autres distinctions entre catégories d'obligations ou catégories de violations.

7) Même les principes fondamentaux de l'ordre juridique international ne relèvent d'aucune source de droit particulière ni d'aucune procédure normative spécifique contrairement aux règles de caractère constitutionnel dans les systèmes de droit interne. Conformément à l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, une norme impérative du droit international général est une norme «acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère²¹⁵».

²¹³ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990), p. 251, par. 75.

²¹⁴ Voir le chapitre III de la deuxième partie et le commentaire y relatif; voir aussi l'article 48 et le commentaire y relatif.

²¹⁵ Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

L'article 53 reconnaît à la fois que des normes de caractère impératif peuvent être créées et que les États ont par excellence un rôle spécial à jouer à cet égard en tant que détenteurs de l'autorité normative au nom de la communauté internationale. De plus, les obligations imposées aux États par des normes impératives touchent, par définition, aux intérêts essentiels de la communauté internationale dans son ensemble et peuvent entraîner un régime de responsabilité plus strict que celui qui s'applique à d'autres faits internationalement illicites. Mais c'est une question qui relève du contenu de la responsabilité des États²¹⁶. En ce qui concerne du moins la première partie des articles, il existe un régime unitaire de la responsabilité des États, de caractère général.

8) Des considérations assez semblables interviennent en ce qui concerne les obligations découlant de la Charte des Nations Unies. La Charte étant un traité, les obligations qu'elle contient sont, du point de vue de leur origine, des obligations conventionnelles. L'importance spéciale de la Charte, telle qu'elle transparaît en son article 103²¹⁷, découle de ses dispositions expresses et du fait que pratiquement tous les États sont Membres des Nations Unies.

9) Le champ d'application générale des articles s'étend non seulement à l'origine conventionnelle ou autre de l'obligation violée mais aussi à l'objet de celle-ci. Dans les sentences arbitrales et les décisions internationales qui précisent les conditions d'existence d'un fait internationalement illicite, il est fait état de la violation d'une obligation internationale sans aucune restriction quant à l'objet de l'obligation violée²¹⁸. Les cours et les tribunaux ont constamment affirmé le principe selon lequel il n'y a pas a priori de limite aux matières au sujet desquelles les États peuvent contracter des obligations internationales. Ainsi, la Cour permanente de Justice internationale a déclaré dans son premier arrêt concernant l'affaire du *Wimbledon* que «la faculté de contracter

²¹⁶ Voir les articles 40 et 41 et les commentaires y relatifs.

²¹⁷ Selon lequel «en cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront».

²¹⁸ Voir, par exemple, *Usine de Chorzów, compétence, 1927, C.P.J.I., série A, n° 9, p. 21; Usine de Chorzów, fond, 1928, C.P.J.I., série A, n° 17, p. 29; Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, C.I.J. Recueil 1949, p. 184*. Dans ces décisions, il est dit que «toute violation d'un engagement international engage la responsabilité internationale». Voir aussi *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, deuxième phase, C.I.J. Recueil 1950, p. 228*.

des engagements internationaux est un attribut de la souveraineté de l'État²¹⁹». Ce principe a souvent été affirmé²²⁰.

10) Dans le même ordre d'idées, on a parfois soutenu qu'une obligation concernant une certaine matière ne pouvait être violée que par un comportement de même nature. Cet argument a été à la base de l'exception opposée à la compétence de la Cour dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*²²¹. À l'argument selon lequel un traité d'amitié, de commerce et de navigation ne pouvait pas en principe avoir été violé par un comportement comportant l'emploi de la force armée, la Cour a répondu ce qui suit:

«Le Traité de 1955 met à la charge de chacune des Parties des obligations diverses dans des domaines variés. Toute action de l'une des Parties incompatible avec ses obligations est illicite, quels que soient les moyens utilisés à cette fin. La violation, par l'emploi de la force, d'un droit qu'une partie tient du Traité est tout aussi illicite que le serait sa violation par la voie d'une décision administrative ou par tout autre moyen. Les questions relatives à l'emploi de la force ne sont donc pas exclues en tant que telles du champ d'application du Traité de 1955²²²».

Ainsi, la violation par un État d'une obligation internationale constitue un fait internationalement illicite, quel que soit l'objet ou le contenu de l'obligation violée et quelle que soit la nature du comportement non conforme.

11) L'article 12 dit aussi qu'il y a violation d'une obligation internationale lorsque le fait en question n'est pas conforme à ce qui est requis en vertu de cette obligation, «quelle que soit ... la nature de celle-ci». Dans la pratique, plusieurs classifications des obligations internationales ont été adoptées. Par exemple, on fait couramment une distinction entre les obligations de comportement et les obligations de résultat. Cette distinction peut aider à déterminer s'il y a eu

²¹⁹ S.S. «*Wimbledon*», arrêt, 1923, C.P.J.I., série A, n° 1, p. 25.

²²⁰ Voir, par exemple, *Nottebohm, deuxième phase*, C.I.J. Recueil 1955, p. 20 et 21; *Droit de passage sur le territoire indien, fond*, C.I.J. Recueil 1960, p. 33; *Activités militaires et paramilitaires*, C.I.J. Recueil 1986, p. 131, par. 259.

²²¹ *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1996, p. 803.

²²² *Ibid.*, p. 811 et 812, par. 21.

violation. Mais elle n'est pas exclusive²²³, et elle ne semble pas entraîner de conséquences spécifiques ou directes pour ce qui est des présents articles. Dans l'affaire *Colozza*²²⁴, par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme était saisie d'un cas dans lequel le procès avait eu lieu en l'absence du requérant, qui n'avait pas été officiellement informé des poursuites engagées contre lui, avait été condamné à six ans de prison et n'avait pas été autorisé par la suite à contester sa condamnation. Il se plaignait de ce que sa cause n'avait pas été entendue équitablement, en violation de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne. La Cour a noté que:

«Les États contractants jouissent d'une grande liberté dans le choix des moyens propres à permettre à leur système judiciaire de répondre aux exigences de l'article 6, paragraphe 1, en la matière. La tâche de la Cour ne consiste pas à les leur indiquer, mais à rechercher si le résultat voulu par la Convention se trouve atteint... Pour cela, il faut que les ressources offertes par le droit interne se révèlent effectives et qu'il n'incombe pas à un tel "accusé" de prouver qu'il n'entendait pas se dérober à la justice, ni que son absence s'expliquait par un cas de force majeure²²⁵.»

La Cour a donc considéré que l'article 6, paragraphe 1, impose une obligation de résultat²²⁶. Mais pour décider s'il y avait eu ou non violation de la Convention dans les circonstances

²²³ Cf. *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, C.I.J. Recueil 1997, p. 77, par. 135, où la Cour a estimé que les parties avaient accepté d'assumer des «obligations de comportement, des obligations de faire et des obligations de résultat».

²²⁴ *Colozza et Rubinat c. Italie*, C.E.D.H., Série A, n° 89 (1985).

²²⁵ Ibid, p. 15 et 16, par. 30, avec renvoi à l'arrêt *De Cubber c. Belgique*, C.E.D.H., Série A, n° 86 (1984), p. 29, par. 35.

²²⁶ Cf. *Plattform «Ärzte für das Leben» c. Autriche*, dans laquelle la Cour avait donné l'interprétation suivante de l'article 11:

«S'il incombe aux États contractants d'adopter des mesures raisonnables et appropriées afin d'assurer le déroulement pacifique des manifestations licites, ils ne sauraient pour autant le garantir de manière absolue et ils jouissent d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix de la méthode à utiliser. En la matière, ils assument en vertu de l'article 11 de la Convention une obligation de moyens et non de résultat.»

C.E.D.H., Série A, n° 139 (1988), p. 12, par. 34. Dans l'affaire *Colozza*, la Cour s'est exprimée dans des termes similaires, mais a conclu que l'obligation était une obligation de résultat. Cf. C. Tomuschat, «What is a "Breach" of the European Convention of Human Rights»,

de l'espèce, elle n'a pas simplement comparé le résultat requis (la possibilité que le procès ait lieu en présence de l'accusé) avec le résultat effectivement atteint (l'absence de cette possibilité en l'espèce). Elle a cherché à savoir ce que l'Italie aurait pu faire de plus pour que le droit du requérant soit «effectif²²⁷». La distinction entre obligation de comportement et obligation de résultat n'a pas joué un rôle décisif dans la conclusion à laquelle est parvenue la Cour, à savoir qu'il y avait eu violation de l'article 6, paragraphe 1²²⁸.

12) La question se pose souvent de savoir si l'adoption d'une loi par un État peut violer une obligation, dans les cas où il existe un conflit apparent entre le contenu de cette loi et ce qui est requis par l'obligation internationale, ou si la loi en question doit avoir été appliquée en l'espèce avant que la violation soit réputée s'être produite. Encore une fois, aucune règle générale, qui soit applicable dans tous les cas, ne peut être établie²²⁹. La simple adoption d'une loi incompatible peut entraîner la violation de certaines obligations²³⁰. Dans ce cas, la seule adoption de la loi en question engage la responsabilité internationale de l'État qui la promulgue, le législateur lui-même étant un organe de l'État aux fins de l'attribution de la responsabilité²³¹.

in Lawson et de Blois (dir. publ.), *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe: Essays in Honour of Henry G. Schermers* (Dordrecht, Nijhoff, 1994), p. 328.

²²⁷ C.E.D.H., *Série A*, n° 89 (1985), par. 28.

²²⁸ Voir aussi *Islamic Republic of Iran v. United States of America*, affaires A 15(IV) et A 24(1998) 32 *Iran-U.S.C.T.R.* 115.

²²⁹ Cf. *Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'Accord du 26 juin 1947 relatif au Siège de l'Organisation des Nations Unies*, C.I.J. Recueil 1988, p. 30, par. 42.

²³⁰ Un traité instituant une loi uniforme sera généralement interprété comme étant immédiatement applicable, c'est-à-dire comme comportant une obligation d'introduire les dispositions de la loi uniforme dans le droit interne de chaque État partie au traité: voir par exemple B. Conforti, «Obblighi di mezzi e obblighi di risultato nelle convenzioni di diritto uniforme», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 24 (1988), p. 233.

²³¹ Voir l'article 4 et le commentaire y relatif. À titre d'illustration, voir par exemple les conclusions de la Cour européenne des droits de l'homme dans *Norris c. Irlande*, C.E.D.H., *Série A*, n° 142 (1988), par. 31, avec renvoi à *Klass c. Allemagne*, C.E.D.H., *Série A*, n° 28 (1978), par. 33; *Marckx c. Belgique*, C.E.D.H., *Série A*, n° 31 (1979), par. 27; *Johnston c. Irlande*, C.E.D.H., *Série A*, n° 112 (1986), par. 33; *Dudgeon c. Royaume-Uni*, C.E.D.H., *Série A*, n° 45 (1981), par. 41; et *Modinos c. Chypre*, C.E.D.H., *Série A*, n° 259 (1993), par. 24.

Dans d'autres circonstances, il se peut que l'adoption d'une loi ne constitue pas en soi une violation²³², en particulier si l'État concerné a la possibilité de donner effet à cette loi d'une manière qui ne violerait pas l'obligation internationale en question. En pareil cas, l'existence ou non d'une violation dépend de la mise en application de cette loi et de la façon dont elle le sera²³³.

Article 13

Obligation internationale en vigueur à l'égard de l'État

Le fait de l'État ne constitue pas une violation d'une obligation internationale à moins que l'État ne soit lié par ladite obligation au moment où le fait se produit.

Commentaire

1) L'article 13 pose comme principe de base qu'il faut, pour que la responsabilité d'un État soit engagée, que la violation ait eu lieu au moment où l'État était lié par l'obligation. Ce n'est là que l'application dans le domaine de la responsabilité des États du principe général du droit intertemporel, tel qu'il a été énoncé par l'arbitre Huber dans un autre contexte, dans l'affaire de *L'île de Palmas*:

«[...] un fait juridique doit être apprécié à la lumière du droit de l'époque et non pas à celle du droit en vigueur au moment où surgit ou doit être réglé un différend relatif à ce fait²³⁴».

Voir aussi l'avis consultatif OC-14/94 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme sur *l'International responsibility for the promulgation and enforcement of laws in violation of the Convention (American Convention on Human Rights art. 1 and 2), Inter-Am. Ct.H.R., Série A, n° 14* (1994). La Cour interaméricaine a également jugé qu'il était possible de décider si un projet de loi était compatible avec les dispositions des conventions relatives aux droits de l'homme: dans son avis consultatif OC-3/83 relatif aux restrictions à la peine de mort: *Restrictions to the Death Penalty (art. 4.2 et 4.4 of the American Convention on Human Rights), Inter-Am. Ct.H.R., Série A, n° 3* (1983).

²³² Comme l'a affirmé la Cour internationale de Justice dans *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, *fond*, arrêt du 27 juin 2001, par. 90 et 91.

²³³ Voir par exemple le rapport du Groupe spécial de l'OMC *in United States – Sections 301-310 of the Trade Act of 1974*, WT/DS152/R, 22 décembre 1999, par. 7.34 à 7.57.

²³⁴ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (1949), p. 845. Pour la question générale du droit intertemporel, voir la résolution de l'Institut de droit international, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 56 (1975), p. 530 à 536; pour le débat sur la question, voir

L'article 13 offre aux États une garantie importante du point de vue de la mise en cause de leur responsabilité. La formule employée («ne constitue pas ... à moins que ...») exprime l'idée d'une garantie contre l'application rétrospective du droit international dans le domaine de la responsabilité des États.

- 2) Le principe énoncé à l'article 13 a été appliqué maintes fois par les tribunaux internationaux. On en trouve un exemple instructif dans la décision de J. Bates, surarbitre de la Commission mixte États-Unis d'Amérique/Grande-Bretagne, à propos du comportement des autorités britanniques qui avaient séquestré des navires américains se livrant à la traite des esclaves et avaient libéré les esclaves, qui appartenaient à des ressortissants américains. Les incidents soumis au jugement de la Commission avaient eu lieu à des époques différentes et le surarbitre devait donc établir pour chacun d'eux si, à l'époque où il s'était produit, la traite était ou non «contraire à la loi des nations». Les incidents les plus anciens, datant d'une époque où la traite était considérée comme licite, constituaient une violation de l'obligation internationale de respecter et de protéger la propriété des ressortissants étrangers²³⁵. Les incidents les plus récents s'étaient produits à une époque où la traite avait été «prohibée par toutes les nations civilisées», et n'engageaient pas la responsabilité de la Grande-Bretagne²³⁶.
- 3) L'arbitre Asser a appliqué les mêmes principes à propos de la saisie et de la confiscation par les autorités russes, au-delà des limites de la mer territoriale de la Russie, de navires américains se livrant à la chasse aux phoques, affaire dans laquelle il devait établir s'il s'agissait

ibid., p. 339 à 374; pour les rapports de Sørensen, voir ibid., vol. 55 (1973), p. 1 à 116. Voir aussi W. Karl, «*The Time Factor in the Law of State Responsibility*», in M. Spinedi et B. Simma (dir. publ.), *United Nations Codification of State Responsibility* (New York, Oceana, 1987), p. 95.

²³⁵ Voir l'affaire de l'*Enterprise* (1855), de Lapradelle et Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. I, p. 703; Moore, *International Arbitrations*, vol. IV, p. 4373. Voir également les affaires de l'*Hermosa* et du *Créole*, de Lapradelle et Politis, op. cit., vol. I, p. 703 et 704; Moore, op. cit., vol. IV, p. 4374 et 4375.

²³⁶ Voir l'affaire *Lawrence* (1855), de Lapradelle et Politis, op. cit., vol. I, p. 741; Moore, op. cit., vol. III, p. 2824. Voir également l'affaire du *Volusia* (1855), de Lapradelle et Politis, op. cit., vol. I, p. 741.

d'actes illicites en droit international. Dans l'affaire du *James Hamilton Lewis*²³⁷ il a fait observer que la question devait être «résolue d'après les principes généraux du droit des gens et l'esprit des accords internationaux en vigueur et obligatoires pour les deux Hautes Parties au moment de la saisie du navire²³⁸». Puisque, d'après les principes en vigueur à l'époque des faits, la Russie n'avait pas le droit de saisir le navire américain, la saisie et la confiscation de ce navire devaient être considérées comme des actes illicites pour lesquels la Russie devait réparation²³⁹. Le même principe a été constamment appliqué par la Commission européenne et par la Cour européenne des droits de l'homme pour repousser des griefs ayant pris naissance à une époque où la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'était pas en vigueur à l'égard de l'État en cause²⁴⁰.

4) Le principe a été aussi confirmé par la pratique des États. On trouve souvent dans les compromis d'arbitrage²⁴¹ cette clause que l'arbitre appliquera les règles de droit international en vigueur à l'époque où les faits allégués ont eu lieu, ce qui vise clairement à confirmer de façon explicite un principe généralement admis. Les auteurs de droit international qui ont traité

²³⁷ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (1902), p. 66.

²³⁸ Ibid., p. 69.

²³⁹ Ibid. Voir aussi l'affaire du *C.H. White*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (1902), p. 74. Dans ces affaires, l'arbitre devait, selon le compromis arbitral, appliquer le droit en vigueur à l'époque des faits. Toutefois, tout indique que les parties voulaient simplement confirmer l'application du principe général en question dans le compromis d'arbitrage et non pas établir une exception. Voir aussi l'affaire du *S.S. Lisman*, ibid., vol. III (1937), p. 1771.

²⁴⁰ Voir par exemple *X. c. Allemagne* (Requête 1151/61) (1961), *Recueil des décisions de la Commission européenne des droits de l'homme*, n° 7, p. 119 et de nombreuses décisions ultérieures.

²⁴¹ Voir par exemple les déclarations échangées entre les États-Unis d'Amérique et la Russie concernant l'arbitrage de certains différends mettant en cause la responsabilité internationale de la Russie à raison de la saisie de navires américains, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, (1900), p. 57.

de la question reconnaissent que la licéité ou l'illicéité d'un fait s'établit au regard des obligations en vigueur au moment du fait²⁴².

5) La responsabilité des États peut s'étendre à des faits de la plus grande gravité et le régime de la responsabilité doit, dans ce cas, être d'autant plus rigoureux. Mais, même lorsque survient une nouvelle norme impérative du droit international, comme cela est envisagé à l'article 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, il n'en résulte aucune responsabilité rétroactive. L'article 71 2) prévoit que cette norme impérative «ne porte atteinte à aucun droit, aucune obligation, ni aucune situation juridique des parties créés par l'exécution du traité avant qu'il ait pris fin; toutefois, ces droits, obligations ou situations ne peuvent être maintenus par la suite que dans la mesure où leur maintien n'est pas en soi en conflit avec la nouvelle norme impérative du droit international général».

6) En conséquence, le principe de l'intertemporalité doit s'appliquer à toutes les obligations internationales et l'article 13 est d'application générale. Cela pourtant n'écarte pas la possibilité qu'un État consente à réparer le dommage résultant d'un fait qui n'était pas à l'époque une violation d'une obligation internationale en vigueur à son égard. En fait, les cas d'acceptation rétroactive de la responsabilité sont très rares. Le principe de la *lex specialis* (art. 55) suffit à régler les cas dans lesquels il a été convenu ou décidé que la responsabilité serait admise rétroactivement pour des faits qui à l'époque où ils se sont produits, ne constituaient pas une violation d'une obligation internationale²⁴³.

²⁴² Voir par exemple P. Tavernier, *Recherche sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public*, (Paris, L.G.D.J., 1970), p. 119, 135 et 292; D. Bindschedler-Robert, «*De la rétroactivité en droit international public*», *Recueil d'études de droit international public en hommage à Paul Guggenheim* (Genève, Faculté de droit, Institut universitaire de hautes études internationales, 1968), p. 184; M. Sørensen, «*Le problème intertemporel dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*», *Mélanges offerts à Polys Modinos* (Paris, Pédone, 1968), p. 304; T. O. Elias, «*The Doctrine of Intertemporal Law*», *A.J.I.L.*, vol. 74 (1980), p. 285; R. Higgins, «*Time and the Law*», *I.C.L.Q.*, vol. 46 (1997), p. 501.

²⁴³ Pour ce qui est de l'effet rétroactif de la reconnaissance et de l'adoption d'un comportement par un État comme étant sien, voir l'article 11 et le commentaire y relatif, particulièrement le paragraphe 4). Cette reconnaissance et cette adoption ne sont pas à elles seules suffisantes pour donner un effet rétroactif aux obligations de l'État qui en est l'auteur.

7) En droit international, le principe établi à l'article 13 est non seulement nécessaire, mais aussi suffisant, pour établir la responsabilité. En d'autres termes, une fois que la responsabilité a pris naissance dans le fait internationalement illicite, elle demeure même si l'obligation mise en cause disparaît ultérieurement, soit que le traité violé ait été dénoncé, soit que le droit international ait évolué. C'est ainsi que la Cour internationale de Justice a déclaré dans l'affaire du *Cameroun septentrional*:

«[...] si, pendant la période de validité de l'Accord de tutelle, l'autorité de tutelle avait été responsable d'un acte contrevenant aux dispositions dudit accord et entraînant un préjudice envers un autre Membre des Nations Unies ou l'un de ses ressortissants, l'extinction de la tutelle n'aurait pas mis fin à l'action en réparation²⁴⁴».

Dans l'arbitrage du *Rainbow Warrior*, le tribunal a de même statué que, même si l'obligation conventionnelle s'était éteinte avec le passage du temps, la responsabilité de la France pour la violation commise antérieurement demeurait engagée²⁴⁵.

8) Les deux aspects du principe sont implicites dans l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire concernant *Certaines terres à phosphates à Nauru*. L'Australie soutenait qu'une demande mettant en cause la responsabilité de l'État australien pour des faits survenus à l'époque où elle était l'une des puissances administrantes du Territoire sous tutelle de Nauru (1947-1968) ne pouvait être introduite des décennies plus tard, même s'il n'y avait pas eu officiellement désistement de la part de Nauru. La Cour, ayant appliqué de façon libérale la théorie des retards excessifs, a rejeté cet argument²⁴⁶, mais en ajoutant:

«[...] il appartiendra à la Cour, le moment venu, de veiller à ce que le retard mis par Nauru à la saisir ne porte en rien préjudice à l'Australie en ce qui concerne tant l'établissement des faits que la détermination du contenu du droit applicable²⁴⁷».

²⁴⁴ *Cameroun septentrional, exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1963*, p. 35.

²⁴⁵ *Rainbow Warrior (Nouvelle Zélande/France), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990), p. 265 et 266.

²⁴⁶ *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1992*, p. 253 à 255, par. 31 à 36. Voir l'article 45 *b* et le commentaire y relatif.

²⁴⁷ *C.I.J. Recueil 1992*, p. 255, par. 36.

Manifestement, l'intention de la Cour était d'appliquer le droit en vigueur au moment des faits à l'origine de la demande. D'ailleurs, c'était aussi nécessairement la position de Nauru elle-même, puisque sa demande reposait sur une violation de l'Accord de tutelle qui avait pris fin à la date de son accession à l'indépendance en 1968. L'argument de Nauru était que la responsabilité de l'Australie, une fois engagée en vertu du droit en vigueur à un moment donné, continuait d'exister même si l'obligation primaire avait pris fin²⁴⁸.

9) Le principe de base posé à l'article 13 est donc bien établi. Une restriction possible touche à l'interprétation progressive des obligations qu'a adoptée la majorité de la Cour internationale de Justice dans l'avis consultatif sur la Namibie (Sud-Ouest africain)²⁴⁹. Mais le principe du droit intertemporel ne signifie pas que le fixisme doit présider à l'interprétation des dispositions des traités. La validité d'une interprétation évolutionniste des dispositions des traités est possible dans certains cas²⁵⁰, mais cela n'a rien à voir avec le principe qui veut que l'État ne puisse être tenu responsable que de la violation d'une obligation en vigueur à son égard au moment des faits. Le principe du droit intertemporel ne signifie pas non plus que des faits survenus avant l'entrée en vigueur d'une obligation donnée ne peuvent être pris en compte s'ils sont par ailleurs pertinents. Ainsi par exemple, pour ce qui est de l'obligation de veiller à ce que les accusés soient jugés sans retard excessif, les périodes de détention accomplies avant l'entrée en vigueur de cette obligation peuvent être un élément de fait à prendre en considération, mais aucune indemnité ne pourrait être accordée pour la période antérieure à l'entrée en vigueur de l'obligation²⁵¹.

²⁴⁸ L'affaire s'est réglée avant que la Cour ait pu l'examiner au fond: *C.I.J. Recueil 1993*, p. 322; pour l'accord de règlement du 10 août 1993, voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1770, p. 380.

²⁴⁹ *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, *C.I.J. Recueil 1971*, p. 31 et 32, par. 53.

²⁵⁰ Voir, par exemple, le *dictum* de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Tyrer c. Royaume-Uni*, *C.E.D.H., Série A, n° 26* (1978), p. 15 et 16.

²⁵¹ Voir, par exemple, *Zana c. Turquie*, *C.E.D.H., Recueil*, 1997-VII, p. 2533; J. Pauwelyn, «*The Concept of a "Continuing Violation" of an International Obligation: Selected Problems*», *B.Y.I.L.*, vol. 66 (1995), p. 443 à 445.

Article 14

Extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale

1. La violation d'une obligation internationale par le fait de l'État n'ayant pas un caractère continu a lieu au moment où le fait se produit, même si ses effets perdurent.
2. La violation d'une obligation internationale par le fait de l'État ayant un caractère continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale.
3. La violation d'une obligation internationale requérant de l'État qu'il prévienne un événement donné se produit au moment où l'événement survient et s'étend sur toute la période durant laquelle l'événement continue et reste non conforme à cette obligation.

Commentaire

1) Le problème consistant à déterminer à quel moment un fait illicite commence et combien de temps il continue se pose souvent²⁵² et a des conséquences en ce qui concerne la responsabilité des États, notamment la question importante de la cessation des faits illicites continus traitée à l'article 30. Bien que l'existence et la durée d'une violation d'une obligation internationale dépendent, pour l'essentiel, de l'existence et du contenu de l'obligation, ainsi que des faits de l'espèce, certains concepts fondamentaux sont établis. Ceux-ci sont présentés à l'article 14. Sans chercher à traiter le problème de façon exhaustive, l'article 14 aborde plusieurs questions connexes. En particulier, il explicite la distinction entre les violations qui ne s'étendent pas dans le temps et les faits illicites continus (voir les paragraphes 1 et 2, respectivement) et il traite également de la question de l'application de cette distinction au cas important de

²⁵² Voir, par exemple, les affaires suivantes: *Concessions Mavrommatis en Palestine*, 1924, C.P.J.I., Série A, n° 2, p. 35; *Phosphates du Maroc, exceptions préliminaires*, 1938, C.P.J.I., série A/B, n° 74, p. 23 à 29; *Compagnie d'électricité de Sofia et de Bulgarie*, 1939, C.P.J.I., série A/B, n° 77, p. 80 à 82; *Droit de passage sur le territoire indien, fond*, C.I.J., Recueil 1960, p. 33 à 36. Le problème a été soulevé fréquemment devant les organes de la Convention européenne des droits de l'homme. Voir, par exemple, la décision de la Commission dans l'affaire *De Becker c. Belgique* (1958-1959), C.E.D.H. Annuaire n° 2, p. 234 et 244; et les arrêts de la Cour dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, C.E.D.H., Série A, n° 25 (1978), p. 64; *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, C.E.D.H., Série A, n° 260-B (1993), par. 40; *Agrotexim c. Grèce*, C.E.D.H., Série A, n° 330-A (1995), p. 22, par. 58. Voir également E. Wyler, «Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite», R.G.D.I.P., vol. 95 (1991), p. 881.

l'obligation de prévention. Dans chacun de ces cas, la question du maintien en vigueur de l'obligation violée est prise en compte.

2) En général, il faut un certain temps pour qu'un fait internationalement illicite se produise. Aux fins de l'article 14, une distinction essentielle est établie entre une violation qui est continue et une violation qui a déjà été accomplie. Conformément au paragraphe 1, un fait achevé a lieu «au moment où le fait se produit», même si ses effets ou ses conséquences perdurent.

L'expression «au moment où» vise à décrire plus précisément le laps de temps pendant lequel un fait illicite achevé se produit, sans impliquer pour autant que ce fait soit nécessairement achevé en un instant.

3) Par ailleurs, conformément au paragraphe 2, un fait illicite continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale, sous réserve toutefois que l'État soit lié par cette obligation internationale pendant cette période²⁵³. À titre d'exemples de faits illicites continus, on citera le maintien en vigueur de dispositions législatives incompatibles avec les obligations conventionnelles de l'État qui les a promulguées, la détention illégale d'un agent étranger ou l'occupation illégale des locaux d'une ambassade, le maintien par la force d'une domination coloniale, l'occupation illégitime d'une partie du territoire d'un autre État ou le stationnement de forces armées dans un autre État sans son consentement.

4) La question de savoir si un fait illicite est achevé ou a un caractère continu dépendra, à la fois, de l'obligation primaire et des circonstances de l'espèce. Ainsi, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a interprété la disparition forcée ou involontaire comme étant un fait illicite continu, c'est-à-dire qui continue tant que l'on ignore le sort de la personne concernée²⁵⁴. La question de savoir si une expropriation illicite est un fait illicite «achevé» ou continu dépend, dans une certaine mesure, du contenu de la règle primaire censée avoir été violée. Si une expropriation a lieu conformément à la loi, avec pour conséquence que le titre de propriété concerné est cédé, l'expropriation proprement dite constitue alors un fait achevé. Toutefois,

²⁵³ Voir ci-dessus, l'article 13 et le commentaire y relatif, en particulier le paragraphe 2).

²⁵⁴ *Blake, Inter-Am. Ct.H.R., Série C, n° 36 (1998), par. 67.*

la situation peut être différente en présence d'une occupation de facto, «rampante» ou déguisée²⁵⁵. À titre exceptionnel, une juridiction peut légitimement refuser de reconnaître une loi ou un décret, la conséquence étant alors que le déni d'un statut, d'un droit de propriété ou de la possession d'un bien qui en résulte peut donner lieu à un fait illicite continu²⁵⁶.

5) En outre, la distinction entre faits achevés et faits continus est relative. Un fait illicite continu peut lui-même cesser: ainsi, un otage peut être libéré ou le corps d'une personne disparue peut être remis à ses proches parents. Un fait illicite continu est essentiellement un fait qui a commencé mais n'a pas été achevé au moment considéré. Lorsqu'un fait illicite continu a cessé par exemple si des otages sont libérés ou des forces d'occupation se retirent d'un territoire illégalement occupé, il est considéré comme n'ayant plus désormais un caractère continu même si certains de ses effets peuvent perdurer. En ce sens, il relève du paragraphe 1 de l'article 14.

6) Un fait n'a pas un caractère continu simplement parce que ses effets ou ses conséquences s'étendent dans le temps. Il faut que le fait illicite proprement dit continue. Dans de nombreux cas, les conséquences de faits internationalement illicites peuvent se prolonger. La douleur et la souffrance causées par des actes antérieurs de torture, ou les incidences économiques d'une expropriation continuent, même si la torture a cessé ou le titre de propriété a été cédé. Ces conséquences font l'objet des obligations secondaires de réparation, notamment la restitution, prévues dans la deuxième partie des articles. La prolongation de ces effets sera pertinente, par exemple, pour déterminer le montant de l'indemnité à verser. Cela ne signifie pas pour autant que la violation proprement dite a un caractère continu.

7) La notion de fait illicite continu existe dans de nombreux systèmes juridiques nationaux, et c'est Triepel qui l'a introduite en droit international²⁵⁷. La Cour internationale de Justice et

²⁵⁵ *Papamichalopoulos c. Grèce*, C.E.D.H., Série A, n° 260-B (1993).

²⁵⁶ *Loizidou c. Turquie*, fond, C.E.D.H., Recueil 1996-VI, p. 2216.

²⁵⁷ H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht* (Leipzig, Hirschfeld, 1899), p. 289. Cette notion a ensuite été reprise dans diverses études générales consacrées à la responsabilité des États, ainsi que dans des ouvrages consacrés à l'interprétation de la formule «situations et faits antérieurs à

d'autres tribunaux internationaux s'y sont fréquemment référés. Par exemple, dans l'*Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, la Cour a fait référence aux «manquements successifs, et persistant à ce jour, de l'Iran aux obligations dont il est tenu envers les États-Unis en vertu des Conventions de Vienne de 1961 et de 1963²⁵⁸».

8) Les conséquences d'un fait illicite continu dépendront du contexte, ainsi que de la durée de l'obligation violée. Par exemple, l'arbitrage dans l'affaire du *Rainbow Warrior* avait pour objet le manquement, par la France, à l'obligation de détenir deux agents sur l'île française du Pacifique de Hao durant trois ans, en vertu d'un accord conclu entre la France et la Nouvelle-Zélande. Le Tribunal arbitral a mentionné, en les approuvant, les anciens projets d'articles 24 et 25, paragraphe 1 (dont le texte figure à présent dans l'article 14), et la distinction entre faits illicites instantanés et continus, déclarant:

«Si l'on applique cette classification à l'espèce examinée, il est évident que la violation constituée par le fait de ne pas ramener les deux agents à Hao représente une violation non seulement substantielle mais aussi continue. Et cette classification n'est pas purement théorique, mais au contraire, a des conséquences pratiques puisque la gravité de la violation et son prolongement dans le temps ont nécessairement une importance considérable pour la fixation de la réparation appropriée dans le cas d'une violation présentant ces deux caractéristiques²⁵⁹.»

Le Tribunal a d'ailleurs tiré encore d'autres conséquences juridiques de la distinction ainsi établie au sujet de la durée des obligations de la France en vertu de l'accord²⁶⁰.

9) La notion de fait illicite continu a été appliquée également par la Cour européenne des droits de l'homme pour établir sa compétence *ratione temporis* dans une série d'affaires.

Le problème se pose parce que la compétence de la Cour peut être limitée aux événements qui se

une date donnée» employée dans certaines déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice.

²⁵⁸ *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, C.I.J. Recueil 1980, p. 37, par. 80. Voir également p. 37, par. 78.

²⁵⁹ *Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande/France)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, (1990), p. 264, par. 101.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 265 et 266, par. 105 et 106. Voir toutefois l'opinion dissidente de Sir Kenneth Keith, *ibid.*, p. 279 à 284.

produisent après que l'État défendeur est devenu partie à la Convention ou au Protocole pertinent et a accepté le droit de requête individuelle. Ainsi, dans l'affaire *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, la saisie d'un bien sans expropriation formelle avait eu lieu environ huit ans avant que la Grèce reconnaisse la compétence de la Cour. La haute juridiction a considéré qu'il y avait une violation continue du droit à la jouissance paisible du bien conformément à l'article premier du Protocole n° 1 à la Convention, qui s'est poursuivie après l'entrée en vigueur du Protocole; elle s'est donc déclarée compétente pour connaître de la requête²⁶¹.

10) Dans l'arrêt *Loizidou c. Turquie*²⁶², la Cour a appliqué un raisonnement semblable aux conséquences de l'invasion de Chypre par la Turquie en 1974, à la suite de laquelle la requérante avait été privée de l'accès à son bien, sis à Chypre-Nord. La Turquie invoquait le fait qu'en vertu de l'article 159 de la Constitution de la République turque de Chypre-Nord de 1985, le bien en question avait fait l'objet d'une expropriation, laquelle s'était produite avant l'acceptation de la compétence de la Cour par la Turquie, survenue en 1990. La Cour a considéré qu'en vertu du droit international et eu égard aux résolutions pertinentes du Conseil de sécurité, elle ne pouvait donner effet juridique à la Constitution de 1985, que l'expropriation n'avait donc pas eu lieu à cette date et que le bien continuait à appartenir à la requérante. L'action de la République turque de Chypre-Nord et des troupes turques refusant à la requérante l'accès à son bien s'était poursuivie après l'acceptation de la compétence de la Cour par la Turquie et constituait une violation de l'article premier du Protocole n° 1 après cette date²⁶³.

11) Le Comité des droits de l'homme a lui aussi repris à son compte l'idée de faits illicites continus. Ainsi, dans l'affaire *Lovelace c. Canada*, il s'est estimé compétent pour examiner les effets continus, pour l'auteur de la communication, de la perte de son statut d'Indienne, alors

²⁶¹ *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, C.E.D.H., Série A, n° 260-B (1993).

²⁶² *Loizidou c. Turquie, fond*, C.E.D.H. Recueil 1996-VI, p. 2216.

²⁶³ Ibid., p. 2230 à 2232, 2237 et 2238, par. 41 à 47, 63 et 64. Voir toutefois l'opinion dissidente du juge Bernhardt, ibid., 2242, par. 2 (avec lequel les juges Lopes Rocha, Jambrek, Pettiti, Baka et Gölcüklü ont exprimé leur accord en substance). Voir également *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, C.E.D.H., Série A, n° 310 (1995), p. 33 et 34, par. 102 à 105; *Chypre c. Turquie* (Requête n° 25781/94), C.E.D.H., arrêt du 10 mai 2001.

même que la perte s'était produite au moment de son mariage en 1970, et que le Canada n'avait accepté la compétence du Comité qu'en 1976. Le Comité a déclaré ce qui suit:

«Le Comité n'a pas compétence, en règle générale, pour connaître des allégations concernant des événements survenus avant l'entrée en vigueur du Pacte et du Protocole facultatif ... Dans le cas de Sandra Lovelace, il s'ensuit que le Comité n'a pas compétence pour exprimer quelque point de vue que ce soit sur la cause originale de la perte de son statut d'Indienne ... au moment de son mariage en 1970... Le Comité reconnaît toutefois que les choses peuvent être vues différemment si les violations alléguées, quoique se rapportant à des événements antérieurs au 19 août 1976, se perpétuent ou ont eu depuis cette date des conséquences équivalant en elles-mêmes à des violations²⁶⁴.»

Il a estimé que l'effet continu de la législation canadienne, interdisant à Mme Lovelace d'exercer ses droits en tant que membre d'une minorité, était suffisant pour constituer une violation de l'article 27 du Pacte postérieurement à cette date. La notion de violation continue avait ici un rapport non seulement avec l'établissement de la compétence du Comité mais aussi avec le choix de l'article 27 comme la disposition du Pacte la plus directement pertinente relativement aux faits considérés.

12) Ainsi, un comportement qui a commencé à un moment donné dans le passé et qui constituait (ou, si la règle primaire pertinente avait été en vigueur pour l'État à l'époque, aurait constitué) une violation à cette date, peut se poursuivre et donner naissance à un fait illicite continu dans le présent. En outre, ce caractère continu peut avoir une importance en droit à diverses fins, notamment aux fins de la responsabilité des États. Par exemple, l'obligation de cessation énoncée à l'article 30 ne s'applique qu'aux faits illicites continus.

13) Une question qui se pose dans le cas de tous les faits illicites, qu'ils soient achevés ou continus, est celle de savoir quand une violation du droit international se produit, par opposition à une violation qui est seulement appréhendée ou imminente. Comme indiqué dans le contexte de l'article 12, il n'est possible de répondre à cette question que par référence à la règle primaire pertinente. Certaines règles interdisent expressément la menace d'un comportement²⁶⁵,

²⁶⁴ *Lovelace c. Canada*, communication n° R 6/24, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-sixième session, Supplément n° 40 (A/36/40)* (1981), p. 184, par. 10 et 11.

²⁶⁵ Ainsi notamment, l'Article 2, paragraphe 4, de la Charte des Nations Unies interdit le recours «à la menace ou à l'emploi de la force» contre «l'intégrité territoriale ou l'indépendance

l'incitation ou la tentative²⁶⁶, auquel cas la menace, l'incitation ou la tentative est elle-même un fait illicite. En revanche, lorsque le fait internationalement illicite consiste en un acte donné - par exemple le détournement d'un fleuve - les simples préparatifs de cet acte ne constituent pas eux-mêmes nécessairement un fait illicite²⁶⁷. Dans l'*Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la question qui se posait était celle de savoir quand le dispositif de détournement («Variante C») avait été mis en service. La Cour a estimé que la violation ne s'était produite qu'au moment du détournement effectif du Danube. Elle a noté:

«qu'entre novembre 1991 et octobre 1992, la Tchécoslovaquie s'est bornée à exécuter sur son propre territoire des travaux qui étaient certes nécessaires pour la mise en œuvre de la variante C, mais qui auraient pu être abandonnés si un accord était intervenu entre les parties et ne préjugeaient dès lors pas de la décision définitive à prendre. Tant que le Danube n'avait pas été barré unilatéralement, la variante C n'avait en fait pas été appliquée. Une telle situation n'est pas rare en droit international, comme d'ailleurs en droit interne. Un fait illicite ou une infraction est fréquemment précédé d'actes préparatoires qui ne sauraient être confondus avec le fait ou l'infraction eux-mêmes. Il convient de distinguer entre la réalisation même d'un fait illicite (que celui-ci soit

politique de tout État». Au sujet de ce qui constitue une menace de l'emploi de la force, voir *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, C.I.J. Recueil 1996, p. 246 et 247, par. 47 et 48; cf. R. Sadurska, «Threats of Force», *A.J.I.L.*, vol. 82 (1988), p. 239.

²⁶⁶ Le libellé de l'article III de la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide est particulièrement large puisqu'il interdit l'entente, l'incitation directe et publique, la tentative et la complicité en matière de génocide. Voir aussi l'article 2 de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (résolution 52/164 de l'Assemblée générale), et l'article 2 de la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (résolution 54/109 de l'Assemblée générale).

²⁶⁷ Dans certains systèmes juridiques, la notion de «violation anticipée» s'applique en cas de refus définitif par une partie d'exécuter une obligation conventionnelle lorsque ce refus intervient avant la date fixée pour l'exécution de l'obligation. En présence d'une violation anticipée, la partie concernée a le droit de résilier le contrat et d'engager une action en dommages-intérêts. Voir K. Zweigert et H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (3^e éd., trad. J. A. Weir), (Oxford, Oxford University Press, 1998), p. 508. D'autres systèmes obtiennent des résultats similaires sans utiliser cette notion, par exemple en donnant à un refus d'exécuter antérieur à la date prévue pour l'exécution le caractère d'une violation effective du contrat: *ibid.*, p. 494 (droit allemand). Il ne semble pas y avoir d'équivalent en droit international mais l'article 60, par. 3 a, de la Convention de Vienne sur le droit des traités définit la violation comme incluant «un rejet ... non autorisé par la présente Convention». Un tel rejet pourrait se produire avant la date prévue pour l'exécution.

instantané ou continu) et le comportement antérieur à ce fait qui présente un caractère préparatoire et “qui ne saurait être traité comme un fait illicite”...²⁶⁸».

La Cour a donc fait une distinction entre la commission effective d'un fait illicite et les actes ayant un caractère préparatoire. Ces actes ne constituent pas en eux-mêmes une violation s'ils ne «prédéterminent pas la décision définitive qui sera prise». Cependant, le point de savoir s'il en est ainsi dans tout cas d'espèce dépendra de la nature des faits et du contenu de l'obligation primaire. Interviendront des questions de jugement et de degré qu'aucune formule particulière ne peut régler d'avance. Les expressions «a lieu» et «survient», employées aux paragraphes 1 et 3 de l'article 14, sont destinées à couvrir les différentes possibilités.

14) Le paragraphe 3 de l'article 14 traite de la dimension temporelle d'une catégorie particulière de violation des obligations internationales, à savoir la violation de l'obligation de prévention d'un événement donné. L'obligation de prévention s'analyse normalement comme une obligation de diligence, imposant aux États de prendre toutes les mesures raisonnables ou nécessaires pour éviter qu'un événement donné ne se produise, mais sans garantir que l'événement ne se produira pas. La violation d'une obligation de prévention pourrait constituer un fait illicite continu, bien que, comme pour d'autres faits illicites continus, il découle de l'article 13 que la violation ne continue que si l'État est lié par l'obligation pendant la période au cours de laquelle l'événement continue et reste non conforme à ce qui est requis par cette obligation. Par exemple, l'obligation de prévenir les dommages transfrontières causés par la pollution de l'air, traitée dans l'arbitrage relatif à l'affaire de la *Fonderie de Trail*²⁶⁹, a été violée aussi longtemps que la pollution a continué. Dans de tels cas, la violation peut être progressivement aggravée dans la mesure où on ne fait rien pour y mettre un terme. Toutefois, les obligations de prévenir la survenance d'un événement ne sont pas toutes de ce type. Si l'obligation en question ne consistait qu'à prévenir, en premier lieu, la survenance de

²⁶⁸ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros, C.I.J. Recueil 1997*, p. 54, par. 79, citant le commentaire de l'actuel article 30.

²⁶⁹ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (1938, 1941), p. 1905.

l'événement (par opposition à sa continuation), il n'y aurait pas de fait illicite continu²⁷⁰.

Si l'obligation en question a cessé, tout comportement continu cesse, par définition, d'être illicite à ce moment-là²⁷¹. L'expression «et reste non conforme à ce qui est requis par cette obligation», utilisée au paragraphe 3, vise à couvrir ces deux cas.

Article 15

Violation constituée par un fait composite

1. La violation d'une obligation internationale par l'État à raison d'une série d'actions ou d'omissions, définie dans son ensemble comme illicite, a lieu quand se produit l'action ou l'omission qui, conjuguée aux autres actions ou omissions, suffit à constituer le fait illicite.
2. Dans un tel cas, la violation s'étend sur toute la période débutant avec la première des actions ou omissions de la série et dure aussi longtemps que ces actions ou omissions se répètent et restent non conformes à ladite obligation internationale.

Commentaire

1) Dans le cadre général de la distinction établie à l'article 14 entre les faits achevés et les faits ayant un caractère continu, l'article 15 introduit une nuance supplémentaire, à savoir la notion de fait illicite composite. Les faits composites donnent lieu à des violations à caractère continu, qui s'étendent sur toute la période débutant avec la première des actions ou omissions de la série de faits qui constitue le comportement illicite.

2) Les faits composites visés par l'article 15 sont limités aux violations d'obligations qui concernent un ensemble de comportements et non des faits individuels en tant que tels. En d'autres termes, il s'agit essentiellement d'une «série d'actions ou d'omissions définie dans son ensemble comme illicite». À titre d'exemple, on citera notamment les obligations concernant le génocide, l'apartheid ou les crimes contre l'humanité, les actes systématiques de

²⁷⁰ On pourrait citer par exemple l'obligation qu'aurait un État A d'empêcher la publication de certaines informations. La violation d'une telle obligation n'aura pas nécessairement un caractère continu, étant donné qu'une fois l'information publiée, l'obligation n'a plus de raison d'être.

²⁷¹ Cf. l'arbitrage relatif à l'affaire du *Rainbow Warrior*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, p. 217 (1990), p. 266.

discrimination raciale, les actes systématiques de discrimination interdite par un accord commercial, etc... Certains des faits illicites les plus graves au regard du droit international sont définis comme tels au vu de leur caractère composite. L'importance de ces obligations en droit international justifie le traitement spécial prévu à l'article 15²⁷².

3) Bien qu'elle présente certaines caractéristiques spéciales, l'interdiction du génocide, formulée en termes identiques dans la Convention de 1948 et dans des instruments ultérieurs²⁷³, est un bon exemple d'obligation «composite». Elle implique que l'entité responsable (y compris un État) doit avoir adopté une politique ou un comportement systématique. Conformément à l'article II *a* de la Convention, le génocide s'entend essentiellement du «meurtre de membres d'un [groupe national, ethnique, racial ou religieux]» commis dans l'intention d'anéantir le groupe ou de le détruire en partie. Cette définition comporte deux éléments systématiques. Il faut aussi que les meurtres soient commis dans l'intention délibérée d'éliminer physiquement le groupe «en tant que tel». Il n'y a génocide que pour autant qu'il y a accumulation de meurtres, d'actes dommageables, etc., commis dans une intention délibérée, ce qui répond à la définition de l'article II. Une fois le génocide établi, le temps de perpétration s'étend sur la période entière durant laquelle un quelconque des actes visés a été commis, et tout individu qui aurait commis l'un quelconque de ces actes dans l'intention susmentionnée serait coupable de génocide²⁷⁴.

²⁷² Voir aussi J. Salmon, «Le fait étatique complexe: une notion contestable», *A.F.D.I.*, vol. XXVIII (1982), p. 709.

²⁷³ Voir, par exemple, l'article 4 du Statut du Tribunal pénal international chargé de juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, 25 mai 1993 (initialement publié comme annexe du document S/25704 et Add.1, approuvé par le Conseil de sécurité dans sa résolution 827 (1993); modifié le 13 mai 1998 par la résolution 1166 (1998) et le 30 novembre 2000 par la résolution 1329 (2000) du Conseil de sécurité; et l'article 2 du Statut du Tribunal pénal international chargé de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins, 8 novembre 1994, approuvé par le Conseil de sécurité dans sa résolution 955 (1994); et l'article 6 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, en date du 17 juillet 1998 (A/CONF.183/9).

²⁷⁴ Le principe de l'intertemporalité ne s'applique pas à la Convention sur le génocide, étant donné qu'aux termes de son article premier, elle a valeur déclarative et que, pour le génocide,

4) Il faut distinguer les obligations composites des obligations simples qui sont enfreintes par un fait «composite». Les faits composites sont plus que les autres susceptibles de donner lieu à des violations continues, mais des faits simples peuvent aussi causer des violations continues. Il en va autrement, toutefois, lorsque l'obligation est liée au caractère cumulatif du comportement considéré, caractère qui constitue l'essence même du fait illicite. Ainsi l'apartheid diffère-t-il dans sa nature des actes individuels de discrimination raciale, comme le génocide diffère d'actes individuels, y compris les meurtres commis pour des raisons ethniques ou raciales.

5) Dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, la plainte de l'Irlande, qui portait sur le traitement illicite dont faisaient l'objet les détenus en Irlande du Nord, traitement qui, selon l'Irlande, relevait de la torture ou des traitements inhumains et dégradants, a été jugée recevable sur cette base. S'en sont ensuivies diverses conséquences en matière de procédure et de recours.

En particulier, la règle de l'épuisement des recours internes n'avait pas à être respectée pour chacun des incidents mentionnés. Mais la Cour a considéré qu'il n'y avait pas, en l'espèce, de fait illicite distinct de caractère systématique. L'Irlande était simplement fondée à porter plainte à l'égard d'une pratique constituée par une série de violations de l'article 7 de la Convention et à demander qu'il y soit mis fin. Selon la Cour:

«Une pratique incompatible avec la Convention consiste en une accumulation de manquements de nature identique ou analogue assez nombreux et liés entre eux pour ne pas se ramener à des incidents isolés ou à des exceptions, et pour former un ensemble ou système; *elle ne constitue pas en soi une infraction distincte de ces manquements...* La notion de pratique offre un intérêt particulier pour le jeu de la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Telle que la consacre l'article 26 de la Convention, cette règle vaut pour les requêtes étatiques ... comme pour les requêtes "individuelles"... En revanche, elle ne s'applique en principe pas si l'État demandeur s'attaque à une pratique en elle-même dans le but d'en empêcher la continuation ou le retour, et sans inviter la Commission ni la Cour à statuer sur chacun des cas qu'il cite à titre de preuve ou exemple de cette pratique²⁷⁵.»

l'obligation de poursuivre vaut quel que soit le moment où il est commis. Voir l'*Affaire concernant l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exceptions préliminaires*, C.I.J. Recueil 1996, p. 617, par. 34.

²⁷⁵ C.E.D.H., *Série A*, n° 25 (1978), p. 64, par. 159 (italiques ajoutés); voir aussi *ibid.*, p. 63, par. 157. Voir également la requête reconventionnelle des États-Unis dans l'*Affaire concernant les plates-formes pétrolières, République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique, Requête reconventionnelle*, C.I.J. Recueil 1998, p. 190, qui porte pareillement sur une situation générale plutôt que sur des incidents précis.

Dans le cas des crimes contre l'humanité, le fait composite constitue une violation distincte des atteintes individuelles aux droits de l'homme dont il se compose.

6) Il faut également faire le départ entre les éléments nécessaires d'un fait illicite et les preuves de l'existence d'un tel fait qui pourraient être exigées. Par exemple, un fait individuel de discrimination raciale commis par un État est internationalement illicite²⁷⁶, même s'il faudrait éventuellement rapporter la preuve d'une série de faits commis par des fonctionnaires de l'État (en rapport avec la même personne ou avec d'autres personnes se trouvant dans une situation similaire) pour montrer que l'un quelconque de ces faits était discriminatoire et ne répondait pas à des motifs légitimes. Une telle discrimination ne constitue pas, par essence, un fait composite, mais il peut être nécessaire, pour prouver son existence, de produire la preuve d'une pratique constitutive d'un tel fait.

7) Il découle de la nature du fait composite que le moment où il se produit ne peut pas coïncider avec le moment où a lieu la première des actions ou omissions de la série. Ce n'est que rétrospectivement que la première des actions ou omissions sera perçue comme ayant ouvert la série. En effet, ce n'est qu'après qu'une série d'actions ou d'omissions aura eu lieu que le fait se révélera non comme une simple succession d'actes isolés mais comme un fait composite, c'est-à-dire défini comme illicite dans son ensemble.

8) Le paragraphe 1 de l'article 15 définit le moment où le fait composite «a lieu» comme le moment où se produit la dernière action ou omission qui, conjuguée aux autres actions ou omissions, suffit à constituer le fait illicite, sans être nécessairement la dernière de la série. Des considérations analogues s'appliquent pour les faits illicites accomplis ou ayant un caractère continu, lorsqu'il s'agit de déterminer si le droit international a été enfreint; la réponse dépend des faits de l'espèce et du contenu de la règle primaire. Le nombre d'actions ou d'omissions qui doivent se produire pour qu'il y ait violation d'une obligation est également déterminé par la formulation et l'objet de la règle primaire. Les actions ou omissions doivent s'inscrire dans une série, mais l'article n'exige pas que tous les faits illicites de la série se produisent pour qu'elle

²⁷⁶ Voir, par exemple, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 660, p. 195, art. 2; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 171, art. 26.

relève de la catégorie des faits illicites composites, pour autant que le nombre de faits qui se sont produits suffise à constituer une violation. Au moment où le fait qui suffit à constituer une violation se produit, on ne sait pas nécessairement si d'autres faits suivront et si la série est ou non complète. De plus, l'interruption d'une série d'actions ou d'omissions, qui dès lors ne sera jamais complète, n'empêche pas nécessairement les actions ou omissions qui se sont effectivement produites de relever de la catégorie des faits illicites composites si, prises dans leur ensemble, ces actions ou omissions suffisent à constituer la violation.

9) Si le fait composite est constitué par une série d'actions ou d'omissions définie dans son ensemble comme illicite, cela n'exclut pas pour autant la possibilité que chacun des faits qui constituent la série soit lui-même illicite au regard d'une autre obligation. Par exemple, le fait illicite du génocide est généralement constitué d'une série de faits qui sont eux-mêmes internationalement illicites. De même, l'élément temporel de la commission des actes n'est pas affecté: les actions ou les omissions de la série peuvent se produire aussi bien simultanément que successivement.

10) Le paragraphe 2 de l'article 15 traite de l'extension dans le temps d'un fait composite. Une fois qu'un nombre suffisant d'actions ou d'omissions s'est produit, constituant le fait composite en tant que tel, la violation est réputée avoir débuté avec la première des actions ou omissions de la série. La première action ou omission n'est considérée comme telle que si un nombre d'actions ou d'omissions suffisant pour constituer le fait illicite s'est produit. Dès que cela est établi, le fait illicite est réputé s'étendre tout au long de la période commençant avec la commission de la première action ou omission. S'il en était autrement, l'efficacité de l'interdiction s'en trouverait compromise.

11) Le mot «restent» est inséré à la fin du paragraphe 2 pour tenir compte du principe de l'intertemporalité énoncé à l'article 13. Conformément à ce principe, l'État doit être lié par l'obligation internationale pendant la période durant laquelle la série d'actions ou d'omissions constituant la violation est commise. Dans les cas où l'obligation en question n'existait pas au début de la conduite mais est née par la suite, la «première» des actions ou omissions de la série, aux fins de la responsabilité des États, sera la première à s'être produite après la naissance de l'obligation. Cela n'exclut pas pour autant que les tribunaux puissent prendre en considération des actions ou omissions antérieures à d'autres fins (par exemple, pour établir la base factuelle de violations ultérieures ou pour prouver l'intention).

Chapitre IV

Responsabilité de l'État à raison du fait d'un autre État

- 1) Selon les principes fondamentaux fixés au chapitre premier, l'État est responsable de son propre comportement internationalement illicite, c'est-à-dire des actes qui lui sont attribuables en vertu du chapitre II et qui violent une de ses obligations internationales selon le chapitre III²⁷⁷. C'est donc sur le principe selon lequel la responsabilité de l'État est propre à son auteur que repose l'ensemble des articles. On l'appellera le principe de la responsabilité indépendante. C'est logique puisque chaque État est tenu par un ensemble d'obligations internationales qui lui est propre et assume les responsabilités qui en découlent.
- 2) Or, un comportement internationalement illicite est souvent le résultat de la collaboration de plusieurs États plutôt que le fait d'un État agissant seul²⁷⁸. Il peut prendre la forme de comportements indépendants adoptés par plusieurs États, dont chacun joue un rôle particulier dans le fait internationalement illicite. Ou bien, plusieurs États agissent par l'entremise d'un organe commun pour commettre un fait illicite²⁷⁹. Un comportement internationalement illicite peut également résulter d'une situation dans laquelle un État agit au nom d'un autre pour commettre les faits dont il s'agit.
- 3) Plusieurs formes de collaboration peuvent coexister dans une même affaire. Par exemple, trois États – l'Australie, la Nouvelle-Zélande et le Royaume-Uni – constituaient ensemble

²⁷⁷ Voir spécialement l'article 2 et le commentaire y relatif.

²⁷⁸ Voir M. L. Padelletti, *Pluralità di Stati nel Fatto Illecito Internazionale* (Milan, Giuffrè, 1990); I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility (Part I)* (Oxford, Clarendon Press, 1983), p. 189 à 192; J. Quigley, «Complicity in International Law: A New Direction in the Law of State Responsibility», *B.Y.I.L.*, vol. 57 (1986), p. 77; J. E. Noyes & B. D. Smith, «State Responsibility and the Principle of Joint and Several Liability», *Yale Journal of International Law*, vol. 13 (1988), p. 225; B. Graefrath, «Complicity in the Law of International Responsibility», *Revue belge de droit international*, vol. 29 (1996) p. 370.

²⁷⁹ Dans certains cas, le fait en question peut être commis par les organes d'une organisation internationale. C'est la responsabilité internationale des organisations internationales qui est alors en jeu, mais elle ne relève pas du champ d'application des présents articles. Voir l'article 57 et le commentaire y relatif.

l'Autorité administrante du Territoire sous tutelle de Nauru. Dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru*, l'Australie s'est trouvée assignée seule pour des faits qui avaient été accomplis «au nom commun» des trois États²⁸⁰. Les faits de l'Australie s'inscrivaient dans le cadre à la fois d'un «comportement commun» à plusieurs États et d'un travail d'administration au jour le jour, effectué par un État agissant au nom des autres ainsi qu'en son nom propre. À l'inverse, si l'organe compétent de l'État qui agit est simplement «mis à la disposition» de l'État requérant au sens de l'article 6, seul l'État requérant est responsable du fait considéré.

4) Dans certaines circonstances, l'illicéité du comportement de l'État peut être fonction du comportement indépendant d'un autre État. Un État peut adopter un comportement dans une situation dans laquelle un autre État est impliqué, et le comportement de cet autre État peut être pertinent ou même décisif si l'on veut déterminer si le premier État a violé ses propres obligations internationales. Dans l'affaire *Soering* par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que l'extradition envisagée d'une personne vers un État qui n'était pas Partie à la Convention européenne et où l'intéressé était susceptible d'être victime d'un traitement ou d'une peine inhumains ou dégradants constituait de la part de l'État auteur de l'extradition une violation de l'article 3 de la Convention²⁸¹. Il peut arriver aussi qu'un État soit tenu, par ses propres obligations internationales, d'empêcher un autre État d'adopter un certain comportement ou, au moins, de prévenir la réalisation du préjudice qui en découlerait. Ainsi, la responsabilité de l'Albanie dans l'affaire du *Détroit de Corfou*²⁸² naissait du fait qu'elle n'avait pas averti le Royaume-Uni de la présence dans ses eaux de mines mouillées par un État tiers. La responsabilité de l'Albanie dans ces circonstances était une responsabilité originelle, une responsabilité qui ne découlait pas de l'illicéité du comportement d'un autre État.

²⁸⁰ *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1992*, p. 258, par. 47; voir aussi l'opinion individuelle de M. Shahabuddeen, membre de la Cour, *ibid.*, p. 284.

²⁸¹ *Soering c. Royaume-Uni, C.E.D.H., Série A, n° 161 (1989)*, p. 33 à 36, par. 85 à 91. Voir également les affaires *Cruz Varas c. Suède, C.E.D.H., Série A, n° 201 (1991)*, p. 28, par. 69 et 70; *Vilvarajah c. Royaume-Uni, C.E.D.H., Série A, n° 215 (1991)*, p. 37, par. 115 et 116.

²⁸² *Détroit de Corfou, fond, C.I.J. Recueil 1949*, p. 22.

5) Dans la plupart des cas où il y a comportement commun d'une pluralité d'États, la responsabilité du fait illicite est attribuée selon le principe de la responsabilité indépendante évoqué au paragraphe 1) ci-dessus. Mais il peut arriver que le comportement d'un organe de l'État qui n'agit pas en tant qu'organe ou agent d'un autre État n'en soit pas moins imputable à cet autre État, et cela même si l'illicéité du comportement dont il s'agit tient, ou en tout cas tient essentiellement, à la violation des obligations internationales du premier État. Le chapitre IV de la première partie définit ces cas exceptionnels dans lesquels il est logique qu'un État assume la responsabilité du fait internationalement illicite d'un autre État.

6) Le chapitre IV prévoit trois situations. L'article 16 traite du cas où un État fournit aide ou assistance à un autre État et facilite ainsi la commission d'un fait illicite par ce dernier. L'article 17 envisage le cas où un État est responsable du fait internationalement illicite d'un autre État parce qu'il a donné des directives à cet autre État, et exercé un pouvoir de contrôle sur celui-ci dans la commission d'un fait internationalement illicite. L'article 18 vise le cas extrême où un État contraint délibérément un autre État à commettre un fait qui constitue pour cet autre État, ou qui constituerait en l'absence de coercition²⁸³, un fait internationalement illicite. Dans les trois cas, le fait reste commis, volontairement ou autrement, par des organes ou des agents de l'État qui agit, et constitue, ou constituerait en l'absence de l'élément de contrainte, une violation des obligations internationales de cet État. L'implication du second État dans cette violation naît des circonstances spéciales créées par l'assistance délibérée qu'il fournit à l'État qui agit et par l'exercice de directives et d'un pouvoir de contrôle ou d'une contrainte sur le comportement dudit État. Mais il y a d'importantes différences entre les trois situations. Selon l'article 16, l'État principalement responsable est l'État qui agit, l'État qui procure une aide jouant un rôle secondaire. Selon l'article 17, l'État qui agit commet le fait internationalement illicite, même si c'est sur les directives et sous le contrôle d'un autre État. Au contraire, dans le cas de la contrainte prévu par l'article 18, l'État qui exerce la contrainte est le principal protagoniste du comportement et l'État qui la subit est son instrument.

²⁸³ Si un État agit sous la contrainte, son fait peut ne pas être illicite pour des raisons de force majeure: voir l'article 23 et le commentaire y relatif.

7) L'une des caractéristiques du présent chapitre est qu'il qualifie certains comportements d'internationalement illicites. Cela rend peut-être plus floue la distinction que maintiennent les articles entre les obligations primaires ou de fond de l'État et les règles secondaires de la responsabilité²⁸⁴, mais se justifie par le fait que la responsabilité telle que l'envisage le chapitre IV est pour ainsi dire dérivée²⁸⁵. Dans le droit national, les règles applicables par exemple à la complicité ou à l'incitation en matière d'infraction à un contrat peuvent être considérées comme relevant de la «partie générale» du droit des contrats. L'idée de l'implication d'un État dans le comportement d'un autre est analogue aux problèmes d'attribution dont traite le chapitre II.

8) En revanche, les situations que vise le chapitre IV ont un caractère particulier. Elles sont des exceptions au principe de la responsabilité indépendante et elles ne se présentent que dans certains cas. Lorsque l'on explicite ces cas exceptionnels dans lesquels un État est responsable du fait internationalement illicite d'un autre, il convient de garder à l'esprit certaines caractéristiques du système international. Il y a d'abord l'éventualité que le même comportement soit internationalement illicite pour un État mais pas pour un autre, selon les obligations internationales de chacun. On ne saurait admettre que les règles de la responsabilité dérivée contredisent le principe fixé à l'article 34 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, selon lequel «Un traité ne crée ni obligations ni droits pour un État tiers sans son consentement». Cela vaut aussi pour les obligations unilatérales, voire, dans certains cas, pour celles découlant des règles du droit international général. Ce n'est donc que dans une situation de contrainte extrême qu'un État peut devenir responsable, en vertu du présent chapitre, d'un comportement qui n'aurait pas été internationalement illicite s'il l'avait accompli lui-même. En deuxième lieu, les États entreprennent des activités très diverses par l'intermédiaire d'une multiplicité d'organes et d'institutions. Par exemple, on ne peut exiger d'un État qui fournit une aide, financière ou autre, à un autre État qu'il assume le risque que celui-ci détourne l'aide à des fins qui peuvent être internationalement illicites. Il faut donc établir un lien étroit entre d'une part l'acte d'aider,

²⁸⁴ Voir ci-dessus, Introduction, par. 1), 2) et 4), pour une explication de cette distinction.

²⁸⁵ C'est ce terme de «responsabilité dérivée» qu'utilise l'arbitre Max Huber dans l'affaire des *Réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (1924), p. 648.

de diriger ou de contraindre un État et de l'autre l'acte de l'État qui commet un fait internationalement illicite. C'est pourquoi les articles de la présente Partie prévoient que le premier État doit avoir connaissance des circonstances du fait internationalement illicite en question et qu'un lien de causalité spécifique doit exister entre le fait et le comportement de l'État qui assiste, dirige ou contraint. Cela ne préjuge pas de la question générale de l'«intention délictueuse» qui se pose dans le domaine de la responsabilité des États, question sur laquelle les articles restent neutres²⁸⁶.

9) Des considérations du même ordre amènent à exclure du chapitre IV certaines situations de «responsabilité dérivée». L'une d'elles est le cas de figure de l'incitation. L'incitation à un comportement illicite n'est pas d'une manière générale considérée comme un acte suffisant pour faire naître la responsabilité de l'État incitateur, si elle n'est pas accompagnée d'une aide matérielle ou si elle n'est pas une forme de direction et de contrôle exercé par cet État²⁸⁷. Toutefois, il peut y avoir des obligations conventionnelles qui interdisent expressément l'incitation dans certaines circonstances²⁸⁸. Un autre cas de figure est celui que certains systèmes de droit définissent comme la «complicité par aide ou assistance postérieure au délit». Il semble qu'il n'y ait pas d'obligation générale pour les États tiers de coopérer aux fins de la cessation du comportement internationalement illicite qu'un autre État peut avoir déjà adopté. Il s'agit là encore d'une matière à régler par la voie conventionnelle pour imposer une obligation expresse dans ce sens. Il faut cependant apporter sur ce point deux nuances d'importance. La première est que, dans certaines circonstances, l'aide offerte par un État à un autre, après que celui-ci a commis un fait internationalement illicite, peut prendre une forme telle qu'elle revient pour

²⁸⁶ Voir ci-dessus le commentaire de l'article 2, par. 3 et 10.

²⁸⁷ Voir la déclaration des United States-French Commissioners concernant l'affaire de la *French indemnity of 1831*, in Moore, *International arbitrations*, vol. V, p. 4373 à 4376. Voir également *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, C.I.J. Recueil 1986, p. 129, par. 255; et l'opinion dissidente de M. Schwebel, membre de la Cour, ibid., p. 389, par. 259.

²⁸⁸ Voir par exemple le paragraphe c de l'article III de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, p. 277; l'article 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, ibid., vol. 660, p. 195.

le premier État à épouser le fait du second. En tel cas, selon l'article 11, la responsabilité du premier État peut être engagée. La deuxième est qu'une obligation particulière de concourir à mettre un terme à la situation illicite naît dans le cas d'une violation grave d'obligations découlant de normes impératives du droit international général. En ce cas, par définition, les États sont convenus qu'aucune dérogation à ces normes n'est permise et que certaines obligations de coopération naissent si une de ces normes fait l'objet d'une violation grave. Ce cas relève de l'article 41.

Article 16

Aide ou assistance dans la commission du fait internationalement illicite

L'État qui aide ou assiste un autre État dans la commission du fait internationalement illicite par ce dernier est internationalement responsable pour avoir agi de la sorte dans le cas où:

- a) Ledit État agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite; et
- b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet État.

Commentaire

1) L'article 16 vise les situations où un État prête aide ou assistance à un autre État, et facilite ainsi la commission d'un fait internationalement illicite par ce dernier. C'est notamment le cas lorsqu'un État assiste ou aide délibérément un autre État à adopter un comportement qui enfreint ses obligations internationales, par exemple en mettant sciemment une installation essentielle à sa disposition ou en finançant une activité illicite. L'aide ou l'assistance peut également consister à fournir les moyens de fermer un cours d'eau international, à faciliter l'enlèvement de personnes se trouvant à l'étranger ou à aider à la destruction de biens appartenant à des nationaux d'un pays tiers. Dans tous ces cas de figure, l'État principalement responsable est l'État auteur, l'autre État ayant simplement un rôle d'appui. C'est ce qui explique l'emploi des termes «par ce dernier» dans la disposition liminaire de l'article 16, qui distingue cette situation de celle où un fait internationalement illicite est commis par des coauteurs ou des coparticipants. Au regard de l'article 16, il faut distinguer l'aide ou l'assistance prêtée par un État de la responsabilité de l'État qui agit. Le premier ne sera responsable que dans la mesure où son propre comportement a provoqué le fait internationalement illicite ou y a contribué. C'est ainsi que dans les cas où

le fait en question se serait de toute manière produit, sa responsabilité ne s'étendra pas à la réparation du préjudice causé par le fait lui-même.

2) Il existe diverses règles de fond qui interdisent spécifiquement à un État d'aider d'autres États à commettre certains faits illicites ou même exigeant des États tiers qu'ils empêchent ou répriment de tels faits²⁸⁹. De telles dispositions ne reposent sur aucun principe général de responsabilité dérivée pas plus qu'elles n'excluent l'existence d'un tel principe et il serait faux d'en déduire qu'il n'existe aucune règle générale. Quant aux dispositions conventionnelles comme l'Article 2, paragraphe 5 de la Charte des Nations Unies, là encore elles ont une raison d'être qui dépasse la portée et l'objet de l'article 16.

3) L'article 16 limite la portée de la responsabilité à raison de l'aide ou l'assistance prêtée de trois manières. Premièrement, il faut que l'organe ou l'institution considéré de l'État qui assiste ait connaissance des circonstances qui rendent le comportement de l'État assisté internationalement illicite; deuxièmement, il faut que l'aide ou l'assistance ait été prêtée dans l'intention de faciliter la commission du fait illicite, et qu'elle l'ait effectivement facilitée; et troisièmement, le fait perpétré doit être tel qu'il aurait été internationalement illicite s'il avait été commis par l'État qui assiste lui-même.

4) Le fait que l'État qui prête l'assistance doit avoir connaissance des circonstances qui rendent le comportement de l'État qui la reçoit internationalement illicite est exprimé par le membre de phrase «en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite». Normalement, un État qui prête une aide ou une assistance matérielle ou financière à un autre État n'a pas à se demander si son aide ou assistance sera utilisée pour perpétrer un fait internationalement illicite. Si l'État qui aide ou assiste ne sait pas à quelles fins son aide sera utilisée par l'autre État, sa responsabilité internationale n'est pas engagée.

5) Il faut aussi que l'aide ou l'assistance soit prêtée en vue de faciliter la commission d'un fait illicite et qu'elle la facilite effectivement, ce qui limite l'application de l'article 16 aux cas où l'aide ou l'assistance prêtée est manifestement liée au comportement illicite ultérieur.

²⁸⁹ Voir par exemple la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, du 24 octobre 1970, premier principe, par. 9, et la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale, annexe, par. 3 f.

La responsabilité de l'État qui assiste n'est engagée en vertu de l'article 16 que si l'organe considéré de cet État entendait, par cette aide ou assistance, faciliter l'adoption par l'autre État du comportement illicite et que ce dernier l'adopte effectivement. Rien n'indique que l'aide ou l'assistance doit avoir été essentielle à la commission du fait internationalement illicite; il suffit qu'elle y ait contribué de façon significative.

6) Il faut enfin, selon l'article 16, que l'aide ou l'assistance ait servi à enfreindre des obligations auxquelles l'État qui aide ou assiste est lui-même tenu. Un État ne peut pas aider ou assister délibérément un autre État à violer une obligation qui lie les deux États; il ne peut faire par l'entremise d'un autre ce qu'il ne peut pas faire lui-même. Par contre, les États ne sont pas liés par les obligations qu'un autre État a contractées vis-à-vis d'États tiers. Ce principe fondamental est consacré aux articles 34 et 35 de la Convention de Vienne sur le droit des traités²⁹⁰. Il en découle qu'un État est libre d'agir pour son propre compte d'une manière non conforme aux obligations souscrites par un autre État vis-à-vis d'États tiers. Toute question de responsabilité qui se poserait dans ce cas de figure se jouerait entre l'État qui reçoit l'assistance et l'État lésé. Il est donc nécessaire de préciser que la responsabilité de l'État qui assiste n'est engagée que si le comportement en question, s'il lui était attribuable, aurait constitué une violation de ses propres obligations internationales.

7) La pratique des États tend à considérer que la responsabilité internationale d'un État est engagée s'il participe délibérément au comportement internationalement illicite d'un autre État, en apportant à ce dernier aide ou assistance alors que l'obligation violée lui est également opposable. Ainsi, en 1984, l'Iran a protesté contre l'octroi d'une aide financière et militaire à l'Iraq de la part du Royaume-Uni, qui aurait fourni des armes chimiques que l'Iraq a utilisées contre les forces armées iraniennes, au motif que cette assistance facilitait les actes d'agression iraqiens²⁹¹. Le Gouvernement britannique a rejeté les deux accusations, niant, d'une part, posséder des armes chimiques et, d'autre part, en avoir fourni à l'Iraq²⁹². En 1998, une situation

²⁹⁰ Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

²⁹¹ Voir *New York Times*, 6 mars 1984, p. A1, col. 1.

²⁹² Voir *New York Times*, 5 mars 1984, p. A3, col. 1.

analogue s'est présentée lorsque le Soudan a été accusé d'avoir aidé l'Iraq à fabriquer des armes chimiques en autorisant des techniciens iraqiens à utiliser des installations soudanaises pour la mise au point de gaz neurotoxiques. L'accusation a été rejetée par le représentant de l'Iraq auprès de l'Organisation des Nations Unies²⁹³.

8) L'obligation de ne pas recourir à la force peut aussi être violée par un État qui en aide un autre en l'autorisant à utiliser son territoire pour perpétrer un acte d'agression armée contre un État tiers. On trouve un exemple de ce cas de figure dans une déclaration que le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne a faite en réponse à une allégation selon laquelle l'Allemagne avait participé à un acte d'agression armée des États-Unis en autorisant des avions militaires américains à utiliser des terrains d'aviation sis sur son territoire, dans le cadre de l'intervention des États-Unis au Liban. Tout en niant que les mesures prises par les États-Unis et le Royaume-Uni au Proche-Orient aient constitué une intervention, la République fédérale d'Allemagne paraît avoir reconnu que le fait pour un État de mettre son territoire à la disposition d'un autre État pour faciliter un recours illicite à la force par ce dernier constituait en soi un fait internationalement illicite²⁹⁴. Un autre exemple est donné par le bombardement de Tripoli en avril 1986. La Libye a accusé le Royaume-Uni d'être en partie responsable de l'attaque, du fait qu'il avait autorisé les avions de combat américains à utiliser plusieurs de ses bases aériennes pour attaquer des objectifs libyens²⁹⁵. Selon la Libye, le Royaume-Uni «était en partie responsable», pour avoir «servi d'appui et contribué de manière directe» au raid²⁹⁶. Le Royaume-Uni a décliné toute responsabilité en arguant du fait que la frappe aérienne des États-Unis était licite en ce qu'elle constituait un acte de légitime défense contre les attaques terroristes libyennes contre des objectifs américains²⁹⁷. Un projet de résolution du Conseil de

²⁹³ Voir *New York Times*, 26 août 1998, p. A8, col. 1.

²⁹⁴ Voir le texte de la note in *Z.a.ö.R.V.*, vol. 20 (1960), p. 663 et 664.

²⁹⁵ Voir États-Unis d'Amérique, *Department of State Bulletin*, n° 2111, juin 1986, p. 8.

²⁹⁶ Voir la déclaration de l'Ambassadeur Hamed Houdeiry, Bureau du peuple libyen, Paris, *The Times*, 16 avril 1986, p. 6, col. 7.

²⁹⁷ Déclaration de M^{me} Margaret Thatcher, Premier Ministre, *House of Commons Debates*, 6th series, vol. 95, col. 737 (15 avril 1986), reproduite dans *B.Y.I.L.*, vol. 57 (1986), p. 638.

sécurité concernant l'attaque a avorté en raison d'un veto, mais l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté une résolution dans laquelle elle condamnait «l'attaque militaire» qui constituait «une violation de la Charte des Nations Unies et du droit international» et demandait à tous les États «de s'abstenir de fournir une aide ou des facilités quelles qu'elles soient pour la perpétration d'actes d'agression contre la Jamahiriya arabe libyenne²⁹⁸».

9) L'obligation de ne pas fournir aide ou assistance pour faciliter la commission par un autre État d'un fait internationalement illicite ne se limite pas à l'interdiction du recours à la force. Par exemple, un État peut voir sa responsabilité engagée s'il aide un autre État à contourner des sanctions imposées par le Conseil de sécurité des Nations Unies²⁹⁹ ou s'il fournit une aide matérielle à un État qui l'utilise pour commettre des violations des droits de l'homme. À ce propos, l'Assemblée générale des Nations Unies a appelé à plusieurs reprises les États Membres à s'abstenir de fournir des armes et d'autres formes d'assistance militaire à des pays qui se rendent coupables de graves atteintes aux droits de l'homme³⁰⁰. Dans les cas où un État est accusé d'avoir, par son aide, facilité des atteintes aux droits de l'homme commises par un autre État, les circonstances de chaque espèce doivent être examinées soigneusement en vue de déterminer si l'État concerné, en apportant son aide, savait qu'il facilitait la commission d'un fait internationalement illicite et entendait la faciliter.

10) Conformément à l'article 16, l'État qui assiste est responsable à raison de son propre fait, c'est-à-dire pour avoir aidé délibérément un autre État à enfreindre une obligation internationale par laquelle ils sont tous deux liés. Il n'est pas responsable du fait commis par l'État auquel il a prêté assistance. Dans certains cas, cependant, la distinction n'emporte pas d'effet: lorsque l'assistance est un élément nécessaire du fait illicite, sans lequel le fait en question ne se serait pas produit, le préjudice subi peut être attribué concurremment à l'État qui assiste et à celui qui

²⁹⁸ Voir résolution 41/38 de l'Assemblée générale, du 20 novembre 1986, par. 1 et 3.

²⁹⁹ Voir, par exemple, le rapport du Président Clinton, *A.J.I.L.*, vol. 91 (1997), p. 709.

³⁰⁰ Rapport du Conseil économique et social, Rapport de la Troisième Commission de l'Assemblée générale, projet de résolution XVII, 14 décembre 1982, A/37/745, p. 40.

agit³⁰¹. Dans d'autres cas, cependant, la différence peut être déterminante, lorsque l'assistance n'a été qu'un facteur incident dans la commission de l'acte primaire et n'a contribué qu'à un degré mineur au préjudice subi, voire n'y a pas contribué du tout. L'État qui en aide un autre à commettre un fait internationalement illicite ne devrait pas nécessairement être tenu d'indemniser la victime de toutes les conséquences du fait, mais seulement de celles qui, conformément aux principes établis dans la deuxième partie des présents articles, découlent de sa propre conduite.

11) L'article 16 ne traite pas de la question de la recevabilité des procédures judiciaires qui seraient engagées pour établir la responsabilité de l'État qui aide ou assiste, en l'absence ou sans le consentement de l'État aidé ou assisté. La Cour internationale de Justice a réaffirmé à plusieurs reprises qu'elle ne pouvait pas se prononcer sur la responsabilité internationale d'un État car, pour pouvoir le faire, «elle devrait statuer à titre préalable sur la licéité³⁰²» de la conduite d'un autre État, en l'absence de ce dernier et sans son consentement. C'est le principe de *l'or monétaire*³⁰³. Ce principe s'appliquera dans les cas qui relèvent de l'article 16, puisqu'il est essentiel, pour que la responsabilité de l'État qui prête aide ou assistance soit engagée, que l'État aidé ou assisté ait lui-même commis un fait internationalement illicite. L'illicéité de l'aide ou de l'assistance prêtée par le premier État est fonction de l'illicéité du comportement du second. Mais bien qu'il puisse s'avérer difficile, dans certains cas, d'établir la responsabilité de l'État qui prête aide ou assistance, cela ne vide pas pour autant l'article 16 de son objet. Le principe de *l'or monétaire* concerne la recevabilité de recours dans une procédure judiciaire internationale et non les questions de responsabilité en tant que telles. De plus, le principe ne s'applique pas dans tous les cas et n'empêche pas toujours les poursuites judiciaires. En tout état de cause, l'assistance illicite prêtée à un autre État a souvent donné lieu à des protestations diplomatiques. Les États sont habilités à soutenir qu'il y a eu complicité dans le comportement

³⁰¹ Pour la question de la responsabilité concurrente de plusieurs États pour le même préjudice, voir l'article 47 et le commentaire y relatif.

³⁰² *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, C.I.J. Recueil 1995, p. 105, par. 35.

³⁰³ *Or monétaire pris à Rome en 1943*, C.I.J. Recueil 1954, p. 32; *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1992, p. 261, par. 55.

illicite d'un État tiers, même s'il n'existe aucune juridiction internationale compétente pour se prononcer en la matière, que ce soit dans l'absolu ou en l'absence de l'autre État.

Article 17

Directives et contrôle dans la commission du fait internationalement illicite

L'État qui donne des directives à un autre État et qui exerce un contrôle dans la commission du fait internationalement illicite par ce dernier est internationalement responsable de ce fait dans le cas où:

- a) Ledit État agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite; et
- b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet État.

Commentaire

1) L'article 17 traite d'un deuxième cas de responsabilité dérivée, à savoir le fait pour un État de donner des directives à un autre État et d'exercer un contrôle dans la commission par ce dernier d'un fait internationalement illicite. Selon l'article 16, un État qui aide ou assiste un autre État dans la commission d'un fait internationalement illicite encourt une responsabilité internationale uniquement à proportion de l'aide ou de l'assistance apportée. En revanche, un État qui donne des directives à un autre État et exerce un contrôle sur ce dernier dans la commission d'un fait internationalement illicite est responsable du fait lui-même, dès lors qu'il a contrôlé et dirigé le fait dans son intégralité.

2) Certains exemples de responsabilité internationale née de directives données par un État ou de l'exercice d'un contrôle dans la commission par un autre État d'un fait illicite ne présentent plus aujourd'hui qu'un intérêt historique. Les relations internationales de dépendance comme la «suzeraineté» ou le «protectorat» justifiaient que l'État dominant soit tenu pour internationalement responsable du comportement formellement attribuable à l'État dépendant. Par exemple, dans un différend concernant les droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc sous protectorat français – l'affaire relative aux *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*³⁰⁴, la France introduisit une instance en vertu de la clause facultative d'acceptation

³⁰⁴ *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, C.I.J. Recueil 1952, p. 176.

de la juridiction obligatoire de la Cour. Les États-Unis soulevèrent une exception, arguant du fait que toute décision éventuelle risquerait de ne pas être réputée lier le Maroc, celui-ci n'étant pas partie à la procédure. La France a confirmé qu'elle agissait à la fois en son nom et en tant que puissance protectrice du Maroc, en faisant valoir que par conséquent l'arrêt de la Cour lierait et la France et le Maroc³⁰⁵, et c'est sur cette base que se poursuit l'examen de l'affaire³⁰⁶.

L'arrêt rendu par la Cour touchait à des questions liées à la responsabilité de la France à l'égard du comportement du Maroc qui avaient été soulevées à la fois dans la requête et dans la demande reconventionnelle présentée par les États-Unis d'Amérique.

3) Avec l'évolution des relations internationales depuis 1945, et en particulier le processus de décolonisation, les anciennes relations de dépendance ont pris fin. Les nouvelles relations ainsi établies ne comportent pour l'État représentant aucun droit de direction ou de contrôle juridiquement reconnu. Dans les cas de relations de représentation, l'entité représentée demeure responsable de ses propres obligations internationales, même si les communications diplomatiques passent éventuellement par un autre État. L'État représentant, pour être simplement un intermédiaire dans la transmission desdites communications, n'assume alors aucune responsabilité s'agissant de leur contenu. Cette théorie n'est pas en contradiction avec la sentence arbitrale rendue dans l'affaire des *Réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc*, dans laquelle il est dit que «la responsabilité du protecteur ... découle ... du fait que seul le protecteur représente le territoire protégé dans ses rapports internationaux,³⁰⁷» et que le protecteur répond «aux lieux et places du protégé³⁰⁸». Le souci premier en l'espèce était d'éviter que, dans le cas d'un protectorat comportant la suppression des relations internationales directes de l'État protégé, la responsabilité internationale pour les faits illicites commis par le protégé ne

³⁰⁵ Voir *C.I.J. Mémoires, Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc (France c. États-Unis d'Amérique)*, vol. I, p. 235; *ibid.*, vol. II, p. 431 à 433; les États-Unis d'Amérique retirèrent par la suite leur exception préliminaire: *ibid.*, p. 434.

³⁰⁶ Voir *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc, C.I.J. Recueil 1952*, p. 179.

³⁰⁷ *Réclamations britanniques dans la zone du Maroc espagnol*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (1925), p. 649.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 648.

disparaisse, et cela au détriment d'États tiers lésés par le comportement illicite. L'acceptation par l'État protecteur de l'obligation de répondre en lieu et place du protégé était considérée comme étant un moyen approprié d'obvier à ce danger³⁰⁹. Cette acceptation se justifiait non pas par la relation de «représentation» en tant que telle mais par le fait que l'État protecteur avait la mainmise presque totale sur l'État protégé. Il n'agissait pas en tant que simple intermédiaire.

4) D'autres relations de dépendance, comme celles qui existent par exemple dans le cas des territoires dépendants, ne relèvent absolument pas de l'article 17, lequel ne concerne que la responsabilité d'un État pour ce qui est du comportement d'un autre État. Dans la plupart des relations de dépendance entre un territoire et un autre, le territoire dépendant, même s'il possède une certaine personnalité internationale, n'est pas un État. Même lorsqu'une entité constitutive d'un État fédéral conclut des traités ou noue d'autres relations juridiques internationales de son propre chef, et non dans l'exercice d'une délégation de l'État fédéral, elle n'est pas elle-même un État au regard du droit international. En matière de responsabilité des États, la situation des États fédéraux n'est pas différente de celle des autres États: les principes ordinaires énoncés aux articles 4 à 9 du projet d'articles s'appliquent, et l'État fédéral est internationalement responsable du comportement de ses entités constitutives même si ce comportement relève de la compétence propre de celles-ci en vertu de la constitution fédérale³¹⁰.

5) Cela étant, il existe et il peut exister des cas où un État exerce le pouvoir de donner des directives à un autre État et de contrôler ses activités, soit en vertu d'un traité, soit par l'effet d'une occupation militaire, soit autrement. Par exemple, lors de l'occupation de l'Italie par l'Allemagne pendant la Seconde Guerre mondiale, il était généralement reconnu que la police italienne à Rome opérait sous le contrôle de la puissance occupante. C'est ainsi que le Saint-Siège, en protestant contre des faits illicites commis par la police italienne qui pénétra par la force dans la basilique de Saint-Paul à Rome en février 1944, fit valoir la responsabilité

³⁰⁹ Ibid.

³¹⁰ Voir, par exemple, *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1999, p. 16, par. 28.

des autorités allemandes³¹¹. Dans les cas de ce type, l'État occupant est responsable des faits de l'État occupé auquel il donne des directives et qu'il contrôle.

6) L'article 17 ne vise que les cas où un État dominant dirige et contrôle effectivement un comportement qui constitue une violation d'une obligation internationale à la charge de l'État dépendant. Les tribunaux internationaux ont avec constance refusé d'inférer la responsabilité d'un État dominant du simple fait qu'il a le pouvoir de s'immiscer dans des affaires relevant de l'administration interne de l'État dépendant, si ce pouvoir n'est pas exercé dans le cas d'espèce. Dans l'affaire *Robert E. Brown*³¹² par exemple, le tribunal arbitral a considéré que la Grande-Bretagne, en sa qualité de suzeraine de la République sud-africaine avant la guerre des Boers, ne jouissait pas d'une autorité telle qu'elle pourrait être rendue responsable du préjudice infligé à Brown³¹³. Il a ensuite contesté que la Grande-Bretagne ait eu le pouvoir d'intervenir dans l'administration interne de la République sud-africaine, ajoutant que rien n'attestait que la Grande-Bretagne ait jamais entrepris d'intervenir de cette manière³¹⁴. En conséquence, les relations de suzeraineté ne rendaient pas la Grande-Bretagne responsable des actes ayant fait l'objet de la plainte³¹⁵. Dans le différend *Héritiers de S. A. R. Mgr le Duc de Guise*³¹⁶, la Commission de conciliation franco-italienne a jugé qu'une réquisition effectuée par l'Italie en Sicile à une époque où le pays était occupé par les alliés engageait sa responsabilité. Elle n'a pas fondé sa décision sur le fait que les puissances alliées n'avaient pas le pouvoir de réquisitionner le bien, ou d'empêcher l'Italie de le faire. La majorité a en effet souligné qu'«aucune ingérence du commandant des forces d'occupation ni d'aucune autorité alliée pour provoquer les décrets de réquisition» n'avait

³¹¹ Voir R. Ago, «L'occupazione bellica di Roma e il Trattato lateranense», *Comunicazioni e Studi* (Milan, Giuffrè, 1946), vol. II, p. 167 et 168.

³¹² *Brown (États-Unis d'Amérique c. Grande-Bretagne)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (1923), p. 120.

³¹³ *Ibid.*, p. 130.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 131.

³¹⁵ *Ibid.*

³¹⁶ *Héritiers de S. A. R. Mgr le Duc de Guise*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIII (1951), p. 153.

pu être prouvée³¹⁷. Le simple fait qu'un État puisse avoir le pouvoir de donner des directives à un autre État et d'exercer un contrôle sur celui-ci dans un domaine ne constitue pas un fondement suffisant pour lui attribuer tout fait illicite commis par ce dernier État dans le domaine considéré³¹⁸.

7) L'expression «exerce un contrôle» tel qu'elle est employée à l'article 17 renvoie à l'exercice d'une domination sur un comportement illicite et non simplement à l'exercice d'une surveillance, et encore moins à une simple influence ou à un simple vœu. De même, l'expression «donne des directives» n'englobe pas une simple incitation ou suggestion: il sous-entend une direction effective opérationnelle. Et la direction et le contrôle doivent être exercés sur le fait illicite pour que la responsabilité de l'État dominant soit engagée. Le choix de l'expression courante en langue anglaise «*direction and control*» a posé quelques problèmes dans d'autres langues, en particulier en fait de l'ambiguïté du terme «*direction*» qui peut impliquer, comme en français, un pouvoir total, ce que n'implique pas le mot en anglais.

8) Pour que la responsabilité soit engagée en vertu de l'article 17, deux autres conditions doivent être réunies. Premièrement, l'État dominant n'est responsable que s'il a connaissance des circonstances qui ont rendu le comportement de l'État dépendant illicite. Deuxièmement, il faut établir que le fait commis aurait été illicite s'il avait été commis par l'État donnant les directives et exerçant le contrôle lui-même. Cette condition est importante au regard des obligations bilatérales, lesquelles ne sont pas opposables à l'État qui donne les directives. En cas d'obligations multilatérales et notamment d'obligations envers la communauté internationale, elle est bien moins importante. Le principe essentiel est qu'un État ne devrait pas être autorisé à faire par l'intermédiaire d'un autre État ce qu'il ne pourrait pas faire lui-même.

³¹⁷ Ibid., p. 161. Voir aussi dans un autre contexte *Drodz et Janousek c. France et Espagne*, C.E.D.H., Série A, n° 240 (1992); voir également *Iribarne Pérez c. France*, C.E.D.H., Série A, n° 325-C (1995), p. 62 et 63, par. 29 à 31.

³¹⁸ Il se peut que la dépendance d'un État par rapport à un autre joue s'agissant de la charge de la preuve, puisque la simple existence d'un appareil d'État formel n'exclut pas la possibilité qu'une puissance occupante ait en fait exercé un contrôle. Voir *Restitution of Household Effects belonging to Jews Deported from Hungary (Germany)* (Kammergericht, Berlin) (1965) *I.L.R.*, vol. 44, p. 340 à 342.

9) En ce qui concerne la responsabilité de l'État soumis à des directives et à un contrôle, le simple fait que des directives lui ont été données dans la commission d'un fait internationalement illicite ne constitue pas une circonstance excluant l'illicéité au sens du chapitre V de la première partie. Si le comportement en question entraîne une violation de ses obligations internationales, il lui revient de refuser d'obtempérer. En droit international, les États ne peuvent invoquer en tant que moyen de défense un «ordre des supérieurs». Cela ne signifie pas que l'illicéité du comportement de l'État soumis à des directives et à un contrôle ne puisse pas être exclue en vertu du chapitre V, mais elle ne pourra l'être que si cet État peut prouver l'existence d'une circonstance excluant l'illicéité, par exemple la force majeure. Dans ce cas, c'est uniquement contre l'État qui a exercé son contrôle que l'État lésé doit se retourner. Il reste que dans les relations entre États, les cas authentiques de force majeure ou de contrainte sont exceptionnels. À l'inverse, si les conditions énoncées à l'article 17 sont effectivement réunies, l'État qui a exercé un contrôle ne peut invoquer comme moyen de défense le fait que l'État soumis à son contrôle s'est prêté volontiers, voire avec enthousiasme, au comportement internationalement illicite.

Article 18

Contrainte sur un autre État

L'État qui contraint un autre État à commettre un fait est internationalement responsable de ce fait dans le cas où:

- a) Le fait constituerait, en l'absence de contrainte, un fait internationalement illicite de l'État soumis à la contrainte; et
- b) L'État qui exerce la contrainte agit en connaissance des circonstances dudit fait.

Commentaire

1) Le troisième cas de responsabilité dérivée envisagé au chapitre IV est celui de la contrainte exercée par un État sur un autre. L'article 18 traite du problème précis de la contrainte délibérément exercée pour amener un État à violer une obligation qu'il doit à un État tiers. Dans de tels cas, la responsabilité de l'État qui exerce la contrainte à l'égard de l'État tiers découle non de la contrainte, mais du comportement illicite résultant du fait de l'État contraint. La responsabilité pour la contrainte elle-même est celle de l'État qui l'exerce vis-à-vis de l'État

sur lequel il l'exerce, alors que la responsabilité envisagée à l'article 18 est celle de l'État qui exerce la contrainte vis-à-vis de la victime du fait résultant de la contrainte, en particulier un État tiers lésé de ce fait.

2) Aux fins de l'article 18, la contrainte a les mêmes caractéristiques essentielles que la force majeure prévue à l'article 23. Un comportement qui soumet la volonté de l'État sur lequel la contrainte est exercée est indispensable, ce dernier État n'ayant effectivement d'autre choix que de faire ce que veut l'État qui exerce la contrainte. Il ne suffit pas que l'exécution de l'obligation soit rendue plus difficile ou plus onéreuse, ou que l'État qui agit soit aidé ou dirigé dans son comportement: ces situations sont couvertes par les articles qui précèdent. En outre, l'État qui exerce la contrainte doit provoquer l'acte qui est internationalement illicite lui-même. Il n'est pas suffisant que les conséquences du fait ainsi provoqué rendent l'exécution de son obligation plus difficile pour l'État qui subit la contrainte.

3) Bien qu'aux fins de l'article 18 la contrainte soit étroitement définie, elle ne se limite pas à la contrainte illicite³¹⁹. En pratique, dans la plupart des cas où les conditions énoncées dans l'article seront satisfaites, la contrainte sera illicite, par exemple parce qu'elle se traduira par la menace ou l'emploi de la force en violation de la Charte des Nations Unies, ou par une intervention, c'est-à-dire une ingérence contraignante, dans les affaires d'un autre État. Il en va de même pour les contre-mesures. Celles-ci peuvent avoir un caractère de contrainte mais, comme l'article 49 l'indique clairement, elles ont pour fonction d'amener un État auteur d'un fait illicite à se conformer à ses obligations de cessation et de réparation à l'égard de l'État qui prend les contre-mesures, et non pas de contraindre cet État à violer des obligations dues à des États tiers³²⁰. La contrainte pourrait néanmoins prendre d'autres formes, par exemple celles de pressions économiques graves telles qu'elles privent l'État contraint de toute possibilité d'exécuter l'obligation violée.

4) L'assimilation de la contrainte à la force majeure signifie que dans la plupart des cas où l'article 18 est applicable, la responsabilité de l'État contraint vis-à-vis de l'État tiers lésé sera

³¹⁹ P. Reuter, *Introduction au droit des traités* (3^e éd.) (Paris, Presses universitaires de France, 1995), p. 159 à 161, par. 271 à 274.

³²⁰ Voir le paragraphe 2 de l'article 49 et le commentaire y relatif.

exclue. C'est ce qu'indiquent les mots «en l'absence de contrainte» qui figurent à l'alinéa *a* de l'article 18. Le fait que la contrainte équivaut à une force majeure est peut-être la raison pour laquelle l'illicéité d'un fait est exclue vis-à-vis de l'État contraint. Ce fait n'est donc pas décrit comme un fait internationalement illicite dans la disposition liminaire de l'article, à la différence des articles 16 et 17, dans lesquels aucune excuse comparable n'exclut l'illicéité du fait de l'État bénéficiant de l'aide ou subissant le contrôle. Mais il n'y a aucune raison pour que l'illicéité de ce fait soit exclue vis-à-vis de l'État exerçant la contrainte. Au contraire, si ce dernier ne peut être tenu pour responsable du fait en question, l'État lésé risque de n'avoir aucun recours.

5) Une autre condition pour que la responsabilité soit engagée en vertu de l'article 18 est que l'État qui exerce la contrainte ait connaissance de circonstances qui auraient, en l'absence de contrainte, rendu le comportement de l'État contraint illicite. Le terme «circonstances» utilisé à l'alinéa *b* s'entend de la situation factuelle et non du jugement que porte l'État qui exerce la contrainte sur la licéité du fait. C'est ce que précise l'expression «circonstances dudit fait». Ainsi, si l'ignorance du droit n'est pas une excuse, l'ignorance des faits est pertinente s'agissant de déterminer la responsabilité de l'État exerçant la contrainte.

6) Un État qui entend par la contrainte obtenir qu'un autre État viole les obligations qu'il doit à un État tiers sera tenu pour responsable des conséquences envers cet État tiers, qu'il soit ou non également lié par l'obligation en question. À défaut, l'État lésé risquerait d'être privé de tout recours, car l'État contraint pourrait très bien invoquer la contrainte comme circonstance excluant l'illicéité. L'article 18 est ainsi différent des articles 16 et 17 en ce qu'il ne prévoit pas d'exonération de responsabilité pour le fait de l'État contraint lorsque l'État qui exerce la contrainte n'est pas lui-même lié par l'obligation en question.

7) La pratique des États étaye le principe selon lequel un État est responsable du fait internationalement illicite d'un autre État sur lequel il exerce une contrainte. Dans l'affaire de la *Romano-Americana Company*, la réclamation du Gouvernement des États-Unis concernant la destruction de dépôts et autres installations pétrolières appartenant à une société américaine, destruction exécutée sur ordre du Gouvernement roumain durant la Première Guerre mondiale, a d'abord été adressée au Gouvernement britannique. À l'époque où les installations ont été détruites, la Roumanie était en guerre avec l'Allemagne, qui se préparait à envahir le pays,

et les États-Unis affirmaient que les autorités roumaines avaient été «contraintes» par la Grande-Bretagne à prendre les mesures en question. Pour étayer sa position, le Gouvernement des États-Unis soutenait que les circonstances de l'affaire révélaient «une situation où un belligérant puissant, à des fins primordialement siennes liées à sa sécurité en mer, a obligé un allié plus faible à donner son assentiment à une opération qu'il a menée sur le territoire de cet allié³²¹». Le Gouvernement britannique rejeta toute responsabilité affirmant que son influence sur le comportement des autorités roumaines «n'avait pas dépassé les limites de la persuasion et du bon conseil, comme c'était normal pour des gouvernements associés dans la poursuite d'une cause commune³²²». Le point de désaccord entre le Gouvernement des États-Unis et le Gouvernement britannique portait non pas sur la responsabilité d'un État pour le comportement d'un autre État soumis à sa contrainte, mais sur l'existence d'une «contrainte» dans les circonstances de l'espèce³²³.

Article 19

Effet du présent chapitre

Le présent chapitre est sans préjudice de la responsabilité internationale, en vertu d'autres dispositions des présents articles, de l'État qui commet le fait en question ou de tout autre État.

Commentaire

1) L'article 19 a trois fonctions. Premièrement, il préserve la responsabilité de l'État qui a commis le fait internationalement illicite, même s'il a été aidé ou assisté, s'il a reçu des directives ou été contrôlé ou contraint par un autre État. L'article reconnaît que l'attribution de la responsabilité internationale à un État qui apporte une aide, qui donne des directives ou qui

³²¹ Note de l'ambassade des États-Unis à Londres du 16 février 1925, dans G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, vol. V, p. 702.

³²² Note du Ministère britannique des affaires étrangères du 5 juillet 1928, *ibid.*, p. 704.

³²³ Pour un autre exemple de contrainte exercée pour la violation d'un contrat dans des circonstances équivalant à un déni de justice, voir C. L. Bouvé, «Russia's liability in tort for Persia's breach of contract», *A.J.I.L.*, vol. 6 (1912), p. 389.

contraint n'exclut pas la responsabilité de l'État qui a été aidé, a reçu des directives ou a été contraint.

2) Deuxièmement, l'article 19 indique clairement que les dispositions du chapitre IV sont sans préjudice de toute autre base permettant d'établir la responsabilité de l'État qui fournit une aide, donne des directives ou contraint, en application de toute règle du droit international définissant un comportement particulier comme illicite. L'expression «en vertu d'autres dispositions des présents articles» vise notamment l'article 23 (force majeure) qui peut affecter la question de responsabilité. Cette expression appelle aussi l'attention sur le fait que d'autres dispositions des présents articles peuvent être applicables à l'État commettant le fait en question, et que le chapitre IV n'exclut en aucune manière la question de la responsabilité de cet État à cet égard.

3) Troisièmement, l'article 19 préserve la responsabilité «de tout autre État» auquel le comportement internationalement illicite peut aussi être attribuable en vertu d'autres dispositions des présents articles.

4) Ainsi, l'article 19 vise à éviter que l'on fasse de déductions à contrario pour ce qui est de la responsabilité pouvant découler de règles primaires interdisant certaines formes d'assistance ou de faits autrement attribuables à tout État en vertu du chapitre II. L'article couvre à la fois l'État impliqué et l'État qui commet le fait. Il indique clairement que le chapitre IV ne concerne que les situations dans lesquelles le fait qui est à l'origine de l'illicéité est un fait commis par un État et non par l'autre. Si les deux États commettent ce fait, alors ils deviennent coauteurs, situation envisagée au chapitre II.

Chapitre V

Circonstances excluant l'illicéité

1) Le chapitre V définit six circonstances excluant l'illicéité d'un comportement qui, par ailleurs, ne serait pas conforme aux obligations internationales de l'État considéré. L'existence dans un cas déterminé d'une circonstance excluant l'illicéité conformément aux dispositions du présent chapitre offre à l'État un bouclier contre une accusation de violation d'une obligation

internationale qui serait par ailleurs fondée. Les six circonstances sont les suivantes: consentement (art. 20), légitime défense (art. 21), contre-mesures (art. 22), force majeure (art. 23), détresse (art. 24) et état de nécessité (art. 25). L'article 26 indique clairement qu'aucune de ces circonstances ne saurait être invoquée s'il en résultait un conflit avec une norme impérative du droit international général. L'article 27 traite de certaines conséquences de l'invocation d'une de ces circonstances.

2) Conformément à l'approche retenue pour les présents articles, les circonstances excluant l'illicéité définies dans le chapitre V sont d'application générale. Sauf disposition contraire³²⁴, elles s'appliquent à tout fait internationalement illicite, que l'illicéité soit due à la violation par un État d'une obligation découlant d'une règle du droit international général, d'un traité, d'un acte unilatéral ou de toute autre source. Elles n'ont pas pour effet d'annuler ou d'éteindre l'obligation; elles constituent plutôt un fait justificatif ou une excuse de l'inexécution tant que subsistent les circonstances en cause. C'est ce qu'a souligné la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. La Hongrie faisait valoir que l'illicéité de son comportement, à savoir l'interruption des travaux sur le projet en violation de ses obligations en vertu du traité de 1977, était exclue par l'état de nécessité. Répondant à l'argument de la Hongrie, la Cour a déclaré:

«L'état de nécessité allégué par la Hongrie – à le supposer établi – ne pourrait donc permettre de conclure qu'... elle aurait agi conformément à ses obligations en vertu du traité de 1977 ou que ces obligations auraient cessé de la lier. Il permettrait seulement d'affirmer que, compte tenu des circonstances, la Hongrie n'aurait pas engagé sa responsabilité internationale en agissant comme elle l'a fait³²⁵.»

Il faut donc faire une distinction entre l'effet des circonstances excluant l'illicéité et l'extinction de l'obligation elle-même. Les circonstances prévues au chapitre V jouent plus comme un bouclier que comme une épée. Comme l'a noté Fitzmaurice, lorsque l'une des circonstances excluant l'illicéité s'applique, «la non-exécution n'est pas seulement justifiée, elle représente

³²⁴ Par exemple, une disposition d'un traité spécifiant le contraire, qui constituerait une *lex specialis* au regard de l'article 55.

³²⁵ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, C.I.J. Recueil 1997, p. 39, par. 48.

en fait une sorte de “transition” vers une reprise de l’exécution dès que les facteurs causant et justifiant cette non-exécution auront disparu...³²⁶».

3) Cette distinction ressort clairement des décisions rendues par des tribunaux internationaux. Dans la sentence arbitrale rendue dans l’affaire du *Rainbow Warrior*, le tribunal a estimé qu’il fallait appliquer à la fois le droit des traités et le droit de la responsabilité de l’État, le premier afin de déterminer si le traité était toujours en vigueur, et le second afin de déterminer les conséquences de toute violation du traité lorsqu’il était en vigueur, y compris la question de savoir si l’illicéité du comportement en cause était exclue³²⁷. Dans l’affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour a déclaré:

«[M]ême si l’existence d’un état de nécessité est établie, il ne peut être mis fin à un traité sur cette base. L’état de nécessité ne peut être invoqué que pour exonérer de sa responsabilité un État qui n’a pas exécuté un traité. Même si l’on considère que l’invocation de ce motif est justifiée, le traité ne prend pas fin pour autant; il peut être privé d’effet tant que l’état de nécessité persiste; il peut être inopérant en fait, mais il reste en vigueur, à moins que les Parties n’y mettent fin d’un commun accord. Dès que l’état de nécessité disparaît, le devoir de s’acquitter des obligations découlant du traité renaît³²⁸.»

4) Si les mêmes faits peuvent constituer, par exemple, une situation de force majeure au sens de l’article 23 et une situation rendant l’exécution impossible au sens de l’article 61 de la Convention de Vienne sur le droit des traités³²⁹, les deux situations sont distinctes. La force majeure justifie la non-exécution de l’obligation tant que la circonstance existe; la survenance d’une situation rendant l’exécution impossible justifie qu’il soit mis fin au traité ou que l’application de ce dernier soit suspendue conformément aux conditions énoncées à l’article 61. La première a une incidence sur l’obligation en question, la seconde sur le traité qui est à la source de cette obligation. Le champ d’application des deux théories est différent, de même que leur mode d’application. La force majeure excuse la non-exécution momentanée, mais la

³²⁶ Fitzmaurice, «Quatrième rapport sur le droit des traités», *Annuaire ... 1959*, vol. II, p. 41.

³²⁷ *Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande/France)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990), p. 251 et 252, par. 75.

³²⁸ *C.I.J. Recueil 1997*, p. 63, par. 101; voir aussi p. 38, par. 47.

³²⁹ Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

survenance d'une situation rendant l'exécution impossible ne met pas fin automatiquement à un traité: il faut qu'une telle décision soit prise par au moins l'une des parties.

5) On peut faire remonter le concept de circonstances excluant l'illicéité aux travaux du Comité préparatoire de la Conférence de La Haye de 1930. Parmi ses bases de discussion³³⁰, le Comité avait énuméré deux «circonstances dans lesquelles l'État peut décliner sa responsabilité», à savoir la légitime défense et les représailles³³¹. Le Comité a estimé que la mesure dans laquelle la responsabilité de l'État se trouvait engagée dans le contexte de la protection diplomatique pouvait également varier selon que la personne lésée avait ou non adopté une «attitude provocatrice» (Base de discussion n° 19), et qu'un État ne pouvait être tenu responsable des dommages causés par ses forces armées «réprimant une insurrection, une émeute ou des troubles» (Base de discussion n° 21). Toutefois, ces questions n'ont jamais été définitivement tranchées.

6) La catégorie des circonstances excluant l'illicéité a été développée par la Commission du droit international dans le cadre de ses travaux sur la responsabilité internationale pour les dommages causés aux étrangers³³² et l'exécution des traités³³³. En l'occurrence, la question des excuses à la non-exécution de traités a été laissée hors du champ d'application de la Convention de Vienne sur le droit des traités³³⁴. La question relève du droit de la responsabilité des États.

³³⁰ *Annuaire ... 1956*, vol. II, p. 223 à 226.

³³¹ *Ibid.*, p. 225. Les questions soulevées par la clause Calvo et l'épuisement des recours internes étaient traitées sous la même rubrique.

³³² *Annuaire ... 1958*, vol. II, p. 75. Pour l'examen des circonstances proposées par García Amador, voir le premier rapport de ce dernier sur la responsabilité des États, *Annuaire ... 1956*, vol. II, p. 204 à 209 et son troisième rapport sur la responsabilité des États, *Annuaire ... 1958*, vol. II, p. 52 à 57.

³³³ Fitzmaurice, «Quatrième rapport sur le droit des traités», *Annuaire ... 1959*, vol. II, p. 45 à 48, et commentaire, p. 64 à 75.

³³⁴ Voir l'article 73 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

7) Les circonstances excluant l'illicéité doivent être distinguées d'autres moyens qui pourraient avoir pour effet de permettre à un État d'éviter de voir sa responsabilité engagée. Elles n'ont rien à voir avec les questions de la compétence d'une cour ou d'un tribunal à l'égard d'un différend ni de la recevabilité d'une demande. Il faut les distinguer des conditions constitutives de l'obligation, c'est-à-dire des éléments qui doivent exister pour que la question de l'illicéité se pose, et qui sont en principe spécifiées par l'obligation elle-même. En ce sens, les circonstances excluant l'illicéité ont, dans les systèmes juridiques internes, valeur d'exceptions ou d'excuses, et les circonstances définies au chapitre V sont reconnues, souvent sous la même dénomination, par de nombreux systèmes juridiques³³⁵. En revanche, il n'y a pas d'approche commune de ces circonstances en droit interne, et les conditions et limites énoncées au chapitre V ont été élaborées séparément.

8) Les articles ne traitent pas de questions de compétence des cours ou tribunaux, et ils ne traitent pas non plus de questions de preuve ni de charge de la preuve. Dans un différend bilatéral portant sur la responsabilité d'un État, la charge d'établir la responsabilité incombe en principe à l'État qui allègue la responsabilité. Cependant, si un comportement contraire à une obligation internationale est attribuable à un État et que cet État cherche à éluder sa responsabilité en invoquant une circonstance relevant du chapitre V, la situation change et la charge de justifier ou d'excuser son comportement pèse alors sur cet État. De fait, il arrive souvent que seul cet État ait pleinement connaissance des faits qui pourraient excuser l'inexécution de son obligation.

9) Le chapitre V définit les circonstances excluant l'illicéité actuellement reconnues en droit international général³³⁶. D'autres situations ont été exclues. Par exemple, l'exception d'inexécution (*exceptio inadimpleti contractus*) est surtout perçue comme une caractéristique particulière de certaines obligations réciproques ou synallagmatiques et non comme une

³³⁵ Voir l'étude comparée de C. von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 2 (Munich, Beck, 2000), p. 499 à 592.

³³⁶ Pour l'effet de la contribution de l'État lésé ou d'une autre personne ou entité au préjudice, voir l'article 39 et le commentaire y relatif. Cela n'exclut pas l'illicéité, mais intéresse la détermination de l'ampleur et de la forme de la réparation.

circonstance excluant l'illicéité³³⁷. Le principe selon lequel un État ne saurait tirer avantage de son propre fait illicite peut avoir des conséquences dans le domaine de la responsabilité des États, mais il s'agit d'un principe général plutôt que d'une circonstance particulière excluant l'illicéité³³⁸. La théorie dite des «mains propres» a été principalement invoquée à propos de la recevabilité de demandes devant des cours et tribunaux internationaux, mais rarement appliquée. Il n'y a pas lieu non plus de l'inclure ici³³⁹.

Article 20

Consentement

Le consentement valide de l'État à la commission par un autre État d'un fait donné exclut l'illicéité de ce fait à l'égard du premier État pour autant que le fait reste dans les limites de ce consentement.

Commentaire

1) L'article 20 reflète le principe fondamental de droit international relatif au consentement, dans le contexte particulier de la première partie. Conformément à ce principe, le consentement donné par un État à un comportement déterminé d'un autre État exclut l'illicéité de ce fait à

³³⁷ Comparer *Prises d'eau à la Meuse (Pays-Bas c. Belgique)*, 1937, C.P.J.I., série A/B n° 70, p. 50 et 77. Voir en outre Fitzmaurice, «Quatrième rapport sur le droit des traités», *Annuaire ... 1959*, vol. II, p. 43 à 49; D. W. Greig, «Reciprocity, Proportionality and the Law of Treaties», *Virginia Journal of International Law*, vol. 34 (1994), p. 295; et pour une étude comparée, G. H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account* (Oxford, Clarendon Press, 1987), p. 245 à 317. Pour la relation entre l'exception d'inexécution et les contre-mesures, voir ci-dessous le commentaire relatif à la troisième partie, chap. II, par. 5).

³³⁸ Voir, par exemple, *Usine de Chorzów, compétence*, 1927, C.P.J.I., série A n° 9, p. 31; cf. *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, C.I.J. Recueil 1997, p. 67, par. 110.

³³⁹ Voir J. J. A. Salmon, «Des mains propres comme condition de recevabilité des réclamations internationales», *A.F.D.I.*, vol. 10 (1964), p. 225; A. Miaja de la Muela, «Le rôle de la condition des mains propres de la personne lésée dans les réclamations devant les tribunaux internationaux», in *Mélanges offerts à Juraj Andrassy* (La Haye, Martinus Nijhoff, 1968), p. 189, et l'opinion dissidente du juge Schwebel dans *L'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, C.I.J. Recueil 1986, p. 392 à 394.

l'égard de l'État qui a consenti, à condition que le consentement soit valable et dans la mesure où le comportement reste dans les limites du consentement donné.

2) Il arrive quotidiennement que des États consentent à ce que d'autres États commettent un fait qui, sans ce consentement, constituerait la violation d'une obligation internationale.

Parmi les exemples simples, on peut citer le passage par l'espace aérien ou les eaux intérieures d'un État, l'établissement d'installations sur son territoire ou la conduite de recherches ou d'enquêtes officielles sur ce territoire. Mais il faut faire une distinction entre le consentement à l'égard d'une situation particulière ou d'un comportement particulier, et le consentement à l'égard de l'obligation sous-jacente elle-même. Dans le cas d'un traité bilatéral, les États parties peuvent à tout moment convenir de mettre fin au traité ou d'en suspendre l'application, auquel cas les obligations résultant du traité seront du même coup éteintes ou suspendues³⁴⁰. Mais indépendamment de cette possibilité, les États ont le droit de dispenser le débiteur de l'exécution d'une obligation qui leur est due individuellement, ou, de manière générale, d'autoriser un comportement qui, à défaut d'une telle autorisation, serait illicite à leur égard. Dans de tels cas, l'obligation primaire continue de régir les relations entre les deux États, mais elle est déplacée pour l'occasion considérée ou aux fins du comportement particulier en raison du consentement donné.

3) Le consentement à la commission d'un fait par ailleurs illicite peut être donné par un État à l'avance, voire au moment où le fait est commis. Par contre, les cas dans lesquels le consentement est donné après la commission du fait sont une forme de renonciation ou d'acquiescement, conduisant à la perte du droit d'invoquer la responsabilité. Cette question est traitée à l'article 45.

4) Pour exclure l'illicéité, le consentement à la non-exécution d'une obligation dans un cas particulier doit être «valide». La question de savoir si le consentement a été valablement donné relève de règles de droit international extérieures au cadre de la responsabilité des États. Il s'agit notamment de savoir si l'organe ou la personne qui a donné le consentement était habilité à le faire au nom de l'État (et s'il ne l'était pas, si le défaut d'habilitation était connu ou aurait dû être

³⁴⁰ Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331, art. 54 b.

connu de l'État qui agit), ou si le consentement a été vicié par la contrainte ou quelque autre facteur³⁴¹. De fait, la question peut se poser de savoir si l'État pouvait valablement donner son consentement. La référence à un «consentement valide», à l'article 20, met en évidence la nécessité, dans certains cas, d'envisager ces questions.

5) La question de savoir si une personne ou une entité particulière était habilitée à donner le consentement dans un cas déterminé se distingue de celle de savoir si le comportement de cette personne ou entité était attribuable à l'État aux fins du chapitre II. La question s'est posée, par exemple, de savoir si le consentement exprimé par une autorité régionale pouvait légitimer l'envoi de troupes étrangères dans le territoire d'un État ou si seul le Gouvernement central de cet État pouvait donner un tel consentement, et on ne peut régler ces questions en disant que les faits de l'autorité régionale sont attribuables à l'État en vertu de l'article 4³⁴². Dans d'autres cas, la «légitimité» du Gouvernement qui avait donné le consentement a été mise en cause. On a parfois soulevé la question de la validité du consentement donné parce que ce consentement était exprimé en violation des dispositions pertinentes du droit interne. Ces questions dépendent des règles du droit international qui se rapportent à la manifestation de la volonté de l'État, ainsi qu'aux règles de droit interne auxquelles renvoie, dans certains cas, le droit international.

6) La question de savoir qui est habilité à consentir à une dérogation à une règle particulière peut dépendre de la règle considérée. Consentir à la perquisition des locaux d'une ambassade est une chose, consentir à l'établissement d'une base militaire sur le territoire d'un État en est une autre. Différents responsables ou organes peuvent être habilités à exprimer le consentement dans différents contextes, conformément aux dispositions prises par chaque État et aux principes

³⁴¹ Voir, par exemple, la question du consentement autrichien à l'*Anschluss* de 1938, qui a été traitée par le Tribunal de Nuremberg. Le Tribunal a conclu que l'Autriche n'avait pas donné son consentement et que même si elle l'avait donné, elle l'aurait fait sous la contrainte; cela n'aurait donc pas excusé l'annexion. Voir *International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals*, jugement du 1^{er} octobre 1946, reproduit dans *A.J.I.L.*, vol. 41 (1947), p. 192 à 194.

³⁴² Cette question s'est posée à propos de l'envoi de troupes belges dans la République du Congo en 1960. Voir *Documents officiels du Conseil de sécurité, quinzième année*, 873^e séance, 13 et 14 juillet 1960, et notamment l'intervention du représentant de la Belgique, par. 186 à 188 et 209.

généraux concernant les pouvoirs effectifs et apparents. Mais en tout état de cause, il faut respecter certaines modalités pour que le consentement soit réputé valide. Le consentement doit être librement donné et clairement établi. Il doit être effectivement exprimé par l'État et ne peut être simplement présumé au motif que l'État aurait donné son consentement si on le lui avait demandé. Le consentement peut être vicié par l'erreur, le dol, la corruption ou la contrainte. À cet égard, les principes relatifs à la validité du consentement dans le cas des traités fournissent des orientations pertinentes.

7) L'exigence d'un consentement valide appelle l'attention sur les conditions préalables d'un tel consentement, y compris les questions de compétence, mais elle remplit aussi une autre fonction, en signalant l'existence de cas où le consentement peut ne pas avoir été validement donné. Cette question est examinée dans le cadre de l'article 26 (respect de normes impératives), qui s'applique à l'ensemble de la cinquième partie³⁴³.

8) Parmi les exemples de consentement donné par un État qui a pour effet de rendre licites certains comportements, on peut citer la constitution de commissions d'enquête siégeant sur le territoire d'un autre État, l'exercice d'une juridiction sur des forces stationnées à l'étranger, des opérations de secours et d'assistance humanitaire et l'arrestation ou la détention de personnes en territoire étranger. Dans l'affaire *Savarkar*, le tribunal arbitral a estimé que l'arrestation de Savarkar n'avait pas été de nature à porter atteinte à la souveraineté de la France parce que celle-ci, par le comportement de son gendarme qui avait aidé les autorités britanniques à procéder à l'arrestation, y avait implicitement consenti³⁴⁴. Pour déterminer si l'article 20 s'applique à de tels cas, il peut être nécessaire de considérer la règle primaire pertinente. Par exemple, seul le chef d'une mission diplomatique peut permettre aux agents de l'État accréditaire de pénétrer dans les locaux de la mission³⁴⁵.

³⁴³ Voir le commentaire de l'article 26, par. 6).

³⁴⁴ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI (1911), p. 252 à 255.

³⁴⁵ Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 500, p. 95, art. 22, par. 1.

9) L'article 20 concerne les relations entre les deux États considérés. Dans le cas où le consentement de plusieurs États est nécessaire, le consentement d'un État n'exclut pas l'illicéité à l'égard d'un autre État³⁴⁶. De plus, lorsque le consentement est invoqué comme circonstance excluant l'illicéité, il faut montrer que le comportement entrainé dans les limites du consentement donné. Le consentement donné par un État au survol de son territoire par des avions commerciaux d'un autre État n'exclurait pas l'illicéité du survol de son territoire par des avions transportant des troupes et du matériel militaire. Le consentement au stationnement de troupes étrangères pour une durée déterminée n'exclurait pas l'illicéité du stationnement des troupes au-delà de la durée fixée³⁴⁷. Ces limitations sont indiquées par l'expression «fait donné» à l'article 20 ainsi que par le membre de phrase «dans les limites de ce consentement».

10) L'article 20 n'envisage que le consentement d'un État à un comportement par ailleurs contraire à une obligation internationale. Le droit international peut aussi prendre en considération le consentement d'entités non étatiques comme des sociétés ou des particuliers. La mesure dans laquelle les investisseurs peuvent déroger aux règles de protection diplomatique par un accord préalable prête depuis longtemps à controverse, mais la Convention de Washington de 1965 prévoit que, pour un investisseur, le fait de consentir à l'arbitrage au sens de la Convention suspend le droit de protection diplomatique de l'État dont l'investisseur est ressortissant³⁴⁸. Les bénéficiaires des droits conférés par les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme ne peuvent y renoncer, mais le libre consentement d'une personne peut jouer un rôle dans

³⁴⁶ Le consentement de l'Autriche à la proposition d'union douanière de 1931 n'aurait pas exclu son illicéité eu égard à l'obligation qui incombait à l'Allemagne à l'égard de toutes les Parties au Traité de Versailles de respecter l'indépendance autrichienne. De même, le consentement de l'Allemagne n'aurait pas exclu l'illicéité de l'union douanière en raison de l'obligation, imposée à l'Autriche par le Traité de Saint-Germain, de maintenir sa complète indépendance. Voir *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, 1931, *C.P.J.I.*, série A/B n° 41, p. 46 et 49.

³⁴⁷ L'inobservation d'une condition posée au consentement ne fera pas nécessairement sortir le comportement des limites du consentement. Par exemple, le consentement d'un État au stationnement de forces sur son territoire peut être subordonné à l'obligation de verser un loyer pour l'utilisation des locaux. Le non-paiement du loyer constituerait incontestablement un fait illicite, mais il ne transformerait pas les forces stationnées en armée d'occupation.

³⁴⁸ Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, Washington, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 575, p. 159, art. 27, par. 1.

l'exercice de ces droits³⁴⁹. Dans ce cas, c'est la règle particulière de droit international elle-même qui autorise ce consentement et en prévoit les effets. Au contraire, l'article 20 énonce un principe général dès lors que sont concernés l'exercice des droits et l'exécution des obligations des États.

Article 21

Légitime défense

L'illicéité du fait de l'État est exclue si ce fait constitue une mesure licite de légitime défense prise en conformité avec la Charte des Nations Unies.

Commentaire

- 1) L'existence d'un principe général admettant la légitime défense comme exception à l'interdiction de l'emploi de la force dans les relations internationales est incontestée. L'article 51 de la Charte des Nations Unies consacre le «droit naturel de légitime défense» des États face à une agression armée et il est compris dans la définition de l'obligation de s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force énoncée à l'Article 2, paragraphe 4. Ainsi, un État exerçant son droit naturel de légitime défense, tel qu'il est énoncé à l'Article 51 de la Charte, ne peut en aucune manière violer l'Article 2, paragraphe 4³⁵⁰.
- 2) La légitime défense peut justifier un manquement à certaines obligations autres que celles énoncées à l'Article 2, paragraphe 4, de la Charte, dès lors que ce manquement est lié à la violation de cette disposition. Le droit international classique traitait ce type de problèmes dans le cadre d'un régime juridique distinct, le droit de la guerre, qui définissait l'étendue des droits des belligérants et suspendait l'application de la plupart des traités en vigueur entre eux au moment où la guerre avait éclaté³⁵¹. Depuis l'adoption de la Charte des Nations Unies, les déclarations de guerre sont exceptionnelles et les actions militaires menées au nom de la légitime défense le sont

³⁴⁹ Voir par exemple le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 171, art. 7; art.8, par. 3; art. 14, par. 1 g; art. 23, par. 3.

³⁵⁰ Cf. *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, C.I.J. *Recueil* 1996, p. 244, par. 38, et p. 263, par. 96, soulignant la licéité de l'emploi de la force en cas de légitime défense.

³⁵¹ Voir également A. McNair et A. D. Watts, *Legal Effects of War* (4^e éd.) (Cambridge, Cambridge University Press, 1966), p. 579.

par des États qui sont officiellement «en paix³⁵²». La Convention de Vienne sur le droit des traités laisse ces questions de côté en stipulant, à l'article 73, qu'elle ne préjuge «aucune question qui pourrait se poser à proposer d'un traité ... en raison de l'ouverture d'hostilités entre États».

3) Il ne s'agit pas de dire que la légitime défense exclut l'illicéité d'un comportement dans toutes les circonstances ni à l'égard de toutes les obligations. On peut citer des exemples dans le domaine du droit international humanitaire et de la protection des droits de l'homme. Les Conventions de Genève de 1949 et le Protocole I de 1977 y relatif s'appliquent également à toutes les parties à un conflit armé international, et il en va de même pour le droit international humanitaire coutumier³⁵³. Les traités relatifs aux droits de l'homme prévoient des dérogations en période d'état d'urgence, y compris pour les mesures prises dans l'exercice de la légitime défense. S'agissant des obligations résultant du droit international humanitaire et des dispositions relatives aux droits de l'homme non susceptibles de dérogation, l'illicéité d'un comportement n'est pas exclue par la légitime défense.

4) Dans l'avis consultatif qu'elle a rendu sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour internationale de Justice a fourni quelques indications sur cette question. Il s'agissait notamment de déterminer si l'emploi d'armes nucléaires devait nécessairement être considéré comme une violation des obligations relatives à la protection de l'environnement en raison des dommages massifs et durables que ces armes pouvaient causer. La Cour a déclaré:

«[...] la question n'est pas de savoir si les traités relatifs à la protection de l'environnement sont ou non applicables en période de conflit armé, mais bien de savoir si les obligations nées de ces traités ont été conçues comme imposant une abstention totale pendant un conflit

³⁵² Dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, *exception préliminaire*, C.I.J. Recueil 1996, p. 803, il n'a pas été nié que le Traité d'amitié de 1955 était resté en vigueur en dépit des nombreuses actions menées par les forces navales américaines contre l'Iran. En l'espèce, les deux parties sont convenues que de telles opérations seraient licites dans la mesure où elles auraient été commises dans l'exercice du droit de légitime défense.

³⁵³ Comme la Cour l'a déclaré dans l'avis consultatif qu'elle a rendu sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, C.I.J. Recueil 1996, p. 257, par. 79, «les règles du droit international humanitaire constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier». Pour ce qui est des relations entre les droits de l'homme et le droit humanitaire applicable dans les conflits armés, voir *ibid.*, p. 240, par. 25.

armé. La Cour n'estime pas que les traités en question aient entendu priver un État de l'exercice de son droit de légitime défense en vertu du droit international, au nom des obligations qui sont les siennes de protéger l'environnement. Néanmoins, les États doivent aujourd'hui tenir compte des considérations écologiques lorsqu'ils décident de ce qui est nécessaire et proportionné dans la poursuite d'objectifs militaires légitimes. Le respect de l'environnement est l'un des éléments qui permettent de juger si une action est conforme aux principes de nécessité et de proportionnalité³⁵⁴.»

Un État agissant dans le cadre de la légitime défense est tenu à une «abstention totale» en vertu d'une obligation internationale si cette obligation a été formulée ou conçue comme une restriction formelle, s'imposant même aux États en situation de conflit armé³⁵⁵.

5) L'article 21 a pour effet essentiel d'exclure l'illicéité du comportement de l'État dans l'exercice de la légitime défense vis-à-vis d'un État agresseur. Mais il peut y avoir, dans certains cas, des effets vis-à-vis d'États tiers. Dans l'avis consultatif qu'elle a émis sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour a déclaré:

«[...] dans le cas des principes du droit humanitaire applicable dans les conflits armés, le droit international ne laisse aucun doute quant au fait que le principe de neutralité, quel qu'en soit le contenu, qui a un caractère fondamental analogue à celui des principes et règles humanitaires, s'applique (sous réserve des dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies), à tous les conflits armés internationaux, quel que soit le type d'arme utilisé³⁵⁶.»

Le droit de la neutralité distingue entre le comportement à l'égard d'un belligérant et le comportement à l'égard d'un neutre. Mais cela ne signifie pas que les États neutres ne sont pas affectés par l'existence d'un état de guerre. L'article 21 ne dit rien des effets des mesures prises dans l'exercice du droit de légitime défense vis-à-vis des États tiers.

6) Ainsi, l'article 21 reflète la position généralement admise selon laquelle la légitime défense exclut l'illicéité d'une action menée dans les limites posées par le droit international. Il vise une

³⁵⁴ *C.I.J. Recueil 1996*, p. 242, par. 30.

³⁵⁵ Voir, par exemple, la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1108, p. 151.

³⁵⁶ *C.I.J. Recueil 1996*, p. 261, par. 89.

mesure «prise en conformité avec la Charte des Nations Unies». De plus, le terme «licite» implique que la mesure prise respecte les obligations d'abstention totale applicables en situation de conflit armé international, ainsi que les conditions de proportionnalité et de nécessité inhérentes au concept de légitime défense. L'article 21 exprime simplement le principe fondamental aux fins du Chapitre V, en renvoyant les questions de l'étendue et de l'application de la légitime défense aux règles primaires applicables visées dans la Charte.

Article 22

Contre-mesures à raison d'un fait internationalement illicite

L'illicéité du fait d'un État non conforme à l'une de ses obligations internationales à l'égard d'un autre État est exclue si, et dans la mesure où, ce fait constitue une contre-mesure prise à l'encontre de cet autre État conformément au chapitre II de la troisième partie.

Commentaire

- 1) Dans certaines circonstances, la commission par un État d'un fait internationalement illicite à l'encontre d'un autre État peut justifier l'adoption par l'État lésé par ce fait de contre-mesures n'impliquant pas l'emploi de la force pour obtenir la cessation du fait et réparation du préjudice subi. L'article 22 traite de cette situation du point de vue des circonstances excluant l'illicéité. Le chapitre II de la troisième partie réglemente plus précisément les contre-mesures.
- 2) La jurisprudence, la pratique des États et la doctrine confirment que les contre-mesures, sous réserve qu'elles répondent à certaines conditions de fond et de procédure, peuvent être légitimes. Dans l'affaire relative au *projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour internationale de Justice a admis sans équivoque qu'une contre-mesure «prise pour riposter à un fait internationalement illicite d'un autre État et ... dirigée contre ledit État³⁵⁷» peut légitimer un comportement qui sinon serait illicite, sous réserve que certaines conditions soient réunies. De même, des sentences arbitrales ont reconnu la légitimité de mesures de cette nature dans

³⁵⁷ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, C.I.J. Recueil 1997, p. 55, par. 83.

certains cas, en particulier dans les affaires *Naulilaa*³⁵⁸ et *Cysne*³⁵⁹ et dans l'*Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens*³⁶⁰.

3) Dans la doctrine relative aux contre-mesures, il est parfois question de l'application d'une «sanction» ou d'une «réaction» à un fait internationalement illicite survenu antérieurement; dans le passé, les expressions les plus usitées étaient «représailles légitimes» ou, plus généralement, mesures d'«autoprotection» ou d'«auto-assistance». Le mot «sanction» a été employé pour désigner des mesures prises conformément à l'acte constitutif d'une organisation internationale, en particulier le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, encore que dans la Charte figure le mot «mesures» et non le mot «sanctions». Le terme «représailles» n'est plus d'usage courant dans ce contexte, parce qu'il est associé au droit des représailles armées impliquant l'emploi de la force. C'est au moins depuis l'arbitrage rendu dans l'*Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens*³⁶¹ que le mot «contre-mesures» est utilisé de préférence, et c'est celui qui a été retenu aux fins des présents articles.

4) Lorsque des contre-mesures sont adoptées conformément à l'article 22, l'exécution de l'obligation sous-jacente n'est pas suspendue, et encore moins éteinte: l'illicéité du comportement en question est alors exclue au motif qu'il constitue une contre-mesure, mais uniquement si les conditions requises pour adopter des contre-mesures sont réunies et pour la durée pendant laquelle elles le sont. Ces conditions sont énoncées dans le chapitre II de la troisième partie, auquel l'article 22 renvoie. En tant que réaction au comportement internationalement illicite d'un autre État, une contre-mesure ne peut être légitimée qu'à l'égard

³⁵⁸ «*Naulilaa*» (*Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique*), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (1928), p. 1025 et 1026.

³⁵⁹ «*Cysne*» (*Responsabilité de l'Allemagne à raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Portugal ne participât à la guerre*), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (1930), p. 1052.

³⁶⁰ *Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 (États-Unis c. France)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (1979), p. 454.

³⁶¹ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (1979), en particulier p. 482 à 486, par. 80 à 98.

de cet État. C'est ce qu'expriment les expressions «si, et dans la mesure où,» et «une contre-mesure prise à l'encontre» de l'État responsable. Un fait dirigé contre un État tiers n'entrerait pas dans cette définition et ne saurait donc être légitimé en tant que contre-mesure. En revanche, les effets indirects d'une contre-mesure sur des tierces parties qui n'entraînent pas une violation indépendante d'une quelconque obligation due auxdites parties n'emporteront pas exclusion de la contre-mesure du champ d'application de l'article 22.

5) Une contre-mesure ne peut exclure l'illicéité que dans les rapports entre l'État lésé et l'État qui a perpétré le fait internationalement illicite. Ce principe est énoncé explicitement dans l'affaire *Cysne*, dans laquelle le Tribunal a souligné que:

«les représailles, consistant en un acte en principe contraire au droit des gens, ne peuvent se justifier qu'autant qu'elles ont été *provoquées* par un autre acte également contraire à ce droit. *Les représailles ne sont admissibles que contre l'État provocateur*. Il se peut, il est vrai, que des représailles légitimes, exercées contre un État offenseur, atteignent des ressortissants d'un État innocent. Mais il s'agira là d'une conséquence indirecte, involontaire, que l'État offensé s'efforcera, en pratique, toujours d'éviter ou de limiter autant que possible³⁶²».

En conséquence, l'illicéité du comportement de l'Allemagne à l'égard du Portugal n'était pas exclue. Comme ce comportement impliquait l'emploi de la force armée, il s'agissait davantage de représailles que de contre-mesures au sens de l'article 22. Mais le même principe s'applique aux contre-mesures, comme la Cour l'a confirmé dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, lorsqu'elle a souligné que la mesure en question doit être «dirigée contre» l'État responsable³⁶³.

6) Si l'article 22 existait indépendamment des autres articles, il aurait été nécessaire d'énoncer les autres conditions à réunir pour rendre une contre-mesure légitime, dont, en particulier, le critère de proportionnalité, le caractère temporaire ou réversible de la contre-mesure et la situation de certaines obligations fondamentales qui ne peuvent pas faire l'objet de contre-mesures. Ces conditions étant énumérées dans le chapitre II de la troisième partie, il suffit, à l'article 22, d'y renvoyer. L'article 22 s'applique à toute action qui répond

³⁶² Ibid., vol. II (1930), p. 1056 et 1057 (italiques dans l'original).

³⁶³ *C.I.J. Recueil 1997*, p. 55, par. 83.

auxdites conditions pour être considérée comme étant une contre-mesure. Reste à savoir si une contre-mesure peut être adoptée par des États tiers qui ne sont pas eux-mêmes, pris individuellement, lésés par le fait internationalement illicite en question, tout en étant bénéficiaires de l'obligation qui a été violée³⁶⁴. Par exemple, dans le cas d'une obligation à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble, la Cour internationale de Justice a affirmé que tous les États ont un intérêt juridique à ce qu'elle soit exécutée³⁶⁵. L'article 54 laisse ouverte la question de savoir si n'importe quel État peut prendre des mesures pour obtenir l'exécution de certaines obligations internationales dans l'intérêt général, par opposition à son intérêt particulier en tant qu'État lésé. L'article 22 ne s'applique pas aux mesures prises en pareil cas en tant qu'elles ne remplissent pas les conditions requises pour être réputées être des contre-mesures, mais il n'exclut pas la possibilité de leur être applicable.

Article 23

Force majeure

1. L'illicéité du fait d'un État non conforme à une obligation internationale de cet État est exclue si ce fait est dû à la force majeure, consistant en la survenance d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu qui échappe au contrôle de l'État et fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation.
2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas:
 - a) Si la situation de force majeure est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'État qui l'invoque; ou
 - b) Si l'État a assumé le risque que survienne une telle situation.

³⁶⁴ Pour une analyse de la distinction entre les États lésés et les autres États en droit d'invoquer la responsabilité de l'État, voir les articles 42 et 48 et les commentaires y relatifs.

³⁶⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, par. 33.

Commentaire

- 1) La force majeure est très souvent invoquée comme motif excluant l'illicéité du fait d'un État³⁶⁶. Elle désigne une situation où l'État considéré est effectivement contraint d'agir d'une manière qui n'est pas conforme à ce que lui impose une obligation internationale à sa charge. La force majeure diffère de la détresse (art. 24) et de l'état de nécessité (art. 25), en ce sens que le comportement de l'État qui sinon serait internationalement illicite est involontaire ou à tout le moins ne procède en aucune manière d'un choix librement opéré.

- 2) Il n'y a force majeure excluant l'illicéité que si trois éléments sont réunis: a) le fait en question doit résulter d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu, b) qui échappe au contrôle de l'État considéré, et c) fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation. L'adjectif «irrésistible» qui qualifie le mot «force» est employé pour rendre l'idée de l'existence d'une contrainte à laquelle l'État n'a pas pu se soustraire ni s'opposer par ses propres moyens. L'événement extérieur «imprévu» est un événement qui n'a pas été prévu ou qui ne pouvait pas être aisément prévisible. En outre, il doit exister un lien de causalité entre la «force irrésistible» ou l'«événement extérieur imprévu» et la situation d'impossibilité matérielle, comme l'indique l'expression «dû à la force majeure ... et fait qu'il est matériellement impossible». Sous réserve du paragraphe 2, lorsque ces éléments sont réunis, l'illicéité du comportement de l'État est exclue aussi longtemps que la situation de force majeure subsiste.

- 3) L'impossibilité matérielle d'exécuter l'obligation qui donne lieu à une situation de force majeure peut être due à un phénomène naturel ou physique (par exemple intempéries pouvant obliger l'aéronef d'un État à se dérouter vers le territoire d'un autre État, tremblements de terre, inondations ou sécheresses) ou à une activité de l'homme (par exemple perte de contrôle sur une partie du territoire d'un État consécutive à une insurrection ou dévastation d'une zone consécutive à des opérations militaires conduites par un État tiers), ou à une combinaison de ces deux éléments. Certaines situations de détresse ou de contrainte impliquant une force imposée

³⁶⁶ Voir *l'Étude du secrétariat* intitulée «“Force majeure” et “cas fortuit” en tant que circonstances excluant l'illicéité: pratique des États, jurisprudence internationale et doctrine», *Annuaire ... 1978*, vol. II, première partie, p. 58.

à un État peuvent aussi équivaloir à une situation de force majeure si elles répondent aux conditions énoncées à l'article 23. En particulier, la situation doit être à ce point irrésistible que l'État en cause n'a pas vraiment la possibilité d'échapper à ses effets. La force majeure ne s'étend pas aux circonstances dans lesquelles l'exécution d'une obligation a été rendue difficile, par exemple par une crise politique ou économique. Elle ne s'étend pas non plus aux situations dues à la négligence ou à la faute de l'État considéré³⁶⁷, même si le préjudice lui-même qui en découle était accidentel et non intentionnel³⁶⁸.

4) En élaborant ce qui devait devenir l'article 61 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, la Commission du droit international a considéré que la force majeure était une circonstance excluant l'illicéité au regard de l'exécution d'un traité, tout comme la survenance d'une situation rendant l'exécution d'un traité impossible était un motif pour mettre fin au traité³⁶⁹. La même opinion a prévalu à la Conférence de Vienne³⁷⁰. Mais pour préserver la

³⁶⁷ Par exemple, dans des cas où il fut reconnu que des événements tels que les bombardements de La Chaux-de-Fonds par des aviateurs allemands, le 17 octobre 1915, et de Porrentruy par un aviateur français, le 26 avril 1917, étaient dus à la négligence de la part de leurs auteurs, les belligérants s'engagèrent à punir les coupables et à réparer les préjudices causés: *Étude du secrétariat*, par. 255 et 256.

³⁶⁸ Par exemple, en 1906, un officier de la marine américaine à bord du navire des États-Unis *Chattanooga*, qui entrait dans le port chinois de Tche-fou, fut atteint par une balle tirée par un navire de guerre français et tué. Le Gouvernement des États-Unis d'Amérique obtint réparation, en faisant valoir que:

«Si on ne peut qualifier la disparition du lieutenant England autrement que comme accidentelle, on ne peut néanmoins la considérer comme un fait inévitable dont personne n'est responsable. En effet, on ne peut concevoir que cet accident se soit produit sans qu'un élément y ait contribué, à savoir le manque de précautions suffisantes de la part des officiers du *Dupetit Thouars* qui étaient responsables des exercices de tir et ne les ont pas arrêtés lorsque le *Chattanooga*, qui empruntait normalement le chenal, s'est trouvé dans la ligne de tir.»

Whiteman, *Damages*, vol. I, p. 221. Voir également l'*Étude du secrétariat*, par. 130.

³⁶⁹ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 278.

³⁷⁰ Voir par exemple la proposition du représentant du Mexique, *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents de la Conférence*, p. 197, document A/CONF.39/14, par. 531 a.

stabilité des traités, la Conférence de Vienne a insisté pour limiter les cas dans lesquels l'article 61 peut être invoqué pour mettre fin à un traité. La conception de la situation de force majeure en tant que circonstance excluant l'illicéité, bien que restreinte, l'est moins que celle de l'impossibilité d'exécution comme motif pour mettre fin à un traité définie à l'article 61. C'est ce que la Cour internationale de Justice a souligné dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*:

«Le paragraphe 1 de l'article 61 exige qu'il y ait eu disparition ou destruction définitives d'un objet indispensable à l'exécution d'un traité pour que l'impossibilité d'exécution puisse justifier la terminaison dudit traité. Au cours de la conférence, il a été proposé d'élargir la portée de cet article jusqu'à inclure des cas tels que l'impossibilité d'effectuer certains paiements en raison de difficultés financières graves... Bien qu'il ait été admis que de telles situations pourraient exclure l'illicéité de l'inexécution, par une partie, de ses obligations conventionnelles, les États participants n'ont pas été disposés à en faire un motif d'extinction ou de suspension d'un traité et ont préféré s'en tenir à une conception plus étroite³⁷¹.»

5) Dans la pratique, dans la plupart des cas où l'«impossibilité» a été invoquée, il n'y avait pas réellement impossibilité: l'exécution avait seulement été rendue plus difficile, et la force majeure n'a donc pas été retenue. Mais il y a eu des cas d'impossibilité matérielle, par exemple celui de l'avion d'un État qu'une avarie ou une perte de contrôle de l'appareil entraîne dans l'espace aérien d'un autre État sans l'autorisation de ce dernier. Dans les cas de ce genre, il a été admis que l'illicéité était exclue³⁷².

³⁷¹ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, C.I.J. Recueil 1997, p. 63, par. 102.

³⁷² Voir par exemple les cas d'intrusion accidentelle dans l'espace aérien d'un État en raison du mauvais temps et les cas de bombardement accidentel d'un territoire neutre durant la Première Guerre mondiale en raison d'erreurs de navigation, analysés dans l'*Étude du Secrétariat*, par. 250 à 256. Voir également les notes échangées par les États concernés au sujet d'incidents de pénétration d'avions militaires des États-Unis dans l'espace aérien de la Yougoslavie en 1946: États-Unis d'Amérique, *Department of State Bulletin*, vol. XV, n° 376 (15 septembre 1946), p. 502, reproduit dans l'*Étude du Secrétariat*, par. 144, et l'incident qui a provoqué la saisine de la Cour internationale de Justice en 1954: C.I.J. *Mémoires, Traitement en Hongrie d'un avion des États-Unis d'Amérique et de son équipage*, note du 17 mars 1953 au Gouvernement hongrois, p. 14. Il n'apparaît pas toujours clairement si ces cas relèvent de la détresse ou de la force majeure.

6) En dehors des incidents aériens, le principe énoncé à l'article 23 est reconnu aussi à l'article 14, paragraphe 3, de la Convention de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë³⁷³, en ce qui concerne le droit de passage inoffensif, (l'article 18, paragraphe 2, de la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer)³⁷⁴ et à l'article 7, paragraphe 1, de la Convention du 8 juillet 1965 relative au commerce de transit des États sans littoral³⁷⁵. Dans ces dispositions, la relâche forcée, ou la force majeure est certes citée en tant qu'élément constitutif de la règle primaire considérée, mais son acceptation dans ces cas ne fait que confirmer l'existence d'un principe général du droit international ayant le même effet.

7) Ce principe a été également accepté dans la jurisprudence internationale. Des commissions mixtes des réclamations ont fréquemment mis en avant le caractère imprévisible d'attaques lancées par des rebelles pour rejeter la responsabilité de l'État territorial pour les dommages subis par des étrangers de ce fait³⁷⁶. En l'affaire relative à la concession des *Phares de l'Empire ottoman*, un phare appartenant à une société française avait été réquisitionné par le Gouvernement grec en 1915 et avait été ultérieurement détruit par un bombardement turc. Le tribunal arbitral rejeta la réclamation française tendant à la restitution du phare en invoquant la force majeure³⁷⁷. Dans l'affaire de l'*Indemnité russe*, le principe a été accepté, mais l'excuse de force majeure n'a pas été accueillie parce que le paiement de la dette n'était pas

³⁷³ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 516, p. 205.

³⁷⁴ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1834, p. 4.

³⁷⁵ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 597, p. 43.

³⁷⁶ Voir par exemple la décision de la Commission des réclamations États-Unis d'Amérique/Royaume-Uni, dans l'affaire *Saint Albans Raid* (affaire du Raid de Saint Albans) (1873), Moore, *International Arbitrations*, vol. IV, p. 4042, et *Étude du Secrétariat*, par. 339; les décisions de la Commission des réclamations États-Unis d'Amérique/Venezuela dans les affaires *Wipperman*, Moore, *International Arbitrations*, vol. III, p. 3039, et *Étude du secrétariat*, par. 349 et 350, et *De Brissot et consorts*, Moore, *International Arbitrations*, vol. III, p. 2967, et *Étude du secrétariat*, par. 352; et la décision de la Commission mixte des réclamations Royaume-Uni/Mexique dans l'affaire *Gill*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (1931), p. 157, et *Étude du secrétariat*, par. 463.

³⁷⁷ *Concession des phares de l'Empire ottoman*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (1956), p. 219 et 220.

matériellement impossible³⁷⁸. Dans l'affaire des *Emprunts serbes* et dans celle des *Emprunts brésiliens*, la Cour permanente de Justice internationale a reconnu que la force majeure était un principe général de droit, sans toutefois l'admettre en l'espèce compte tenu des faits³⁷⁹. Plus récemment, dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, la France a invoqué la force majeure comme circonstance excluant l'illicéité de son comportement qui avait consisté à retirer ses officiers de Hao et à ne pas les y renvoyer après traitement médical. Le tribunal a brièvement traité ce point:

«C'est à bon droit que la Nouvelle-Zélande affirme que l'excuse de force majeure n'est pas pertinente en l'espèce car pour qu'elle soit applicable il faut que l'impossibilité soit absolue et matérielle, et parce qu'une circonstance qui rend l'exécution plus difficile ou plus lourde ne constitue pas un cas de force majeure³⁸⁰.»

8) Outre qu'elle s'applique en droit international public, la force majeure est largement admise dans les arbitrages en matière de commerce international et constitue vraisemblablement un principe général de droit³⁸¹.

9) Un État ne peut invoquer une situation de force majeure s'il a causé ou provoqué cette situation. Dans l'affaire *Libyan Arab Foreign Investment Company v. Republic of Burundi*³⁸²,

³⁷⁸ Ibid., vol. XI (1912), p. 443.

³⁷⁹ *Emprunts serbes*, C.P.J.I., série A, n° 20 (1929), p. 33 à 40; *Emprunts brésiliens*, C.P.J.I., série A, n° 21 (1929), p. 120.

³⁸⁰ *Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande/France)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990), p. 253.

³⁸¹ À propos de la force majeure dans la jurisprudence du Tribunal des réclamations États-Unis-Iran, voir G. H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford, Clarendon Press, 1996), p. 306 à 320. La Cour européenne de justice a reconnu elle aussi la force majeure en tant que principe général de droit: voir par exemple l'affaire 145/85, *Denkavit Belgie NV c. Belgique*, [1987] R.C.E. 565, et l'affaire 101/84, *Commission c. Italie*, [1985] R.C.E. 2629. Voir également l'article 79 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Convention de Vienne du 11 avril 1980, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1489, p. 79; P. Schlechtriem & Thomas, *Commentary on the United Nations Convention on the International Sale of Goods* (2^e éd.) (Oxford, Clarendon Press, 1998), p. 600 à 626; et art. 7.1.7 des Principes des contrats commerciaux internationaux in UNIDROIT, *Principes des contrats commerciaux internationaux* (Rome, 1994), p. 176 à 178.

³⁸² *I.L.R.*, vol. 96 (1994), p. 279.

le tribunal arbitral n'a pas admis la force majeure parce que «l'impossibilité alléguée n'est pas le résultat d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu échappant à la volonté du Burundi. En fait, l'impossibilité est le résultat d'une décision unilatérale de cet État...³⁸³». De la même manière, selon l'article 61 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, l'impossibilité matérielle ne peut être invoquée en tant que motif pour mettre fin à un traité «si cette impossibilité résulte d'une violation, par la partie qui l'invoque, soit d'une obligation du traité, soit de toute autre obligation internationale à l'égard de toute autre partie au traité». Par analogie avec cette disposition, l'alinéa a du paragraphe 2 exclut le motif de la force majeure lorsque celle-ci est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'État qui l'invoque. Pour que la disposition de l'alinéa a du paragraphe 2 s'applique, il ne suffit pas que l'État qui invoque la force majeure ait contribué à la situation d'impossibilité matérielle: il faut que la situation de force majeure soit «due» au comportement de l'État qui l'invoque. C'est ainsi que la force majeure peut être invoquée dans des situations où un État a pu, à son insu, contribuer à la survenance de l'impossibilité matérielle en faisant quelque chose qui considéré *a posteriori*, aurait pu être fait différemment mais qui a été fait de bonne foi et n'a pas rendu l'événement moins imprévu. Selon l'alinéa a du paragraphe 2, le rôle de l'État dans la survenance de la force majeure doit être fondamental.

10) L'alinéa b du paragraphe 2 traite des situations dans lesquelles l'État a déjà accepté le risque que survienne la force majeure, dans le cadre de l'obligation elle-même, ou encore par son comportement ou par un acte unilatéral. Cette disposition reflète le principe selon lequel la force majeure ne devrait pas excuser l'inexécution de l'obligation si l'État s'était engagé à empêcher la survenance d'une situation particulière ou avait autrement assumé un tel risque³⁸⁴. Une fois qu'un État a accepté d'assumer la responsabilité d'un risque donné, il ne peut alors invoquer la force majeure pour se soustraire à sa responsabilité. Mais le risque doit être assumé sans équivoque et à l'égard de ceux auxquels l'obligation est due.

³⁸³ Ibid., p. 318, par. 55.

³⁸⁴ Comme indiqué au paragraphe 31 de l'*Étude du secrétariat*, les États peuvent renoncer au droit d'invoquer la force majeure par voie d'accord. La manière la plus courante de le faire est de conclure à un accord ou de contracter une obligation pour assumer à l'avance le risque d'un événement particulier constituant un cas de force majeure.

Article 24

Détresse

1. L'illicéité du fait d'un état non conforme à une obligation internationale de cet état est exclue si l'auteur dudit fait n'a raisonnablement pas d'autre moyen, dans une situation de détresse, de sauver sa propre vie ou celle de personnes qu'il a la charge de protéger.
2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas:
 - a) Si la situation de détresse est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'État qui l'invoque; ou
 - b) Si ledit fait est susceptible de créer un péril comparable ou plus grave.

Commentaire

1) L'article 24 traite du cas particulier où un individu dont les actes sont attribuables à l'État se trouve dans une situation de péril, soit personnellement, soit à travers des personnes qu'il a la charge de protéger. Il prévoit l'exclusion de l'illicéité du comportement adopté par l'agent de l'État dans les cas où l'agent n'avait raisonnablement pas d'autre moyen de sauver les vies en question. À la différence de ce qui se produit dans le cas des situations de force majeure, visées à l'article 23, une personne qui agit sous l'effet de la détresse n'agit pas involontairement, même si la possibilité de choix est effectivement annihilée par la situation de péril³⁸⁵. Il ne s'agit pas non plus de choix entre le respect des engagements internationaux de l'État et d'autres intérêts légitimes dudit État, tels ceux qui caractérisent l'état de nécessité visé à l'article 25. L'intérêt est ici l'intérêt immédiat de sauver la vie de personnes, quelle que soit leur nationalité.

2) Dans la pratique, les situations de ce type ont surtout concerné l'entrée sur le territoire d'un État de navires ou d'aéronefs, en détresse suite à des intempéries, à des problèmes mécaniques ou à des difficultés de navigation³⁸⁶. Par exemple, un avion militaire des États-Unis pénétra dans l'espace aérien yougoslave en 1946. À deux occasions, un avion militaire des États-Unis pénétra

³⁸⁵ C'est pour cette raison que les auteurs qui ont analysé cette situation ont souvent dit qu'il s'agissait d'une situation d'«impossibilité relative» d'exécuter l'obligation internationale. Voir par exemple O. J. Lissitzyn, «The Treatment of Aerial Intruders in Recent Practice and International Law», *A.J.I.L.*, vol. 47 (1953), p. 588.

³⁸⁶ Voir l'*Étude du secrétariat* intitulée «“Force majeure” et “cas fortuit” en tant que circonstances excluant l'illicéité: pratique des États, jurisprudence internationale et doctrine», *Annuaire ... 1978*, vol. II, première partie, p. 58, par. 141 et 142 et 252.

sans autorisation dans l'espace aérien yougoslave et fut attaqué par la défense aérienne yougoslave. Le Gouvernement des États-Unis souleva une protestation contre l'action yougoslave, en faisant valoir que l'aéronef n'avait pénétré dans l'espace aérien yougoslave que pour échapper à un danger extrême. Le Gouvernement yougoslave répliqua en dénonçant les violations systématiques de son espace aérien, violations qui, au vu de leur fréquence, ne pouvaient à son avis qu'être intentionnelles. Dans une note adressée ultérieurement au Département d'État américain, le chargé d'affaires yougoslave fit savoir que le Maréchal Tito avait interdit de tirer sur des avions survolant sans autorisation le territoire yougoslave, en présumant que le Gouvernement des États-Unis d'Amérique «prendrait de son côté les mesures nécessaires pour empêcher ces vols sauf dans les cas d'urgence ou de mauvais temps, pour lesquels des arrangements pourraient être prévus sur la base d'un accord entre les autorités américaines et yougoslaves³⁸⁷». Dans sa réponse, le Secrétaire d'État américain par intérim réitéra l'assertion qu'aucun avion américain n'avait, sans autorisation préalable des autorités yougoslaves, survolé intentionnellement le territoire yougoslave «à moins d'y avoir été contraint par un cas d'urgence». Le Secrétaire d'État par intérim ajouta cependant que:

«Je suppose que le Gouvernement yougoslave reconnaît que, dans le cas où un avion et ses passagers sont mis en danger, l'avion peut s'écarter de sa route pour se mettre en sécurité, même s'il doit de ce fait survoler le territoire yougoslave sans autorisation préalable³⁸⁸.»

3) La situation de détresse a été invoquée aussi dans le cas de violations des frontières maritimes. Par exemple, en décembre 1975, après que des navires de la marine britannique eurent pénétré dans les eaux territoriales islandaises, le Gouvernement britannique maintint qu'ils l'avaient fait en cherchant «à se mettre à l'abri du mauvais temps, comme ils en ont le droit en vertu du droit international³⁸⁹». L'Islande soutenait que la présence dans ses eaux des

³⁸⁷ États-Unis d'Amérique, *Department of State Bulletin*, vol. XV (15 septembre 1946), p. 502, reproduit dans l'*Étude du secrétariat*, par. 144.

³⁸⁸ *Étude du secrétariat*, par. 145. Le même argument est développé dans le mémoire du 2 décembre 1958 déposé par le Gouvernement des États-Unis d'Amérique au greffe de la Cour internationale de Justice, dans le cadre d'un autre incident aérien: voir *C.I.J. Mémoires, incident aérien du 27 juillet 1955*, p. 225 et suiv.

³⁸⁹ *Documents officiels du Conseil de sécurité, trentième année*, 1866^e séance, 16 décembre 1975. *Étude du secrétariat*, par. 136.

navires de la marine britannique n'avait pour but que de provoquer un incident, mais elle ne contesta pas le point en vertu duquel, si les navires britanniques s'étaient trouvés en situation de détresse, ils pouvaient pénétrer dans les eaux territoriales islandaises.

4) Bien qu'historiquement, la pratique concerne principalement des cas de navires et d'aéronefs en détresse, l'article 24 n'est pas limité à ces cas³⁹⁰. Dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, l'exception de détresse a été invoquée en tant que circonstance excluant l'illicéité, mais la situation de détresse ne concernait ni des navires ni des aéronefs. La France cherchait à justifier le fait d'avoir transféré les deux fonctionnaires de l'île de Hao en invoquant des «circonstances de détresse dans un cas d'extrême urgence faisant intervenir des considérations humanitaires élémentaires touchant les organes de l'État auteurs du fait³⁹¹». Le Tribunal a admis à l'unanimité que cette exception était recevable en principe et reconnu à la majorité qu'elle était applicable aux faits dans l'une des deux causes. À propos du principe, le Tribunal a demandé à la France d'apporter la preuve de trois éléments:

- «1. L'existence de circonstances exceptionnelles d'extrême urgence comportant des considérations médicales ou autres de nature élémentaire, sous réserve, à tout moment, qu'une prompt reconnaissance de l'existence de ces circonstances exceptionnelles soit obtenue ensuite de l'autre partie intéressée ou soit clairement démontrée.
2. Le rétablissement de la situation initiale de respect de l'affectation à Hao dès que les motifs d'urgence invoqués pour justifier le rapatriement avaient disparu.
3. L'existence d'un effort de bonne foi pour tenter d'obtenir le consentement de la Nouvelle-Zélande conformément aux dispositions de l'Accord de 1986³⁹².»

En réalité, le danger couru par l'un des fonctionnaires, sans mettre nécessairement sa vie en péril, était réel et peut-être imminent, et n'a pas été nié par le médecin néo-zélandais qui a examiné l'intéressé ultérieurement. En revanche, dans le cas du second fonctionnaire,

³⁹⁰ Il y a eu aussi des cas de violation d'une frontière terrestre pour sauver la vie d'une personne en danger. Voir par exemple le cas de la violation de la frontière autrichienne par des militaires italiens en 1862: *Étude du secrétariat*, par. 121.

³⁹¹ *Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande/France)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990), p. 254 et 255, par. 78.

³⁹² *Ibid.*, p. 255, par. 79.

les justifications avancées (le besoin d'un examen médical pour cause de grossesse et le désir de rendre visite à son père mourant) ne justifiaient pas la mesure d'urgence. Ni la vie de l'agent ni celle de l'enfant n'ont été menacées à aucun moment et il existait d'excellents moyens médicaux à proximité. Le Tribunal s'est prononcé comme suit:

«De toute évidence, ces circonstances n'excluent en rien la responsabilité de la France pour le transfert du capitaine Prieur et n'excusent pas non plus la violation de ses obligations causées par la décision de ne pas ramener les deux agents à Hao (dans le cas du commandant Mafart, dès que les raisons de son transfert avaient disparu). Il s'est nettement produit là une violation de ses obligations...³⁹³»

5) De nombreux traités prévoient d'ailleurs la détresse en tant que circonstance justifiant un comportement qui sinon serait illicite. L'article 14, paragraphe 3, de la Convention de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë reconnaît aux navires le droit de stoppage et de mouillage au cours de leur passage dans les eaux territoriales étrangères dans la mesure où l'arrêt ou le mouillage s'imposent au navire en état de détresse. Cette disposition est reprise pratiquement dans les mêmes termes à l'article 18, paragraphe 2, de la Convention de 1982 sur le droit de la mer³⁹⁴. Des dispositions semblables figurent dans les conventions internationales sur la prévention de la pollution en mer³⁹⁵.

³⁹³ Ibid., p. 263, par. 99.

³⁹⁴ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Montego Bay, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1834, p. 4; voir aussi, art. 39, par. 1 c, 98 et 109.

³⁹⁵ Voir, par exemple, la Convention internationale pour la prévention de la pollution des eaux de la mer par les hydrocarbures, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 327, p. 3, art. IV, par. 1 a,, qui dispose que l'interdiction de déverser en mer des hydrocarbures ne s'applique pas si ce fait est «effectué par un navire pour assurer sa sécurité, éviter une avarie au navire ou à la cargaison ou sauver des vies humaines en mer». Voir également la Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets et autres matières, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1046, p. 129, dont l'article V, par. 1, dispose que l'interdiction de rejeter à la mer les déchets et autres matières en question ne s'applique pas «lorsqu'il est nécessaire d'assurer la sauvegarde de la vie humaine ou la sécurité des navires, aéronefs, plates-formes ou autres ouvrages en mer dans les cas ... dus ... à toutes autres causes et qui mettent en péril des vies humaines ou qui constituent une menace directe pour un navire, un aéronef, une plate-forme ou d'autres ouvrages en mer, sous réserve que l'immersion apparaisse comme le seul moyen de faire face à la menace...». Voir également la Convention pour la prévention de la pollution marine par les opérations d'immersion effectuées par les navires et aéronefs, Oslo, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 932, p. 4 et art. 8, par. 1; Convention internationale de

6) L'article 24 ne s'applique que dans les cas où la vie humaine est en danger. Dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, le Tribunal arbitral a semblé interpréter d'une manière plus large les circonstances justifiant l'invocation de l'exception de détresse, en acceptant apparemment qu'un risque sérieux pour la santé suffirait. Le problème que pose l'élargissement de l'article 24 à des situations qui ne mettent pas réellement la vie humaine en danger est de savoir où situer le seuil. Dans le cas où un aéronef se trouve dans une situation de détresse, il ne sera normalement pas difficile d'établir l'existence d'une menace pour la vie; mais dans les autres cas, l'éventail des hypothèses est large. Compte tenu du contexte du Chapitre V et étant donné qu'il y aura vraisemblablement d'autres solutions pour les cas où il n'existe pas une menace évidente pour la vie, il ne paraît pas nécessaire d'étendre le cas de détresse au-delà du cas où il y a menace pour la vie elle-même. Dans les cas où un agent de l'État se trouve dans une situation de détresse et doit agir pour sauver des vies, l'existence d'une situation de détresse doit être appréciée avec une certaine souplesse. Le critère selon lequel il n'existe «raisonnablement pas d'autre moyen» fixé à l'article 24 vise à établir un équilibre entre le souci de permettre à l'agent de choisir les moyens d'agir pour sauver des vies, d'une part, et la nécessité de limiter le champ de l'exception compte tenu de son caractère exceptionnel, d'autre part.

7) La situation de détresse ne peut être invoquée comme circonstance excluant l'illicéité que dans les cas où un agent de l'État a agi pour sauver sa vie ou dans les cas où il existe une relation spéciale entre l'organe ou l'agent de l'État et les personnes en danger. Elle ne s'applique pas aux cas d'urgence plus généraux, qui relèvent davantage de l'état de nécessité que de la détresse.

8) L'article 24 n'exclut l'illicéité du comportement qu'autant que ce comportement est nécessaire pour obvier à une situation qui menace la vie. Il ne dispense donc pas l'État ni son agent de respecter les autres obligations en vigueur (nationales ou internationales), comme l'obligation de déclarer l'arrivée aux autorités compétentes ou de fournir les renseignements pertinents sur le voyage, les passagers ou la cargaison³⁹⁶.

1973 pour la prévention de la pollution par les navires (MARPOL), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1341, p. 140, annexe 1, règle 11 a.

³⁹⁶ Voir *Cushin and Lewis c. R.*, [1935] Ex.C.R. 103 (un navire qui entre dans un port en état de détresse n'est pas exonéré de l'obligation de déclarer son voyage). Voir également *The Rebecca*

9) Comme dans le cas de la force majeure, une situation qui a été causée ou provoquée par l'État qui l'invoque n'est pas une situation de détresse. Dans de nombreux cas, l'État qui invoque la détresse peut avoir contribué, encore qu'indirectement, à la situation. Néanmoins, la priorité devrait être accordée aux mesures à prendre pour sauver des vies, et l'alinéa a du paragraphe 2 ne prévoit le rejet de l'exception de détresse que si la situation de détresse est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'État qui l'invoque. C'est la formule qui a été retenue pour la disposition énoncée au paragraphe 2 a de l'article 23³⁹⁷.

10) La détresse ne peut exclure l'illicéité que lorsque les intérêts que l'on cherche à protéger (par exemple la vie des passagers ou des membres de l'équipage) l'emportent indiscutablement sur les autres intérêts en jeu dans les circonstances. Si le comportement que l'on cherche à justifier met en danger davantage de vies qu'il ne peut en sauver ou s'il est susceptible de créer un péril plus grave, il ne sera pas couvert par l'exception de détresse. Par exemple, un aéronef militaire transportant des explosifs peut provoquer une catastrophe en procédant à un atterrissage forcé; un sous-marin nucléaire connaissant une grave avarie peut causer une contamination radioactive dans le port où il a mouillé. L'alinéa b du paragraphe 2 dispose que la situation de détresse ne joue pas si le fait en question est susceptible de créer un péril comparable ou plus grave. Cette disposition est conforme à la disposition du paragraphe 1, qui fixe un critère objectif: déterminer si l'agent n'avait «raisonnablement pas d'autre moyen» de sauver des vies. La notion de «péril comparable ou plus grave» doit être évaluée dans le contexte du but général qui consiste à sauver des vies.

(Commission des réclamations États-Unis d'Amérique-Mexique), *A.J.I.L.*, vol. 23 (1929), 860 (navire entré dans un port en situation de détresse; marchandise saisie pour cause d'infraction douanière; décision: l'entrée était raisonnablement nécessaire dans les circonstances et n'était donc pas une décision de convenance; la saisie est illicite); *The May* c. R. [1931] S.C.R. 374; *The Ship «Queen City»* c. R. [1931] S.C.R. 387; R. c. *Flahaut* [1935] 2 D.L.R. 685 (application du critère d'une «détresse réelle et irrésistible»).

³⁹⁷ Voir le commentaire de l'article 23, par. 9).

Article 25

État de nécessité

1. L'État ne peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales que si ce fait:
 - a) Constitue pour l'État le seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent; et
 - b) Ne porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'État ou des États à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble.
2. En tout cas, l'état de nécessité ne peut être invoqué par l'État comme cause d'exclusion de l'illicéité:
 - a) Si l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité; ou
 - b) Si l'État a contribué à la survenance de cette situation.

Commentaire

- 1) L'expression «état de nécessité» est utilisée pour désigner les cas exceptionnels où le seul moyen qu'a un État de sauvegarder un intérêt essentiel menacé par un péril grave et imminent est, momentanément, l'inexécution d'une obligation internationale dont le poids ou l'urgence est moindre. Sous réserve des conditions strictement définies à l'article 25, cette circonstance est reconnue comme constituant une cause d'exclusion de l'illicéité.
- 2) Cette excuse de nécessité est exceptionnelle à plusieurs égards. À la différence du consentement (art. 20), de la légitime défense (art. 21) ou des contre-mesures (art. 22), elle ne dépend pas du comportement préalable de l'État lésé. À la différence de la force majeure (art. 23), elle ne concerne pas un comportement involontaire ou contraint. À la différence de la détresse (art. 24), la nécessité réside non pas dans un péril pour la vie de personnes qu'un agent de l'État a la charge de protéger, mais dans un péril grave menaçant soit les intérêts essentiels de l'État soit ceux de la communauté internationale dans son ensemble. Elle naît de l'existence d'un conflit insoluble, entre un intérêt essentiel, d'une part, et une obligation, d'autre part, de l'État invoquant l'état de nécessité. Ces caractéristiques particulières font que l'état de nécessité

ne pourra être que rarement invoqué pour excuser l'inexécution d'une obligation et que cette excuse est soumise à de strictes limitations pour prévenir les abus³⁹⁸.

3) L'admission de l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité est largement étayée. Cette circonstance a été invoquée par des États et examinée par plusieurs juridictions internationales. Le moyen ainsi invoqué lors de ces affaires a été accepté dans son principe, ou du moins n'a pas été rejeté.

4) Dans un différend anglo-portugais de 1832, le Gouvernement portugais avait invoqué la nécessité urgente de pourvoir à la subsistance de certains contingents de troupes engagés dans la répression de troubles intérieurs, pour justifier l'appropriation qu'il avait faite de biens appartenant à des ressortissants britanniques, nonobstant ce que stipulait un traité. L'avis donné au Gouvernement britannique par ses conseillers juridiques fut que...

«Les traités conclus entre notre pays et le Portugal [ne sont pas] de nature si rigide et inflexible qu'ils ne puissent subir aucune modification quelles que soient les circonstances, ou que leurs dispositions doivent être respectées à la lettre, au point que le Gouvernement portugais serait privé du droit d'avoir recours aux moyens qui peuvent être absolument indispensables pour assurer la sécurité de l'État, et même pour préserver son existence. L'étendue de la nécessité capable de justifier une telle saisie des biens de sujets britanniques dépend nécessairement des circonstances de l'espèce, mais elle doit être imminente et urgente³⁹⁹.»

5) L'incident de la «*Caroline*» de 1837, bien que souvent cité comme un cas de légitime défense, faisait en réalité intervenir l'excuse de nécessité à une époque où le droit régissant l'emploi de la force ne reposait pas du tout sur les mêmes bases qu'aujourd'hui. Dans cette

³⁹⁸ L'exemple classique d'un tel abus est le cas de l'occupation du Luxembourg et de la Belgique par l'Allemagne en 1914, occupation que l'Allemagne chercha à justifier par la nécessité. Voir notamment la note présentée le 2 août 1914 par le Ministre allemand à Bruxelles au Ministre belge des affaires étrangères, in J. B. Scott (dir. publ.), *Diplomatic Documents Relating to the Outbreak of the European War* (New York, Oxford University Press, 1916), 1^{re} partie, p. 749 et 750, et le discours au Reichstag du Chancelier allemand, von Bethmann-Hollweg, du 4 août 1914, contenant la phrase bien connue: «wir sind jetzt in der Notwehr; und Not kennt kein Gebot!» («nous sommes dans un état de légitime défense, et la nécessité ne connaît pas de loi»). *Jahrbuch des Völkerrechts*, vol. III (1916), p. 728.

³⁹⁹ A. D. McNair (dir. publ.), *International Law Opinions* (Cambridge University Press, 1956), vol. II, p. 232.

affaire, des forces armées britanniques avaient pénétré en territoire américain et attaqué et détruit un navire appartenant à des citoyens américains qui transportait des recrues et du matériel militaire et autre destinés aux insurgés canadiens. En réponse aux protestations américaines, le Ministre de Grande-Bretagne à Washington, Fox, parla de «nécessité de légitime défense et d'autoconservation»; cette excuse fut ensuite reprise par les conseillers juridiques consultés par le Gouvernement britannique, qui déclarèrent que «le comportement des autorités britanniques» était justifié car il était «absolument nécessaire comme mesure de précaution⁴⁰⁰». Le Secrétaire d'État américain Webster répliqua au Ministre Fox que «rien de moins qu'une nécessité claire et absolue ne [pouvait] justifier» la commission «d'actes hostiles sur le territoire d'une puissance en état de paix», et fit remarquer que le Gouvernement britannique devait prouver que l'action de ses forces avait vraiment été provoquée par «une nécessité de légitime défense, urgente, irrésistible et ne laissant ni le choix des moyens ni le temps de délibérer⁴⁰¹». Dans son message au Congrès du 7 décembre 1841, le Président Tyler réaffirma que

«ce gouvernement ne [pourrait] jamais autoriser aucun gouvernement étranger quel qu'il soit, sauf en cas de nécessité la plus urgente et la plus extrême, à envahir son territoire, que ce [fût] pour arrêter des personnes ayant violé le droit interne de ce gouvernement étranger ou pour détruire leurs biens...⁴⁰²»

L'incident ne fut clos qu'en 1842, à la suite d'un échange de lettres dans lesquelles les deux gouvernements convinrent qu'«il [était] possible que surgisse une situation de nécessité irrésistible, dans laquelle ce grand principe [pouvait] et [devait] être suspendu». «Il [devait] l'être – ajoutait Lord Ashburton, envoyé ad hoc du Gouvernement britannique à Washington – le moins longtemps possible pendant que subsistait une situation de nécessité impérieuse et

⁴⁰⁰ Voir, respectivement: W. R. Manning (dir. publ.), *Diplomatic Correspondence of the United States: Canadian Relations 1784-1860* (Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1943), vol. III, p. 422; A. D. McNair (dir. publ.), *International Law Opinions* (Cambridge University Press, 1956), vol. II, p. 22.

⁴⁰¹ *British and Foreign State Papers*, vol. 29, p. 1129.

⁴⁰² *British and Foreign State Papers*, vol. 30, p. 194.

reconnue comme telle, et uniquement dans les limites les plus étroites imposées par cette situation⁴⁰³».

6) Lors de la controverse de 1893 concernant les «otaries à fourrure russes», l'«intérêt essentiel» à protéger d'un «péril grave et imminent» était l'environnement naturel dans une région qui n'était soumise à la juridiction d'aucun État ni à aucune réglementation internationale. Pour conjurer le danger d'extermination que faisait courir à une population d'otaries à fourrure une chasse non réglementée, le Gouvernement russe prit un décret interdisant la chasse dans une zone qui faisait partie de la haute mer. Dans une lettre du 12/24 février 1893 à l'Ambassadeur britannique, le Ministre russe des affaires étrangères expliqua que cette mesure avait été adoptée à cause de la «nécessité absolue de mesures provisoires immédiates», vu l'imminence de la saison de chasse. Il soulignait qu'il s'agissait essentiellement de mesures de précaution, prises «sous la pression de circonstances exceptionnelles⁴⁰⁴», et se déclarait prêt à conclure un accord avec le Gouvernement britannique pour régler de façon plus durable la question de la chasse des otaries dans la région.

7) Dans l'Affaire de l'*Indemnité russe*, le Gouvernement ottoman, pour justifier son retard dans le paiement de la dette qu'il avait contractée envers le Gouvernement russe, avait invoqué entre autres raisons le fait de s'être trouvé dans une situation financière extrêmement difficile, situation qu'il décrivait par l'expression de «force majeure» mais qui revêtait plutôt les aspects de l'état de nécessité. Le Tribunal arbitral admit le principe d'un tel moyen:

«L'exception de la force majeure, invoquée en première ligne, est opposable en droit international public aussi bien qu'en droit privé; le droit international doit s'adapter aux nécessités politiques. Le Gouvernement impérial russe admet expressément [...] que l'obligation pour un État d'exécuter les traités peut fléchir “si l'existence même de l'État vient à être en danger, si l'observation du devoir international est [...] *self-destructive*”⁴⁰⁵.»

⁴⁰³ Ibid., p. 195. Voir la réponse du Secrétaire d'État Webster: *ibid.*, p. 201.

⁴⁰⁴ *British and Foreign State Papers*, vol. 86, p. 220; *Étude du secrétariat*, par. 155.

⁴⁰⁵ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI (1912) p. 443; *Étude du secrétariat*, par. 394.

Toutefois, de l'avis du Tribunal,

«Il serait manifestement exagéré d'admettre que le paiement ou la conclusion d'un emprunt pour le paiement de la somme relativement minime d'environ 6 millions de francs due aux indemnitaires russes aurait mis en péril l'existence de l'Empire ottoman ou gravement compromis sa situation intérieure ou extérieure...⁴⁰⁶»

Selon elle, le respect de l'obligation internationale devait être «*self-destructive*» (autodestructif) pour que soit exclue l'illicéité du comportement non conforme à cette obligation⁴⁰⁷.

8) Dans l'affaire de la *Société commerciale de Belgique*⁴⁰⁸, le Gouvernement grec devait de l'argent à une société belge en vertu de deux sentences arbitrales. La Belgique adressa une requête à la Cour permanente de Justice internationale pour qu'elle déclare que le Gouvernement grec, en refusant d'exécuter les sentences, violait ses obligations internationales.

Le Gouvernement grec invoqua pour sa défense la grave situation budgétaire et monétaire du pays⁴⁰⁹. La Cour indiqua qu'il n'entrait pas dans son mandat de dire si le Gouvernement grec était justifié à ne pas exécuter les sentences arbitrales. Elle admettait toutefois implicitement le principe de base, sur lequel les deux parties étaient d'accord⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ Ibid.

⁴⁰⁷ Un cas dans lequel les parties au différend ont été d'accord pour reconnaître que de très graves difficultés financières pouvaient justifier un mode d'exécution de l'obligation autre que celui qui était prévu à l'origine est celui qui concernait l'exécution de la sentence arbitrale rendue dans l'affaire des *Forêts du Rhodope central*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1405 (1933); voir Société des Nations, *Journal officiel*, 15^e année, n^o 11 (1^{re} partie) (novembre 1934), p. 1432.

⁴⁰⁸ *Société commerciale de Belgique*, 1939, C.P.J.I., série A/B n^o 78, p. 160.

⁴⁰⁹ C.P.J.I., série C, n^o 87, p. 141 et 190; *Étude du secrétariat*, par. 278. Voir d'une manière générale, pour l'argumentation grecque relative à l'état de nécessité, *ibid.*, par. 276 à 287.

⁴¹⁰ *Société commerciale de Belgique*, 1939, C.P.J.I., série A/B, n^o 78, p. 160; *Étude du secrétariat*, par. 288. Voir aussi l'affaire des *Emprunts serbes*, dans laquelle les positions prises par les parties et la Cour sur ce point étaient très semblables: *Emprunts serbes*, 1929, C.P.J.I., série A, n^o 20; *Étude du secrétariat*, par. 263 à 268; *French Company of Venezuela Railroads*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X, (1902) p. 353; *Étude du secrétariat*, par. 385 et 386. Dans son opinion individuelle sur l'affaire *Oscar Chinn*, le juge Anzilotti a admis le principe selon lequel «la nécessité peut excuser l'inobservance des obligations

9) En mars 1967, le pétrolier libérien *Torrey Canyon* s'échoua sur des rochers submergés au large de la côte de Cornouailles en dehors des eaux territoriales britanniques, et de grandes quantités de pétrole se déversèrent en mer, constituant une menace pour les côtes anglaises. Après avoir tenté en vain par divers moyens de remédier à la situation, le Gouvernement britannique décida de bombarder le navire afin de détruire par le feu le pétrole resté à bord. Cette opération fut menée avec succès. Le Gouvernement britannique n'avança aucune justification juridique de son comportement mais il insista sur l'existence d'une situation de péril extrême et fit valoir que la décision de bombarder le navire n'avait été prise qu'après échec de tous les autres moyens⁴¹¹. Son action ne souleva aucune protestation internationale. Par la suite, une convention fut conclue pour couvrir les cas où, dans l'avenir, une intervention pourrait s'avérer nécessaire pour prévenir une grave pollution par les hydrocarbures⁴¹².

10) Dans l'arbitrage du *Rainbow Warrior*, le Tribunal arbitral a dit douter de l'existence d'une excuse de nécessité. Il a constaté que le projet d'article de la Commission était censé «autoriser un État à agir de manière illicite en invoquant l'état de nécessité» et a déclaré que la proposition de la Commission présentait un caractère «controversé⁴¹³».

11) En revanche, dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*⁴¹⁴, la Cour internationale de Justice a examiné attentivement une argumentation fondée sur le projet d'article de la Commission (actuellement art. 25), acceptant explicitement le principe qu'il

internationales» mais a estimé, au vu des faits, qu'il n'était pas applicable en l'espèce: affaire *Oscar Chinn, 1934, C.P.J.I., série A/B, n° 63*, p. 113.

⁴¹¹ *The «Torrey Canyon»*, Cmnd. 3246 (Londres, *Her Majesty's Stationery Office*, 1967).

⁴¹² Convention internationale sur l'intervention en haute mer en cas d'accident entraînant ou pouvant entraîner une pollution par les hydrocarbures, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 970, p. 211.

⁴¹³ *Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande/France)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990), p. 254. Dans *Libyan Arab Foreign Investment Company v. Republic of Burundi*, (1994), *I.L.R.*, vol. 96, p. 319, le tribunal a refusé de se prononcer sur l'opportunité d'une codification de la doctrine de l'état de nécessité, en constatant que les mesures prises par le Burundi ne semblaient pas avoir été le seul moyen dont il disposait pour protéger un intérêt essentiel d'un péril grave et imminent.

⁴¹⁴ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 7.

consacre tout en rejetant sa pertinence dans les circonstances de l'espèce. S'agissant du principe même, la Cour a relevé que les parties s'étaient toutes deux appuyées sur ledit projet d'article, qui en donnait à leurs yeux une formulation appropriée, et a ajouté:

«La Cour considère ... que l'état de nécessité constitue une cause, reconnue par le droit international coutumier, d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à une obligation internationale. Elle observe en outre que cette cause d'exclusion de l'illicéité ne saurait être admise qu'à titre exceptionnel. Telle était aussi l'opinion de la Commission du droit international lorsqu'elle a expliqué qu'elle avait opté pour une forme négative... Ainsi, d'après la Commission, l'état de nécessité ne peut être invoqué qu'à certaines conditions, strictement définies, qui doivent être cumulativement réunies; et l'État concerné n'est pas seul juge de la réunion de ces conditions. Dans la présente affaire, les conditions de base suivantes ... sont pertinentes: un "intérêt essentiel" de l'État auteur du fait contraire à l'une de ses obligations internationales doit avoir été en cause; cet intérêt doit avoir été menacé par un "péril grave et imminent"; le fait incriminé doit avoir été "le seul moyen" de sauvegarder ledit intérêt; ce fait ne doit pas avoir "gravement porté atteinte à un intérêt essentiel" de l'État à l'égard duquel l'obligation existait; et l'État auteur dudit fait ne doit pas avoir "contribué à la survenance de l'état de nécessité". Ces conditions reflètent le droit international coutumier⁴¹⁵.»

12) L'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries* soulevait apparemment la question de l'état de nécessité⁴¹⁶. L'Organisation des pêches de l'Atlantique Nord-Ouest (OPANO) avait pris des mesures réglementaires pour protéger les stocks de poissons chevauchants mais, de l'avis du Canada, ces mesures s'étaient révélées inefficaces, pour diverses raisons. Par une loi de 1994 sur la protection des pêches côtières, le Canada a déclaré que les stocks chevauchants du Grand Banc étaient «menacés d'extinction», affirmant que la loi et ses règlements d'application avaient pour objet «de permettre au Canada de prendre les mesures d'urgence nécessaires pour mettre un terme à la destruction de ces stocks et les reconstituer». Des fonctionnaires canadiens ont par la suite arraisonné et saisi en haute mer un bateau de pêche espagnol, l'*Estai*, faisant naître un litige avec l'Union européenne et l'Espagne. Le Gouvernement espagnol a refusé d'admettre que la saisie pût être justifiée par des préoccupations de conservation «car elle viol[ait] ce qui [était] établi dans la Convention [OPANO] à laquelle le Canada [était] partie⁴¹⁷».

⁴¹⁵ Ibid., p. 40 et 41, par. 51 et 52.

⁴¹⁶ *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, C.I.J. Recueil 1998, p. 431.

⁴¹⁷ Cité dans l'arrêt de la Cour: C.I.J. Recueil 1998, p. 443, par. 20. Pour la protestation de l'Union européenne en date du 10 mars 1995, affirmant que l'arraisonnement «ne saurait se

Le Canada était de l'avis contraire, et a affirmé que «l'arrestation de l'*Estai* a[vait] été rendue nécessaire pour mettre fin à la surpêche du flétan du Groenland pratiquée par les pêcheurs espagnols⁴¹⁸». La Cour s'est déclarée incompétente pour connaître de l'affaire⁴¹⁹.

13) L'existence d'une excuse de nécessité et ses limites sont depuis longtemps un objet de controverse entre les spécialistes. La plupart des auteurs anciens acceptaient implicitement cette excuse, en l'assortissant de conditions très restrictives⁴²⁰. Au XIX^e siècle, les abus auxquels a donné lieu cette doctrine, sous couvert des «droits fondamentaux des États» ont entraîné une réaction négative à son égard. Au XX^e siècle, le nombre d'auteurs opposés à la notion d'état de

justifier de quelque manière que ce soit», voir le mémoire du Royaume d'Espagne (septembre 1995), par. 15.

⁴¹⁸ *C.I.J. Recueil 1998*, p. 443, par. 20. Voir en outre le contre-mémoire du Canada (février 1996), par. 17 à 45.

⁴¹⁹ Dans un Mémoire d'accord signé entre l'Union européenne et le Canada, le Canada s'est engagé à annuler les règlements appliquant la loi de 1994 aux navires espagnols et portugais dans la zone de l'OPANO et à libérer l'*Estai*. Les parties ont expressément maintenu leurs positions respectives «sur la conformité de l'amendement apporté le 25 mai 1994 à la loi sur la protection des pêches côtières du Canada et ses règlements d'application avec le droit international coutumier et la Convention de l'OPANO» et se sont réservé la faculté «de protéger et défendre leurs droits conformément au droit international». Voir Canada-Communauté européenne, Mémoire d'accord sur la conservation et la gestion des stocks de poissons, Bruxelles, 20 avril 1995, *I.L.M.* (1995), vol. 34, p. 1260. Voir aussi l'Accord relatif à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs, 8 septembre 1995, A/CONF.164/37.

⁴²⁰ Voir B. Ayala, *De jure et officiis bellicis et disciplina militari, libri tres* (1582) (Washington, Carnegie Institution, 1912), vol. II, p. 135; A. Gentili, *De jure belli, libri tres* (1612) (Oxford, Clarendon Press, 1933), vol. II, p. 351; H. Grotius, *De jure belli ac pacis, libri tres* (1646) (Oxford, Clarendon Press, 1925), vol. II, p. 193 (*Le droit de la guerre et de la paix*, tr. par J. Barbeyrac, Leyde, Aux dépens de la Compagnie, 1759, t. I^{er}, p. 232 et suiv.); S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium, libri octo* (1688) (Oxford, Clarendon Press, 1934), vol. II, p. 295 et 296 (*Le droit de la nature et des gens*, tr. française de J. Barbeyrac, Amsterdam, Schelte, 1706, t. I^{er}, p. 253 et 254); C. Wolff, *Jus gentium methodo scientifica pertractatum* (1764) (Oxford, Clarendon Press, 1934), vol. II, p. 173 et 174; E. de Vattel, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle* (1758) (Washington, Carnegie Institution, 1916), vol. I, p. 341.

nécessité en droit international s'est accru mais la doctrine lui est demeurée globalement favorable⁴²¹.

14) Dans l'ensemble, la pratique des États et la jurisprudence étayent le point de vue selon lequel l'état de nécessité peut constituer une circonstance excluant l'illicéité dans certaines conditions très restrictives, et c'est ce point de vue que consacre l'article 25. La jurisprudence montre que l'état de nécessité a été invoqué pour exclure l'illicéité d'actes qui contrevenaient à une large gamme d'obligations, d'origine coutumière ou conventionnelle⁴²². Il a été invoqué pour protéger des intérêts très divers, qu'il s'agisse de sauvegarder l'environnement, de préserver l'existence même de l'État et de ses ressortissants dans des situations d'urgence publique ou d'assurer la sécurité d'une population civile. Mais la possibilité d'exciper d'une telle circonstance est soumise à des conditions rigoureuses. Cela se trouve reflété à l'article 25. En particulier, pour bien marquer le caractère exceptionnel de l'état de nécessité et le souci de ne pas le voir invoquer abusivement, l'article 25 est formulé négativement («Un État ne peut invoquer ... que si⁴²³»). Cette formulation est symétrique de celle de l'article 62 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, relatif au changement fondamental de circonstances, symétrie que l'on retrouve ensuite au paragraphe 1, qui pose deux conditions en l'absence desquelles l'état de nécessité ne peut être invoqué, et au paragraphe 2, qui exclut entièrement deux situations du champ de l'excuse de nécessité⁴²⁴.

⁴²¹ Pour un examen de la doctrine antérieure, voir *Annuaire... 1980*, vol. II, première partie, p. 45 à 47; voir également P. A. Pillitu, *Lo statuo di necessita nel diritto internazionale* (Pérouse, Université de Pérouse/Editrici Licosa, 1981); J. Barboza, «Necessity (Revisited) in International Law», in J. Makarczyk (dir. publ.), *Essays in Honour of Judge Mafred Lachs* (La Haye, Martinus Nijhoff, 1984), p. 27; R. Boed, «State of Necessity as a Justification for Internationally wrongful Conduct», *Yale Human Rights & Development Law Journal*, vol. 3 (2000), p. 1.

⁴²² D'une manière générale, sur la non-pertinence de la source de l'obligation violée, voir l'article 12 et le commentaire y relatif.

⁴²³ La Cour internationale de Justice a relevé cette formulation négative dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 40, par. 51.

⁴²⁴ Un autre cas d'exclusion, commun à toutes les circonstances excluant l'illicéité, est celui qui concerne les normes impératives: voir l'article 26 et le commentaire y relatif.

15) La première condition, énoncée à l'alinéa a du paragraphe 1, est que l'état de nécessité ne peut être invoqué que pour protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent.

La mesure dans laquelle un intérêt donné est «essentiel» dépend de l'ensemble des circonstances, et ne peut être préjugée. Il peut s'agir d'intérêts propres à l'État et à ses ressortissants, comme d'intérêts de la communauté internationale dans son ensemble. Mais quel que soit l'intérêt en cause, ce n'est que lorsqu'il est menacé par un péril grave et imminent que cette condition est satisfaite. Le péril doit être objectivement établi, la seule appréhension d'un péril possible ne pouvant à cet égard suffire. Outre qu'il doit être grave, le péril doit être imminent, c'est-à-dire présenter un caractère de proximité. Cependant, comme l'a dit la Cour dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*:

«Cela n'exclut pas ... qu'un "péril" qui s'inscrirait dans le long terme puisse être tenu pour "imminent" dès lors qu'il serait établi, au moment considéré, que la réalisation de ce péril, pour lointaine qu'elle soit, n'en serait pas moins certaine et inévitable⁴²⁵.»

En outre, la ligne de conduite suivie doit être le «seul moyen» disponible pour protéger cet intérêt. L'excuse est irrecevable si d'autres moyens (par ailleurs licites) sont disponibles, même s'ils sont plus onéreux ou moins commodes. Ainsi, dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour n'a pas été convaincue que la suspension unilatérale et l'abandon du projet étaient la seule façon d'agir possible dans les circonstances, eu égard en particulier à l'importance des travaux déjà réalisés et des sommes dépensées pour ces travaux, et à la possibilité de remédier aux problèmes éventuels par d'autres moyens⁴²⁶. Le terme «moyen» utilisé à l'alinéa a du paragraphe 1 ne se limite pas à l'adoption de mesures unilatérales mais peut s'entendre aussi d'autres formes d'action susceptibles d'être entreprises en coopération avec d'autres États ou par l'intermédiaire d'organisations internationales (par exemple, s'agissant d'une pêcherie, l'adoption de mesures de conservation par l'entremise de l'organisme régional compétent en matière de pêche). Enfin, l'exigence de nécessité étant inhérente à l'excuse invoquée, tout comportement allant au-delà de ce qui est strictement nécessaire au but énoncé est exclu.

⁴²⁵ *C.I.J. Recueil 1997*, p. 42, par. 54.

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 42 et 43, par. 55.

16) Il ne suffit pas, pour les besoins de l'alinéa *a* du paragraphe 1, que le péril soit simplement appréhendé ou qu'il ait un caractère éventuel. Mais force est d'admettre que sur les questions ayant trait, par exemple, à la conservation et à l'environnement ou à la sécurité de grands ouvrages, il existe souvent des incertitudes scientifiques, les spécialistes compétents pouvant avoir des avis divergents sur le point de savoir s'il y a péril ou dans quelle mesure le péril est grave ou imminent et si les moyens envisagés sont les seuls disponibles dans les circonstances. Par définition, l'état de nécessité suppose que le péril ne s'est pas encore matérialisé. Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour a déclaré que l'État invoquant la nécessité ne pouvait être seul juge de l'existence de celle-ci⁴²⁷, mais le fait qu'une certaine incertitude demeure quant à l'avenir n'interdit pas forcément à un État d'invoquer cette circonstance si le péril est clairement avéré sur la base des éléments dont on peut raisonnablement disposer au moment considéré.

17) La seconde condition requise pour pouvoir invoquer l'état de nécessité, qui est énoncée à l'alinéa b du paragraphe 1, est que le comportement en cause ne doit pas porter gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'autre État ou des autres États concernés ou de la communauté internationale dans son ensemble⁴²⁸. Autrement dit, le poids de l'intérêt invoqué doit être tel qu'il l'emporte sur toutes les autres considérations, non seulement du point de vue de l'État auteur du fait dont il s'agit, mais selon une appréciation raisonnable des intérêts en présence, qu'ils soient individuels ou collectifs⁴²⁹.

18) Du point de vue terminologique, il suffit de parler de «la communauté internationale dans son ensemble», plutôt que de reprendre la formule «la communauté internationale des États dans son ensemble» qui est utilisée dans le contexte particulier de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. L'insertion des mots «des États», dans cet article de la Convention de Vienne, était destinée à souligner l'importance primordiale qu'ont les États dans la formation du droit international, et notamment dans l'établissement de normes de caractère impératif. La Cour

⁴²⁷ Ibid., p. 40, par. 51.

⁴²⁸ Voir le paragraphe 18) du présent commentaire.

⁴²⁹ Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour a affirmé la nécessité de tenir compte de tout intérêt concurrent de l'autre État concerné: *C.I.J. Recueil 1997*, p. 46, par. 58.

internationale, quant à elle, a utilisé dans l'affaire de la *Barcelona Traction* la formule «communauté internationale dans son ensemble⁴³⁰», et cette formule est souvent employée dans des traités et autres instruments internationaux dans le même sens qu'au paragraphe 1 *b* de l'article 25⁴³¹.

19) Outre les conditions énoncées au paragraphe 1 de l'article 25, le paragraphe 2 fixe deux limites à la possibilité d'invoquer l'état de nécessité, qui sont d'application générale, ainsi qu'il ressort des mots «en tout cas». L'alinéa a du paragraphe 2 vise les cas où la possibilité d'invoquer l'état de nécessité par l'obligation internationale en cause est exclue explicitement ou implicitement. Ainsi, certaines conventions humanitaires applicables aux conflits armés excluent expressément la possibilité d'invoquer une nécessité militaire. D'autres, sans exclure explicitement l'excuse de nécessité, sont destinées à s'appliquer dans des situations anormales de péril pour l'État responsable et mettent manifestement en jeu ses intérêts essentiels: en pareil cas, l'impossibilité d'invoquer la nécessité découle clairement de l'objet et du but de la règle énoncée.

20) Aux termes de l'alinéa b du paragraphe 2, l'État responsable ne peut invoquer l'état de nécessité s'il a contribué à la survenance de cette situation. Ainsi, dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour a considéré que la Hongrie ayant «contribué, par action ou omission, à la survenance» de l'état de nécessité allégué, elle ne pouvait plus faire valoir cet

⁴³⁰ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, deuxième phase, C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, par. 33.

⁴³¹ Voir par exemple: Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1035, p. 167, troisième alinéa du préambule; Convention internationale contre la prise d'otages, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1316, p. 205, quatrième alinéa du préambule; Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime, 10 mars 1988 (OMI, document SUA/CONF.15/Rev.1), *I.L.M.*, vol. 27 (1988), p. 665, cinquième alinéa du préambule; Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé, 9 décembre 1994, A/RES/49/59, troisième alinéa du préambule; Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, 15 décembre 1997, A/RES/52/164, dixième alinéa du préambule; Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998 (A/CONF.183/9), neuvième alinéa du préambule; Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, 9 décembre 1999, A/RES/54/109, ouverte à la signature le 10 janvier 2000, neuvième alinéa du préambule.

état comme cause d'exclusion de l'illicéité⁴³². L'alinéa *b* du paragraphe 2 n'interdit à l'État d'invoquer la nécessité que si sa contribution à la survenance de la situation de nécessité est substantielle et non pas simplement accessoire ou secondaire. L'alinéa *b* du paragraphe 2 est formulé en termes plus catégoriques que les alinéas *a* des paragraphes 2 de l'article 23 et de l'article 24, parce que la nécessité doit être plus étroitement délimitée.

21) Tel qu'il est conçu à l'article 25, l'état de nécessité n'est pas censé être invoqué à propos de comportements qui sont en principe réglés par les obligations primaires. Ce point revêt une importance particulière à propos des règles relatives à l'emploi de la force dans les relations internationales et de la question de la «nécessité militaire». Dans un petit nombre de cas, l'état de nécessité a certes été invoqué pour justifier une action militaire à l'étranger, notamment dans le contexte d'interventions présentées comme humanitaires⁴³³. La question de savoir si des mesures d'intervention humanitaire assorties de l'usage de la force et n'ayant pas la sanction du Chapitre VII ou VIII de la Charte des Nations Unies peuvent être légitimes au regard du droit international moderne n'entre pas dans le champ de l'article 25⁴³⁴. Il en va de même pour la doctrine de la «nécessité militaire», critère qui est à la base même d'une série de règles de fond du droit de la guerre et de la neutralité et qui est en outre expressément prévu par un grand nombre de dispositions conventionnelles du droit international humanitaire⁴³⁵. Dans les deux cas,

⁴³² *C.I.J. Recueil 1997*, p. 46, par. 57.

⁴³³ Ainsi, en 1960, la Belgique a invoqué la nécessité pour justifier son intervention militaire au Congo. La question a été débattue au sein du Conseil de sécurité, mais non sous l'angle de l'excuse de nécessité en tant que telle. Voir: *Documents officiels du Conseil de sécurité, quinzième année*, 873^e séance, 13/14 juillet 1960, par. 144, 182 et 192; 877^e séance, 20/21 juillet 1960, par. 31 et suiv., par. 142; 878^e séance, 21 juillet 1960, par. 23 et 65; 879^e séance, 21/22 juillet 1960, par. 80 et suiv., 118 et 151. Pour l'incident de la «*Caroline*», voir par. 5) ci-dessus.

⁴³⁴ Voir aussi l'article 26 et son commentaire au sujet des comportements violant une norme impérative et de leur exclusion générale du champ des circonstances excluant l'illicéité.

⁴³⁵ Voir par exemple l'alinéa *g* de l'article 23 du Règlement de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (annexé à la Convention II de 1899 et à la Convention IV de 1907), qui interdit de détruire des propriétés ennemies «sauf les cas où ces destructions ou ces saisies seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre»: J.B. Scott (dir. publ.), *The Proceedings of The Hague Peace Conferences: The Conference of 1907* (New York, Oxford University Press, 1920), vol. I, p. 623. De même, le paragraphe 5 de l'article 54

même si des considérations voisines de celles qui sous-tendent l'article 25 peuvent intervenir, il en sera tenu compte dans le contexte de la formulation et de l'interprétation des obligations primaires⁴³⁶.

Article 26

Respect de normes impératives

Aucune disposition du présent chapitre n'exclut l'illicéité de tout fait de l'État qui n'est pas conforme à une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général.

Commentaire

1) Selon l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, tout traité qui est en conflit avec une norme impérative du droit international général est nul. Selon l'article 64, un traité antérieur qui est en conflit avec une norme impérative nouvelle devient nul et prend fin⁴³⁷. La question se pose de savoir quelles incidences ces dispositions peuvent avoir dans les matières faisant l'objet du chapitre V.

du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949, relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1125, p. 3, paraît autoriser les attaques contre des biens indispensables à la survie de la population civile si «des nécessités militaires impérieuses» l'exigent.

⁴³⁶ Voir par exemple M. Huber, «Die kriegsrechtlichen Verträge und die Kriegsraison», *Zeitschrift für Völkerrecht*, vol. VII (1913), p. 351; D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale* (Rome, Athenaeum, 1915), vol. III, p. 207; C. de Visscher, «Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité», *R.G.D.I.P.*, vol. XXIV (1917), p. 74; N. C. H. Dunbar, «Military necessity in war crimes trials», *B.Y.I.L.*, vol. 29 (1952), p. 442; C. Greenwood, «Historical Development and Legal Basis» in: *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts* (Oxford, Oxford University Press, 1995), p. 30 à 33; Y. Dinstein, «Military Necessity», in R. Bernhardt (dir. publ.): *Encyclopedia of Public International Law* (Amsterdam, North Holland, 1997), vol. III, p. 395 à 397.

⁴³⁷ Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331. Voir aussi l'article 44, paragraphe 5, selon lequel, dans les cas relevant de l'article 53, la division des dispositions du traité n'est pas admise.

2) Fitzmaurice, en sa qualité de Rapporteur spécial sur le droit des traités, a fondé son traitement de cette question sur une condition implicite de «maintien de la compatibilité avec le droit international», déclarant:

«Une obligation conventionnelle dont l'observation est incompatible avec une nouvelle règle ou interdiction du droit international (*jus cogens*) justifie (et exige même) la non-exécution de cette obligation conventionnelle... Le même principe vaut lorsque, postérieurement à la conclusion du traité, des circonstances surviennent qui font jouer une règle existante du droit international, laquelle ne s'appliquait pas à la situation telle qu'elle existait au moment de la conclusion du traité⁴³⁸.»

La Commission n'a pas toutefois proposé d'article particulier sur cette question en plus des articles 53 et 64 de la Convention elle-même.

3) Lorsqu'il y a un conflit apparent entre des obligations primaires, dont l'une découle directement pour un État d'une norme impérative du droit international général, il est évident qu'une telle obligation doit prévaloir. Les processus d'interprétation et d'application devraient permettre de résoudre de telles questions sans qu'il soit besoin de recourir aux règles secondaires de la responsabilité des États. En théorie, il est concevable qu'un conflit puisse survenir ultérieurement entre une obligation conventionnelle à première vue licite et d'objet innocent et une norme impérative. Si un tel cas se présentait, il serait excessif d'annuler l'ensemble du traité en cause simplement parce que son application dans le cas considéré n'a pas été prévue. Mais, dans la pratique, il ne semble pas que de telles situations se soient produites⁴³⁹. Même si le cas venait à se poser, les normes impératives du droit international général génèrent de puissants principes d'interprétation qui devraient permettre de résoudre la totalité ou la plupart des conflits apparents.

4) Il apparaît néanmoins souhaitable de faire ressortir clairement que les circonstances excluant l'illicéité prévues au chapitre V de la première partie n'autorisent ni n'excusent aucune

⁴³⁸ Fitzmaurice, «Quatrième rapport sur le droit des traités», *Annuaire ... 1959*, vol. II, p. 47. Voir aussi Rosenne, *Breach of Treaty* (Cambridge, Grotius, 1985), p. 63.

⁴³⁹ Pour une possible analogie, voir les remarques de M. Lauterpacht, juge ad hoc, dans l'affaire de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993*, *C.I.J. Recueil 1993*, p. 439 à 441. La Cour n'a pas abordé ces questions dans son ordonnance.

déroger à une norme impérative du droit international général. Ainsi, il n'est pas permis à un État prenant des contre-mesures de déroger à une telle norme: un génocide, par exemple, ne saurait justifier un contre-génocide⁴⁴⁰. De même, l'état de nécessité ne peut excuser la violation d'une norme impérative. On pourrait incorporer ce principe en termes exprès dans chacun des articles du chapitre V mais il est plus économique, en même temps que plus approprié eu égard au caractère prépondérant de cette catégorie de normes, d'énoncer ce principe fondamental séparément. D'où l'article 26, qui précise qu'aucune disposition du chapitre V ne peut exclure l'illicéité de tout fait de l'État qui n'est pas conforme à une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général⁴⁴¹.

5) Les critères à appliquer pour identifier les normes impératives du droit international général sont exigeants. Selon l'article 53 de la Convention de Vienne, la norme considérée doit non seulement satisfaire à tous les critères régissant sa reconnaissance en tant que norme du droit international général, obligatoire à ce titre, mais en outre être reconnue comme impérative par la communauté internationale des États dans son ensemble. Jusqu'à présent, assez peu de normes impératives ont été reconnues comme telles. Mais diverses juridictions, nationales et internationales, ont affirmé l'idée de normes impératives dans des contextes ne se limitant pas à la validité de traités⁴⁴². Les normes impératives qui sont clairement acceptées et reconnues sont les interdictions

⁴⁴⁰ Comme l'a noté la Cour internationale dans son ordonnance sur les demandes reconventionnelles dans l'affaire de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, «en aucun cas une violation de la Convention ne pourrait servir d'excuse à une autre violation de celle-ci»: *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, demandes reconventionnelles*, C.I.J. Recueil 1997, p. 258, par. 35.

⁴⁴¹ Par commodité, cette limitation est à nouveau énoncée à propos des contre-mesures dans la troisième partie, au chapitre II. Voir l'article 50 et le commentaire y relatif, par. 9) et 10).

⁴⁴² Voir par exemple les décisions rendues par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire IT-95-17/1-T, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, jugement du 10 décembre 1998, I.L.M., vol. 38 (1999), p. 317, et par la Chambre des lords britannique dans l'affaire *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (n° 3)* [1999] 2 All ER 97, particulièrement p. 108 et 109 et 114 et 115 (Lord Browne-Wilkinson). Cf. *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, C.I.J. Recueil 1996, p. 257, par. 79.

de l'agression, du génocide, de l'esclavage, de la discrimination raciale, des crimes contre l'humanité et de la torture, ainsi que le droit à l'autodétermination⁴⁴³.

6) Selon l'article 26, les circonstances excluant l'illicéité ne peuvent servir à justifier ou excuser l'inobservation par un État des obligations qui lui incombent en vertu d'une règle impérative du droit international général. L'article 26 ne s'intéresse pas à la question de savoir s'il y a eu préalablement, dans le cas considéré, semblable inobservation. Ce point présente une pertinence particulière à propos de certains articles du chapitre V. Un État ne peut exonérer un autre État de l'obligation de se conformer à une norme impérative, concernant par exemple le génocide ou la torture, que ce soit par traité ou autrement⁴⁴⁴. Mais, pour la mise en œuvre de certaines normes impératives, le consentement d'un État particulier peut être pertinent. Par exemple, un État peut valablement consentir à une présence militaire étrangère sur son territoire dans un but licite. Quant à déterminer dans quelles circonstances un tel consentement est donné valablement, cela relève, là encore, d'autres règles du droit international, et non des règles secondaires de la responsabilité des États⁴⁴⁵.

Article 27

Conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité

L'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité conformément au présent chapitre est sans préjudice:

- a) Du respect de l'obligation en question si, et dans la mesure où, la circonstance excluant l'illicéité n'existe plus;
- b) De la question de l'indemnisation de toute perte effective causée par le fait en question.

⁴⁴³ Cf. *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, C.I.J. Recueil 1995, p. 102, par. 29.

⁴⁴⁴ Voir le commentaire de l'article 20, par. 4) à 7).

⁴⁴⁵ Voir le commentaire de l'article 45, par. 4).

Commentaire

1) L'article 27 est une clause «sans préjudice» qui traite de certaines conséquences de l'invocation de circonstances excluant l'illicéité en vertu du chapitre V. Il s'articule autour de deux questions. En premier lieu, il indique clairement que les circonstances excluant l'illicéité n'affectent pas en tant que telles l'obligation sous-jacente, de sorte que si la circonstance n'existe plus, l'obligation est à nouveau pleinement en vigueur et son effet est pleinement restauré. En deuxième lieu, il fait mention de la possibilité d'une indemnisation dans certains cas. L'article 27 est présenté sous forme de clause «sans préjudice» parce que, s'agissant du premier point, il se peut que les faits qui dénotent l'existence d'une circonstance excluant l'illicéité et que cela ait aussi pour effet de mettre fin à l'obligation et, s'agissant du deuxième point, il n'est pas possible de préciser de manière générale à quel moment l'indemnisation doit être versée.

2) L'alinéa a de l'article 27 pose la question de savoir ce qui arrive lorsqu'une condition faisant obstacle au respect d'une obligation n'existe plus ou cesse progressivement de s'appliquer. Il en ressort clairement que le chapitre V a uniquement pour effet d'exclure l'illicéité dans certaines circonstances. Une fois que et dans la mesure où une circonstance excluant l'illicéité cesse d'exister, ou cesse d'avoir un effet exonératoire pour une raison quelconque, l'obligation en question (à supposer qu'elle soit toujours en vigueur) devra de nouveau être observée, et l'État dont l'inobservation antérieure a été excusée devra agir en conséquence. Les mots «et dans la mesure où» sont destinés à couvrir les situations dans lesquelles les conditions empêchant le respect de l'obligation disparaissent progressivement et permettent de l'exécuter partiellement.

3) Ce principe a été affirmé par le Tribunal arbitral dans l'affaire du *Rainbow Warrior*⁴⁴⁶ et encore plus clairement par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*⁴⁴⁷. Lorsqu'elle a examiné l'argument de la Hongrie, qui faisait valoir que l'état de nécessité constituait une circonstance excluant l'illicéité du comportement qu'elle avait adopté en cessant tous travaux sur le projet, la Cour a fait observer que «dès que l'état

⁴⁴⁶ *Rainbow Warrior (Nouvelle Zélande/France)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990), p. 251 et 252, par. 75.

⁴⁴⁷ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, C.I.J. *Recueil* 1997, p. 7.

de nécessité disparaît, le devoir de s'acquitter des obligations découlant du traité renaît⁴⁴⁸». Il peut arriver que les circonstances particulières qui excluent l'illicéité constituent simultanément, une base suffisante pour mettre fin à l'obligation sous-jacente. Ainsi, une violation d'un traité justifiant des contre-mesures peut être «substantielle» au sens de l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969 et autoriser l'extinction du traité par l'État lésé. Inversement, l'obligation peut être pleinement rétablie ou son effet peut être pleinement restauré en principe, mais il faut régler les modalités de la reprise de son exécution. Ce ne sont pas là des aspects que le projet d'article 27 peut régler, sauf à prévoir que l'invocation de circonstances excluant l'illicéité est sans préjudice «du respect de l'obligation en question, si, et dans la mesure où, la circonstance excluant l'illicéité n'existe plus». Ici, l'expression «respect de l'obligation en question» s'entend également de la cessation du comportement illicite.

4) L'alinéa b de l'article 27 énonce une réserve au sujet de l'indemnisation éventuelle des dommages dans les cas visés par le chapitre V. Bien que le mot «indemnisation» y soit employé, cet alinéa ne traite pas de l'indemnisation dans le cadre de la réparation d'un comportement illicite, qui fait l'objet de l'article 34. Il porte plutôt sur la question de savoir si un État qui invoque une circonstance excluant l'illicéité devrait néanmoins réparer toute perte effective subie par tout État lésé directement. Il est fait référence à une «perte effective» ce qui est plus restrictif que la notion de dommage que l'on trouve dans d'autres articles: l'article 27 ne traite que de la réparation des pertes qui peuvent se produire lorsqu'une des parties invoque une circonstance visée au chapitre V.

5) L'alinéa b énonce une condition légitime, dans certains cas, pour permettre à un État de se prévaloir d'une circonstance excluant l'illicéité. En l'absence d'une telle possibilité, l'État dont le comportement serait normalement illicite pourrait faire supporter à un État tiers innocent le coût de la défense de ses propres intérêts ou préoccupations. La Hongrie a accepté ce principe lorsqu'elle a invoqué le moyen de la nécessité dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*.

⁴⁴⁸ Ibid., p. 63, par. 101; voir également ibid., p. 38, par. 47.

Comme la Cour l'a relevé, «la Hongrie a expressément reconnu qu'en tout état de cause un tel état de nécessité ne la dispenserait pas de devoir dédommager son partenaire⁴⁴⁹».

6) L'alinéa *b* ne vise pas à préciser dans quelles circonstances une indemnisation doit être versée. En général l'éventail des situations possibles visées par le chapitre V est tel qu'il n'est pas approprié d'établir un régime détaillé de l'indemnisation. Il appartiendra à l'État qui invoque une circonstance excluant l'illicéité de s'entendre avec les États atteints sur le versement éventuel d'indemnités et le montant de celles-ci en l'espèce.

DEUXIÈME PARTIE

CONTENU DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DE L'ÉTAT

1) Alors que la première partie des articles définit les conditions générales qui doivent être réunies pour que la responsabilité de l'État soit engagée, la deuxième partie traite des conséquences juridiques à la charge de l'État responsable. Il est vrai qu'un État peut avoir à supporter les conséquences juridiques d'un comportement qui est internationalement illicite en dehors du champ de la responsabilité des États. Par exemple, la violation substantielle d'un traité peut donner à un État lésé le droit de mettre fin au traité ou de suspendre son application en totalité ou en partie⁴⁵⁰. La deuxième partie est axée toutefois sur la nouvelle relation juridique qui découle de la commission par un État d'un fait internationalement illicite. C'est ce qui constitue le fond ou le contenu de la responsabilité internationale d'un État en vertu des articles.

⁴⁴⁹ Ibid., p. 39, par. 48. Une autre question se posait, celle du montant des dommages et intérêts dus associés au projet: *ibid.*, p. 81, par. 152 et 153.

⁴⁵⁰ Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331, art. 60.

2) Dans le domaine de la responsabilité des États, les conséquences qui découlent du fait internationalement illicite d'un État peuvent être expressément prévues de façon à exclure d'autres conséquences, en totalité ou en partie⁴⁵¹. En l'absence de disposition spécifique, le droit international attribue toutefois à l'État responsable de nouvelles obligations et en particulier l'obligation de réparer les conséquences néfastes résultant de ce fait. Le lien étroit qui existe entre la violation d'une obligation internationale et sa conséquence juridique immédiate, soit l'obligation de réparation, a été reconnu à l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour permanente de Justice internationale qui a été repris tel quel dans l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour internationale de Justice. Conformément à cet article, les États parties au Statut peuvent déclarer reconnaître comme obligatoire la juridiction de la Cour sur tous les différends d'ordre juridique ayant pour objet notamment... :

«c) La réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international;

d) La nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international.»

Les règles juridiques générales applicables aux questions qui font l'objet de ces deux alinéas sont énoncées pour l'alinéa *c* dans la première partie et pour l'alinéa *d* dans la deuxième partie des articles.

3) La deuxième partie comprend trois chapitres. Le chapitre premier énonce certains principes généraux et précise la portée de la deuxième partie. Le chapitre II est axé sur les formes de la réparation (restitution, indemnisation, satisfaction) et les relations entre elles. Le chapitre III traite de la situation spéciale qui se présente en cas de violation grave d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général et précise certaines conséquences juridiques de ces violations tant pour l'État responsable que pour d'autres États.

⁴⁵¹ À propos du principe de la *lex specialis* en relation avec la responsabilité des États, voir l'article 55 et le commentaire y relatif.

Chapitre premier

Principes généraux

1) Le chapitre premier de la deuxième partie comprend six articles qui définissent de manière générale les conséquences juridiques du fait internationalement illicite d'un État. Les violations individuelles du droit international peuvent considérablement varier allant de violations relativement légères ou mineures à des violations qui mettent en danger la survie de collectivités et de peuples, l'intégrité territoriale et l'indépendance politique d'États ainsi que l'environnement de régions tout entières. Il peut en être ainsi qu'il s'agisse d'obligations envers un autre État, certains États ou tous les États ou envers la communauté internationale dans son ensemble. Mais au-delà de la gravité ou des effets de ces violations individuelles, les règles et les institutions qui régissent la responsabilité des États sont importantes pour le maintien du respect du droit international et pour la réalisation des objectifs que les États s'efforcent d'atteindre par l'élaboration de normes au niveau international.

2) Dans le chapitre premier, l'article 28 est un article introductif, qui énonce le principe selon lequel tout fait internationalement illicite d'un État a des conséquences juridiques. L'article 29 indique que ces conséquences sont sans préjudice de l'obligation continue de l'État responsable d'exécuter l'obligation violée et ne remplacent pas cette obligation. Ce point est explicité par l'article 30, qui traite de l'obligation de cessation et des assurances et garanties de non-répétition. L'article 31 énonce l'obligation générale de réparation du préjudice subi par suite d'une violation du droit international par un État. L'article 32 indique clairement que l'État responsable ne peut pas se prévaloir de son droit interne pour échapper à l'obligation de cessation et de réparation prévue dans la deuxième partie. Enfin, l'article 33 précise la portée de cette partie en ce qui concerne tant les États auxquels des obligations sont dues que certaines conséquences juridiques qui, parce qu'elles profitent directement à des personnes ou entités autres que des États, ne sont pas visées par la deuxième ou la troisième partie des articles.

Article 28

Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite

La responsabilité internationale de l'État, qui, conformément aux dispositions de la première partie, résulte d'un fait internationalement illicite comporte les conséquences juridiques qui sont énoncées dans la présente partie.

Commentaire

- 1) L'article 28 sert d'introduction à la deuxième partie et a un caractère général. Il lie les dispositions de la première partie, qui indiquent quand la responsabilité internationale d'un État est engagée, avec les dispositions de la deuxième partie, qui énoncent les conséquences juridiques que comporte la responsabilité résultant d'un fait internationalement illicite.
- 2) Les conséquences juridiques essentielles d'un fait internationalement illicite énoncées dans la deuxième partie sont l'obligation pour l'État responsable de mettre fin au comportement illicite (art. 30) et de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite (art. 31). Lorsque le fait internationalement illicite constitue une violation grave par l'État d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général, d'autres conséquences peuvent résulter de cette violation tant pour l'État responsable que pour d'autres États. En particulier, tous les États ont en pareil cas l'obligation de coopérer pour mettre fin à la violation, de ne pas reconnaître comme licite la situation créée par la violation et de ne pas prêter aide ou assistance à l'État responsable en vue du maintien de la situation ainsi créée (art. 40 et 41).
- 3) L'article 28 n'exclut pas la possibilité qu'un fait internationalement illicite puisse entraîner des conséquences juridiques dans les relations entre l'État responsable de ce fait et des personnes ou des entités autres que des États. C'est ce qui découle de l'article premier qui vise toutes les obligations internationales *de* l'État et non pas seulement celles qui sont dues à d'autres États. Ainsi, la responsabilité des États s'étend par exemple aux violations des droits de l'homme et autres violations du droit international lorsque le bénéficiaire principal de l'obligation violée n'est pas un État. Toutefois, alors que la première partie s'applique à tous les cas dans lesquels un fait internationalement illicite peut être commis par un État, la deuxième partie a une portée plus limitée. Elle ne s'applique pas aux obligations de réparation dans la mesure où celles-ci

s'exercent envers une personne ou une entité autre qu'un État ou sont invoquées par cette personne ou cette entité. Autrement dit, les dispositions de la deuxième partie sont sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale d'un État peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un État et l'article 33 l'indique clairement.

Article 29

Maintien du devoir d'exécuter l'obligation

Les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite prévues dans la présente partie n'affectent pas le maintien du devoir de l'État responsable d'exécuter l'obligation violée.

Commentaire

- 1) Lorsqu'un État commet une violation d'une obligation internationale, le rétablissement et l'avenir de la relation juridique à laquelle il a été ainsi porté atteinte revêtent une importance essentielle. Outre la question de la réparation, deux problèmes immédiats se posent, à savoir celui des conséquences du comportement de l'État responsable pour l'obligation qui a été violée et celui de la cessation de la violation si elle a un caractère continu. Le premier problème fait l'objet de l'article 29 et le deuxième de l'article 30.
- 2) L'article 29 énonce le principe général selon lequel les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite n'affectent pas le maintien du devoir de l'État responsable d'exécuter l'obligation qu'il a violée. Par suite du fait internationalement illicite, un nouvel ensemble de relations juridiques est établi entre l'État responsable et l'État ou les États auxquels l'obligation internationale est due. Cela ne signifie pas que la relation juridique préexistante établie par l'obligation primaire disparaît. Même si l'État responsable respecte l'obligation prévue dans la deuxième partie de mettre fin au comportement illicite et de réparer intégralement le préjudice causé, il n'est pas dispensé de ce fait de son devoir d'exécuter l'obligation qu'il a violée. Le maintien de l'obligation d'exécuter une obligation internationale, nonobstant une violation de celle-ci, sous-tend la notion de fait illicite continu (voir art. 14) et d'obligation de cessation (voir art. 30 *a*).
- 3) Il est vrai que dans certaines situations, l'effet de la violation d'une obligation peut être en définitive de mettre fin à l'obligation elle-même. Par exemple un État lésé par une violation

substantielle d'un traité bilatéral peut choisir de mettre fin au traité⁴⁵². Mais comme les dispositions pertinentes de la Convention de Vienne sur le droit des traités l'indiquent clairement, le simple fait de violer et même de rejeter un traité ne met pas fin au traité⁴⁵³. C'est à l'État lésé de réagir face à la violation dans la mesure permise par la Convention de Vienne. Il se peut que l'État lésé n'ait pas intérêt à mettre fin au traité plutôt qu'à demander le maintien de son application. Lorsqu'il est dûment mis fin à un traité par suite d'une violation, l'extinction du traité n'affecte pas les relations juridiques que le traité a fait naître avant son extinction, y compris l'obligation de réparer toute violation⁴⁵⁴. La violation d'une obligation au regard du droit international général est encore moins susceptible d'affecter l'obligation sous-jacente et n'aura d'ailleurs jamais cet effet en tant que telle. Par contre, l'obligation juridique secondaire de la responsabilité de l'État naît au moment où survient une violation et sans que l'État lésé ait à l'invoquer.

4) L'article 29 n'a pas à traiter de ces éventualités. Tout ce qu'il prévoit, c'est que les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite dans le domaine de la responsabilité de l'État n'affectent pas le maintien du devoir de respecter l'obligation qui a été violée. La question de savoir si et dans quelle mesure cette obligation subsiste en dépit de la violation ne relève pas du droit de la responsabilité des États mais des règles relatives à l'obligation primaire pertinente.

⁴⁵² Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331, art. 60.

⁴⁵³ Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour a considéré que des violations substantielles continues par les deux parties n'avaient pas pour effet de mettre fin au Traité de 1977: *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 68, par. 114.

⁴⁵⁴ Voir par exemple *Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande/France)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990), p. 266, avec renvoi à l'opinion dissidente de Sir McNair, Président, concernant l'affaire *Ambatielos, exception préliminaire*, *C.I.J. Recueil 1952*, p. 63. Sur ce point particulier, la Cour elle-même était d'accord: *ibid.*, p. 45. Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Hongrie a admis que les conséquences juridiques de sa décision de mettre fin au traité de 1977 en raison de la violation commise par la Tchécoslovaquie n'avaient qu'un caractère prospectif et ne portaient pas atteinte aux droits nés du traité pour l'une ou l'autre partie: *C.I.J. Recueil 1997*, p. 73 et 74, par. 125 à 127. La Cour a estimé que le traité était toujours en vigueur et n'a donc pas abordé la question..

Article 30

Cessation et non-répétition

L'État responsable du fait internationalement illicite a l'obligation:

- a) D'y mettre fin si ce fait continue;
- b) D'offrir des assurances et des garanties de non-répétition appropriées si les circonstances l'exigent.

Commentaire

- 1) L'article 30 traite de deux questions distinctes mais liées entre elles que soulève la violation d'une obligation internationale: la cessation du comportement illicite et l'offre d'assurances et garanties de non-répétition par l'État responsable si les circonstances l'exigent. Ce sont deux aspects du rétablissement et de la restauration de la relation juridique à laquelle la violation a porté atteinte. La cessation est en quelque sorte l'aspect négatif de l'exécution future, à savoir mettre fin à un comportement illicite continu alors que les assurances et garanties ont une fonction préventive et peuvent être considérées comme un renforcement positif de l'exécution future. Le maintien en vigueur de l'obligation sous-jacente doit être implicite dans les deux cas étant donné que si l'obligation a cessé d'exister du fait de sa violation, la question de la cessation ne se pose pas et il ne saurait être question d'assurances ni de garanties⁴⁵⁵.
- 2) L'alinéa *a* de l'article 30 traite de l'obligation de l'État responsable du fait internationalement illicite de mettre fin au comportement illicite. Conformément à l'article 2, le mot «fait» désigne aussi bien une action qu'une omission. La cessation s'applique donc à tous les faits illicites qui se prolongent dans le temps, «que le comportement de l'État auteur soit une action ou une omission ... puisqu'il peut y avoir cessation dans une abstention d'agir ...⁴⁵⁶».
- 3) Dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, le Tribunal arbitral a souligné que deux conditions essentielles étroitement liées entre elles devaient être réunies pour que naisse l'obligation de

⁴⁵⁵ Cf. Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331, art. 70 1).

⁴⁵⁶ *Rainbow Warrior*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990), p. 270, par. 113.

cessation du comportement illicite, à savoir «que l'acte illicite ait un caractère continu et que la règle violée soit toujours en vigueur au moment de l'émission de cette ordonnance⁴⁵⁷».

L'obligation de mettre fin à un comportement illicite naît le plus couramment dans le cas d'un fait illicite continu⁴⁵⁸, mais l'article 30 englobe également les situations dans lesquelles un État a violé une obligation à plusieurs occasions, ce qui implique un risque de répétition. La formule «si ce fait continue» qui figure à la fin de l'alinéa *a* de l'article vise à couvrir les deux situations.

4) La cessation du comportement en violation d'une obligation internationale est la première condition à remplir pour éliminer les conséquences du comportement illicite. Avec la réparation, c'est l'une des deux conséquences générales d'un fait internationalement illicite. La cessation est souvent le principal objet de la controverse suscitée par un comportement qui viole une obligation internationale⁴⁵⁹. Elle est fréquemment exigée non seulement par les États mais aussi par les organes d'organisations internationales tels que l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité en cas de violation grave du droit international. Par contre, la réparation, aussi importante qu'elle soit dans de nombreux cas, peut ne pas être la question essentielle dans un litige entre États concernant les questions de responsabilité⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ Ibid., p. 270, par. 114.

⁴⁵⁸ Pour la notion de fait illicite continu, voir le commentaire de l'article 14, par. 3) à 11).

⁴⁵⁹ Le mécanisme de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce s'intéresse beaucoup plus aux problèmes de cessation que de réparation: Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, annexe 2, Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, notamment l'article 3 7), qui prévoit l'indemnisation seulement «si le retrait immédiat de la mesure en cause est irréalisable, et à titre temporaire en attendant le retrait de la mesure incompatible avec un accord visé». Sur la distinction entre cessation et réparation dans le cadre de l'OMC, voir par exemple *Subventions australiennes fournies aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobile*, Rapport du Groupe spécial de règlement des différends de l'OMC, 21 janvier 2000 (document WT/DS126/RW), par. 6.49.

⁴⁶⁰ Pour les cas où la Cour internationale a reconnu qu'il peut en être ainsi, voir par exemple l'affaire de *la compétence en matière de pêche, fond (République fédérale d'Allemagne c. Islande)*, C.I.J. Recueil 1974, p. 201 à 205, par. 65 à 76; l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, C.I.J. Recueil 1997, p. 81, par. 153. Voir également C. Gray, *Judicial Remedies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1987), p. 77 à 92.

5) La cessation a pour fonction de mettre fin à une violation du droit international et de préserver la validité et l'efficacité de la règle primaire sous-jacente. L'obligation de cessation qui incombe à l'État responsable sert ainsi à protéger aussi bien l'intérêt de l'État ou des États lésés que l'intérêt de la communauté internationale dans son ensemble à préserver l'état de droit et à s'appuyer sur lui.

6) Il existe plusieurs raisons de considérer la cessation comme étant plus qu'un simple élément du devoir d'exécuter l'obligation primaire. Premièrement, la question de la cessation ne se pose qu'en cas de violation. Ce qui doit se produire alors dépend non seulement de l'interprétation de l'obligation primaire mais aussi des règles secondaires relatives aux recours et il est approprié de les traiter, du moins d'une manière générale, dans les articles relatifs aux conséquences d'un fait internationalement illicite. Deuxièmement, les faits illicites continus sont une caractéristique commune des affaires de responsabilité des États et font l'objet d'une disposition distincte, l'article 14. Il est nécessaire d'énoncer les conséquences de tels faits dans la deuxième partie.

7) La question de la cessation est souvent étroitement liée à celle de la réparation et en particulier de la restitution. Le résultat de la cessation est parfois impossible à distinguer de la restitution, par exemple dans les cas impliquant la libération d'otages ou la restitution d'objets ou de locaux confisqués. Il convient toutefois de les distinguer. À la différence de la restitution, la cessation n'est pas soumise aux limitations imposées par le critère de la proportionnalité⁴⁶¹. Elle peut donner lieu à une obligation continue alors même que le retour au *statu quo ante* est exclu ou n'est réalisable que de manière approximative.

8) La difficulté à distinguer entre la cessation et la restitution est illustrée par l'affaire du *Rainbow Warrior*. La Nouvelle-Zélande demandait le retour des deux agents sur l'île d'Hao. Selon la Nouvelle-Zélande, la France était dans l'obligation de les renvoyer et de les détenir sur l'île jusqu'à la fin du délai de trois ans; cette obligation n'avait pas expiré, le temps passé hors de l'île ne pouvant compter à cette fin. Le Tribunal arbitral exprima son désaccord. De son point de vue, l'obligation valait pour une période fixe qui avait expiré et le problème de la cessation

⁴⁶¹ Voir l'article 35 *b* et le commentaire y relatif.

ne pouvait donc se poser⁴⁶². À l'évidence, le retour des deux agents sur l'île n'avait aucune valeur pour la Nouvelle-Zélande si la France n'avait pas l'obligation continue de les y maintenir. Ainsi, le retour au *statu quo ante* peut avoir peu de valeur, voire aucune, si l'obligation violée s'est éteinte. Inversement, l'État lésé peut ne pas avoir le choix de renoncer à la restitution si l'exécution continue de l'obligation violée incombe à l'État responsable et si l'État lésé n'a pas le pouvoir de le libérer de ce pouvoir d'exécution. La distinction entre cessation et restitution peut avoir des conséquences importantes du point de vue des États concernés.

9) L'alinéa *b* de l'article 30 traite de l'obligation de l'État responsable d'offrir des assurances et garanties appropriées de non-répétition, si les circonstances l'exigent. Les assurances et garanties visent à rétablir la confiance dans une relation continue, bien qu'elles offrent beaucoup plus de souplesse que la cessation et ne soient pas exigées dans tous les cas. Elles sont le plus souvent demandées lorsque l'État lésé a des raisons de penser que le simple retour à la situation préexistante ne le protège pas de manière satisfaisante. Par exemple, à la suite de manifestations répétées contre l'ambassade des États-Unis à Moscou en 1964-1965, le Président Johnson a affirmé que:

«Les États-Unis doivent insister pour que leurs propriétés et leur personnel diplomatique reçoivent la protection exigée par le droit international et par l'usage, protection qui est nécessaire à la conduite des relations diplomatiques entre les États. Des expressions de regret et l'offre d'une indemnité ne sauraient tenir lieu de protection adéquate⁴⁶³.»

Ces mesures de réparation ne sont pas toujours exprimées sous forme de demande d'assurances ou de garanties, mais les assurances et garanties ont l'avantage d'être tournées vers l'avenir et visent à empêcher d'autres violations potentielles. Elles sont axées sur la prévention plutôt que sur la réparation et sont comprises dans l'article 30.

10) La question de savoir si l'obligation d'offrir des assurances et garanties de non-répétition peut être une conséquence juridique d'un fait internationalement illicite a été débattue dans le cadre de l'affaire *LaGrand*⁴⁶⁴. Celle-ci portait sur le manquement reconnu à l'obligation de

⁴⁶² Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990), p. 266, par. 105.

⁴⁶³ Publié dans *I.L.M.*, vol. IV (1965), p. 698.

⁴⁶⁴ *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, *fond*, arrêt du 27 juin 2001.

notification consulaire prévue à l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963. Dans sa quatrième conclusion, l'Allemagne a demandé des assurances et garanties générales et spécifiques quant aux moyens mis en œuvre pour assurer le respect ultérieur de la Convention. Les États-Unis ont fait valoir qu'offrir de telles assurances ou garanties allait bien au-delà de l'étendue des obligations découlant de la Convention et que la Cour n'était pas compétente pour ordonner de telles mesures. En tout état de cause, des assurances et garanties de ce type étaient sans précédent et ne devraient pas être exigées. Le droit à réparation de l'Allemagne n'allait pas au-delà d'excuses, excuses que les États-Unis avaient présentées. Par ailleurs, des assurances ou garanties n'étaient pas appropriées compte tenu des nombreuses mesures qu'ils avaient prises pour que ses agents au niveau fédéral et au niveau des États respectent à l'avenir la Convention. Sur la question de la compétence, la Cour a estimé

«qu'un différend portant sur les voies de droit à mettre en œuvre au titre d'une violation de la Convention qu'invoque l'Allemagne est un différend concernant l'interprétation ou l'application de la Convention et qui de ce fait relève de la compétence de la Cour. S'il est établi que la Cour a compétence pour connaître d'un différend portant sur une question déterminée, elle n'a pas besoin d'une base de compétence distincte pour examiner les remèdes demandés par une partie pour la violation en cause. La Cour a par suite compétence en l'espèce pour connaître de la quatrième conclusion de l'Allemagne⁴⁶⁵».

Sur la question du caractère approprié de la demande, la Cour a considéré que des excuses ne suffisaient pas chaque fois que des étrangers avaient «fait l'objet d'une détention prolongée ou été condamnés à des peines sévères» par suite d'un manquement à l'obligation de notification consulaire⁴⁶⁶. Compte tenu des informations données par les États-Unis concernant les mesures prises pour assurer désormais le respect de cette obligation, la Cour a toutefois estimé

«que l'engagement pris par les États-Unis d'assurer la mise en œuvre des mesures spécifiques adoptées en exécution de leurs obligations au titre de l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 36 doit être considéré comme satisfaisant à la demande de l'Allemagne visant à obtenir une assurance générale de non-répétition⁴⁶⁷».

⁴⁶⁵ Ibid., par. 48, citant l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów, compétence*, 1927, *C.P.J.I., série A, n° 9*, p. 22.

⁴⁶⁶ *LaGrand, fond*, arrêt du 27 juin 2001, par. 123.

⁴⁶⁷ Ibid., par. 124; voir aussi le dispositif, par. 128 6).

En ce qui concerne les assurances spécifiques demandées par l'Allemagne, la Cour s'est bornée à dire que...

«... si les États-Unis, en dépit de l'engagement visé au ... manquaient à leur obligation de notification consulaire au détriment de ressortissants allemands, des excuses ne suffiraient pas dans les cas où les intéressés auraient fait l'objet d'une détention prolongée ou été condamnés à des peines sévères. Dans le cas d'une telle condamnation, les États-Unis devraient permettre le réexamen et la révision du verdict de culpabilité et de la peine en tenant compte de la violation des droits prévus par la Convention⁴⁶⁸».

La Cour a donc confirmé sa compétence pour examiner la quatrième conclusion de l'Allemagne et a répondu à celle-ci dans le dispositif. Elle n'a toutefois pas examiné la base juridique pour l'obtention d'assurances de non-répétition.

11) Un État peut chercher à obtenir des assurances ou garanties de non-répétition par voie de satisfaction (par exemple abrogation d'une loi qui a permis à la violation de se produire) et les deux formes de réparation se recouvrent donc dans la pratique⁴⁶⁹. Il vaut mieux toutefois considérer les assurances ou garanties de non-répétition comme un aspect du maintien et du rétablissement de la relation juridique à laquelle la violation a porté atteinte. Lorsqu'un État lésé cherche à obtenir des assurances et garanties de non-répétition, c'est essentiellement pour renforcer une relation juridique continue et l'accent est mis sur le respect futur d'une obligation et non pas sur sa violation passée. En outre, les assurances et garanties de non-répétition peuvent être exigées par un État autre que l'État lésé conformément aux dispositions de l'article 48.

12) Les assurances sont normalement données oralement alors que les garanties de non-répétition impliquent davantage – par exemple l'adoption par l'État responsable de mesures préventives pour éviter que la violation ne se reproduise. En ce qui concerne le type de garanties qui peuvent être demandées, la pratique internationale n'est pas uniforme. L'État lésé demande généralement soit des garanties contre la répétition du fait illicite sans préciser la forme qu'elles doivent prendre⁴⁷⁰ soit, si l'acte illicite affecte ses nationaux, une meilleure protection des

⁴⁶⁸ Ibid., par. 125 ; voir aussi *ibid.*, par. 127, et le dispositif, par. 128 7).

⁴⁶⁹ Voir le commentaire de l'article 36, par. 5).

⁴⁷⁰ Dans l'incident du «Dogger Bank» en 1904, le Royaume-Uni avait demandé une «garantie contre la répétition de tels incidents intolérables»: Martens, *Nouveau recueil*, deuxième série, vol. XXXIII, p. 642. Voir aussi l'échange de notes entre la Chine et l'Indonésie après l'attaque

personnes et des biens⁴⁷¹. Dans l'affaire *LaGrand*, la Cour a énoncé expressément l'obligation qui naîtrait pour les États-Unis d'une violation future, mais a ajouté que «cette obligation peut être mise en œuvre de diverses façons. Le choix des moyens doit revenir aux États-Unis⁴⁷²». Elle a noté en outre qu'un État peut ne pas être en mesure de fournir une ferme garantie de non-répétition⁴⁷³. La question de savoir s'il pourrait convenablement le faire dépendrait de la nature de l'obligation en question.

13) Dans certains cas, l'État lésé peut demander à l'État responsable d'adopter des mesures spécifiques ou d'agir d'une manière déterminée pour éviter que le fait illicite ne se reproduise. Parfois l'État lésé demande simplement à l'État responsable de lui donner l'assurance qu'il respectera à l'avenir les droits de l'État lésé⁴⁷⁴. Dans d'autres cas, l'État lésé demande à l'État responsable de donner des instructions précises à ses agents⁴⁷⁵, ou d'adopter une certaine ligne de conduite⁴⁷⁶. Mais les assurances et garanties de non-répétition ne sont pas toujours

en mars 1966 contre le consulat général de Chine à Jakarta. Le Vice-Ministre chinois des affaires étrangères avait demandé une garantie contre tout renouvellement de pareils incidents à l'avenir: *R.G.D.I.P.*, vol. 70 (1966), p. 1013.

⁴⁷¹ De telles assurances ont été données dans l'affaire «Doane» (1886): Moore, *Digest*, vol. VI, p. 345 et 346.

⁴⁷² *LaGrand, fond*, arrêt du 27 juin 2001, par. 125.

⁴⁷³ *Ibid.*, par. 124.

⁴⁷⁴ Voir par exemple l'affaire en 1901 dans laquelle l'Empire ottoman donna l'assurance formelle que désormais les postes anglaises, autrichiennes et françaises fonctionneraient librement sur son territoire: *R.G.D.I.P.*, vol. 8 (1901), p. 788 et 792.

⁴⁷⁵ Voir par exemple l'affaire du «*Herzog*» et du «*Bundesrath*», deux vaisseaux allemands saisis durant la guerre des Boers en décembre 1899 et janvier 1900 par la marine de guerre britannique, dans laquelle l'Allemagne avait appelé l'attention de la Grande-Bretagne sur la «nécessité de donner pour instruction à tout commandant naval britannique de ne pas molester les navires marchands allemands qui ne se trouvent pas dans les parages du théâtre des opérations»: Martens, *Nouveau recueil*, deuxième série, vol. XXIX, p. 456 et 486.

⁴⁷⁶ Dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*, le Tribunal arbitral avait précisé les mesures que devait adopter la Fonderie de Trail, y compris les mesures de nature à «prévenir efficacement des émissions importantes de fumée aux États-Unis à l'avenir»: *Fonderie de Trail (États-Unis d'Amérique/Canada)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (1938, 1941), p. 1934. Des demandes visant à modifier ou à abroger une législation sont fréquemment formulées par des organes internationaux. Voir par exemple les décisions du Comité des droits

appropriées même si elles sont exigées. Beaucoup dépendra des circonstances de l'espèce, y compris de la nature de l'obligation et de la violation. Le caractère plus ou moins exceptionnel de ces mesures est indiqué par les mots «si les circonstances l'exigent» à la fin de l'alinéa *b*. L'obligation de l'État responsable en matière d'assurances et garanties de non-répétition est formulée en termes souples pour éviter les demandes abusives ou excessives d'assurances et de garanties comme celles présentées par certains États dans le passé.

Article 31

Réparation

1. L'État responsable est tenu de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite.
2. Le préjudice comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite de l'État.

Commentaire

1) L'obligation de réparer intégralement le préjudice est la seconde obligation générale qui découle pour l'État responsable de la commission d'un fait internationalement illicite. Le principe général des conséquences de la commission d'un fait internationalement illicite a été énoncé par la Cour permanente dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*:

«C'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate. La réparation est donc le complément indispensable d'un manquement à l'application d'une convention, sans qu'il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la convention même. Des divergences relatives à des réparations, éventuellement dues pour manquement à l'application d'une convention, sont, partant, des divergences relatives à l'application⁴⁷⁷».

Dans ce passage, cité est appliqué en maintes occasions⁴⁷⁸, la Cour a utilisé le mot «réparation» dans son sens le plus large. Elle a rejeté la thèse avancée par la Pologne selon laquelle la

de l'homme: affaire *Torres Ramirez c. Uruguay*, décision du 23 juillet 1980, par. 19, A/35/40, p. 133; affaire *Lanza c. Uruguay*, décision du 3 avril 1980, *ibid.*, p. 126, par. 17; affaire *Dermit Barbato c. Uruguay*, décision du 21 octobre 1982, A/38/40, p. 142, par. 11.

⁴⁷⁷ *Usine de Chorzów, compétence, C.P.J.I., série A, n° 9 (1927)*, p. 21.

⁴⁷⁸ C'est ainsi que la Cour internationale de Justice a cité cette décision, dans l'affaire *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, *fond*, arrêt du 27 juin 2001, par. 48.

compétence pour interpréter et appliquer un traité ne donne pas compétence pour régler les différends concernant la forme et l'étendue de la réparation. À ce stade du différend, l'Allemagne ne cherchait plus à obtenir, pour le compte de son national, la restitution de l'usine en question ni des biens saisis avec cette dernière.

2) Lors d'une phase ultérieure de la même affaire, la Cour a défini de manière plus détaillée le contenu de l'obligation de réparer:

«Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature; allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place; tels sont les principes desquels doit s'inspirer la détermination du montant de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au droit international⁴⁷⁹.»

Dans la première phrase, la Cour a donné une définition générale de la réparation, soulignant que sa fonction était de rétablir la situation affectée par le fait illicite⁴⁸⁰. Dans la deuxième phrase, elle envisage l'aspect de la réparation évoquée par le terme «indemnisation» pour un fait illicite - à savoir la restitution en nature ou le paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature et, en outre, des dommages et intérêts pour les pertes subies à cause du fait illicite.

3) L'obligation mise à la charge de l'État responsable par l'article 31 consiste à procéder à la «réparation intégrale» au sens de l'arrêt de l'*Usine de Chorzów*. En d'autres termes, l'État responsable doit s'efforcer d'«effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'État qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis⁴⁸¹» au moyen d'une ou plusieurs des formes de réparation définies dans le chapitre II de la présente partie.

⁴⁷⁹ *Usine de Chorzów, fond, C.P.J.I., série A, n° 17 (1928)*, p. 47.

⁴⁸⁰ Voir P.-M. Dupuy, «Le fait générateur de la responsabilité internationale des États», *Recueil des cours*, vol. 188 (1984-V), p. 94, qui utilise le terme «restauration».

⁴⁸¹ *Usine de Chorzów, fond, C.P.J.I., série A, n° 17 (1928)*, p. 47.

4) L'obligation générale de réparer est énoncée à l'article 31 en tant que corollaire immédiat de la responsabilité de l'État, c'est-à-dire en tant qu'obligation de l'État responsable résultant du fait illicite, et non en tant que droit de l'État ou des États lésés. On évite ainsi les difficultés qui pourraient se poser lorsque la même obligation est due simultanément à plusieurs États, à de nombreux États ou à tous les États dont seulement quelques-uns sont particulièrement affectés par la violation. Mais outre les questions qui se posent lorsque plus d'un État est habilité à invoquer la responsabilité⁴⁸², l'obligation générale de réparer naît automatiquement dès la commission d'un fait internationalement illicite et ne dépend pas, en elle-même, de la formulation d'une exigence ou d'une protestation par un État, même si la forme que devrait prendre la réparation étant donné les circonstances peut dépendre de la réaction de l'État ou des États lésés.

5) L'obligation de l'État responsable de réparer intégralement concerne le «préjudice causé par le fait internationalement illicite». La notion de «préjudice», définie au paragraphe 2, doit être entendue comme englobant tout dommage causé par le fait illicite. Conformément à ce paragraphe, en particulier, le «préjudice» comprend tout dommage matériel ou moral ainsi causé. Cette formulation vise à être à la fois exhaustive, en ce sens qu'elle englobe le dommage tant matériel que moral entendu au sens large, et limitative dans la mesure où elle exclut de simples préoccupations abstraites ou les intérêts généraux d'un État qui n'est pas individuellement atteint par la violation⁴⁸³. Par dommage «matériel», on entend le dommage causé à des biens ou à d'autres intérêts de l'État ou de ses nationaux susceptible d'être évalué en termes pécuniaires. Par dommage «moral», on vise les souffrances causées à l'individu, la perte d'êtres chers ou

⁴⁸² Pour les États en droit d'invoquer la responsabilité, voir les articles 42 et 48 et les commentaires y relatifs. Pour la situation où il y a une pluralité d'États lésés, voir l'article 46 et le commentaire y relatif.

⁴⁸³ Quoiqu'ils ne soient pas individuellement lésés, ces États peuvent être en droit d'invoquer la responsabilité pour violation de certaines catégories d'obligations dans l'intérêt général, conformément à l'article 48. Sur les notions de préjudice et de dommage en général, voir B. Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale* (Paris, Pédone, 1973); B. Graefrath, «Responsibility and damage caused: relations between responsibility and damages», *Recueil des cours*, vol. 185 (1984-II), p. 95; A. Tanzi, «Is Damage a Distinct Condition for the Existence of an Internationally Wrongful Act?», M. Spinedi & B. Simma (dir. publ.), *United Nations Codification of State Responsibility* (New York, Oceana, 1987), p. 1; I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility (Part I)* (Oxford, Clarendon Press, 1983), p. 53 à 88.

une injure personnelle associée à une intrusion dans le domicile ou une atteinte à la vie privée. Il comprend le dommage causé aux intérêts juridiques d'un État en tant que tels, que ce dommage puisse ou non être considéré comme un dommage «moral». La question de la réparation de ces types de dommage est examinée plus en détail au chapitre II de la présente partie⁴⁸⁴.

6) La question de savoir si le dommage causé à un intérêt protégé est un élément nécessaire du fait internationalement illicite a déjà été examinée⁴⁸⁵. D'une manière générale, cela n'est pas nécessaire; cette question est déterminée par la règle primaire applicable. Dans certains cas, l'essence du fait illicite est qu'il cause effectivement un dommage à un autre État. Dans d'autres cas, ce qui compte est que les précautions nécessaires pour prévenir un dommage n'ont pas été prises, même si aucun dommage n'a été effectivement causé. Dans certains cas, il y a un engagement exprès d'accomplir un acte précis, par exemple d'incorporer des règles uniformes dans le droit interne. Dans chaque cas, c'est l'obligation primaire qui définit ce qu'il faut faire. C'est pourquoi l'article 12 définit le manquement à une obligation internationale comme le fait de ne pas exécuter cette obligation.

7) De ce fait, il n'y a pas de règle générale, qui viendrait s'ajouter aux prescriptions énoncées par l'obligation primaire applicable, exigeant qu'un État ait subi un dommage matériel pour pouvoir demander réparation pour une violation. L'existence d'un dommage effectif est extrêmement pertinente en ce qui concerne la forme et le quantum de la réparation. Mais il n'y a pas d'exigence générale de dommage matériel pour qu'un État soit habilité à demander une forme ou une autre de réparation. Dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, il avait été initialement argué que «dans la théorie de la responsabilité internationale, le dommage est nécessaire pour fonder l'obligation de réparer», mais les parties sont ultérieurement convenues qu'...

«[u]ne atteinte illicite à des intérêts non matériels, par exemple des actes affectant l'honneur, la dignité ou le prestige d'un État, habilite l'État qui en est victime à recevoir

⁴⁸⁴ Voir en particulier l'article 36 et le commentaire y relatif.

⁴⁸⁵ Voir le commentaire de l'article 2, par. 9).

une réparation adéquate, même si les actes en question n'ont pas causé à cet État de perte pécuniaire ou matérielle⁴⁸⁶».

Le Tribunal a jugé que le fait illicite commis par la France avait «provoqué l'indignation et scandalisé l'opinion publique en Nouvelle-Zélande et causé un nouveau dommage non matériel ... de caractère moral, politique et juridique, résultant de l'affront fait à la dignité et au prestige non seulement de la Nouvelle-Zélande en tant que telle mais également à ses plus hautes autorités judiciaires et exécutives⁴⁸⁷».

8) Lorsque deux États sont convenus d'adopter un comportement particulier, le fait pour l'un d'eux de ne pas exécuter son obligation affecte nécessairement l'autre. Une promesse a été rompue, et le droit de l'autre État à l'exécution a dans cette mesure été violé. Il serait injustifié que les règles secondaires de la responsabilité des États interviennent à ce stade et excluent la responsabilité parce qu'aucun préjudice ou dommage identifiable ne s'est produit. Si les parties avaient voulu, en s'engageant, formuler ainsi l'obligation, elles auraient pu le faire. Souvent, le dommage qui peut découler d'un fait illicite (par exemple, le dommage causé à des pêcheries par des captures effectuées alors que la pêche n'est pas ouverte, le dommage causé à l'environnement par des émissions dépassant la limite prescrite, le prélèvement dans un fleuve d'un volume d'eau supérieur au volume autorisé) peut être lointain, contingent ou incertain. Néanmoins, les États peuvent dans de tels domaines contracter des engagements immédiats et inconditionnels dans leur intérêt mutuel à long terme. En conséquence, l'article 31 donne du «préjudice» une définition large et étendue, laissant aux obligations primaires le soin de préciser ce qui est requis dans chaque cas.

9) Le paragraphe 2 envisage une autre question, à savoir celle du lien de causalité entre le fait internationalement illicite et le préjudice. C'est uniquement «le préjudice ... résultant du fait internationalement illicite d'un État» qui doit être intégralement réparé. Cette formulation vise à indiquer que l'objet de la réparation est, globalement, le préjudice résultant du fait internationalement illicite et imputable à celui-ci, et non toutes les conséquences de ce fait.

⁴⁸⁶ *Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande/France)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, p. 217 (1990), p. 267, par. 109.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, p. 267, par. 110.

10) L'imputation du préjudice ou de la perte à un fait illicite est en principe un processus juridique et pas seulement historique ou causal. De nombreuses expressions sont utilisées pour décrire le lien qui doit exister entre le fait illicite et le préjudice pour que naisse l'obligation de réparer. Par exemple, il peut être fait référence aux pertes «attribuables [au fait illicite] en tant que cause immédiate⁴⁸⁸», ou à un dommage qui est «trop indirect, trop éloigné et trop incertain pour être évalué⁴⁸⁹», ou à «toute perte ... tout dommage directs – y compris les atteintes à l'environnement et la destruction des ressources naturelles – et ... tous autres préjudices directs subis par des États étrangers et des personnes physiques et sociétés étrangères» par le fait illicite⁴⁹⁰. Ainsi, l'existence d'un lien de causalité est en fait une condition nécessaire mais non suffisante de la réparation. Un autre élément contribue à exclure la réparation du préjudice trop «lointain» ou «indirect» pour donner lieu à réparation. Dans certains cas, c'est le caractère «direct» du préjudice qui est visé⁴⁹¹, dans d'autres sa «prévisibilité⁴⁹²» ou sa «proximité⁴⁹³».

⁴⁸⁸ Voir Commission mixte des réclamations États-Unis–Allemagne, *Administrative Decision No. II*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII (1923), p. 30. Voir également *Dix*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (1902), p. 121, et la réclamation formulée par le Canada à la suite de la désintégration du satellite nucléaire soviétique *Cosmos 954* au-dessus de son territoire en 1978: *I.L.M.*, vol. 18 (1979), p. 907, par. 23.

⁴⁸⁹ Voir la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1905 (1938, 1941), p. 1931. Voir aussi A. Hauriou, «Les dommages indirects dans les arbitrages internationaux», *R.G.D.I.P.*, vol. 31 (1924), p. 209, citant la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de l'*Alabama* comme l'application la plus frappante de la règle excluant le dommage «indirect».

⁴⁹⁰ Résolution 687 (1991) du Conseil de sécurité, par. 16. Cette résolution relève du chapitre VII, mais réaffirme que l'Iraq est responsable «en vertu du droit international ... du fait de son invasion et de son occupation illicites du Koweït». La Commission d'indemnisation des Nations Unies et son Conseil d'administration ont fourni des indications sur l'interprétation des critères de préjudice direct et de causalité en vertu du paragraphe 16. Voir, par exemple, *Réclamations à l'encontre de l'Iraq (Réclamations de la catégorie «B»)*, Rapport du 14 avril 1994 (S/AC.26/1994/1), reproduit dans *I.L.R.*, vol. 109, p. 127; approuvées par la décision 20 du Conseil d'administration de la Commission d'indemnisation, en date du 26 mai 1994 (S/AC.26/Dec.20), reproduite dans *I.L.R.*, vol. 109, p. 622; *Demande d'indemnisation des frais afférents à la maîtrise des éruptions de puits*, Rapport du 15 novembre 1996 (S/AC.26/1996/5), reproduit dans *I.L.R.*, vol. 109, p. 506 à 511, par. 66 à 86; approuvé par le Conseil d'administration dans sa Décision 40 du 17 décembre 1996 (S/AC.26/Dec.40), reproduite dans *I.L.R.*, vol. 109, p. 669.

⁴⁹¹ Comme dans la résolution 687 (1991) du Conseil de sécurité, par. 16.

D'autres facteurs peuvent toutefois entrer en ligne de compte: par exemple, si les organes de l'État ont délibérément causé le préjudice en question, ou si le préjudice causé entrait dans le cadre de la règle qui a été violée, eu égard au but de cette règle⁴⁹⁴. En droit international comme en droit interne, la question du préjudice indirect «n'est pas un aspect du droit qui peut être résolu de manière satisfaisante par la recherche d'une formule unique⁴⁹⁵». L'idée que le lien de causalité doit être suffisant ou que le dommage ne doit pas être trop lointain est implicite dans la prescription générale énoncée à l'article 31, à savoir que le préjudice doit être une conséquence du fait illicite, mais aucune condition particulière n'a été ajoutée.

11) L'atténuation du dommage est un autre élément affectant l'étendue de la réparation. Même la victime totalement innocente d'un comportement illicite est censée agir raisonnablement face au préjudice. Bien que cette règle soit souvent appelée «obligation d'atténuer le dommage», il ne s'agit pas d'une obligation d'ordre juridique dont la non-exécution engage la responsabilité. C'est plutôt que la partie lésée peut perdre son droit à indemnisation dans la mesure où elle n'a

⁴⁹² Voir, par exemple, l'affaire *Naulilaa (Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique) (Portugal c. Allemagne)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (1928), p. 1031.

⁴⁹³ Pour l'examen comparatif de la question du lien de causalité et de la notion de dommage «lointain», voir, par exemple, H. L. A. Hart & A. M. Honoré, *Causation in the Law* (2^e éd.) (Oxford, Clarendon Press, 1985); A. M. Honoré, «Causation and Remoteness of Damage», A. Tune (dir. publ.) in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, première partie, chap. VII, p. 156; K. Zweigert et H. Kötz, *Introduction to Comparative Law* (3^e éd.) (traduction J. A. Weir) (Oxford, Clarendon Press, 1998), p. 601 à 627 (en particulier p. 609 et suiv.); B. S. Markesinis, *The German Law of Obligations. Vol. II. The Law of Torts: A Comparative Introduction* (Oxford, Clarendon Press, 3^e éd., 1997), p. 95 à 108, avec de nombreuses références doctrinales.

⁴⁹⁴ Voir, par exemple, la décision du Tribunal des réclamations États-Unis-Iran dans *Islamic Republic of Iran v. United States of America, affaires n^{os} A15(IV) et A24*, sentence n^o 590-A15(IV)/A24-FT, 28 décembre 1998.

⁴⁹⁵ P. S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract* (5^e éd.) (Oxford, Clarendon Press, 1995), p. 466.

pas atténué le dommage⁴⁹⁶. C'est ce qu'a clairement indiqué la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*:

«La Slovaquie a aussi soutenu que son action était motivée par une obligation d'atténuer des dommages lorsqu'elle a réalisé la variante C. Elle a déclaré que "c'est un principe de droit international qu'une partie lésée du fait de la non-exécution d'un engagement pris par une autre partie doit s'employer à atténuer les dommages qu'elle a subis". Il découlerait d'un tel principe qu'un État lésé qui n'a pas pris les mesures nécessaires à l'effet de limiter les dommages subis ne serait pas en droit de réclamer l'indemnisation de ceux qui auraient pu être évités. Si ledit principe pourrait ainsi fournir une base pour le calcul de dommages et intérêts, en revanche, il ne saurait justifier ce qui constitue par ailleurs un fait illicite⁴⁹⁷.»

12) Souvent, deux facteurs distincts s'associent pour causer le dommage. Dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*⁴⁹⁸, la prise initiale des otages par les étudiants militants (n'agissant pas à ce moment-là en tant qu'organe ou agent de l'État) était attribuable à la fois à une initiative indépendante des étudiants et au fait que les autorités iraniennes n'avaient pas pris les mesures nécessaires pour protéger l'ambassade. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*⁴⁹⁹, les dommages subis par des navires britanniques étaient imputables à la fois aux mines posées par un État tiers et au fait que l'Albanie avait omis de signaler leur présence. Bien que dans de tels cas le préjudice en question ait été effectivement causé par une combinaison de facteurs dont un seulement doit être attribué à l'État responsable, la pratique internationale et les décisions des tribunaux internationaux ne consacrent pas la réduction ou l'atténuation de la réparation pour des causes concomitantes⁵⁰⁰, sauf dans les cas de faute ayant

⁴⁹⁶ Dans l'affaire de la *Demande d'indemnisation des frais afférents à la maîtrise des éruptions de puits*, un comité de la Commission d'indemnisation des Nations Unies a noté qu'«en vertu des principes généraux du droit international concernant l'atténuation des dommages ... le requérant a non seulement le droit mais est aussi tenu de prendre des mesures raisonnables ... en vue d'atténuer les pertes, les dommages ou le préjudice causés»: rapport du 15 novembre 1996 (S/AC.26/1994/5), reproduit dans *I.L.R.*, vol. 109, p. 502 et 503, par. 54.

⁴⁹⁷ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 55, par. 80.

⁴⁹⁸ *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, *C.I.J. Recueil 1980*, p. 29 à 32.

⁴⁹⁹ *Détroit de Corfou, fond*, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 17, 18, 22 et 23.

⁵⁰⁰ Ces questions sont d'une manière générale traitées de la même manière en droit interne. «Selon une règle très générale, si l'on considère que les actes commis par l'auteur d'un délit civil ont causé un préjudice à la victime, l'auteur du délit est tenu de réparer la totalité du préjudice ainsi causé, en dépit du fait qu'il existe une cause contributive et qu'une autre partie en est

contribué au dommage⁵⁰¹. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, par exemple, le Royaume-Uni a obtenu le montant intégral des dommages et intérêts qu'il réclamait à l'Albanie parce que cette dernière avait commis une faute en ne mettant pas en garde contre la présence de mines, alors même que ce n'était pas elle qui les avait posées⁵⁰². Il en serait de même a fortiori dans les cas où la cause concomitante n'est pas le fait d'un autre État (dont la responsabilité pourrait être engagée séparément) mais de particuliers, ou est une cause naturelle, par exemple une inondation. Dans l'affaire du *Personnel consulaire et diplomatique des États-Unis à Téhéran*, la République islamique d'Iran a été jugée pleinement responsable de la détention des otages dès lors qu'elle avait manqué à son obligation de les protéger⁵⁰³.

13) Il est vrai que dans certains cas un élément identifiable du préjudice peut légitimement être attribué à une cause parmi plusieurs causes concomitantes. Mais, à moins qu'il ne soit possible de prouver qu'une partie du préjudice peut être distinguée du point de vue de la cause de celui attribué à l'État responsable, ce dernier est tenu responsable de toutes les conséquences qui ne sont pas trop lointaines de son comportement illicite. De fait, dans l'affaire *Zafiro*, le tribunal est allé plus loin et a considéré qu'il incombait à l'État responsable d'établir quelle proportion du dommage *n'était pas* attribuable à son comportement:

responsable... En d'autres termes, la responsabilité de l'auteur d'un délit civil à l'égard de la victime n'est pas altérée par le fait qu'une autre partie est simultanément responsable»: J. A. Weir, «Complex Liabilities», A. Tune (dir. publ.) in *International Encyclopedia of Comparative Law* (Tübingen, Mohr, 1983), vol. XI, p. 41. Les États-Unis se sont fondés sur cette jurisprudence comparée pour leur argumentation dans les *Affaires des incidents aériens (États-Unis d'Amérique c. Bulgarie)* lorsqu'ils ont déclaré, au sujet des alinéas *c* et *d* du paragraphe 1 de l'article 38 du statut de la Cour: «Dans tous les pays civilisés, la règle est fondamentalement identique. Un plaignant peut intenter un procès contre un ou plusieurs des auteurs d'un délit civil ou tous les auteurs, conjointement ou solidairement, mais il ne peut revendiquer de leur part, de l'un quelconque ou de plusieurs d'entre eux, que l'équivalent du montant intégral du dommage qu'il a subi». Mémoire en date du 2 décembre 1958, dans *C.I.J., Mémoires..., Incident aérien du 27 juillet 1955*, p. 229.

⁵⁰¹ Voir l'article 39 et le commentaire y relatif.

⁵⁰² Voir *Détroit de Corfou (Fixation du montant des réparations)*, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 250.

⁵⁰³ *C.I.J. Recueil 1980*, p. 31 à 33.

«Il nous semble être évident que les dommages n'ont pas été entièrement causés par l'équipage chinois du *Zafiro*. Les éléments de preuve recueillis montrent que les insurgés philippins ont un degré de responsabilité indéterminable et que, en toute probabilité, les employés chinois de la société étaient partiellement impliqués dans les dommages causés. Mais nous ne considérons pas qu'il incombe à la Grande-Bretagne de fournir des preuves sur la nature exacte des dommages imputables à l'équipage du *Zafiro*. Comme il a été démontré que la responsabilité de l'équipage chinois du navire était engagée dans une large mesure et que le degré de responsabilité de certains auteurs non identifiés ne peut pas être déterminé, nous sommes contraints d'imputer la responsabilité aux États-Unis pour la totalité des dommages. Ayant toutefois constaté qu'une partie considérable (mais qui ne peut pas être déterminée avec certitude) des dommages n'a pas été causée par l'équipage chinois du *Zafiro*, nous considérons que la revendication d'intérêts sur les réclamations ne devrait pas être autorisée⁵⁰⁴.»

14) On émet parfois la crainte d'un principe général prescrivant la réparation de tous les préjudices découlant d'une violation n'entraîne une réparation disproportionnée par rapport à la gravité de la violation. Néanmoins, la notion de «proportionnalité» s'applique différemment aux différentes formes de réparation⁵⁰⁵. Elle est envisagée, le cas échéant, dans les divers articles du chapitre II relatifs aux formes de la réparation.

Article 32

Non-pertinence du droit interne

L'État responsable ne peut pas se prévaloir des dispositions de son droit interne pour justifier un manquement aux obligations qui lui incombent en vertu de la présente partie.

Commentaire

1) L'article 3 concerne le rôle du droit interne dans la qualification d'un fait comme illicite. L'article 32 précise que le droit interne d'un État n'est pas pertinent s'agissant de savoir si ce dernier a exécuté ses obligations de cessation et de réparation. Il dispose qu'un État qui a commis un fait internationalement illicite ne peut pas invoquer son droit interne pour justifier un manquement aux obligations qui lui incombent en vertu de la présente partie. Pris ensemble, les articles 3 et 32 donnent effet, aux fins de la responsabilité des États, au principe général selon lequel un État ne peut invoquer son droit interne pour justifier la non-exécution de ses

⁵⁰⁴ *The Zafiro*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (1925), p. 164 et 165.

⁵⁰⁵ Voir les articles 35 *b*, 37, par. 3, et 39 et les commentaires y relatifs.

obligations internationales⁵⁰⁶. Bien qu'un organe de l'État puisse connaître des difficultés concrètes, lorsque les règles de l'ordre juridique interne dans le cadre desquelles il est tenu d'opérer font obstacle à l'exécution de ces obligations, l'État ne peut pas invoquer son droit ni sa pratique internes comme constituant un obstacle juridique à l'exécution d'une obligation internationale que la deuxième partie met à sa charge.

2) L'article 32 est calqué sur l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités⁵⁰⁷, qui disposent qu'une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. Ce principe général est également applicable aux obligations internationales découlant des règles de la responsabilité des États énoncées dans la deuxième partie. Le principe peut être tempéré par la règle primaire applicable, ou par une *lex specialis*, comme l'article 50 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui prévoit une satisfaction équitable au lieu de la réparation intégrale «si le droit interne de ladite Partie ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences» de la violation⁵⁰⁸.

3) Le principe selon lequel un État responsable ne peut invoquer les dispositions de son droit interne pour justifier la non-exécution de ses obligations secondaires découlant de la commission d'un fait internationalement illicite est confirmé aussi bien par la pratique des États que par la jurisprudence internationale. C'est ainsi, par exemple, que le différend né en 1906 entre le Japon et les États-Unis au sujet des politiques discriminatoires de la Californie en matière d'enseignement a été réglé par une révision de la législation californienne⁵⁰⁹. Lors de l'incident concernant le paragraphe 2 de l'article 61 de la Constitution de Weimar, il a fallu un amendement constitutionnel pour que l'Allemagne s'acquitte de l'obligation découlant pour elle

⁵⁰⁶ Voir le commentaire de l'article 3, par. 2) à 4).

⁵⁰⁷ Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

⁵⁰⁸ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 213, p. 221, tel que renuméroté par le Protocole n° 11 de 1994. On peut aussi citer l'article 32 de l'Acte général révisé pour le règlement pacifique des différends internationaux, du 23 avril 1949, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 71, p. 101, et l'article 30 de la Convention européenne pour le règlement pacifique des différends (1957), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 320, p. 243.

⁵⁰⁹ Voir R. L. Buell, «The development of the anti-Japanese agitation in the United States», *Political Science Quarterly*, vol. 37 (1922), p. 620.

de l'article 80 du Traité de Versailles⁵¹⁰. Dans l'affaire de l'*Université Peter Pázmány*, la Cour permanente a jugé que les biens réclamés devaient être restitués «libérés de toutes mesures de disposition, d'administration forcée ou de séquestre⁵¹¹». En bref, le droit international n'admet pas que les obligations d'un État responsable en vertu de la deuxième partie soient assujetties à l'ordre juridique interne de cet État pas plus qu'il ne permet d'invoquer le droit interne comme excusant la non-exécution des obligations de cessation et de réparation.

Article 33

Portée des obligations internationales énoncées dans la présente partie

1. Les obligations de l'État responsable énoncées dans la présente partie peuvent être dues à un autre État, à plusieurs États ou à la communauté internationale dans son ensemble, en fonction notamment de la nature et du contenu de l'obligation internationale violée et des circonstances de la violation.
2. La présente partie est sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'État peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un État.

Commentaire

1) L'article 33 clôt le chapitre I de la deuxième partie en précisant la portée et l'effet des obligations internationales envisagées dans cette partie. En particulier, le paragraphe 1 indique clairement que l'identification de l'État ou des États auxquels les obligations de l'État responsable en vertu de la deuxième partie sont dues est fonction à la fois de la règle primaire établissant l'obligation violée et des circonstances de la violation. Par exemple, la pollution du milieu marin, si elle est massive et généralisée, peut affecter la communauté internationale dans son ensemble ou les États côtiers d'une région; dans d'autres circonstances, elle peut n'affecter qu'un État voisin. À l'évidence, la gravité de la violation peut aussi affecter la portée des obligations secondaires de cessation et de réparation.

2) Aux termes du paragraphe 1, les obligations de l'État responsable peuvent être dues à un autre État, à plusieurs États ou à la communauté internationale dans son ensemble. Elles sont

⁵¹⁰ *British and Foreign State Papers*, vol. 112, p. 1094.

⁵¹¹ *Appel contre une sentence du Tribunal arbitral mixte hongaro-tchécoslovaque (Université Peter Pázmány)*, C.P.J.I., série A/B, n° 61 (1933), p. 249.

dues à plusieurs autres États dans le cas, par exemple, d'une violation qui affecte toutes les autres parties à un traité ou à un régime juridique établi par le droit international coutumier. C'est ainsi que lorsqu'une obligation peut être définie comme une obligation «intégrale», sa violation par un État affecte nécessairement toutes les autres parties au traité⁵¹².

3) Lorsqu'une obligation de réparation est due à un État, la réparation n'est pas nécessairement effectuée au bénéfice de cet État. Par exemple, la responsabilité d'un État peut être engagée pour la violation d'une obligation conventionnelle concernant la protection des droits de l'homme envers toutes les autres parties du traité en question, mais les individus concernés doivent être considérés comme les bénéficiaires ultimes et, en ce sens, comme les titulaires, des droits en question. Des droits individuels peuvent aussi, en droit international, naître en dehors du domaine des droits de l'homme⁵¹³. L'éventail des possibilités est attesté par l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *LaGrand*⁵¹⁴, dans lequel la Cour a jugé que l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires «cré[ait] des droits individuels qui, en vertu de l'article 1^{er} du Protocole de signature facultative, peuvent être invoqués devant la Cour par l'État dont la personne détenue a la nationalité⁵¹⁵».

4) Ces possibilités rendent nécessaire le paragraphe 2 de l'article 33. La deuxième partie concerne les obligations secondaires des États en relation avec la cessation et la réparation, et ces obligations peuvent être dues, notamment, à un État ou à plusieurs États ou à la communauté internationale dans son ensemble. Dans les cas où l'obligation primaire est due à une entité autre qu'un État, il peut exister une procédure permettant à cette entité d'invoquer la responsabilité pour son propre compte et sans l'intervention d'un État. Tel est le cas, par exemple, s'agissant des traités relatifs aux droits de l'homme qui confèrent aux individus affectés le droit de saisir un tribunal ou un autre organe. Ceci est également vrai dans le cas des droits conférés par des accords bilatéraux ou régionaux de protection des investissements. La troisième partie concerne

⁵¹² Voir également l'article 42 *b* ii) et le commentaire y relatif.

⁵¹³ Voir *Compétence des tribunaux de Danzig, 1928, C.P.J.I., série B, n° 15*, p. 17 à 21.

⁵¹⁴ *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique), fond*, arrêt du 27 juin 2001.

⁵¹⁵ *Ibid.*, par. 77. En l'espèce, la Cour n'a pas jugé nécessaire de décider si le droit individuel invoqué revêtait «le caractère de droit de l'homme»: *ibid.*, par. 78.

l'invocation de la responsabilité par d'autres États, qu'ils soient considérés comme des «États lésés» en vertu de l'article 42, ou comme d'autres États intéressés en vertu de l'article 48, ou qu'ils exercent des droits spécifiques d'invoquer la responsabilité en vertu d'une règle spéciale (voir art. 55). Les articles n'envisagent pas la possibilité que la responsabilité soit invoquée par des personnes ou des entités autres que des États, et c'est ce que précise le paragraphe 2. C'est à la règle primaire particulière qu'il incombe de déterminer si et dans quelle mesure des personnes ou des entités autres que des États peuvent invoquer la responsabilité en leur nom propre. Le paragraphe 2 ne fait que constater cette possibilité: d'où l'expression «peut faire naître directement au profit d'une personne ou d'une entité autre qu'un État».

Chapitre II

Réparation du préjudice

Le chapitre II, qui traite des formes de la réparation du préjudice, approfondit l'analyse du principe général énoncé à l'article 31, et vise en particulier à préciser les relations qui existent entre les différentes formes de réparation, à savoir la restitution, l'indemnisation et la satisfaction, le rôle des intérêts ainsi que la question de la prise en compte de toute contribution au préjudice ayant pu être le fait de la victime.

Article 34

Formes de la réparation

La réparation intégrale du préjudice causé par le fait internationalement illicite prend la forme de restitution, d'indemnisation et de satisfaction, séparément ou conjointement, conformément aux dispositions du présent chapitre.

Commentaire

1) L'article 34 introduit le chapitre II en indiquant les formes de réparation qui, séparément ou conjointement, permettent de s'acquitter de l'obligation de réparation intégrale du préjudice causé par le fait internationalement illicite. La notion de «préjudice» et le lien de causalité nécessaire entre le fait illicite et le préjudice étant définis à l'article 31⁵¹⁶, qui énonce l'obligation générale de réparation intégrale, il suffit de mentionner à l'article 34 la «réparation intégrale du préjudice causé».

⁵¹⁶ Voir le commentaire de l'article 31, par. 4) à 14).

2) Dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*, le préjudice était matériel, et la Cour permanente de Justice internationale n'a examiné que deux formes de réparation, la restitution et l'indemnisation⁵¹⁷. Dans certains cas, la satisfaction peut constituer une forme supplémentaire de réparation. La réparation intégrale peut donc prendre la forme de restitution, indemnisation et satisfaction, selon les circonstances. Il ressort aussi clairement de l'article 34 qu'il ne peut y avoir réparation intégrale, dans des cas particuliers, qu'en associant différentes formes de réparation. Par exemple, le rétablissement de la situation qui prévalait avant la violation peut ne pas suffire à constituer une réparation intégrale si le fait illicite a causé un dommage matériel supplémentaire (par exemple, un préjudice découlant de la perte d'usage du bien saisi de façon illicite). Pour «effacer» toutes les conséquences du fait illicite, il peut donc être nécessaire de faire jouer toutes les formes de réparation ou certaines d'entre elles, en fonction du type et de l'ampleur du préjudice qui a été causé.

3) L'obligation primaire violée peut aussi jouer un rôle important en ce qui concerne la forme et la portée de la réparation. En particulier, en cas de restitution ne donnant pas lieu à restitution de personnes, de biens ou de territoire de l'État lésé, la notion de retour au *statu quo ante* doit être appliquée en tenant compte des droits et compétences respectifs des États concernés. Tel peut être le cas, par exemple, lorsque c'est une obligation procédurale conditionnant l'exercice des pouvoirs substantiels d'un État qui est en jeu. Dans de tels cas, la restitution ne devrait pas permettre à l'État lésé d'obtenir plus que ce à quoi il aurait pu prétendre si l'obligation avait été exécutée⁵¹⁸.

4) La réalisation de chacune des formes de réparation décrites à l'article 34 est subordonnée aux conditions stipulées dans les articles suivants du chapitre II. Cette limitation est rendue par l'expression «conformément aux dispositions du présent chapitre». La réalisation peut également

⁵¹⁷ *Usine de Chorzów, fond*, 1928, C.P.J.I., série A, n° 17, p. 47.

⁵¹⁸ Ainsi, dans l'affaire *LaGrand*, la Cour a indiqué qu'une violation de l'obligation de notification prévue à l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 596, p. 261), entraînant une peine grave ou une détention prolongée, devait donner lieu au réexamen du bien-fondé de la condamnation «en tenant compte de la violation des droits prévus par la Convention»: *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt du 27 juin 2001, par. 125. Il s'agirait d'une forme de restitution qui a tenu compte du caractère limité des droits en cause.

être affectée par le choix que l'État lésé peut valablement effectuer entre différentes formes de réparation. Par exemple, dans la plupart des cas, l'État lésé est habilité à opter pour une indemnisation plutôt que pour une restitution. Cette possibilité de choix est indiquée à l'article 43.

5) L'on s'est parfois inquiété de ce que le principe de la réparation intégrale puisse donner lieu à des exigences disproportionnées, voire désastreuses, à l'égard de l'État responsable. La question est de savoir si le principe de proportionnalité devrait constituer un aspect de l'obligation de réparation intégrale. Dans les présents articles, la proportionnalité est examinée dans le cadre de chaque forme de réparation, en tenant compte de son caractère spécifique. Ainsi, la restitution est exclue si elle impose une charge hors de toute proportion avec l'avantage qu'en tirerait l'État lésé ou une autre partie⁵¹⁹. L'indemnité est limitée au préjudice effectivement subi à raison du fait internationalement illicite, et exclut tout préjudice indirect, ou éloigné⁵²⁰. La satisfaction «ne doit pas être hors de proportion avec le préjudice⁵²¹». Ainsi, chaque forme de réparation tient compte de ces considérations.

6) Les formes de réparation étudiées au chapitre II constituent des moyens de donner effet à l'obligation sous-jacente de réparation énoncée à l'article 31. Il n'y a pas, pour ainsi dire, d'obligations secondaires distinctes de restitution, d'indemnisation et de satisfaction. On observe, dans la pratique, une certaine souplesse quant à l'opportunité d'exiger telle forme de réparation plutôt que telle autre, sous réserve de l'obligation de réparation intégrale du préjudice causé conformément à l'article 31⁵²². Lorsqu'il est possible de ne pas recourir à une forme de réparation, ou que celle-ci n'est pas envisageable compte tenu des circonstances, d'autres formes de réparation, en particulier l'indemnisation, seront corrélativement plus importantes.

⁵¹⁹ Voir l'article 35 *b* et le commentaire y relatif.

⁵²⁰ Voir l'article 31 et le commentaire y relatif.

⁵²¹ Voir l'article 37, par. 3, et le commentaire y relatif.

⁵²² Voir, par exemple, le différend *Dame Mélanie Lachenal*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. XIII (1954), p. 130 et 131, où l'indemnisation a été acceptée en lieu et place de la restitution initialement convenue, la Commission de conciliation franco-italienne ayant reconnu que la restitution entraînerait des difficultés de procédure interne. Voir également le commentaire de l'article 35, par. 4).

Article 35

Restitution

L'État responsable du fait internationalement illicite a l'obligation de procéder à la restitution consistant dans le rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis, dès lors et pour autant qu'une telle restitution:

- a) N'est pas matériellement impossible;
- b) N'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation.

Commentaire

- 1) Conformément à l'article 34, la restitution est la première forme de réparation à laquelle peut prétendre un État lésé par un fait internationalement illicite. La restitution suppose le rétablissement, dans la mesure du possible, de la situation qui existait avant la commission du fait internationalement illicite, pour autant que tout changement apporté à cette situation puisse être attribué à ce fait. Sous sa forme la plus simple, elle se traduit, par exemple, par la libération de personnes illicitement détenues, ou la restitution de biens saisis de manière illicite. Dans d'autres cas, la restitution peut être un fait plus complexe.
- 2) La notion de restitution n'a pas de définition uniforme. Selon une définition, elle consisterait à rétablir le *statu quo ante*, c'est-à-dire la situation qui existait avant la survenance du fait illicite. Selon une autre définition, la restitution est un moyen d'établir ou de rétablir la situation qui aurait existé si le fait illicite n'avait pas été commis. La première définition est la plus restrictive; elle écarte l'indemnisation éventuellement due à la partie lésée en réparation de la perte subie, par exemple la perte de l'usage de biens saisis de façon illicite, mais ultérieurement restitués. La seconde définition englobe dans la notion de restitution d'autres éléments de réparation intégrale et tend à associer la restitution, comme forme de réparation, et l'obligation de réparation sous-jacente elle-même. L'article 35 retient la définition la plus restrictive, qui a l'avantage de privilégier l'évaluation d'une situation de fait et d'éviter un examen éventuel de la situation qui aurait existé si le fait illicite n'avait pas été commis. Il peut arriver que la restitution selon cette définition restrictive doive être complétée par une indemnisation afin d'assurer l'intégralité de la réparation du dommage causé, ainsi qu'il ressort de l'article 36.

3) Cela étant, la restitution est le mode de réparation le plus conforme au principe général selon lequel l'État responsable est tenu d'«effacer» les conséquences juridiques et matérielles de son fait illicite en rétablissant la situation qui aurait existé si ce fait n'avait pas été commis; à ce titre, elle prime tout autre mode de réparation. La primauté de la restitution a été confirmée par la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, au sujet de laquelle elle avait décidé que l'État responsable avait l'obligation «de restituer [l'usine] et, si cela n'[était] pas possible, d'en payer la valeur à l'époque de l'indemnisation destinée à remplacer la restitution devenue impossible⁵²³». La Cour a ajouté que «l'impossibilité constatée par l'accord des parties de restituer l'usine de Chorzów ne saurait donc avoir d'autre effet que celui de remplacer la restitution par le paiement de la valeur de l'entreprise⁵²⁴». Ce principe a été appliqué dans les affaires où les tribunaux n'ont envisagé l'indemnisation qu'après avoir conclu que, pour une raison ou pour une autre, la restitution n'était pas possible⁵²⁵. Malgré les difficultés que la restitution peut soulever en pratique, les États ont souvent fait valoir qu'ils préféreraient ce mode de réparation à l'indemnisation. Dans certaines affaires, en effet, en particulier celles mettant en jeu l'application de normes impératives, la restitution peut être exigée en ce qu'elle constitue un aspect du respect de l'obligation primaire.

4) Par ailleurs, dans un grand nombre de situations la restitution n'est pas envisageable, ou bien sa valeur pour l'État lésé est si réduite que d'autres formes de réparation priment. Les questions que soulève le choix entre différentes formes de réparation sont examinées dans la troisième partie⁵²⁶. Toutefois, en laissant de côté la question de la validité du choix effectué par l'État lésé ou par une autre entité, la possibilité de restitution peut être exclue en pratique, par exemple parce que le bien en question a été détruit ou fondamentalement modifié dans son essence, ou bien parce qu'il est impossible de revenir au *statu quo ante* pour une raison ou pour

⁵²³ *Usine de Chorzów, fond, 1928, C.P.J.I., série A, n° 17, p. 48.*

⁵²⁴ Ibid.

⁵²⁵ Voir, par exemple, les affaires suivantes: *Biens britanniques au Maroc espagnol*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. II (1925), p. 621 à 625 et 651 à 742; *Propriétés religieuses expropriées par le Portugal*, ibid., vol. I, p. 7 (1920); *Walter Fletcher Smith*, ibid., vol. II (1927), p. 918; *Héritiers Lebas de Courmont*, ibid., vol. XIII (1957), p. 764.

⁵²⁶ Voir les articles 43 et 45 et les commentaires y relatifs.

une autre. En effet, dans certaines affaires, les tribunaux ont jugé approprié, au vu des termes du compromis ou des positions des parties, de prononcer une indemnisation plutôt qu'une restitution. Par exemple, dans l'affaire *Walter Fletcher Smith*, l'arbitre, tout en faisant valoir que la restitution était appropriée en principe, a estimé que le compromis l'autorisait à se prononcer pour une indemnisation «dans l'intérêt des parties et du public⁵²⁷». Dans l'affaire *Aminoil*, les parties sont convenues que le rétablissement du *statu quo ante*, par suite de l'annulation du contrat de concession par un décret du Gouvernement koweïtien, serait impossible⁵²⁸.

5) La restitution peut prendre la forme d'une restitution matérielle, ou d'une restitution de territoire, de personnes ou de biens, ou bien encore d'une annulation d'un acte juridique, voire d'une combinaison de ces différentes hypothèses. Comme exemples de restitution matérielle, on peut citer la remise en liberté d'individus incarcérés, la remise à un État d'un individu qui a été arrêté sur son territoire⁵²⁹, la restitution de navires⁵³⁰ ou d'autres types de biens⁵³¹, y compris

⁵²⁷ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. II (1929), p. 918. Dans l'affaire de la *Compagnie grecque des téléphones*, le tribunal arbitral, tout en ordonnant la restitution, a déclaré que l'État responsable pouvait à la place verser une indemnisation pour «d'importantes raisons d'intérêt public». Voir J. G. Welter et S. M. Schwebel, «Some little known cases on concessions», *B.Y.I.L.*, vol. 40 (1964), p. 221.

⁵²⁸ *Government of Kuwait v. American Independant Oil Company (1982)*, *I.L.R.*, vol. 66, p. 533.

⁵²⁹ Pour des exemples de restitution matérielle portant sur des personnes, voir notamment les affaires du «*Trent*» (1861) et du «*Florida*» (1864), concernant toutes deux l'arrestation d'individus à bord de navires, Moore, *Digest*, vol. VII, p. 768, 1090 et 1091, et l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, dans laquelle la Cour internationale de Justice a exigé du Gouvernement iranien la libération immédiate de tous les ressortissants américains détenus: *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, *C.I.J. Recueil 1980*, p. 44 et 45.

⁵³⁰ Voir par exemple l'incident du «*Giaffarieh*» (1886) qui avait son origine dans la capture en mer Rouge par ce navire de guerre égyptien de quatre navires marchands du port de Massawa, battant pavillon italien, Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale, Consiglio Nazionale delle Ricerche, dans *La prassi italiana di diritto internazionale*, première série (Dobbs Ferry, Oceana, 1970), vol. II, p. 901 et 902.

⁵³¹ Voir, par exemple, l'affaire du *Temple de Preah Vihear, fond*, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 36 et 37, où la Cour internationale de Justice s'est prononcée en faveur du Cambodge qui demandait notamment la restitution de certains objets que les autorités thaïlandaises avaient enlevés du temple et de la zone avoisinante. Voir également l'affaire de l'*Hôtel Métropole*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. XIII, p. 219 (1950), le différend *Ottoz*, *ibid.*, vol. XIII, p. 240 (1950), et le différend *Dame Hénon*, *ibid.*, vol. XIII, p. 249 (1951).

des documents, des œuvres d'art, des titres d'actions, etc.⁵³². Le terme «restitution juridique» est parfois employé dans le cas où l'exécution de la restitution requiert ou suppose la modification d'une situation juridique, soit dans le cadre du système juridique de l'État responsable, soit dans le cadre de ses relations juridiques avec l'État lésé. Les hypothèses de restitution juridique sont l'abrogation, l'annulation ou la modification d'une disposition constitutionnelle ou législative promulguée en violation d'une règle du droit international⁵³³, l'annulation ou le réexamen d'un acte administratif ou d'une décision judiciaire pris illégalement à l'encontre de la personne ou des biens d'un étranger⁵³⁴, ou l'exigence que des mesures soient prises (dans la mesure permise par le droit international) pour annuler un traité⁵³⁵. Certaines affaires peuvent donner lieu à la fois à une restitution matérielle et juridique⁵³⁶. Dans d'autres, une cour ou un tribunal international peut prononcer, en déterminant la position juridique ayant force obligatoire pour les parties, ce qui équivaut à une restitution sous une autre forme⁵³⁷. Le terme «restitution» est ainsi

⁵³² Dans l'affaire des *Chemins de fer de Buzau-Nehoiasi*, la sentence rendue par le tribunal arbitral prévoyait la restitution à une société allemande d'actions d'une société roumaine de chemins de fer; Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. III, p. 1839 (1939).

⁵³³ Pour les affaires où l'existence de la loi elle-même correspond à une violation d'une obligation internationale, voir le commentaire de l'article 12, par. 12).

⁵³⁴ Voir par exemple l'affaire *Martini*, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. II, p. 973 (1930).

⁵³⁵ Dans l'affaire du *Traité Bryan-Chamorro (Costa Rica c. Nicaragua)*, la Cour centraméricaine de justice a décidé que «le Gouvernement nicaraguayen est dans l'obligation, en employant pour cela tous les moyens possibles prévus par le droit international, de rétablir et de maintenir la situation juridique qui existait avant le Traité Bryan-Chamorro entre les États plaideurs en ce qui concerne les questions considérées dans la présente action...», *A.J.I.L.*, vol. 11 (1917), p. 696; voir aussi p. 683.

⁵³⁶ La Cour permanente de justice internationale a ainsi décidé que le Gouvernement tchécoslovaque devait «restituer à l'Université royale hongroise Peter Pázmány de Budapest les biens immobiliers qu'elle [réclamait], libérés de toutes mesures de disposition, d'administration forcée ou de séquestre, et dans l'état où ils se trouvaient avant l'application de ces mesures»: *Appel contre une sentence du Tribunal arbitral mixte hongro-tchécoslovaque (Université Peter Pázmány) 1933*, *C.P.J.I.*, série A/B, n° 61, p. 249.

⁵³⁷ Dans l'affaire du *Statut juridique du Groënland oriental*, la Cour permanente a décidé «que la déclaration d'occupation promulguée par le Gouvernement norvégien en date du 10 juillet 1931, ainsi que toutes mesures prises à cet égard par ce même Gouvernement, constituent une infraction à l'état juridique existant, et, par conséquent, sont illégales et non valables»: 1933, *C.P.J.I.*, série A/B, n° 53, p. 75. Dans l'affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex*, la Cour permanente a décidé que le Gouvernement français devait «reculer sa ligne de

utilisé à l'article 35 dans un sens large, qui recouvre toutes les mesures que doit prendre l'État responsable pour rétablir la situation qui existait avant son fait internationalement illicite.

6) Ce qui peut être exigé au titre de la restitution dépendra souvent du contenu de l'obligation primaire qui a été violée. En tant que première forme de réparation, la restitution revêt une importance particulière lorsque l'obligation violée a un caractère continu, et plus encore lorsqu'elle découle d'une norme impérative du droit international général. Ainsi, en cas d'annexion illégale d'un État, on peut estimer que le retrait des forces de l'État occupant et l'abrogation de tout décret d'annexion constituent une cessation plutôt qu'une restitution⁵³⁸. Cela étant, des mesures accessoires (retour des personnes ou restitution des biens saisis au cours de l'invasion) seront nécessaires tant dans le cadre de la cessation que de la restitution.

7) L'obligation de restitution n'est pas illimitée. En particulier, conformément à l'article 35, la restitution s'impose «dès lors et pour autant» qu'elle n'est ni matériellement impossible ni totalement disproportionnée. L'expression «dès lors et pour autant que» traduit clairement l'idée que la restitution ne peut être que partiellement exclue, auquel cas l'État responsable sera tenu de procéder à la restitution pour autant que celle-ci ne soit ni impossible ni disproportionnée.

8) En vertu de l'article 35 a, la restitution n'est pas exigée si elle est «matériellement impossible». Tel est le cas lorsque les biens devant être restitués ont été définitivement perdus ou détruits, ou se sont détériorés au point d'avoir perdu toute valeur. Par ailleurs, la restitution n'est pas impossible uniquement du fait de difficultés juridiques ou pratiques, même si l'État responsable peut avoir à faire des efforts particuliers pour les surmonter. Conformément à l'article 32, l'État responsable ne peut pas se prévaloir des dispositions de son droit interne pour justifier un manquement à l'obligation de réparation intégrale, et de simples obstacles d'ordre politique ou administratif ne sauraient constituer une impossibilité de procéder à la restitution.

douane conformément aux stipulations desdits traités et actes, (...) ce régime devant rester en vigueur tant qu'il n'[aurait] pas été modifié par l'accord des parties»: 1932, *C.P.J.I., série A/B, n° 46*, p. 172. Voir également F. A. Mann, «*The consequences of an international wrong in international and municipal law*», *B.Y.I.L.*, vol. 48 (1976-77), p. 5 à 8.

⁵³⁸ Voir ci-dessus, le commentaire de l'article 30, par. 8).

9) L'impossibilité matérielle ne se limite pas aux cas où l'objet en question a été détruit, elle peut couvrir des situations plus complexes. Dans l'affaire des *Forêts du Rhodope central*, le demandeur ne pouvait prétendre qu'à une partie des opérations forestières et aucune réclamation n'avait été déposée par les autres participants. Les forêts n'étaient plus dans la même condition qu'au moment de leur saisie illégale, et des enquêtes minutieuses auraient été nécessaires pour déterminer leur condition. Depuis la saisie, des tiers avaient acquis des droits sur les forêts. Pour toutes ces raisons, la restitution a été rejetée⁵³⁹. Cette affaire privilégie une acception large de «l'impossibilité» de fournir la restitution, mais elle concerne des questions de droits de propriété relevant du système juridique de l'État responsable⁵⁴⁰. La situation peut être différente lorsque les droits et obligations en question se situent directement sur le plan international. Dans ce contexte, la restitution joue un rôle particulièrement important.

10) Dans certains cas, il peut être nécessaire de tenir compte de la position de tiers pour déterminer si la restitution est matériellement possible. Ce fut le cas dans l'affaire des *Forêts du Rhodope central*⁵⁴¹. Toutefois, la question de savoir si la position d'un tiers empêche la restitution dépend des circonstances de l'espèce, notamment du point de savoir si le tiers, lorsqu'il s'est engagé dans la transaction ou qu'il a assumé les droits en litige, agissait de bonne foi et sans avoir connaissance de la demande de restitution.

11) Une seconde exception, examinée à l'article 35 b, concerne le cas où l'avantage découlant de la restitution est hors de toute proportion avec son coût pour l'État responsable. Plus précisément, la restitution peut ne pas être exigée si elle «impose une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation». Cette disposition ne s'applique que lorsqu'il existe une disproportion importante entre la charge qu'imposerait la restitution à l'État responsable, et l'avantage qu'en tirerait l'État lésé ou toute

⁵³⁹ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (1933), p. 1432.

⁵⁴⁰ Pour les questions de restitution dans le cadre d'un arbitrage concernant un contrat d'État, voir *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. Government of the Libyan Arab Republic* (1977), *I.L.R.*, vol. 53, p. 507 et 508, par. 109; *BP Exploration Company (Libya) Ltd. v. Government of the Libyan Arab Republic* (1974), *I.L.R.*, vol. 53, p. 354; *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic* (1977), *I.L.R.*, vol. 62, p. 200.

⁵⁴¹ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (1933), notamment p. 1432.

victime de la violation. Elle est donc fondée sur des critères d'équité et d'acceptabilité⁵⁴² avec toutefois une préférence pour la position de l'État lésé chaque fois que le processus de mise en balance ne penche pas clairement en faveur de l'indemnisation plutôt que de la restitution. La mise en balance favorise invariablement l'État lésé chaque fois que la non-restitution risque de mettre en danger son indépendance politique ou sa stabilité économique.

Article 36

Indemnisation

1. L'État responsable du fait internationalement illicite est tenu d'indemniser le dommage causé par ce fait dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution.
2. L'indemnité couvre tout dommage susceptible d'évaluation financière, y compris le manque à gagner dans la mesure où celui-ci est établi.

Commentaire

- 1) L'article 36 traite de l'indemnisation d'un dommage causé par un fait internationalement illicite, dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution. La notion de «dommage» est définie au paragraphe 2 de l'article 31 comme comprenant tout dommage, tant matériel que moral⁵⁴³. Le paragraphe 2 de l'article 36 développe cette définition en précisant que l'indemnité couvre tout dommage susceptible d'évaluation financière, y compris le manque à gagner dans la mesure où celui-ci est établi dans le cas d'espèce. L'expression «susceptible d'évaluation financière» a pour objet d'exclure ce que l'on nomme parfois le «préjudice moral» causé à un État, c'est-à-dire l'affront ou le préjudice causé par une violation de droits non accompagnée d'un dommage réel aux biens ou aux personnes: c'est là l'objet de la satisfaction, dont traite l'article 37.
- 2) Des diverses formes de réparation, la plus couramment réclamée dans la pratique internationale est sans doute l'indemnisation. Dans l'affaire relative au *Projet*

⁵⁴² Voir, par exemple, J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective* (Leyden, Sijthoff, 1973), sixième partie, p. 744, ainsi que la position adoptée par la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht, dans *Annuaire ... 1969*, vol. II, p. 155.

⁵⁴³ Voir le commentaire de l'article 31, par. 5), 6) et 8).

Gabčíkovo-Nagymaros, la Cour a déclaré: «Il est une règle bien établie du droit international qu'un État lésé est en droit d'être indemnisé par l'État auteur d'un fait internationalement illicite des dommages résultant de celui-ci⁵⁴⁴». Il est également bien établi qu'une juridiction internationale compétente pour connaître d'une demande en responsabilité de l'État est habilitée, dans le cadre de cette compétence, à accorder une indemnité pour le préjudice subi⁵⁴⁵.

3) La relation de l'indemnisation avec la restitution est précisée par le membre de phrase finale du paragraphe 1 de l'article 36 («dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution»). La restitution, malgré sa primauté sur le plan des principes juridiques, est souvent indisponible ou inadaptée. Elle peut être partiellement ou entièrement exclue, soit sur la base des exceptions énoncées à l'article 35, soit parce que l'État lésé préfère obtenir réparation sous la forme d'une indemnisation, soit encore pour d'autres raisons. Même lorsque la restitution est possible, elle peut être insuffisante pour assurer la réparation intégrale. L'indemnisation a pour rôle de combler les lacunes éventuelles, de manière à assurer une réparation complète des préjudices subis⁵⁴⁶. Comme l'a dit le surarbitre dans l'affaire du «*Lusitania*»:

«La conception fondamentale des dommages-intérêts est ... la réparation d'une *perte* subie, une *compensation* octroyée par voie judiciaire pour un préjudice. La réparation doit être proportionnelle au préjudice, de façon que la partie lésée retrouve la totalité de ce qu'elle a perdu⁵⁴⁷.»

Le rôle de l'indemnisation a, de même, été explicité par la Cour permanente de justice internationale en ces termes:

⁵⁴⁴ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, C.I.J. Recueil 1997, p. 81, par. 152. Voir aussi l'affirmation de la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, selon laquelle c'est «un principe de droit international que la réparation d'un tort peut consister en une indemnité»: *Usine de Chorzów, fond, 1928, C.P.J.I., série A, n° 17*, p. 27.

⁵⁴⁵ *Usine de Chorzów, compétence, 1927, C.P.J.I., série A, n° 9; Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande), fond, C.I.J. Recueil 1974*, p. 203 à 205 (par. 71 à 76); *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, C.I.J. Recueil 1986*, p.142.

⁵⁴⁶ *Usine de Chorzów, fond, 1928, C.P.J.I., série A, n° 17*, p. 47 et 48.

⁵⁴⁷ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII (1923), p. 39 (souligné dans l'original).

«Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature; allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place: tels sont les principes desquels doit s'inspirer la détermination du montant de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au droit international⁵⁴⁸.»

Le droit à être indemnisé de telles pertes est étayé par une abondante jurisprudence, par la pratique des États et par la doctrine.

4) Par comparaison avec la satisfaction, l'indemnisation a pour fonction de remédier aux pertes effectives subies en conséquence du fait internationalement illicite. Autrement dit, l'article 36 vise simplement l'indemnisation comme son titre l'indique. L'indemnisation correspond au dommage susceptible d'évaluation financière subi par l'État lésé ou ses ressortissants. Elle n'a pas pour but de punir l'État responsable et n'a pas non plus un caractère «expressif» ou exemplaire⁵⁴⁹. Ainsi, l'indemnisation consiste généralement dans le versement d'une somme d'argent, encore qu'elle puisse parfois se faire sous la forme d'autres valeurs convenues. Il est vrai que des paiements monétaires peuvent aussi être indiqués à titre de satisfaction en application de l'article 37 mais ils remplissent une fonction distincte de celle de l'indemnisation: l'indemnisation pécuniaire est censée compenser, dans la mesure où cela se peut, le dommage subi par l'État lésé du fait de la violation; la satisfaction se rapporte à

⁵⁴⁸ *Usine de Chorzów, fond, 1928, C.P.J.I., série A, n° 17*, p. 47, cité et appliqué, entre autres, par le Tribunal international du droit de la mer dans l'affaire du *Navire «Saiga» (n° 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. la Guinée)*, arrêt du 1^{er} juillet 1999, par. 170. Voir aussi *Papamichalopoulos c. Grèce (art. 50), C.E.D.H., Série A, n° 330-B (1995)*, par. 36 (Cour européenne des droits de l'homme); *Velásquez Rodríguez, Inter-Am. Ct. H.R., Série C, n° 4 (1989)*, p. 30 et 31 (Cour interaméricaine des droits de l'homme); *Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran and Others (1984) 6 Iran-U.S.C.T.R. 219*, p. 225.

⁵⁴⁹ Dans l'affaire *Velásquez Rodríguez (Indemnisation)*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a considéré que le droit international ne reconnaissait pas la notion de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires: *Inter-Am. Ct.H.R., Série C, n° 7 (1989)*, p. 52. Voir aussi l'affaire *Re Letelier et Moffit (1992), I.L.R.*, vol. 88, p. 727, qui portait sur l'assassinat à Washington d'un ancien ministre chilien par des agents chiliens; le compromis n'incluait pas de dommages-intérêts punitifs bien que ceux-ci puissent être octroyés en vertu du droit des États-Unis. S'agissant de dommages-intérêts punitifs, voir également N. Jørgensen, «*A Reappraisal of Punitive Damages in International Law*», *B.Y.I.L.*, vol. 68 (1997), p. 247; S. Wittich, «*Awe of the Gods and Fear of the Priests: Punitive Damages in the Law of State Responsibility*», *Austrian Review of International and European Law*, vol. 3 (1998), p. 31.

un préjudice non matériel, auquel une valeur monétaire ne peut être attribuée que de façon extrêmement approximative et théorique⁵⁵⁰.

5) Comme dans le cas d'autres dispositions de la deuxième partie, l'article 36 est exprimé dans les termes d'une obligation qu'a l'État responsable de réparer les conséquences découlant de la commission d'un fait internationalement illicite⁵⁵¹. L'étendue de cette obligation est délimitée par les mots «tout dommage susceptible d'évaluation financière», c'est-à-dire tout dommage pouvant être évalué en termes financiers. Les dommages susceptibles d'évaluation financière peuvent être aussi bien des dommages subis par l'État lui-même (dommages à ses biens ou à son personnel ou frais raisonnablement encourus par l'État pour remédier à des dommages découlant d'un fait internationalement illicite ou les atténuer) que des dommages subis par des ressortissants de cet État, qu'il s'agisse de personnes physiques ou de sociétés, au nom desquels il présente une réclamation dans le cadre de la protection diplomatique.

6) Outre la Cour internationale de Justice, on peut citer parmi les tribunaux internationaux qui s'occupent d'indemnisations le Tribunal international du droit de la mer⁵⁵², le Tribunal des réclamations États-Unis-Iran⁵⁵³, des juridictions ou autres organes chargés de l'examen

⁵⁵⁰ Voir le commentaire de l'article 37, par. 3).

⁵⁵¹ Pour l'exigence d'un lien de causalité entre le fait internationalement illicite et le dommage, voir le commentaire de l'article 31, par. 11) à 13).

⁵⁵² Par exemple, affaire du *Navire «Saiga» (n° 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. la Guinée)*, Tribunal international du droit de la mer, arrêt du 1^{er} juillet 1999, par. 170 à 177.

⁵⁵³ Le Tribunal des réclamations États-Unis-Iran a produit une jurisprudence considérable sur les questions de détermination du dommage et d'évaluation des biens expropriés. Pour des études de la jurisprudence du Tribunal en ces matières, voir notamment G.H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford, Clarendon Press, 1996), chap. 5, 6 et 12; C. N. Brower & J. D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal* (La Haye, Nijhoff, 1998), chap. 14 à 18; M. Pellonpää, «*Compensable Claims Before the Tribunal: Expropriation Claims*», in R.B. Lillich & D. B. McGraw (dir. publ.), *The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility* (Irvington-on-Hudson, Transnational Publishers, 1998), p. 185 à 266; D. P. Stewart, «*Compensation and Valuation Issues*», *ibid.*, p. 325 à 385.

des violations des droits de l'homme⁵⁵⁴ et les tribunaux CIRDI de la Convention de Washington de 1965⁵⁵⁵. D'autres demandes d'indemnisation ont été réglées par voie d'accord, généralement sans reconnaissance de responsabilité, l'une des conditions de l'accord étant le versement d'une indemnité substantielle⁵⁵⁶. Les règles et principes élaborés par ces organes pour évaluer l'indemnisation peuvent être considérés comme des manifestations du principe général énoncé à l'article 36.

7) Quant aux types de dommages pouvant donner lieu à indemnisation et aux principes d'évaluation à appliquer pour les chiffrer, ils varient selon le contenu des obligations primaires en cause, l'appréciation des comportements respectifs des parties et, plus généralement, le souci de parvenir à une solution équitable et acceptable⁵⁵⁷. Les exemples suivants sont destinés à illustrer les types de dommages indemnisables et les méthodes de calcul susceptibles d'être employées.

⁵⁵⁴ Pour un compte rendu de la pratique de ces organes en matière d'indemnisation, voir D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law* (Oxford, Oxford University Press, 1999), p. 214 à 279.

⁵⁵⁵ Les tribunaux CIRDI ont compétence pour allouer des dommages-intérêts ou d'autres réparations dans les différends relatifs à des investissements qui surgissent entre des États parties et des ressortissants d'autres États. Certaines de ces réclamations comportent un recours direct au droit international en tant que fondement de la réclamation. Voir, par exemple, *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka* (1990), *ICSID Reports*, vol. 4, p. 245.

⁵⁵⁶ Voir, par exemple: l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru*, *C.I.J. Recueil 1992*, p. 240, et l'ordonnance de radiation du rôle rendue par la Cour à la suite du règlement, *C.I.J. Recueil 1993*, p. 322; l'affaire du *Passage par le Grand Belt (Finlande c. Danemark)* *C.I.J. Recueil 1992*, p. 348 (ordonnance de radiation du rôle consécutive au règlement); l'affaire de *L'incident aérien du 3 juillet 1988 (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 9 (ordonnance de radiation du rôle consécutive au règlement).

⁵⁵⁷ Voir G. H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford, Clarendon Press, 1996), p. 242. Voir aussi B. Graefrath, «Responsibility and damages caused: relationship between responsibility and damages», *Recueil des cours*, vol. 185 (1994-II), p. 101; L. Reitzer, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international* (Paris, Sirey, 1938); C. D. Gray, *Judicial Remedies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1987), p. 33 et 34; J. Personnaz, *La réparation du préjudice en droit international public* (Paris, 1939); M. Iovane, *La riparazione nella teoria e nella prassi dell'illecito internazionale* (Giuffrè, Milan, 1990).

8) Un dommage peut être causé à l'État en tant que tel, lorsque ses avions sont abattus ou ses navires coulés, que ses locaux et son personnel diplomatiques sont attaqués, que d'autres biens publics sont endommagés, qu'il doit exposer des frais pour remédier à des dommages causés par la pollution, ou qu'il subit un dommage accessoire, lié par exemple à la nécessité de verser une pension à des fonctionnaires blessés par suite d'un fait illicite et/ou de payer leurs frais médicaux. Une telle liste ne saurait être exhaustive, les catégories de dommages indemnifiables que peuvent subir les États n'étant pas déterminées d'avance.

9) Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, le Royaume-Uni a réclamé des indemnités de trois chefs: pour le remplacement du contre-torpilleur «*Saumarez*», dont la perte avait été totale, pour les dommages causés au contre-torpilleur «*Volage*», et pour les décès survenus parmi le personnel naval et les blessures infligées à ce personnel. La Cour a eu recours à une expertise pour fixer le montant des indemnités. Dans le cas du contre-torpilleur «*Saumarez*», la Cour a considéré que «la juste mesure de la réparation» était «la valeur de remplacement du [contre-torpilleur] au moment de sa perte» et déclaré que le montant de l'indemnité réclamée par le Gouvernement du Royaume-Uni (£ 700 087) était justifié. En ce qui concerne les dommages causés au contre-torpilleur «*Volage*», les experts les avaient estimés à un chiffre légèrement inférieur aux £ 93 812 réclamées par le Royaume-Uni, ce qui «s'expliqu[ait] ... par le caractère nécessairement approximatif des évaluations, notamment pour ce qui est de la valeur du matériel d'équipement et des installations». Outre les montants accordés pour les dommages aux deux contre-torpilleurs, la Cour a fait droit à la demande du Royaume-Uni qui réclamait £ 50 048 au titre des dépenses résultant «des pensions et indemnités allouées par lui aux victimes ou à leurs ayants droit, ainsi que des frais d'administration, de traitements médicaux, etc.⁵⁵⁸».

10) Dans l'affaire du *Navire «Saiga»*, Saint-Vincent-et-les Grenadines avait demandé à être indemnisée pour la saisie et l'immobilisation illicites d'un navire immatriculé dans ce pays, le «*Saiga*», et de son équipage. Le Tribunal international du droit de la mer a accordé des indemnités d'un montant de 2 123 357 dollars des États-Unis, majoré d'intérêts. Les chefs d'indemnisation comprenaient notamment les dommages subis par le navire, y compris les coûts

⁵⁵⁸ Affaire du *Détroit de Corfou* (fixation du montant des réparations), C.I.J. Recueil 1949, p. 249.

de réparation, les pertes au titre de la charte-partie du navire, les frais relatifs à l'immobilisation du navire et la détention du capitaine, des membres de l'équipage et des autres personnes qui se trouvaient à bord du navire. Saint-Vincent-et-les Grenadines avait demandé à être indemnisée pour la violation de ses droits à l'égard de navires battant son pavillon qui résultait de l'arraisonnement et de l'immobilisation du «*Saiga*», mais le Tribunal a estimé que sa constatation que la Guinée avait agi de manière illicite en procédant à l'arraisonnement du navire dans les circonstances de l'espèce et en faisant usage d'une force excessive constituait une réparation adéquate⁵⁵⁹. Saint-Vincent-et-les Grenadines a également été déboutée de ses réclamations relatives à la perte de recettes d'immatriculation qui aurait résulté de l'arraisonnement illicite du navire et aux dépenses résultant du temps consacré par des fonctionnaires au problème de l'arraisonnement et de l'immobilisation du navire et de son équipage. Dans le premier cas, le Tribunal a relevé que Saint-Vincent-et-les Grenadines n'avait produit aucun élément de preuve étayant sa réclamation. Dans le second cas, il a estimé qu'il ne s'agissait pas de dépenses récupérables car elles avaient été faites dans le cadre des fonctions normales de l'État du pavillon⁵⁶⁰.

11) Dans un certain nombre de cas d'attaques illicites contre un navire où le navire avait été endommagé ou coulé et, parfois, des membres de l'équipage tués ou blessés, les indemnités à verser ont été négociées directement entre l'État lésé et l'État auteur du préjudice⁵⁶¹. Des paiements analogues ont été négociés dans le cas de dommages causés aux avions d'un État, par exemple «l'arrangement amiable complet et définitif» convenu entre l'Iran et les États-Unis à la

⁵⁵⁹ Affaire du Navire «*Saiga*» (n° 2) (*Saint-Vincent-et-les Grenadines c. la Guinée*), Tribunal international du droit de la mer, arrêt du 1^{er} juillet 1999, par. 176.

⁵⁶⁰ Ibid. par. 177.

⁵⁶¹ Voir le versement fait par Cuba aux Bahamas après qu'un avion cubain eut coulé en haute mer un navire bahamien, causant des pertes de vies humaines parmi l'équipage (*R.G.D.I.P.*, vol. 85 (1981), p. 540), le versement par Israël d'une indemnité pour une attaque lancée en 1967 contre le «*USS Liberty*», qui avait fait des morts et des blessés parmi l'équipage (*R.G.D.I.P.*, vol. 85 (1981), p. 562) et le versement par l'Iraq d'une somme de 27 millions de dollars des États-Unis en règlement total et définitif de toutes les réclamations concernant les 37 morts causées en mai 1987 par un avion iraquien qui avait gravement endommagé l'«*USS Stark*» (*A.J.I.L.*, vol. 83 (1989), p. 561).

suite d'un différend portant sur la destruction d'un avion iranien et la mort de ses 290 passagers et membres d'équipage⁵⁶².

12) Les États négocient souvent aussi des accords d'indemnisation à la suite d'attaques contre des locaux diplomatiques, que ce soit pour les dommages causés à l'ambassade elle-même⁵⁶³ ou pour les dommages causés à son personnel⁵⁶⁴. Des dommages causés à d'autres biens publics, tels que des routes ou des infrastructures, ont également fait l'objet de demandes d'indemnisation⁵⁶⁵. Dans de nombreux cas, ces versements ont été faits à titre gracieux ou sans reconnaissance de responsabilité⁵⁶⁶.

13) Un autre cas dans lequel des États peuvent demander à être indemnisés de préjudices subis par l'État en tant que tel est celui où ils ont dû exposer des frais pour remédier à des dommages causés par une pollution. Après que le satellite soviétique Cosmos-954 se fut écrasé en territoire canadien en janvier 1978, le Canada a présenté une réclamation au titre des dépenses qu'il avait faites pour localiser, récupérer, enlever et tester les débris radioactifs et pour nettoyer les zones affectées. Le Canada invoquait, conjointement et séparément, a) les accords internationaux

⁵⁶² *Incident aérien du 3 juillet 1988 (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, C.I.J. Recueil 1996, p. 9 (ordonnance de radiation du rôle consécutive au règlement). Pour l'arrangement amiable lui-même, voir l'Accord général du 9 février 1996 entre l'Iran et les États-Unis sur le règlement de certaines affaires en instance devant la C.I.J. et le Tribunal des réclamations, déclaré sentence sur convention amiable par ordonnance du Tribunal des réclamations États-Unis-Iran en date du 22 février 1996: (1996) 32 *Iran-U.S.C.T.R.* 207, p. 213.

⁵⁶³ Voir par exemple l'Accord du 1^{er} décembre 1966 entre le Royaume-Uni et l'Indonésie stipulant le versement par cette dernière d'une indemnité pour (entre autres) les dommages causés à l'ambassade britannique lors d'une émeute [(*United Kingdom Treaty Series*, n° 34 (1967))] et le versement aux États-Unis par le Pakistan d'une indemnité pour la mise à sac de l'ambassade des États-Unis à Islamabad en 1979: *R.G.D.I.P.*, vol. 85 (1981), p. 880.

⁵⁶⁴ Voir par exemple réclamation du consul *Henry R. Myers (United States v. San Salvador)*, [1890] *U.S. For. Rels.*, p. 64 et 65; [1892] *U.S. For. Rels.* p. 24 à 43, 44, 49 à 51; [1893] *U.S. For. Rels.*, p. 174 à 179, 181 et 182, 184; Whiteman, *Damages*, vol. I, p. 80 et 81.

⁵⁶⁵ Pour des exemples, voir Whiteman, *Damages*, vol. I, p. 81.

⁵⁶⁶ Voir par exemple l'accord entre les États-Unis et la Chine prévoyant le versement à titre gracieux d'une somme de 4,5 millions de dollars des États-Unis aux familles des personnes tuées et blessées lors du bombardement de l'ambassade de Chine à Belgrade le 7 mai 1999, *A.J.I.L.*, vol. 94 (2000), p. 127.

pertinents et b) les principes généraux du droit international⁵⁶⁷. Le Canada affirmait qu'il avait appliqué les critères pertinents établis par les principes généraux du droit international, qui prescrivait une indemnisation équitable, ne tenant compte dans sa demande que des dépenses raisonnables ayant un lien étroit avec l'intrusion du satellite et le dépôt de débris et susceptibles d'être calculées avec un degré de certitude raisonnable⁵⁶⁸. La réclamation a fini par être réglée à l'amiable en avril 1981, les parties se mettant d'accord sur un versement à titre gracieux de 3 millions de dollars canadiens (soit environ 50 % du montant qui avait été demandé)⁵⁶⁹.

14) La Commission d'indemnisation des Nations Unies a eu à examiner des demandes d'indemnisation pour frais entraînés par des pollutions dans le cadre de l'évaluation de la responsabilité de l'Iraq, en vertu du droit international, «de toute perte, de tout dommage - y compris les atteintes à l'environnement et la destruction des ressources naturelles ... du fait de son invasion et de son occupation illicites du Koweït⁵⁷⁰». Dans sa décision 7, le Conseil d'administration de la Commission précise les différents types de dommages visés par l'expression «atteinte à l'environnement et destruction des ressources naturelles⁵⁷¹».

15) Dans les cas où une indemnité a été accordée ou convenue à la suite d'un fait internationalement illicite ayant causé ou menaçant de causer un dommage à l'environnement, les sommes versées avaient pour objet de rembourser l'État lésé des frais qu'il avait raisonnablement encourus pour prévenir la pollution ou y remédier, ou de le dédommager de la perte de valeur du bien pollué⁵⁷². Cependant, les dommages à l'environnement vont souvent

⁵⁶⁷ Canada, réclamation contre l'URSS pour les dommages causés par le satellite soviétique Cosmos-954, 23 janvier 1979, *I.L.M.*, vol. 18 (1979), p. 905.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, p. 906.

⁵⁶⁹ Protocole entre le Canada et l'URSS, 2 avril 1981, *I.L.M.*, vol. 20 (1981), p. 689.

⁵⁷⁰ Résolution 687 (1991) du Conseil de sécurité, par. 16.

⁵⁷¹ Décision 7 du 17 mars 1992, *Critères applicables à d'autres catégories de réclamations*, S/AC.26/1991/7/Rev.1.

⁵⁷² Voir la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (1938, 1941), p. 1907, dans laquelle le tribunal arbitral a accordé une indemnité aux États-Unis pour les dommages au sol et aux biens causés par les émissions de gaz sulfureux d'une fonderie située de l'autre côté de la frontière au Canada. Le montant de l'indemnité a été calculé sur la base de la perte de valeur des terres concernées.

au-delà de ceux qui peuvent facilement être évalués en termes de frais de nettoyage ou de perte de valeur d'un bien. Les atteintes à de telles valeurs environnementales (biodiversité, agrément, etc. – parfois appelées «valeurs de non-usage») ne sont pas moins réelles et indemnisables, en principe, que les dommages aux biens, même si elles sont sans doute plus difficiles à évaluer.

16) Le domaine de la protection diplomatique fournit de nombreuses indications sur les normes d'indemnisation et méthodes d'évaluation à appliquer, notamment dans les cas d'atteinte aux personnes et de prise de biens corporels ou de dommages à de tels biens. Il est bien établi qu'un État peut réclamer une indemnisation pour dommages subis personnellement par ses agents ou ses ressortissants, en sus d'une indemnisation pour tout dommage direct qu'il aurait pu lui-même subir en liaison avec le même fait. Le dommage personnel donnant lieu à indemnisation englobe non seulement les pertes matérielles qui y sont associées, telles que le manque à gagner et la diminution de la capacité de gain, les frais médicaux et autres dépenses assimilées, mais aussi le dommage, ou préjudice, extrapatrimonial ou immatériel, subi par le particulier (appelé parfois dans certains systèmes juridiques nationaux «dommage moral»). Le préjudice extrapatrimonial s'entend généralement de la perte d'un être cher, du *pretium doloris*, ainsi que de l'atteinte à la personne, à son domicile ou à sa vie privée. Tout autant que le préjudice matériel subi par l'État lésé, le préjudice extrapatrimonial est susceptible d'évaluation financière et peut faire l'objet d'une demande en indemnisation, comme souligné dans l'affaire du «*Lusitania*⁵⁷³». Dans cette affaire, le surarbitre a considéré que le droit international donne le droit d'obtenir réparation pour souffrance morale, une blessure d'ordre affectif ou une humiliation, une honte, le déshonneur, la perte d'une position sociale, une atteinte au crédit ou à la réputation, ces dommages étant «très réels, et le seul fait qu'ils sont difficiles à mesurer ou à estimer en valeurs monétaires ne les rend pas moins réels et n'est pas une raison qui puisse empêcher une victime d'être indemnisée sous la forme de dommages et intérêts...⁵⁷⁴».

⁵⁷³ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII, p. 32 (1923). Les juridictions internationales ont fréquemment accordé des indemnités pour préjudice moral causé à des particuliers. Tel a été le cas par exemple dans les affaires suivantes: *Chevreau (France c. Royaume-Uni)*, *ibid.*, vol. II, p. 1113 (1923), *A.J.I.L.*, vol. 27, 1933, p. 153; *Gage*, *ibid.*, vol. X, p. 226 (1903); *Di Caro*, *ibid.*, vol. X, p. 597 (1903); *Héritiers de Jean Maninat*, *ibid.*, vol. X, p. 55 (1903).

⁵⁷⁴ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII (1923), p. 40.

17) Les juridictions internationales ont à plusieurs occasions entrepris d'évaluer l'indemnité due pour dommages personnels. Par exemple, dans l'affaire du *Navire «Saiga»*⁵⁷⁵, le Tribunal a estimé que le droit à indemnisation de Saint-Vincent-et-les Grenadines s'étendait aux dommages et intérêts au titre du préjudice porté aux membres de l'équipage, de leur arrestation illégale, de leur détention ou d'autres formes de mauvais traitements subis.

18) Traditionnellement, la question de l'indemnisation pour dommages personnels subis par le ressortissant d'un État étranger ou un de ses agents était réglée essentiellement par des commissions mixtes des réclamations ayant à connaître de la responsabilité des États pour préjudice causé à des ressortissants étrangers. Les commissions des réclamations ont accordé réparation pour dommages personnels en cas à la fois de décès ou de privation de liberté dus à un fait illicite. Dans le cas des réclamations pour décès consécutif à un fait illicite, les indemnités ont été généralement calculées à partir d'une évaluation des pertes subies par les héritiers survivants ou les successeurs, conformément à la formule bien connue employée par le surarbitre Parker dans l'affaire du *«Lusitania»*, et prenant en compte la perte:

«des sommes a) que le décédé, s'il n'avait pas été tué, aurait probablement versées au réclamant; y ajouter b) la valeur pécuniaire qu'auraient représenté pour ce réclamant les services personnels du décédé dans le soin, l'éducation ou la direction du réclamant; y ajouter aussi c) une indemnisation raisonnable pour la souffrance morale ou la commotion, s'il y a lieu, causée par la rupture violente d'affections de famille, souffrances que cette mort a pu effectivement causer au réclamant. Le montant de ces estimations, réduit à sa valeur monétaire actuelle, représentera généralement la perte subie par le réclamant⁵⁷⁶».

Dans les cas de privation de liberté, les arbitres ont parfois accordé un montant déterminé pour chaque jour passé en détention⁵⁷⁷. Les indemnités ont souvent été majorées dans les cas où à

⁵⁷⁵ Affaire du *Navire «Saiga»* (n° 2) (*Saint-Vincent-et-les Grenadines c. la Guinée*), Tribunal international du droit de la mer, arrêt du 1^{er} juillet 1999.

⁵⁷⁶ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII (1923), p. 35.

⁵⁷⁷ Voir par exemple l'affaire du *«Topaze»*, *ibid.*, vol. IX (1903), p. 389; l'affaire *Faulkner*, *ibid.*, vol. IV (1926), p. 71.

l'arrestation et à la détention illégales s'ajoutaient des conditions de détention abusives ayant causé des préjudices physiques ou psychologiques particulièrement graves⁵⁷⁸.

19) La question de l'indemnisation pour atteinte à la personne a également été traitée par des organes de défense des droits de l'homme, notamment la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Les indemnités octroyées englobent à la fois les pertes matérielles (manque à gagner, pensions, frais médicaux, etc.) et les dommages non matériels (*pretium doloris*, préjudice psychologique ou moral, humiliation, perte de jouissance de la vie, perte d'un compagnon ou d'une compagne ou perte d'un consortium), le dommage extrapatrimonial étant en général calculé sur la base d'une évaluation équitable. Jusqu'ici, le montant des indemnités ou des dommages et intérêts accordés ou recommandés par ces organes a été modeste⁵⁷⁹. Il reste que les décisions des organes de protection des droits de l'homme relatives à l'indemnisation se fondent sur les principes de la réparation en droit international général⁵⁸⁰.

20) Outre un grand nombre d'accords d'indemnisation globale couvrant des demandes multiples⁵⁸¹, un large éventail de tribunaux spéciaux et de tribunaux permanents, de commissions des réclamations mixtes et nationales ont eu à connaître depuis deux siècles de demandes d'indemnisation pour dommages matériels causés par un fait internationalement illicite. Étant donné la diversité des organes juridictionnels, les sentences rendues font apparaître une

⁵⁷⁸ Voir par exemple l'affaire *William McNeil*, *ibid.*, vol. V. (1931), p. 168.

⁵⁷⁹ Voir l'étude de D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law* (Oxford, Clarendon Press, 1999), chap. 8 et 9; A. Randelzhofer & C. Tomuschat (dir. publ.), *State Responsibility and the Individual. Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights* (La Haye, Nijhoff, 1999); R. Pisillo Mazzeschi, «*La riparazione per violazione dei diritti umani nel diritto internazionale e nella Convenzione Europea*», *La Comunità Internazionale*, vol. 53 (1998), p. 215.

⁵⁸⁰ Voir par exemple la décision de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *Velásquez Rodríguez*, *Inter-Am.Ct.H.R., Série C, n° 4* (1989), p. 26 et 27, 30 et 31. Voir aussi l'affaire *Papamichalopoulos c. Grèce (art. 50)*, *C.E.D.H., Série A, n° 330-B* (1995), par. 36.

⁵⁸¹ Voir par exemple R. B. Lillich & B. H. Weston, *International Claims: Their settlement by Lump Sum Agreements* (Charlottesville, University Press of Virginia, 1975); B. H. Weston, R. B. Lillich & D. J. Bederman, *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements, 1975-1995* (Ardsley, N.Y., Transnational Publishers, 1999).

considérable diversité⁵⁸², mais elle renferme des principes utiles pour le calcul des indemnités dues au titre de dommages matériels subis.

21) L'estimation est basée sur la perte subie par le requérant aux droits patrimoniaux duquel il a été porté atteinte. Cette perte est normalement évaluée par rapport à des catégories de dommages précises: i) indemnisation au titre de la valeur en capital; ii) indemnisation pour manque à gagner et iii) indemnisation au titre des dépenses accessoires.

22) L'indemnisation au titre de la valeur en capital du bien exproprié ou détruit à raison d'un fait internationalement illicite est normalement calculée sur le critère de la «valeur loyale et marchande» du bien perdu⁵⁸³. Il reste que la méthode employée pour évaluer la «valeur loyale

⁵⁸² La polémique se poursuit s'agissant des affaires d'expropriation, en ce qui concerne en particulier les règles en matière d'indemnisation applicables vu la distinction entre expropriation ordonnée par l'État en toute légalité et reprise illicite, distinction établie clairement par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*, *fond*, 1928, *C.P.J.I., série A, n° 17*, p. 47. Dans un certain nombre d'affaires, les tribunaux ont fait valoir cette distinction pour accorder des indemnités pour manque à gagner dans le cas de prises illicites (voir par exemple les observations de l'arbitre dans *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of Libya* (1982), *I.L.R.*, vol. 62, p. 202 et 203; et aussi l'arbitrage *Aminoil: Government of Kuwait v. American Independent Oil Company* (1982), *I.L.R.*, vol. 66, p. 600, par. 138; *Amoco International Finance Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran* (1987) 15 *Iran-U.S.C.T.R.* 189, p. 246, par. 192). Il reste que cette distinction entre les principes applicables en matière d'indemnisation selon qu'il s'agit de reprise licite ou de reprise illicite n'a pas été retenue dans tous les cas. Voir par exemple la décision du Tribunal des réclamations États-Unis-Iran dans l'affaire *Phillips Petroleum Co. Iran v. Government of the Islamic Republic of Iran* (1989) 21 *Iran-U.S.C.T.R.* 79, p. 122, par. 110. Voir aussi l'affaire *Starrett Housing Corp. v. Government of the Islamic Republic of Iran* (1987) 16 *Iran-U.S.C.T.R.* 79, dans laquelle le Tribunal n'a établi aucune distinction entre le caractère licite ou illicite de l'expropriation et a accordé une indemnité pour manque à gagner.

⁵⁸³ Voir l'affaire *American International Group, Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran*, dans laquelle le tribunal a déclaré qu'en droit international général, «l'évaluation doit se faire sur la base de la valeur loyale et marchande des actions»: (1983) 4 *Iran-U.S.C.T.R.* 96, p. 106. Dans l'affaire *Starrett Housing Corp. v. Government of the Islamic Republic of Iran*, le Tribunal a accepté la définition de la valeur loyale et marchande donnée par son expert, à savoir «le prix qu'un acheteur sérieux paierait à un vendeur sérieux lorsque chacun d'eux possède de bonnes informations et souhaite obtenir un gain financier maximum et qu'aucun des deux n'est soumis à la contrainte ou à la menace»: (1987) 16 *Iran-U.S.C.T.R.* 112, p. 201. Voir aussi les directives de la Banque mondiale *World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, dont le paragraphe 3 de la partie IV indique que l'indemnisation sera réputée adéquate si elle est calculée sur la valeur loyale et marchande du bien exproprié, telle qu'établie au moment qui précède immédiatement celui où l'expropriation est intervenue ou celui où la

et marchande» dépend de la nature de l'actif considéré. Lorsque le bien en question (ou un bien comparable) fait l'objet d'un commerce libre sur le marché libre, sa valeur peut être calculée plus aisément. En l'occurrence, le choix et l'application des méthodes de la valeur de l'actif fondées sur les données du marché et les caractéristiques physiques du bien ne posent pas beaucoup de problèmes, si ce n'est des problèmes en matière de preuves dans le cas des réclamations pendantes depuis un certain temps⁵⁸⁴. Lorsque le bien réel faisant l'objet d'une réclamation est unique ou inhabituel (par exemple une œuvre d'art ou un autre bien culturel⁵⁸⁵), ou qu'il ne fait pas l'objet sur le marché de transactions fréquentes, ou encore qu'il n'a pas fait l'objet de transactions récentes, il est plus difficile d'en déterminer la valeur. Cela vaut par exemple pour certaines entités industrielles ou commerciales qui revêtent le caractère d'entreprises en activité, en particulier dans le cas où les actions ne font pas l'objet de transactions périodiques⁵⁸⁶.

23) Les décisions de divers tribunaux spéciaux depuis 1945 ont trait essentiellement à des réclamations concernant des entités industrielles ou commerciales nationalisées. La méthode

décision d'exproprier le bien a été rendue publique: Banque mondiale, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment*, 2 volumes (BIRD, Washington, 1992), vol. II, p. 41. De même, selon le paragraphe 1 de l'article 13 du Traité sur la Charte de l'énergie, *I.L.M.*, vol. 33 (1994), p. 360, l'indemnisation pour expropriation «équivalait à la valeur marchande équitable de l'investissement d'exproprié au moment qui précède immédiatement celui où l'expropriation...».

⁵⁸⁴ Dans le cas des règlements prévoyant le versement de sommes forfaitaires en particulier, des accords sont intervenus des dizaines d'années après le dépôt de la réclamation. Voir par exemple l'Accord entre l'URSS et le Royaume-Uni conclu le 15 juillet 1986 à propos de réclamations datant de 1917, et l'Accord conclu entre la Chine et le Royaume-Uni le 5 juin 1987 à propos de réclamations datant de 1949. Dans ces cas, le choix de la méthode d'évaluation a été parfois dicté par les éléments de preuve qui étaient disponibles.

⁵⁸⁵ Voir le rapport et les recommandations du Comité de commissaires concernant la deuxième partie de la première tranche de réclamations individuelles pour pertes et préjudices d'un montant supérieur à 100 000 dollars des États-Unis, 12 mars 1998, S/AC.26/1998/3, par. 48 et 49, où la Commission d'indemnisation des Nations Unies a examiné une demande d'indemnisation concernant l'expropriation par des militaires irakiens d'une collection d'art islamique appartenant au requérant.

⁵⁸⁶ On peut utiliser le cours de l'action lorsqu'il constitue une preuve satisfaisante de sa valeur, comme cela a été le cas dans l'affaire *INA Corporation v. Islamic Republic of Iran* (1985) 8 *Iran-U.S.C.T.R.* 373.

utilisée de préférence dans ces cas-là a consisté à estimer l'actif, en tenant compte de la valeur de l'achalandage et de la rentabilité, selon le cas. Cette méthode présente l'avantage de permettre de calculer l'indemnité autant que possible à partir d'une évaluation objective de la valeur de l'assise des actifs corporels de l'entreprise. La valeur de l'achalandage et d'autres indicateurs de rentabilité peut être incertaine, à moins qu'elle ne soit calculée à partir de données issues d'une vente récente ou d'une offre acceptable faite dans des conditions de pleine concurrence. Il reste que dans le cas des entités industrielles ou commerciales rentables dont l'ensemble est plus grand que la somme des parties, l'indemnisation ne serait pas totale si ces facteurs n'étaient pas dûment pris en considération⁵⁸⁷.

24) Une autre méthode d'évaluation de la perte de capital consiste à déterminer la valeur comptable nette, c'est-à-dire la différence entre le montant total de l'actif de l'entreprise et le montant total du passif tel qu'il apparaît dans ses livres comptables. Elle offre plusieurs avantages: les chiffres peuvent être calculés objectivement par rapport aux coûts marchands; ils sont généralement tirés de livres récents et ils sont basés sur des données produites et utilisées par le requérant à des fins autres que celles touchant la réclamation. C'est pourquoi la méthode de la valeur comptable nette (ou une variante) a été employée pour estimer la valeur d'une entreprise. Cette méthode a cependant ses limites, qui tiennent à la dépendance vis-à-vis du coût d'origine, ou au caractère prudent de certains principes comptables qui tendent à sous-évaluer les actifs, notamment en période d'inflation, et au fait que la finalité des chiffres calculés ne tient pas compte du contexte de l'indemnisation et des règles qui y sont applicables. Le bilan peut renfermer une rubrique achalandage, mais la fiabilité de ces chiffres dépend du laps de temps qui s'est écoulé entre le moment où ils ont été calculés et celui de la vente effective.

⁵⁸⁷ Il était autrefois reconnu que même lorsque la reprise d'un bien était licite, l'indemnisation pour une entreprise en activité devait aller au-delà de la valeur des éléments biens de l'entreprise. La Commission des réclamations États-Unis-Mexique, en rejetant une demande d'indemnisation pour manque à gagner dans le cas d'une reprise licite, a déclaré que l'indemnité à verser au titre des éléments biens serait «majorée de la valeur des éléments qui constituent une entreprise en exploitation»: *Wells Fargo & Company c. Mexico (Decision n° 22-B)*, Commission des réclamations États-Unis-Mexique (1926), p. 153. Voir aussi la décision n° 9 de la Commission d'indemnisation des Nations Unies (S/AC.26/1992/9, par. 16).

25) Dans les cas où une entreprise n'est pas en exploitation⁵⁸⁸ on utilise généralement la valeur dite de «liquidation», ou de «liquidation forcée» ou encore de «dissolution». On ne tient alors pas compte de la valeur au-delà de la valeur marchande des actifs pris individuellement.

Des techniques ont été mises au point pour calculer, en l'absence de transactions effectives, des valeurs hypothétiques représentant celles dont un acheteur sérieux et un vendeur sérieux pourraient convenir⁵⁸⁹.

26) Depuis 1945, des techniques d'évaluation ont été élaborées pour tenir compte de différents éléments de risque et de probabilité⁵⁹⁰. La méthode des flux monétaires actualisés recueille quelque faveur, singulièrement lorsqu'il s'agit de calculer le revenu sur une période limitée, dans le cas des avoirs défectibles par exemple. Bien que mise au point pour évaluer la valeur marchande d'un bien, elle peut aussi être utilisée pour calculer la valeur d'un bien à des fins d'indemnisation⁵⁹¹. Mais des difficultés peuvent se poser dans l'application de cette méthode au calcul de la valeur en capital dans le contexte d'une indemnisation. Cette méthode fait appel

⁵⁸⁸ Pour un exemple d'entreprise dont on a considéré qu'elle n'était pas en exploitation, voir l'affaire *Phelps Dodge Corp. c. Islamic Republic of Iran* (1986) 10 *Iran-U.S.C.T.R.* 121, dans laquelle l'entreprise n'avait pas été créée depuis suffisamment longtemps pour que sa viabilité puisse être établie. Dans l'affaire *Sedco c. NIOC*, le requérant ne visait que la valeur de liquidation: (1986) 10 *Iran-U.S.C.T.R.* 180.

⁵⁸⁹ Le caractère hypothétique du résultat est analysé dans l'affaire *Amoco International Finance Corp. v. Islamic Republic of Iran* (1987) 15 *Iran-U.S.C.T.R.* 189, p. 256 et 257, par. 220 à 223.

⁵⁹⁰ Voir par exemple la méthodologie détaillée élaborée par la Commission d'indemnisation des Nations Unies pour évaluer les réclamations émanant d'entreprises koweïtiennes (Rapport et recommandations du Comité de commissaires concernant la première tranche des réclamations de la catégorie «E4», 19 mars 1999, S/AC.26/1999/4, par. 32 à 62) et les réclamations présentées au nom de sociétés et autres entités commerciales ou industrielles non koweïtiennes, à l'exclusion des demandes d'indemnisation émanant du secteur pétrolier, du secteur du bâtiment et des travaux publics, ou concernant des garanties à l'exportation (Rapport et recommandations du Comité de commissaires concernant la troisième tranche de réclamations «E2», 9 décembre 1999, S/AC.26/1999/22).

⁵⁹¹ Le recours à la méthode des flux monétaires actualisés pour évaluer la valeur en capital a été analysé de façon assez détaillée dans les affaires suivantes: *Amoco International Finance Corp., v. Islamic Republic of Iran* (1987) 15 *Iran-U.S.C.T.R.* 189; *Starrett Housing Corp. v. Islamic Republic of Iran* (1987) 16 *Iran-U.S.C.T.R.* 112; *Philips Petroleum Co. Iran v. Islamic Republic of Iran* (1989) 21 *Iran-U.S.C.T.R.* 79; et *Ebrahimi (Shahin Shaine) v. Islamic Republic of Iran* (1994) 30 *Iran-U.S.C.T.R.* 170.

à un large éventail d'éléments qui relèvent foncièrement du domaine de la spéculation, dont certains ont des répercussions importantes sur le résultat (par exemple les taux d'actualisation, les fluctuations monétaires, le taux d'inflation, le prix des produits de base, les taux d'intérêt et d'autres risques commerciaux). Ceci a amené les tribunaux à appliquer avec circonspection cette méthode. Il s'ensuit que bien que les méthodes d'évaluation fondées sur la valeur des revenus aient été acceptées dans leur principe, une préférence marquée se manifeste en faveur des méthodes de la valeur de l'actif⁵⁹². On se méfie en particulier du risque de double comptabilisation qui découle de l'existence d'un lien entre la valeur en capital d'une entreprise et ses profits d'origine contractuelle⁵⁹³.

27) Il est reconnu au paragraphe 2 de l'article 36 que, dans certains cas, une indemnisation pour manque à gagner peut être indiquée. Des tribunaux internationaux ont tenu compte du manque à gagner en évaluant le montant de l'indemnité. Il s'agit, par exemple, des décisions rendues dans l'affaire du *Cape Horn Pigeon*⁵⁹⁴ et l'affaire *Sapphire International Petroleum Ltd. v. National Iranian Oil Company*⁵⁹⁵ ». Le manque à gagner a joué un rôle dans l'affaire

⁵⁹² Voir par exemple les affaires *Amoco International Finance Corp. v. Islamic Republic of Iran*, 15 *Iran-U.S.C.T.R.* 189 (1987); *Starrett Housing Corp. v. Islamic Republic of Iran*, 16 *Iran-U.S.C.T.R.* 112 (1987); *Philips Petroleum Co. Iran v. Islamic Republic of Iran*, 21 *Iran-U.S.C.T.R.* 79 (1989). Dans le cas des réclamations pour manque à gagner, la préférence va de même à la prise en compte des résultats passés plutôt que des prévisions. Par exemple, dans ses directives concernant l'évaluation des pertes industrielles ou commerciales, la Commission d'indemnisation des Nations Unies a déclaré dans sa décision n° 9 (S/AC.26/1992/9, par. 19): «Il faudrait par conséquent que la méthode d'évaluation repose sur les résultats passés plutôt que sur les prévisions et les projections pour l'avenir».

⁵⁹³ Voir par exemple *Ebrahimi (Shahin Shaine) v. Islamic Republic of Iran* (1994) 30 *Iran-U.S.C.T.R.* 170, par. 159.

⁵⁹⁴ *États-Unis d'Amérique c. Russie*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, p. 63 (1902) (y compris une indemnité pour manque à gagner du fait de la saisie d'un baleinier américain). Des conclusions analogues ont été prises dans l'affaire du *Chemin de fer de la baie de Delagoa* (1900), Martens, *Nouveau Recueil*, 2^e série, vol. XXX, p. 329, Moore, *International Arbitrations*, vol. II, p. 1865 (1900), l'affaire du «*William Lee*», Moore, *International Arbitrations*, vol. IV, p. 3405 à 3407 (1867) et l'affaire *Yuille Shortridge and Co. (Royaume-Uni c. Portugal)*, de Lapradelle & Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, p. 78 (1861). Ces décisions sont à l'opposé de celles prises dans l'affaire du «*Canada*» (*États-Unis d'Amérique c. Brésil*), Moore, *International Arbitrations*, vol. II, p. 1733 (1870) et l'affaire *Lacaze*, de Lapradelle & Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, p. 290.

⁵⁹⁵ (1963) *I.L.R.*, vol. 35, p. 187 et 189.

relative à l'*Usine de Chorzów* elle-même, la Cour permanente de justice internationale ayant décidé que la partie lésée devait recevoir une indemnité correspondant à la valeur que les biens perdus avaient, non pas au moment de l'expropriation, mais au moment de l'indemnisation⁵⁹⁶. Des indemnités ont aussi été accordées pour perte de profits prévus dans des contrats, dans les arbitrages *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Libya*⁵⁹⁷ ou dans des arbitrages rendus par le CIRDI⁵⁹⁸. Néanmoins, les indemnités accordées pour manque à gagner ont été dans la pratique moins courantes que celles accordées pour les pertes comptabilisées. Des tribunaux ont hésité à accorder des indemnités dans le cas de réclamations émaillées d'éléments relevant foncièrement du domaine de la spéculation⁵⁹⁹. Comparés aux actifs corporels, les profits (et les actifs incorporels dont la valeur est fondée sur le revenu) sont assez exposés aux risques commerciaux et politiques, et ils le sont d'autant plus que les projections sont à long terme. Des indemnités pour perte de profits futurs ont été accordées dans les cas où un flux de revenu anticipé avait acquis des caractéristiques telles qu'il pouvait être considéré comme constituant un intérêt juridiquement protégé suffisamment sûr pour donner lieu à indemnisation⁶⁰⁰. Cela s'est

⁵⁹⁶ *Usine de Chorzów (fond)*, 1928, C.P.J.I., série A, n° 17, p. 47, 48 et 53.

⁵⁹⁷ (1977) *I.L.R.*, vol. 62, p. 140.

⁵⁹⁸ Voir par exemple l'affaire *Amco Asia Corp. and Others v. Republic of Indonesia*, First Arbitration (1984); Annulment (1986); Resubmitted Case (1990) 1 *I.C.S.I.D. Reports* 377; l'affaire *AGIP Spa v. Government of the People's Republic of the Congo* (1979) 1 *I.C.S.I.D. Reports* 306.

⁵⁹⁹ Selon l'arbitre dans l'affaire *Shufeldt (USA/Guatemala)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (1930), p. 1099, «le *lucrum cessans* doit découler directement du contrat et ne doit ni être trop éloigné, ni trop relever du domaine de la spéculation». Voir aussi l'affaire *Amco Asia Corp. and Others v. Republic of Indonesia* (1990) 1 *I.C.S.I.D. Reports* 569, p. 612, par. 178, où il est indiqué que les «profits ne relevant pas du domaine de la spéculation» sont susceptibles de recouvrement. La Commission d'indemnisation des Nations Unies a également souligné que les requérants devaient lui apporter «des preuves claires et convaincantes des bénéfices réalisés et escomptés» [voir Rapport et recommandations du Comité de commissaires concernant la première tranche des réclamations de la catégorie «E3», 17 décembre 1998 (S/AC.26/1998/13, par. 147)]. Pour évaluer les réclamations pour manque à gagner portant sur des contrats de travaux publics, les comités de commissaires ont généralement demandé aux requérants de prendre en considération dans le calcul du montant de leur réclamation le facteur risque inhérent au projet [ibid., par. 157; Rapport et recommandations du Comité de commissaires concernant la quatrième tranche de réclamations «E3», 30 septembre 1999 (S/AC.26/1999/14, par. 126)].

⁶⁰⁰ En examinant les réclamations concernant des profits futurs, le Comité de commissaires de la Commission d'indemnisation des Nations Unies traitant de la quatrième tranche des réclamations

fait généralement à travers des contrats ou dans certains cas, en vertu d'une longue série de transactions commerciales⁶⁰¹.

28) Trois catégories de perte de profits sont à distinguer: premièrement, la perte découlant de biens productifs de revenus subie au cours d'une période où le titre de propriété n'était pas mis en cause, par opposition à la perte de jouissance temporaire; deuxièmement, la perte de profits découlant de biens productifs de revenus subie entre la date de l'expropriation du titre et celle du règlement du litige⁶⁰² et troisièmement, la perte de profits futurs, cas dans lequel une indemnité pour manque à gagner est octroyée au titre des profits anticipés après la date du règlement du litige⁶⁰³.

de la catégorie «E3» a estimé que pour qu'une réclamation de cette nature puisse faire l'objet d'une recommandation, «il [fallait] que les pièces justificatives ou autres informations appropriées attestent de manière satisfaisante l'existence de précédents positifs (c'est-à-dire une tradition de bénéfices et l'existence de circonstances permettant de justifier l'assertion selon laquelle il y aurait eu à l'avenir d'autres contrats profitables)»: Rapport et recommandations du Comité de commissaires concernant la quatrième tranche des réclamations de la catégorie «E3», 30 septembre 1999 (S/AC.26/1999/14), par. 140.

⁶⁰¹ Selon Whiteman, «pour que des indemnités soient accordées à ce titre, il faut que les profits prospectifs ne relèvent pas trop du domaine de la spéculation, ne soient pas trop contingents, trop incertains, etc. La preuve doit exister qu'ils ont été *raisonnablement* anticipés; et que les profits anticipés étaient probables et non pas simplement possibles»: Whiteman, *Damages*, vol. III, p. 1837.

⁶⁰² Il s'agit généralement de la dépossession de biens, par opposition à la résiliation illégale d'un contrat ou d'une concession. S'il est accordé une restitution, l'octroi d'une indemnité pour manque à gagner s'apparenterait à celle octroyée dans le cas d'une dépossession temporaire. S'il n'est pas accordé de restitution, comme dans le cas de l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów (fond)*, 1928, C.P.J.I., série A, n° 17, p. 47, et de l'affaire des *Réclamations des armateurs norvégiens (Norvège/États-Unis d'Amérique)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. I, p. 307 (1922), une indemnité est octroyée pour profits perdus jusqu'au moment où l'indemnisation est versée en lieu et place de la restitution.

⁶⁰³ Des indemnités pour perte de bénéfices futurs ont été octroyées dans le cas de revenus stipulés dans un contrat, comme dans l'affaire *Amco Asia (Amco Asia Corp. and Others v. Republic of Indonesia)*, First Arbitration (1984); Annulment (1986); Resubmitted Case (1990) 1 I.C.S.I.D. Reports 377), plutôt que sur la base de l'expropriation de biens productifs de revenus. Dans le rapport et les recommandations de la Commission d'indemnisation des Nations Unies concernant la deuxième tranche des réclamations de la catégorie «E2» (S/AC.26/1999/6), traitant des pertes pour baisse d'activité commerciale, le Comité de commissaires a considéré que les pertes résultant d'une baisse des opérations commerciales ouvraient droit à réparation

29) La première catégorie comprend les demandes d'indemnisation pour manque à gagner du fait de la perte de la jouissance temporaire de l'actif productif de revenus⁶⁰⁴. Dans ce cas, le titre de propriété n'est pas en jeu et, par conséquent, la perte donnant lieu à indemnisation pendant la période considérée correspond au revenu auquel le requérant avait droit en vertu d'une possession non contestée.

30) La deuxième catégorie comprend les réclamations visant la prise illicite d'un bien productif de revenus. Des indemnités pour manque à gagner ont été accordées pour la période allant jusqu'à la date du règlement du litige. Dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*⁶⁰⁵, cette indemnisation a revêtu la forme de réinvestissement de revenus, représentant les profits calculés pour la période comprise entre la date de l'expropriation et la date de la décision rendue. Dans l'affaire des *Réclamations des armateurs norvégiens*⁶⁰⁶, l'indemnité pour manque à gagner n'a pas été octroyée au-delà de la date de la décision rendue. Une fois la valeur en capital du bien productif de revenus rétablie par le jeu de l'indemnisation, les sommes versées à ce titre peuvent être réinvesties pour reconstituer un flux de revenus. Si la philosophie qui sous-tend l'octroi d'une indemnité pour manque à gagner dans ces affaires est moins évidente, cela peut être dû au fait que le droit de jouissance continue du requérant sur le bien en question est réputé courir jusqu'au moment où la restitution potentielle se concrétise par le versement d'une indemnité⁶⁰⁷.

même si les actifs corporels n'avaient pas été touchés et si l'entreprise avait continué ses activités pendant toute la période considérée (ibid., par. 76).

⁶⁰⁴ Nombre des affaires anciennes dans lesquelles une indemnité pour manque à gagner a été accordée concernaient des navires arraisonnés et immobilisés. Dans l'affaire du «*Montijo*», où un navire américain avait été arraisonné au Panama, le surarbitre a octroyé une somme d'argent par journée d'utilisation du navire perdue: Moore, *International Arbitrations*, vol. II, p. 1421 (1875). Dans l'affaire du «*Betsey*», une indemnité a été accordée correspondant non seulement à la valeur de la cargaison arraisonnée et immobilisée, mais aussi aux surestaries dues pour la période d'immobilisation à titre de perte de jouissance: Moore, *International Adjudications*, vol. V, p. 113 (1794).

⁶⁰⁵ *Usine de Chorzów (fond)*, 1928, C.P.J.I., série A, n° 17, p. 47.

⁶⁰⁶ *Réclamation des armateurs norvégiens (Norvège/États-Unis d'Amérique)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. I, p. 307 (1922).

⁶⁰⁷ Pour la démarche suivie par la Commission d'indemnisation des Nations Unies dans l'examen des réclamations pour manque à gagner lié à la destruction d'entreprises à la suite de

31) La troisième catégorie de demandes d'indemnités pour manque à gagner concerne les concessions et autres intérêts protégés par contrat. Dans ces cas aussi, des indemnités pour perte de profits futurs ont parfois été octroyées⁶⁰⁸. Dans le cas des contrats, c'est le revenu futur qui donne lieu à indemnisation, jusqu'à extinction du droit. Dans certains contrats, l'indemnité versée immédiatement (par exemple, lorsque le contrat est résiliable à la demande de l'État⁶⁰⁹ ou dans les cas où il existe un autre motif de résiliation du contrat), on peut intervenir à une date ultérieure qui dépend des clauses du contrat lui-même.

32) Dans d'autres affaires, une indemnité pour manque à gagner a été exclue, au motif qu'il n'existait pas suffisamment de preuves que les profits perdus constituaient un intérêt juridiquement protégé. Dans l'affaire *Oscar Chinn*⁶¹⁰, un monopole ne s'est pas vu accorder le

l'invasion du Koweït par l'Iraq, voir le Rapport et recommandations du Comité de commissaires concernant la première tranche des réclamations de la catégorie «E4», 19 mars 1999 (S/AC.26/1999/4), par. 184 à 187.

⁶⁰⁸ Dans certains cas, des indemnités pour manque à gagner n'ont pas été octroyées au-delà de la date de la décision, mais pour des raisons n'ayant aucun rapport avec la nature du bien productif de revenus. Voir par exemple l'affaire *Robert May (United States v. Guatemala)*, 1900 For. Rel. 648; Whiteman, *Damages*, vol. III, p. 1704, 1860, où la concession était normalement expirée. Dans d'autres affaires, un cas de force majeure a eu pour effet de suspendre l'exécution d'obligations contractuelles. Voir par exemple les affaires *Gould Marketing, Inc. v. Ministry of Defence* (1984) 6 *Iran-U.S.C.T.R.* 272; *Sylvania Technical Systems v. Islamic Republic of Iran* (1985) 8 *Iran-U.S.C.T.R.* 298. Dans l'affaire du *Chemin de fer de la baie de Delagoa (Portugal/Royaume-Uni)*, Martens, *Nouveau Recueil*, 2^e série, vol. XXX, p. 329; Moore, *International Arbitrations*, vol. II, p. 1865 (1900), et dans l'affaire *Shufeldt (États-Unis/Guatemala)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 1079 (1930), une indemnité pour manque à gagner a été octroyée dans le cadre d'une concession résiliée. Dans les affaires *Sapphire International Petroleum Ltd v. National Iranian Oil Company* (1963), *I.L.R.*, vol. 35, p. 136; *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic* (1977), *I.L.R.*, vol. 62, p. 140 et *Amco Asia Corp. and Others v. Republic of Indonesia*, First Arbitration (1984); Annulment (1986); Resubmitted Case (1990), 1 *I.C.S.I.D. Reports* 377, des indemnités pour manque à gagner ont été également accordées sur la base de relations contractuelles.

⁶⁰⁹ Comme dans le cas de l'affaire *Sylvania Technical Systems v. Islamic Republic of Iran*, (1985) 8 *Iran-U.S.C.T.R.* 298.

⁶¹⁰ 1934, *C.P.J.I.*, série A/B, n^o 63, p. 65.

statut de droit acquis. Dans l'affaire *Asian Agricultural Products*⁶¹¹, une demande d'indemnité pour manque à gagner présentée par une entreprise nouvellement créée a été rejetée faute de preuves de gains établis. Les demandes d'indemnités pour manque à gagner sont aussi assujetties aux différentes limitations d'usage qui conditionnent l'octroi de dommages et intérêts, telles que les critères touchant l'existence d'un lien de causalité, le préjudice indirect, les éléments de preuve et les principes comptables, qui tendent à déduire des projections les éléments qui relèvent du domaine de la spéculation.

33) Si des indemnités pour manque à gagner sont allouées, il n'est pas indiqué d'octroyer des intérêts (en vertu de l'article 38) sur les capitaux productifs de profits pendant la même période, tout simplement parce que le capital ne peut produire simultanément des intérêts et des profits. L'objectif premier est d'éviter une double indemnisation tout en assurant une réparation intégrale.

34) Il est bien établi que les dépenses accessoires donnent lieu à indemnisation si elles sont raisonnablement engagées pour remédier aux dommages ou atténuer d'une autre manière les pertes découlant de la violation⁶¹². Il peut s'agir de dépenses liées au déplacement de personnel ou à la nécessité de stocker ou de vendre à perte des produits non livrés.

⁶¹¹ *Asian Agricultural Products Ltd v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (1990) 4 *I.C.S.I.D. Reports* 245.

⁶¹² Des indemnités au titre des dépenses accessoires de ce type ont été octroyées par la Commission d'indemnisation des Nations Unies [voir le Rapport et recommandations du Comité de commissaires concernant la première tranche des réclamations de la catégorie «E2» (S/AC.26/1998/7), où des indemnités ont été octroyées au titre de dépenses liées à l'évacuation et aux secours (par. 133, 153 et 249), du coût du rapatriement des employés (par. 228), des coûts de cessation de services (par. 214), des coûts des travaux de rénovation (par. 225) et des dépenses liées à l'atténuation des dommages (par. 183)] et par le Tribunal des réclamations États-Unis-Iran (voir *General Electric Company v. Islamic Republic of Iran* (1991) 26 *Iran-U.S.C.T.R.* 148, par. 56 à 60 et par. 67 à 69, p. 68, où le Tribunal a accordé une indemnité pour articles revendus à perte et frais de stockage).

Article 37

Satisfaction

1. L'État responsable d'un fait internationalement illicite est tenu de donner satisfaction pour le préjudice causé par ce fait dans la mesure où il ne peut pas être réparé par la restitution ou l'indemnisation.
2. La satisfaction peut consister en une reconnaissance de la violation, une expression de regrets, des excuses formelles ou toute autre modalité appropriée.
3. La satisfaction ne doit pas être hors de proportion avec le préjudice et ne peut pas prendre une forme humiliante pour l'État responsable.

Commentaire

- 1) La satisfaction est la troisième forme de réparation que l'État responsable peut avoir à fournir pour s'acquitter de son obligation de réparer intégralement le dommage causé par un fait internationalement illicite. Il ne s'agit pas d'une forme de réparation classique, en ce sens que dans de nombreux cas, le préjudice causé par le fait internationalement illicite d'un État peut être réparé intégralement par la restitution ou l'indemnisation. Le caractère assez exceptionnel de la satisfaction et les liens que celle-ci entretient avec le principe de la réparation intégrale sont mis en relief par l'expression «dans la mesure où il ne peut pas être réparé par la restitution ou l'indemnisation». Ce n'est que dans les cas où ces deux formes de réparation n'ont pas permis d'assurer une réparation intégrale que la satisfaction peut être nécessaire.
- 2) L'article 37 comprend trois paragraphes, chacun consacré à un aspect distinct de la satisfaction. Le paragraphe 1 porte sur la nature juridique de la satisfaction et les types de préjudice pour lesquels elle peut être accordée. Le paragraphe 2 énumère, de façon non exhaustive, certains modes de satisfaction. Le paragraphe 3 limite l'obligation de donner satisfaction, eu égard à des pratiques anciennes consistant à exiger des formes de satisfaction déraisonnables.
- 3) Conformément au paragraphe 2 de l'article 31, le préjudice que l'État responsable est tenu de réparer intégralement comprend «tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite d'un État». Le dommage, matériel ou moral, résultant d'un fait internationalement illicite peut normalement être évalué financièrement et est donc sujet à indemnisation. En revanche, la satisfaction est destinée à réparer ces dommages qui, n'étant

pas susceptibles d'évaluation financière, constituent un affront pour l'État. Ces préjudices sont souvent de nature symbolique, et découlent du simple fait de la violation de l'obligation, indépendamment des conséquences matérielles de cette violation pour l'État concerné.

4) Le recours à la satisfaction pour des préjudices de ce type, parfois appelés «préjudices immatériels»⁶¹³, est une pratique bien établie en droit international, comme l'a souligné le tribunal dans l'affaire du *Rainbow Warrior*:

«Il y a une habitude de longue date des États et des cours et tribunaux internationaux d'utiliser la satisfaction en tant que remède ou forme de réparation (au sens large du terme) pour les violations d'une obligation internationale. Cette habitude s'applique particulièrement aux cas de dommages moraux ou légaux du fait direct d'un État, à l'inverse des cas de dommages aux personnes impliquant des responsabilités internationales⁶¹⁴.»

La pratique des États offre elle aussi de nombreux exemples de demandes de satisfaction lorsque le fait internationalement illicite d'un État cause un préjudice immatériel à un autre État. Ainsi, il peut s'agir d'outrage à des emblèmes de l'État tels que le drapeau national⁶¹⁵, de violations de la souveraineté ou de l'intégrité territoriale⁶¹⁶, d'attaques contre des navires ou des aéronefs⁶¹⁷, de mauvais traitements ou d'agressions contre des chefs d'État et de gouvernement ou contre

⁶¹³ Voir C. Dominicé, «De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par un État», in *L'ordre juridique international entre tradition et innovation; Recueil d'études* (Paris, P.U.F., 1997) p. 354.

⁶¹⁴ *Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande/France)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, p. 272 et 273, par. 122.

⁶¹⁵ On trouve des exemples dans l'affaire *Magee* (1874) [Whiteman, *Damages*, vol. I, p. 64], l'affaire du *Petit Vaisseau* (1863) [Whiteman, *Damages*, 2^e série, vol. III, n° 2564] et l'affaire qui découla de l'outrage au drapeau français à Berlin en 1920 (C. Eagleton, *The responsibility of States in International Law* (New York, New York University Press, 1928, p. 186 et 187).

⁶¹⁶ Comme cela s'est produit dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, p. 217 (1990).

⁶¹⁷ Par exemple, l'attaque d'un appareil soviétique ayant à son bord le Président Brezhnev par des avions de chasse français au-dessus des eaux internationales de la Méditerranée (*R.G.D.I.P.*, vol. 65 (1961), p. 603), et le torpillage d'un navire des Bahamas par un avion cubain en 1980 (*R.G.D.I.P.*, vol. 84 (1980), p. 1078 et 1079).

des représentants diplomatiques ou consulaires ou d'autres personnes protégées⁶¹⁸ et la violation de locaux d'ambassades ou de consulats ainsi que du domicile de membres de missions diplomatiques étrangères⁶¹⁹.

5) Le paragraphe 2 de l'article 37 dispose que la satisfaction peut consister en une reconnaissance de la violation, une expression de regrets, des excuses formelles ou toute autre modalité appropriée. Les modes de satisfaction énumérés dans l'article sont donnés à titre d'exemple. La forme adéquate de la satisfaction dépendra des circonstances et ne peut être prévue à l'avance⁶²⁰. Les formes que la satisfaction peut revêtir sont nombreuses, parmi lesquelles une enquête sur les causes de l'accident qui est à l'origine du dommage ou du préjudice⁶²¹, la création d'un fonds fiduciaire pour gérer l'indemnisation dans l'intérêt des bénéficiaires, une action disciplinaire ou pénale contre les personnes dont le comportement est à l'origine du fait internationalement illicite⁶²² ou l'octroi de dommages-intérêts symboliques

⁶¹⁸Voir F. Przetacznik, «La responsabilité internationale de l'État à raison des préjudices de caractère moral et politique causés à un autre État», *R.G.D.I.P.*, vol. 78 (1974), p. 951.

⁶¹⁹ Par exemple, l'attaque par des manifestants, en 1851, du consulat d'Espagne à la Nouvelle-Orléans (Moore, *Digest*, vol. VI, p. 812), la tentative manquée de violation du consulat d'Italie à Alexandrie par deux policiers égyptiens en 1888 (*La prassi italiana di diritto internazionale*, deuxième série (Dobbs Ferry, N.Y., Oceana, 1970), vol. III, n° 2558). Voir aussi les excuses et les regrets formulés à la suite de manifestations devant l'ambassade de France à Belgrade en 1961 (*R.G.D.I.P.*, vol. 65 (1961), p. 610), et à la suite de l'incendie en 1964 de la bibliothèque du service d'information américain du Caire (*R.G.D.I.P.*, vol. 69 (1965), p. 130 et 131) et, en 1965, de celle de Karachi (*R.G.D.I.P.*, vol. 70 (1966), p. 165 et 166).

⁶²⁰ Dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, le tribunal, tout en rejetant les demandes néo-zélandaises de restitution et/ou de cessation et en refusant d'accorder une indemnisation, fit diverses déclarations au titre de la satisfaction ainsi qu'une recommandation «pour aider [les parties] à mettre un terme à cette regrettable affaire». Ainsi, il a recommandé à la France de verser deux millions de dollars des États-Unis au bénéfice d'un fonds «destiné à la promotion de relations étroites et amicales entre les citoyens des deux pays». Voir Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990) p. 274 (par. 126 et 127); voir aussi L. Migliorino, «Sur la déclaration d'illicéité comme forme de satisfaction: à propos de la sentence arbitrale du 30 avril 1990 dans l'affaire du *Rainbow Warrior*», *R.G.D.I.P.*, vol. 96 (1992), p. 61.

⁶²¹ Par exemple, l'enquête menée par les États-Unis pour déterminer les causes de la collision entre un sous-marin américain et un navire de pêche japonais, le *Ehime Maru*, au large d'Honolulu: *New York Times*, 8 février 2001, section 1, p. 1, colonne 6.

⁶²² Le châtement des individus responsables a été demandé dans l'affaire de l'assassinat en 1948, en Palestine, du comte Bernadotte dans l'exercice de ses fonctions au service des Nations Unies

pour préjudice non pécuniaire⁶²³. Les assurances ou garanties de non-répétition, dont il est traité dans le contexte de la cessation, peuvent aussi être considérées comme une forme de satisfaction⁶²⁴. L'énumération qui figure au paragraphe 2 n'est pas exhaustive mais n'exclut aucune possibilité. Qui plus est, l'ordre dans lequel les formes de satisfaction y sont énumérées ne correspond à aucune hiérarchie ni préférence. Il s'agit simplement d'exemples, qui ne sont pas classés en fonction de leur caractère approprié ni de la gravité du fait illicite. Le mode de satisfaction approprié sera, le cas échéant, déterminé selon les circonstances de l'espèce.

6) Une des formes de satisfaction les plus fréquentes pour dommage moral ou immatériel est la déclaration d'illicéité faite par une cour ou un tribunal compétent. La Cour internationale a affirmé l'utilité de la déclaration réparatoire en tant que forme de satisfaction pour préjudice immatériel dans le cadre de l'affaire du *Détroit de Corfou*, où, après avoir conclu à l'illicéité de l'opération de déminage (l'opération *Retail*) menée par la marine britannique après l'explosion, elle a ajouté qu'elle devait:

«Pour assurer l'intégrité du droit international dont elle est l'organe, constater la violation par l'action de la marine de guerre britannique de la souveraineté de l'Albanie. Cette constatation correspond à la demande faite au nom de l'Albanie par son conseil et constitue en elle-même une satisfaction appropriée⁶²⁵.»

Cette position a été suivie dans de nombreuses affaires⁶²⁶. Cependant, bien que les déclarations faites par une cour ou un tribunal compétent puissent être considérées comme une forme de satisfaction dans certaines affaires, de telles déclarations ne sont pas intrinsèquement associées à la satisfaction. Tout tribunal ou cour compétent est habilité à déterminer la licéité d'un comportement et à rendre ses conclusions publiques, en temps qu'étape normale du procès.

(Whiteman, *Digest*, vol. 8, p. 742 et 743) et dans l'affaire du meurtre, en 1975, de deux officiers américains à Téhéran (*R.G.D.I.P.*, vol. 80, p. 257).

⁶²³ Voir, par exemple, l'affaire du *«I'm Alone»*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1609 (1935); *Rainbow Warrior*, *ibid.*, vol. XX, p. 217 (1990).

⁶²⁴ Voir le commentaire de l'article 30, par. 11).

⁶²⁵ Affaire du *Détroit de Corfou*, *fond*, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 35, repris dans le *dispositif*, p. 36.

⁶²⁶ Par exemple, affaire du *Rainbow Warrior*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (1990), p. 273, par. 123.

Une telle déclaration peut être le prélude à une décision portant sur une forme quelconque de réparation ou peut constituer en soi la satisfaction demandée. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la Cour a utilisé la déclaration comme forme de satisfaction, l'Albanie n'ayant demandé aucune autre forme de satisfaction. Cette déclaration présente d'autres avantages: elle doit être claire et autonome et, par définition, ne doit pas dépasser la portée ou les limites de la satisfaction visée au paragraphe 3 de l'article 37. Si les déclarations judiciaires ne sont pas mentionnées au paragraphe 2, c'est seulement parce que celles-ci doivent être formulées par un tiers compétent pour connaître du différend, et que le projet d'articles n'a pas pour objet de préciser quels sont ces tiers et de traiter de questions liées à la compétence des cours ou tribunaux. L'article 37 précise seulement que la reconnaissance de la violation par l'État responsable est une forme de satisfaction.

7) Les excuses sont une autre forme de satisfaction usuelle; elles peuvent être faites oralement ou par écrit par un représentant de l'État, voire par le chef de l'État. Les excuses et l'expression de regrets étaient demandées dans les affaires «*I'm Alone*⁶²⁷», *Kellet*⁶²⁸ et *Rainbow Warrior*⁶²⁹, et ont été offertes par l'État responsable dans les affaires des *Relations consulaires*⁶³⁰ et *LaGrand*⁶³¹. Les demandes et les offres d'excuses ne sont pas rares dans la pratique diplomatique: lorsque les circonstances le justifient, la présentation d'excuses en temps opportun peut contribuer pour beaucoup au règlement d'un différend. Dans d'autres cas, les excuses n'ont pas lieu d'être, par exemple lorsqu'une affaire est réglée *ex gratia*, ou elles peuvent être insuffisantes. Ainsi, dans l'affaire *LaGrand* la Cour a considéré que «des excuses ne suffisent

⁶²⁷ Ibid., vol. III, p. 1609 (1935).

⁶²⁸ Moore, *Digest*, vol. V, p. 43 (1897).

⁶²⁹ Ibid., vol. XX, p. 217 (1990).

⁶³⁰ *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis), mesures conservatoires*, C.I.J. Recueil 1998, p. 248. Pour le texte des excuses présentées par les États-Unis, voir U.S. Department of State Text of Statement Released in Asunción (Paraguay); communiqué de presse de James P. Rubin, porte-parole, 4 novembre 1998. Pour l'ordonnance mettant fin à la procédure, voir C.I.J. Recueil 1998, p. 426.

⁶³¹ *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique), mesures conservatoires*, ordonnance du 3 mars 1999, C.I.J. Recueil 1999, p. 9, et *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, fond, Arrêt du 27 juin 2001.

pas en l'espèce, comme d'ailleurs chaque fois que des étrangers n'ont pas été avisés sans retard de leurs droits en vertu du paragraphe 1 de l'article 36 de la Convention de Vienne et qu'ils ont fait l'objet d'une détention prolongée ou été condamnés à des peines sévères»⁶³².

8) Comme il y a eu, par le passé, des demandes excessives faites sous le couvert de la «satisfaction»⁶³³, il paraît nécessaire de poser des limites aux mesures qui peuvent être demandées comme mode de satisfaction, et ce pour prévenir les abus qui sont contraires au principe de l'égalité des États⁶³⁴. En particulier, la satisfaction n'est pas censée avoir un caractère punitif, et n'inclut donc pas de dommages-intérêts punitifs. Le paragraphe 3 de l'article 37 fixe les limites de l'obligation de satisfaction sur la base de deux critères: premièrement, la satisfaction doit être proportionnée au préjudice; et deuxièmement, elle ne peut pas prendre une forme humiliante pour l'État responsable. Il est vrai que le terme «humiliant» est imprécis, mais les exemples d'exigences de ce type ne manquent pas dans l'histoire.

Article 38

Intérêts

1. Des intérêts sur toute somme principale due en vertu du présent chapitre sont payables dans la mesure nécessaire pour assurer la réparation intégrale. Le taux d'intérêt et le mode de calcul sont fixés de façon à atteindre ce résultat.
2. Les intérêts courent à compter de la date à laquelle la somme principale aurait dû être versée jusqu'au jour où l'obligation de payer est exécutée.

⁶³² Ibid., par. 123.

⁶³³ Par exemple, la note conjointe présentée au Gouvernement chinois en 1900 après la révolte des Boxers et la demande formulée contre la Grèce par la Conférence des ambassadeurs dans l'affaire *Tellini* en 1923: voir C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law* (New York, New York University Press, 1928), p. 187 et 188.

⁶³⁴ La nécessité de prévenir les abus dans le contexte de la satisfaction a été soulignée par des auteurs tels que J.C. Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der civilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt* (3^e éd.) (Nördlingen, 1878); traduction française de C. Lardy, *Le droit international codifié* (5^e éd. revue et corrigée) (Paris, 1895), p. 268 et 269.

Commentaire

- 1) Les dommages-intérêts ne sont pas une forme autonome de réparation; et ne sont pas non plus nécessairement présents dans le contexte de l'indemnisation. C'est la raison pour laquelle, à l'article 38, on a utilisé l'expression «somme principale» et non «indemnisation». Cependant, l'attribution de dommages-intérêts peut être nécessaire dans certains cas afin de réparer intégralement le dommage causé par un fait internationalement illicite, et elle est généralement traitée séparément dans les demandes de réparation et dans les sentences des tribunaux.
- 2) En principe, l'État lésé peut prétendre à des intérêts sur la somme principale qui représente le préjudice si cette somme est déterminée avant la date du règlement, de l'arrêt ou de la sentence relatifs à la réclamation et dans la mesure qui est nécessaire pour assurer la réparation intégrale⁶³⁵. La jurisprudence internationale va dans le sens de l'adoption d'une règle générale où les intérêts seraient un aspect de la réparation intégrale⁶³⁶. Dans l'affaire du *Wimbledon*, la Cour permanente de Justice internationale a attribué des intérêts simples de 6 % à compter de la date de l'arrêt, sur le fondement de l'idée que les intérêts étaient seulement exigibles à partir «du moment où le montant de la somme due a été fixé et l'obligation de payer établie⁶³⁷».
- 3) La question de l'allocation d'intérêts a fréquemment surgi dans d'autres instances judiciaires, dans des affaires où le différend portait sur un préjudice subi tant par des personnes privées que par des États⁶³⁸. Le cas du Tribunal des différends irano-américains mérite d'être

⁶³⁵ Ainsi, les intérêts peuvent ne pas être accordés lorsque le préjudice est fixé en valeur courante à la date de la sentence. Voir la sentence des *Phares*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (1956), p. 252 et 253.

⁶³⁶ Voir, par exemple, les intérêts alloués dans le cadre de l'affaire *Illinois Central Railroad*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV, p. 134 (1926); de l'affaire *Lucas* (1966), *I.L.R.*, vol. 30, p. 220; voir aussi la *Décision administrative n° III* de la Commission mixte des réclamations germano-américaines, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII, p. 66 (1923).

⁶³⁷ 1923, *C.P.J.I., série A, n° 1*, p. 32. La Cour a considéré que la demande de la France, visant à ce que le taux d'intérêt fût fixé à 6 %, était bien fondée, étant donné «la situation financière actuelle du monde, en tenant compte des conditions admises pour les emprunts publics».

⁶³⁸ Dans l'affaire du *M/V Saiga (n° 2)* (*Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée*), le Tribunal international du droit de la mer a alloué des intérêts à des taux différents par rapport à différentes catégories de préjudice: voir arrêt du 1^{er} juillet 1999, par. 173.

souligné. Dans l'affaire *République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique (A-19)*, le Tribunal plénier a considéré que sa compétence générale à l'égard des différends s'étendait au pouvoir d'allouer des intérêts, mais il a refusé de poser des critères uniformes sur ce point, au motif que cela relevait de la compétence de chaque Chambre et «de l'exercice ... du pouvoir discrétionnaire qui leur est accordé pour décider de chaque espèce⁶³⁹». Sur la question de principe, le Tribunal a déclaré:

«Les demandes d'intérêts font partie de l'indemnisation qui est recherchée et ne constituent pas une action distincte qui exigerait une conclusion juridictionnelle indépendante. Aux termes de l'article V de la Déclaration sur le règlement des différends, ce tribunal doit trancher les différends «sur la base du respect du droit». Ce faisant, il a régulièrement traité les intérêts, lorsqu'ils faisaient l'objet d'une demande, comme partie intégrante du «différend» qu'il a le devoir de trancher. Le Tribunal note que les Chambres ont toutes alloué des intérêts au titre de «l'indemnisation des dommages subis du fait du retard de paiement». [...] En réalité, les tribunaux arbitraux ont coutume d'allouer des intérêts dans le cadre des dommages-intérêts qu'ils accordent, nonobstant l'absence de référence expresse aux intérêts dans le *compromis*. Étant donné que la possibilité d'allouer des intérêts est inhérente au pouvoir du tribunal de trancher les différends, l'exclusion de cette faculté ne pourrait être fondée que sur une disposition expresse de la Déclaration sur le règlement des différends. Aucune disposition de cette nature n'existe. Le tribunal conclut par conséquent qu'il entre clairement dans le cadre de ses pouvoirs d'allouer des intérêts au titre de l'indemnisation du dommage qui a été subi⁶⁴⁰.»

Le Tribunal a alloué des intérêts à un taux légèrement inférieur dans le cadre de différends intergouvernementaux⁶⁴¹. Il n'a pas alloué d'intérêts dans certains cas, notamment lorsqu'il a considéré que l'indemnisation complète pouvait être obtenue par le versement d'une somme forfaitaire, ou en raison d'autres circonstances particulières⁶⁴².

⁶³⁹ (1987), 16 *Iran-U.S.C.T.R.* 285, p. 290. *In the Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford, Clarendon Press, 1966), p. 475 et 476, G. H. Aldrich souligne que la pratique des trois Chambres n'a pas été entièrement uniforme.

⁶⁴⁰ (1987), 16 *Iran-U.S.C.T.R.* 285, p. 289 et 290.

⁶⁴¹ Voir C. N. Brower & J. D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal* (La Haye, Nijhoff, 1998), p. 626 et 627, avec des références aux différentes affaires. Le taux adopté était de 10 %, à comparer à celui de 12 % pour les différends commerciaux.

⁶⁴² Voir l'analyse détaillée de la Chambre III dans l'affaire *McCullough & Co., Inc. v. Ministry of Post, Telegraph & Telephone & others* (1986), 11 *Iran-U.S.C.T.R.* 3, p. 26 à 31.

4) La décision n° 16 du Conseil d'administration de la Commission d'indemnisation des Nations Unies aborde la question des intérêts. Elle dispose:

«1. Il sera alloué des intérêts aux requérants dont la réclamation aura été acceptée à partir de la date à laquelle la perte leur a été infligée jusqu'à la date du paiement, à un taux suffisant pour compenser la perte découlant pour eux de l'impossibilité de faire usage pendant l'intervalle du principal de l'indemnité octroyée.

2. Les méthodes de calcul et de paiement des intérêts seront examinées par le Conseil d'administration le moment venu.

3. Les intérêts seront payés après les montants alloués au titre principal⁶⁴³.»

Dans cette disposition, la décision de principe favorable à l'allocation d'intérêts si ceux-ci sont nécessaires à l'indemnisation du demandeur est combinée à la souplesse dans l'application du principe; les intérêts, s'ils constituent une forme d'indemnisation, sont néanmoins considérés comme un élément secondaire, subordonné au montant principal de la réclamation.

5) L'allocation d'intérêts est également envisagée par les cours et tribunaux compétents en manière de droits de l'homme, bien que la pratique de l'indemnisation soit relativement conservatrice et que les différends y aient presque toujours une origine non pécuniaire. L'octroi de ces intérêts peut par exemple avoir pour objet de protéger la valeur des dommages-intérêts qui sont accordés et doivent faire l'objet de versements échelonnés⁶⁴⁴.

6) Dans la pratique la plus récente, les commissions d'indemnisation et les tribunaux nationaux ont généralement alloué des intérêts lorsqu'ils ont fixé le montant des indemnités. Cependant, dans certains cas de règlement forfaitaire partiel, les réclamations ont été expressément limitées au principal, au motif que priorité devait être donnée à celui-ci, du fait

⁶⁴³ «Allocation d'intérêts», décision 16 du 4 janvier 1993 (S/AC.26/1992/16).

⁶⁴⁴ Voir, par exemple, l'affaire *Velásquez Rodríguez (Indemnisations)*, *Inter-Am.Ct.H.R., Série C, n° 7* (1990), par. 57. Voir aussi l'affaire *Papamichalopoulos c. Grèce (art. 50)*, *C.E.D.H., Série A, n° 330-B* (1995), par. 39. Dans cette affaire, les intérêts étaient exigibles seulement à l'égard du montant des dommages-intérêts pécuniaires qui avait été octroyé. Voir également D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law* (Oxford, Clarendon Press, 1999), p. 270 à 272.

de la faiblesse du fonds à distribuer⁶⁴⁵. Les tribunaux nationaux ont à l'occasion abordé les questions relatives aux intérêts dans l'optique du droit international⁶⁴⁶, même si, le plus souvent, ces questions sont réglées par le droit du for.

7) Bien que la jurisprudence comme la pratique tendent à faire des intérêts un élément de la réparation intégrale, on ne peut pas dire que l'État lésé ait automatiquement droit à des intérêts. L'allocation d'intérêts dépend des circonstances de chaque espèce, et surtout de la question de savoir si elle est nécessaire aux fins de la réparation intégrale. Cette approche est conforme à divers systèmes juridiques ainsi qu'à la pratique des tribunaux internationaux.

8) Un autre aspect du problème concerne l'octroi d'intérêts composés. Les cours et tribunaux ont généralement pris position contre l'allocation d'intérêts composés, y compris ceux qui considèrent que les demandeurs sont normalement en droit de recevoir des intérêts compensatoires. Ainsi, le Tribunal des réclamations États-Unis-Iran a constamment rejeté les demandes d'intérêts composés, y compris dans les cas où le demandeur avait subi un préjudice du fait des charges d'intérêts composés portant sur l'endettement lié à la réclamation. Dans l'affaire *J. R. Reynolds Tobacco Co. v. Government of the Islamic Republic of Iran*, le tribunal ne trouva pas ...

«de raisons particulières pour s'écarter des précédents internationaux, qui ne permettent pas normalement l'allocation d'intérêts composés. Ainsi qu'un auteur l'a relevé, «[i]l y a peu de règles dans le domaine des dommages-intérêts en droit international qui soient aussi bien établies que celle selon laquelle les intérêts composés ne sont pas permis». [...] Même si l'expression «toutes sommes» peut être comprise comme incluant les intérêts, et partant, l'allocation d'intérêts composés, le tribunal, du fait du caractère ambigu des mots employés, interprète cette clause à la lumière de la règle internationale qui vient d'être rappelée, et exclut donc les intérêts composés⁶⁴⁷».

Conformément à cette approche, le Tribunal a interprété les clauses contractuelles qui semblaient permettre l'octroi d'intérêts composés de façon à empêcher que le demandeur obtienne un profit

⁶⁴⁵ Voir, par exemple, le Foreign Compensation (People's Republic of China) Order 1987 (Royaume-Uni), s. 10, donnant effet à un accord de règlement du 5 juin 1987 (*U.K.T.S.* n° 37 (1987)).

⁶⁴⁶ Voir, par exemple, *McKesson Corporation v. Islamic Republic of Iran*, 116 F. Supp. 2d 13 (*District Court*, D.C., 2000).

⁶⁴⁷ (1984), 7 *Iran-U.S.C.T.R.* 181, p. 191 et 192, citant M. Whiteman, *Damages*, vol. III, p. 1997.

«complètement disproportionné au préjudice éventuel qu'[il] pourrait avoir subi du fait de ne pas avoir à sa disposition les montants exigibles⁶⁴⁸. La majorité des auteurs et des tribunaux continue donc de partager l'opinion exprimée par l'arbitre Huber dans l'affaire des *Biens britanniques au Maroc espagnol*:

«la jurisprudence arbitrale en matière de compensations à accorder par un État à un autre pour dommages subis par les ressortissants de celui-ci sur le territoire de celui-là - jurisprudence pourtant particulièrement riche - est unanime [...] pour écarter les intérêts composés. Dans ces circonstances, il faudrait des arguments particulièrement forts et de nature toute spéciale pour admettre en l'espèce ce type d'intérêt⁶⁴⁹».

Cela est également vrai des intérêts composés dans le cadre des différends interétatiques.

9) Plusieurs auteurs ont cependant défendu la révision de ce principe, au motif que «les intérêts composés raisonnablement encourus par la partie lésée devraient être recouvrables comme élément du dommage⁶⁵⁰». Dans certains cas, cette position a reçu l'appui de tribunaux d'arbitrage⁶⁵¹. Mais, dans l'état actuel du droit international, on ne peut dire qu'un État lésé ait droit à des intérêts composés, si ce n'est lorsqu'il existe des circonstances spéciales qui justifieraient un facteur de composition dans le cadre de la réparation intégrale.

10) La question du mode de calcul des intérêts sur le principal octroyé à titre de réparation soulève quantité de problèmes complexes concernant la date initiale (date de la violation⁶⁵², celle

⁶⁴⁸ *Anaconda-Iran, Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran* (1986), 13 *Iran-U.S.C.T.R.* 199, p. 235 [traduction non officielle]. Voir aussi G. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford, Clarendon Press, 1996), p. 477 et 478.

⁶⁴⁹ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (1924), p. 650. Cf. la sentence *Aminoil*, où les intérêts alloués étaient composés pour une période donnée, sans que cela soit expliqué. Cela équivalait en l'espèce à plus de la moitié du montant total final, *Gouvernement du Koweït c. American Independent Oil Co.* (1982), *I.L.R.*, vol. 66, p. 613, par. 178 5).

⁶⁵⁰ Par exemple, F. A. Mann, «*Compound Interest as an Item of Damage in International Law*», in *Further Studies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1990), p. 383.

⁶⁵¹ Voir, par exemple, *Compañía de Desarrollo de Santa Elena SA c. République du Costa Rica*, I.C.S.I.D., affaire n° ARB/96/1, sentence finale du 1^{er} février 2000, par. 103 à 105.

⁶⁵² Le fait de considérer la date de la violation comme la date initiale soulève des difficultés, notamment quant à la détermination de cette date; en outre, de nombreux systèmes juridiques exigent que le paiement soit requis par le demandeur avant que les intérêts ne commencent à

à laquelle le paiement aurait dû être effectué, celle de la réclamation ou de la demande), la date terminale (celle de l'accord de règlement ou de la sentence, celle du paiement effectif), ainsi que le taux d'intérêt applicable (taux actuel retenu par l'État défendeur, par l'État demandeur, taux d'emprunts internationaux). Il n'existe pas d'approche uniforme, au niveau international, aux questions de quantification et de fixation du montant des intérêts qui sont alloués⁶⁵³. En pratique, les circonstances de chaque espèce et le comportement des parties exercent une forte influence sur les modalités choisies. Le Tribunal des réclamations États-Unis-Iran a fait observer à raison que ces questions, si elles ne peuvent être résolues par les parties, doivent être laissées «à l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui est accordé [aux tribunaux] pour décider de chaque espèce⁶⁵⁴». D'un autre côté, le caractère anarchique de la pratique actuelle incite à penser qu'une disposition générale sur le calcul des intérêts est utile. C'est pourquoi l'article 38 indique que les intérêts courent à compter de la date à laquelle la somme principale aurait dû être versée, et jusqu'au jour où l'obligation de payer est remplie. Le taux d'intérêt et le mode de calcul doivent être fixés de manière à assurer la réparation intégrale du préjudice subi à raison d'un fait internationalement illicite.

11) Lorsqu'il est tenu compte du manque à gagner dans l'indemnisation du dommage causé par le fait illicite, il serait inapproprié que l'État lésé reçoive des intérêts, car cela impliquerait un double recouvrement. Un même capital ne peut pas être utilisé à la fois pour produire des intérêts

courir. La date de la demande formelle a été retenue comme date pertinente dans l'affaire de l'indemnité russe, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, p. 442 (1912), par analogie avec la position généralement adoptée dans les systèmes juridiques internes européens. Quoiqu'il en soit, le fait que la demande de paiement n'a pas été faite en temps voulu est un facteur important dans la décision d'allouer ou non des intérêts.

⁶⁵³ Voir, par exemple, J. Y. Gotanda, *Supplemental Damages in Private International Law* (La Haye, Kluwer, 1998), p. 13. Il faut souligner que beaucoup d'États islamiques, influencés par la charia, interdisent dans la loi ou même la Constitution le versement d'intérêts. Ils ont cependant mis en place des modalités de substitution pour les transactions commerciales et internationales. Ainsi, le paiement d'intérêts est prohibé par la Constitution iranienne (Principes 43, 49), mais le Conseil des gardiens de la révolution a considéré que cette injonction ne s'appliquait pas aux «gouvernements, institutions, compagnies et personnes étrangers qui, conformément aux principes de leur propre foi, ne considèrent pas que [les intérêts] sont interdits». Voir *ibid.*, p. 39 et 40, avec les références citées.

⁶⁵⁴ *Islamic Republic of Iran v. United States of America (affaire n° A19)* (1987), 16 *Iran-U.S.C.T.R.*, p. 290.

et pour produire des profits. Toutefois, des intérêts peuvent être dus sur les profits qui auraient été gagnés, mais dont le propriétaire initial aurait été privé.

12) L'article 38 n'aborde pas la question des intérêts moratoires. Il ne porte que sur les intérêts qui constituent la somme allouée par la cour ou le tribunal, à savoir les intérêts compensatoires. Le pouvoir d'une cour ou d'un tribunal d'allouer des intérêts moratoires est une question de procédure.

Article 39

Contribution au préjudice

Pour déterminer la réparation, il est tenu compte de la contribution au préjudice due à l'action ou à l'omission, intentionnelle ou par négligence, de l'État lésé ou de toute personne ou entité au titre de laquelle réparation est demandée.

Commentaire

1) L'article 39 concerne les situations où le préjudice a été causé par le fait internationalement illicite d'un État qui, de ce fait, est responsable du dommage conformément aux articles 1 et 28, mais où l'État lésé ou la personne victime de la violation a contribué matériellement aux dommages par sa négligence ou par une action ou omission délibérée, situations qui sont désignées, dans les systèmes juridiques nationaux, par les notions de «négligence contributive», «faute concurrente», «faute de la victime», etc.⁶⁵⁵.

2) L'article 39 dispose que le comportement de l'État lésé ou de toute personne ou entité pour laquelle réparation est demandée doit être pris en compte pour déterminer la forme et l'étendue de la réparation. Cette disposition est conforme au principe selon lequel tout préjudice découlant d'un fait internationalement illicite doit être réparé intégralement, mais rien de plus. Elle va aussi dans le sens du principe de l'égalité entre l'État responsable et la victime de la violation.

3) Dans l'affaire *LaGrand*, la Cour internationale de Justice a reconnu que le comportement de l'État réclameur pouvait être pertinent pour déterminer la forme et le montant de la réparation. Dans cette affaire, l'Allemagne avait tardé à dénoncer la violation et à entamer une procédure. La Cour a noté «que l'Allemagne peut être critiquée pour la manière dont l'instance a été

⁶⁵⁵ Voir C. von Bar, *The Common European Law of Torts, Volume 2* (Munich, Beck, 2000), p. 517 à 540.

introduite et pour le moment choisi pour l'introduire», et dit qu'elle aurait pris ce facteur en considération, parmi d'autres, si «la conclusion de l'Allemagne avait comporté une demande à fin d'indemnités⁶⁵⁶».

4) L'importance de la contribution de l'État lésé au préjudice pour déterminer la réparation est largement étayée par la doctrine⁶⁵⁷ et par la pratique des États⁶⁵⁸. Si la question de la contribution de l'État lésé au préjudice se pose le plus souvent dans le contexte de l'indemnisation, le principe peut également être pertinent pour d'autres formes de réparation. Ainsi, si un navire appartenant à un État est illégalement saisi par un autre État et que, pendant la durée de la saisie, il subit des avaries imputables à la négligence du capitaine, il pourra être simplement requis de l'État auteur qu'il rende le navire dans l'état endommagé dans lequel il se trouve.

5) Les actions ou omissions qui contribuent au préjudice subi ne sont pas toutes pertinentes à cette fin. L'article 39 autorise que soient prises en compte les seules actions ou omissions qui peuvent être considérées comme intentionnelles et négligentes, c'est-à-dire lorsque la victime

⁶⁵⁶ Affaire *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt du 27 juin 2001, par. 57 et 116. Pour ce qui est de l'importance du retard s'agissant de la perte du droit d'invoquer la responsabilité, voir l'article 45 *b* et le commentaire y relatif.

⁶⁵⁷ Voir, par exemple, B. Graefrath, «*Responsibility and Damage Caused: relations between responsibility and damages*», in *Recueil des cours*, vol. 185 (1984-II), p. 95; B. Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale* (Paris, Pédone, 1973), p. 265 à 300.

⁶⁵⁸ Dans l'affaire du *Chemin de fer de la baie de Delagoa (Grande-Bretagne, États-Unis/Portugal)*, les arbitres avaient conclu que: «toutes ces circonstances qui peuvent être alléguées à la charge de la compagnie concessionnaire et à la décharge du Gouvernement portugais atténuent la responsabilité de ce dernier, et justifient [...] une réduction de la réparation à allouer»; (1900), Martens, *Nouveau Recueil*, 2^e Série, vol. XXX, p. 329; Moore, *International Arbitrations*, vol. II, p. 1865 (1900). Dans l'affaire du «*Wimbledon*» 1923, *C.P.J.I., série A, n° 1*, p. 31, la question s'est posée de savoir si le fait que le navire, après qu'on lui eut refusé de passer par le canal de Kiel, était resté quelque temps au port de Kiel avant de prendre une autre route avait contribué au préjudice. La Cour a admis implicitement qu'il fallait prendre en considération la conduite du capitaine du navire comme une circonstance susceptible d'affecter le montant de l'indemnité bien qu'elle ait conclu que le capitaine avait agi raisonnablement au vu des circonstances. Pour d'autres exemples, voir C. D. Gray, *Judicial Remedies in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1987), p. 23.

de la violation n'a pas veillé sur ses biens ou ses droits avec la diligence voulue⁶⁵⁹. La notion de négligence et d'action ou omission délibérée n'étant pas qualifiée, en indiquant qu'elle doit avoir été «grave» ou «manifeste», sa pertinence aux fins de la détermination de la réparation dépendra de la mesure dans laquelle elle a contribué au préjudice, ainsi que d'autres circonstances de l'espèce⁶⁶⁰. L'expression «il est tenu compte» indique que l'article porte sur les facteurs qui sont susceptibles d'affecter la forme de la réparation ou d'en réduire le montant.

6) L'action ou omission, intentionnelle ou par négligence, qui contribue au dommage peut être le fait de l'État lésé ou «de toute personne ou entité au titre de laquelle réparation est demandée». L'expression vise à couvrir non seulement les situations où un État introduit une réclamation au nom d'un de ses nationaux dans le cadre de la protection diplomatique, mais aussi toute autre situation dans laquelle un État invoque la responsabilité d'un autre État à raison d'un comportement qui affecte principalement une tierce partie. Selon les articles 42 et 48, plusieurs situations différentes peuvent se produire. L'idée qui sous-tend l'article est que la position de l'État qui demande réparation ne devrait pas être plus favorable, aux fins de la réparation dans l'intérêt d'un autre, qu'elle ne le serait si la personne ou l'entité au titre de laquelle la réparation est demandée introduisait une réclamation en son nom propre.

Chapitre III

Violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général

1) Le chapitre III de la deuxième partie est intitulé «Violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général». Il porte sur certaines conséquences de violations particulières, identifiées selon deux critères: premièrement, il s'agit de violations d'obligations découlant de normes impératives du droit international général; et deuxièmement, les violations visées ont un caractère grave, de par leur échelle ou leur nature. Le chapitre III

⁶⁵⁹ La terminologie est tirée du paragraphe 1 de l'article VI de la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par les objets spatiaux, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 961, p. 187.

⁶⁶⁰ On peut envisager des situations où le préjudice en question est entièrement imputable au comportement de la victime et pas du tout à celui de l'État «responsable». Les situations de ce type sont couvertes par l'exigence générale de la cause directe, visée à l'article 31, et non par l'article 39. Pour les questions relatives à l'atténuation du préjudice, voir commentaire de l'article 31, par. 11).

contient deux articles: le premier définit la portée de l'application du chapitre (art. 40), le second énonce les conséquences juridiques des violations qui relèvent du chapitre (art. 41).

2) La question de savoir s'il y avait lieu d'établir une distinction qualitative entre différentes violations du droit international a suscité un important débat⁶⁶¹. La Cour internationale de Justice a évoqué cette question dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, lorsqu'elle a indiqué:

«une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des États envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre État dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les États. Vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*⁶⁶²».

La Cour entendait confronter la situation de l'État lésé dans le contexte de la protection diplomatique avec celle de tous les États en cas de violation d'une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble. Bien qu'aucune obligation de ce type n'ait été en cause dans cette affaire, la Cour a clairement indiqué qu'aux fins de la responsabilité des États, certaines obligations sont opposables à la communauté internationale dans son ensemble, et qu'en raison de «l'importance des droits concernés», tous les États ont un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés.

3) La Cour a réaffirmé à plusieurs reprises la notion d'obligation envers la communauté internationale dans son ensemble, bien qu'elle se soit montrée prudente dans l'application de ce principe. Dans l'affaire du *Timor oriental*, elle a considéré «qu'il n'y avait rien à redire à l'affirmation du Portugal selon laquelle le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, tel qu'il s'est développé à partir de la Charte et de la pratique de l'Organisation des Nations Unies, est un droit opposable *erga omnes*⁶⁶³». Dans l'affaire de l'*Application de la Convention pour la*

⁶⁶¹ Pour une bibliographie complète, voir M. Spinedi, «Crimes of States: A Bibliography», in J. Weiler, A. Cassese & M. Spinedi (dir. publ.), *International Crimes of States* (Berlin/New York, De Gruyter, 1989), p. 339 à 353, et N. Jørgensen, *The Responsibility of States for International Crimes* (Oxford, Oxford University Press, 2000), p. 299 à 314.

⁶⁶² *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase*, C.I.J. Recueil 1970, p. 32, par. 33. Voir M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes* (Oxford, Clarendon Press, 1997).

⁶⁶³ *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, C.I.J. Recueil 1995, p. 102, par. 29.

prévention et la répression du crime de génocide (exceptions préliminaires), la Cour a déclaré que «les droits et les obligations consacrés dans la Convention sont des droits et des obligations *erga omnes*⁶⁶⁴». Cette constatation a contribué à sa conclusion selon laquelle sa compétence *rationae temporis* concernant la demande n'était pas limitée au moment à partir duquel les parties ont été liées par la Convention.

4) Un fait étroitement lié à ce qui précède est la reconnaissance de la notion de norme impérative du droit international aux articles 53 et 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁶⁶⁵. Ces dispositions reconnaissent l'existence de règles de fond si essentielles qu'aucune dérogation n'y est possible, même au moyen d'un traité⁶⁶⁶.

5) On s'est aperçu d'emblée que ce qui précède a des incidences sur les règles secondaires de la responsabilité des États, dont il faudrait tenir compte d'une manière ou d'une autre dans les articles. Au départ, on avait pensé se référer à la catégorie de «crimes internationaux des États», par opposition à tous les autres types de fait internationalement illicite («délits internationaux⁶⁶⁷»). Cependant, on n'a pas vu se développer de conséquences pénales pour les États en cas de violation de ces normes fondamentales. Ainsi, l'allocation de dommages-intérêts punitifs n'est pas reconnue en droit international, même en cas de violations graves d'obligations découlant de normes impératives. Conformément à l'article 34, les dommages-intérêts sont essentiellement de nature compensatoire⁶⁶⁸. Il n'en demeure pas moins, comme l'a indiqué le Tribunal militaire international en 1946, que:

⁶⁶⁴ *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (exceptions préliminaires)*, C.I.J. Recueil 1996, p. 616, par. 31.

⁶⁶⁵ Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

⁶⁶⁶ Voir l'article 26 et le commentaire y relatif.

⁶⁶⁷ Voir *Annuaire ... 1976*, vol. II, deuxième partie, p. 89 à 113, en particulier par. 6 à 34. Voir aussi le commentaire de l'article 12, par. 5).

⁶⁶⁸ Voir le commentaire de l'article 36, par. 4).

«Ce sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la répression s'impose, comme sanction du droit international⁶⁶⁹.»

6) En accord avec cette approche, et bien que les Tribunaux militaires de Nuremberg et de Tokyo aient jugé et condamné des agents de l'État pour des crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions officielles, ni l'Allemagne ni le Japon n'étaient qualifiés d'«États criminels» dans les instruments créant ces tribunaux⁶⁷⁰. Dans la pratique internationale plus récente, c'est une approche analogue qui sous-tend la création des tribunaux spéciaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, qui a été décidée par le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies. Les deux tribunaux ont été constitués uniquement pour poursuivre des personnes⁶⁷¹. Dans sa décision relative à un *subpoena duces tecum* (*Procureur c. Blaskić*), la chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a indiqué que «aux termes du droit international en vigueur, il est évident que les États, par définition, ne peuvent faire l'objet de sanctions pénales semblables à celles prévues par les systèmes pénaux internes⁶⁷²». De même, selon le Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998, la Cour est compétente pour les «crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale», mais sa compétence est limitée aux personnes physiques (art. 25, par. 1). Il est précisé dans le même

⁶⁶⁹ Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, arrêt du 1^{er} octobre 1946, republié *in A.J.I.L.*, vol. 41 (1947), p. 221.

⁶⁷⁰ Et ce, malgré le fait que le Statut de Londres de 1945 prévoyait expressément qu'«un groupement ou une organisation pouvait être déclaré criminel», cf. Statut du Tribunal militaire international, Londres, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 82, p. 279, art. 9 et 10.

⁶⁷¹ Voir art. 1^{er} et 6 du Statut du Tribunal international chargé de juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, 25 mai 1993 (publié initialement en tant qu'annexe du document S/25704 et Add.1, adopté par le Conseil de sécurité dans sa résolution 827 (1993) et amendé le 13 mai 1998 par la résolution 1166 (1998) et le 30 novembre 2000 par la résolution 1329 (2000); et art. 1^{er} et 7 du Statut du Tribunal international chargé de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994, 8 novembre 1994, adopté par le Conseil de sécurité dans sa résolution 955 (1994).

⁶⁷² Affaire IT-95-14-AR 108 bis, *Procureur c. Blaskić, I.L.R.*, vol. 110 (1997), p. 698, par. 25. Cf. *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (exceptions préliminaires)*, C.I.J. *Recueil 1996*, p. 595, où les parties n'ont pas considéré la procédure comme étant de nature pénale. Voir aussi le commentaire de l'article 12, par. 6).

article, qu'«aucune disposition du Statut relative à la responsabilité pénale des individus n'affecte la responsabilité des États en droit international⁶⁷³».

7) En conséquence, les présents articles n'établissent pas de distinction aux fins de la première partie, entre «crimes» et «délits» des États. Il doit toutefois en ressortir que les notions fondamentales de normes impératives du droit international général et d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble emportent certaines *conséquences* dans le cadre de la responsabilité des États. Que les normes impératives du droit international général et les obligations envers la communauté internationale dans son ensemble soient ou non des aspects différents d'un même concept, on peut dire en tout cas que ces deux notions se recoupent de façon substantielle. Les exemples d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble donnés par la Cour internationale de Justice⁶⁷⁴ concernent tous des obligations qui, de l'avis général, découlent de normes impératives du droit international général. De même, les exemples donnés par la Commission dans son commentaire relatif à ce qui est devenu l'article 53 de la Convention de Vienne⁶⁷⁵ concernent des obligations envers la communauté internationale

⁶⁷³ Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juin 1998, A/CONF.183/9, art. 25 4). Voir aussi art. 10: «Aucune disposition du présent chapitre ne doit être interprétée comme limitant ou affectant de quelque manière que ce soit les règles du droit international existantes ou en formation qui visent d'autres fins que le présent Statut.»

⁶⁷⁴ Selon la Cour internationale de Justice, les obligations *erga omnes* «découlent par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale»: *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, par. 34. Voir aussi *Timor oriental (Portugal c. Australie), C.I.J. Recueil 1995*, p. 102, par. 29; *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, C.I.J. Recueil 1996*, p. 258, par. 83; *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (exceptions préliminaires), C.I.J. Recueil 1996*, p. 615 et 616, par. 31 et 32.

⁶⁷⁵ La Commission du droit international a donné les exemples suivants de traités qui contreviendraient à l'article en question parce que contraires à une règle impérative du droit international général, ou règle de *jus cogens*: «a) le traité qui envisage un emploi illicite de la force contraire aux principes de la Charte; b) le traité qui envisage l'exécution de tout autre acte constituant un crime au regard du droit international; et c) le traité qui envisage ou tolère l'accomplissement d'actes tels que la traite des esclaves, la piraterie ou le génocide, à la répression desquels tout État est tenu de coopérer [...] comme autre exemple possible, il a été question des traités qui violent les droits de l'homme, l'égalité des États ou le principe de l'autodétermination»: *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 270.

tout entière. Cela étant, il existe à tout le moins une différence de perspective. Alors que les normes impératives du droit international général traitent de la portée d'un certain nombre d'obligations fondamentales et du rang de priorité qu'il convient de leur accorder, les obligations envers la communauté internationale dans son ensemble sont axées sur l'intérêt juridique qu'ont tous les États à leur respect, à savoir, dans le cadre du présent article, le fait qu'ils sont habilités à invoquer la responsabilité de tout autre État en cas de violation. Par conséquent, il est bon de faire le départ entre les conséquences de l'une et de l'autre notion. Premièrement, les violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général peuvent entraîner des conséquences supplémentaires, non seulement pour l'État responsable mais pour tous les autres États. Deuxièmement, tous les États ont le droit d'invoquer la responsabilité pour la violation d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble. La première de ces propositions fait l'objet du présent chapitre; la seconde est traitée à l'article 48.

Article 40

Application du présent chapitre

1. Le présent chapitre s'applique à la responsabilité internationale qui résulte d'une violation grave par l'État d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général.
2. La violation d'une telle obligation est grave si elle dénote de la part de l'État responsable un manquement flagrant ou systématique à l'exécution de l'obligation.

Commentaire

- 1) L'article 40 a pour objet de définir les violations couvertes par le chapitre. Il établit deux critères permettant de distinguer «les violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général» des autres types de violation. Le premier critère a trait à la nature de l'obligation violée, qui doit découler d'une norme impérative du droit international général. Le second porte sur l'intensité de la violation, qui doit avoir un caractère grave. Le chapitre III ne s'applique qu'aux violations du droit international qui satisfont à ces deux critères.
- 2) Le premier critère a donc trait à la nature de l'obligation violée. Pour que le présent chapitre s'applique, la violation doit concerner une obligation découlant d'une norme impérative

du droit international général. Conformément à l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁶⁷⁶, une norme impérative du droit international général est ...

«une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère».

La notion de «norme impérative du droit international général» est reconnue dans la pratique internationale, dans la jurisprudence des cours et tribunaux nationaux et internationaux, ainsi que dans la doctrine⁶⁷⁷.

3) Il n'y a pas lieu de donner des exemples de normes impératives dans le texte même de l'article 40; il n'y en a d'ailleurs aucun dans le texte de l'article 53 de la Convention de Vienne. Les obligations visées à l'article 40 découlant des règles de fond qui interdisent des comportements considérés comme intolérables en raison de la menace qu'ils représentent pour la survie des États et de leurs peuples, ainsi que pour les valeurs humaines fondamentales.

4) Parmi ces interdictions, on considère généralement que l'interdiction de l'agression est une norme impérative, ce qu'étaient, par exemple, le commentaire de la Commission relatif à ce qui est devenu l'article 53⁶⁷⁸, les déclarations non démenties faites par les gouvernements au cours de la Conférence de Vienne⁶⁷⁹, les communications des deux parties dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires* et la position adoptée par la Cour dans cette affaire⁶⁸⁰. Les autres

⁶⁷⁶ Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

⁶⁷⁷ Pour une analyse plus poussée des critères d'identification d'une norme impérative, voir le commentaire de l'article 26, par. 5, qui renvoie à la jurisprudence et à la doctrine.

⁶⁷⁸ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 269.

⁶⁷⁹ Au cours de la Conférence de Vienne, plusieurs gouvernements ont qualifié d'impératives les interdictions relatives à l'agression et à l'emploi illicite de la force: voir *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session*, A/CONF.39/11, p. 294, 296, 297, 300, 301, 302, 303, 304, 306, 307, 311, 312, 318, 320, 322, 323, 324 et 326.

⁶⁸⁰ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, C.I.J. *Recueil 1986*, p. 100 et 101, par. 190. Voir aussi Président Nagendra Singh, *ibid.*, p. 153.

exemples énumérés par la Commission dans le commentaire relatif à l'article 53, à savoir les interdictions relatives à l'esclavage et à la traite des esclaves, ou au génocide, ainsi qu'à la discrimination raciale et à l'apartheid, semblent eux aussi recueillir une large adhésion. Ces pratiques sont interdites en vertu de conventions et de traités internationaux qui ont été ratifiés par un grand nombre d'États et n'admettent aucune exception. Lors de la Conférence de Vienne, les gouvernements se sont entendus sur le caractère impératif de ces interdictions. Quand à l'interdiction du génocide, son caractère impératif est étayé par plusieurs décisions judiciaires nationales et internationales⁶⁸¹.

5) Bien qu'il ne soit pas expressément mentionné dans le commentaire de la Commission relatif à l'article 53 de la Convention de Vienne, le caractère impératif de certaines autres normes semble recueillir l'adhésion générale. C'est le cas de l'interdiction de la torture, telle que définie à l'article premier de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984⁶⁸². Le caractère impératif de cette interdiction a été confirmé par les décisions d'organes tant internationaux que nationaux⁶⁸³. Au vu de ce que la Cour internationale de Justice a dit des règles fondamentales du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés qui ont un caractère «intransgressible», il semblerait aussi justifié de les considérer comme impératives⁶⁸⁴. Enfin, l'obligation de respecter le droit à l'autodétermination mérite d'être mentionnée. Comme la Cour internationale de Justice l'a noté dans l'affaire du *Timor oriental*, «le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ... est

⁶⁸¹ Voir, par exemple, la Cour internationale de Justice dans l'affaire de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires*, C.I.J. Recueil 1993, p. 439 et 440; *demande reconventionnelle*, C.I.J. Recueil 1997, p. 243; le Tribunal de district de Jérusalem dans l'affaire *Procureur général du Gouvernement d'Israël c. Eichmann* (1961), I.L.R., vol. 36, p. 5.

⁶⁸² Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1465 p. 123.

⁶⁸³ Cf. *the U.S. Court of Appeals, 2nd Circuit, in Sideman de Blake v. Argentina* (1992), I.L.R., vol. 103, p. 471; the United Kingdom Court of Appeal in *Al Adsani v. Government of Kuwait* (1996), I.L.R., vol. 107, p. 540 et 541; the United Kingdom House of Lords in *R. v. Bow Street Metropolitan Magistrate, ex. Parte Pinochet Ugarte (n° 3)* [1999] 2 W.L.R. 827, p. 841, 881. Cf. *the U.S. Court of Appeals, 2nd Circuit, in Filartiga v. Pena-Irala* (1980) 630 F.2d 876, I.L.R., vol. 77, p. 177 à 179.

⁶⁸⁴ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, C.I.J. Recueil 1996, p. 257, par. 79.

l'un des principes essentiels du droit international contemporain», qui donne naissance à une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble, qui est tenue d'en autoriser et d'en respecter l'exercice⁶⁸⁵.

6) Il convient de souligner que la liste d'exemples susmentionnée n'est peut-être pas exhaustive. De plus, l'article 64 de la Convention de Vienne prévoit la survenance de nouvelles normes impératives du droit international général, pour autant qu'il s'agisse de normes acceptées et reconnues par la communauté internationale des États dans son ensemble, comme en dispose l'article 53. Les exemples donnés sont donc sans préjudice des règles existantes ou en formation du droit international qui satisfont aux critères prévus à l'article 53.

7) Outre qu'il a une portée limitée en raison du nombre relativement restreint de normes impératives, l'article 40 prévoit une autre restriction aux fins du chapitre, à savoir que la violation doit avoir été «grave». Les violations «graves» sont définies au paragraphe 2 comme dénotant «de la part de l'État responsable un manquement flagrant ou systématique à l'exécution de l'obligation». Le mot «grave» signifie qu'un certain ordre de grandeur est requis, mais il ne doit pas être interprété comme signifiant que certaines violations ne sont pas graves ou qu'elles sont en quelque sorte excusables. Il reste que l'on peut envisager des violations de normes impératives relativement moins graves et qu'il est nécessaire de limiter la portée du chapitre aux violations les plus graves ou systématiques. La pratique des États était dans une certaine mesure une telle restriction. Ainsi, lorsqu'ils réagissent contre des violations du droit international, les États soulignent souvent leur caractère systématique, flagrant ou répété. De même, les procédures de plaintes internationales, par exemple dans le domaine des droits de l'homme, attachent des conséquences différentes aux violations systématiques, notamment en ce qui concerne la non-applicabilité de la règle de l'épuisement des recours internes⁶⁸⁶.

⁶⁸⁵ *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, C.I.J. Recueil 1995, p. 102, par. 29. Voir la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale du 24 octobre 1970, cinquième principe.

⁶⁸⁶ Voir *Irlande c. Royaume-Uni*, C.E.D.H., Série A, n° 25 (1978), par. 159; cf., par exemple, la procédure établie par la résolution 1503 (XLVIII) du Conseil économique et social, laquelle prévoit un «ensemble de violations flagrantes et systématiques des droits de l'homme».

8) Pour être considérée comme systématique, une violation doit avoir été commise de façon organisée et délibérée. En revanche, le terme «flagrante» renvoie à l'intensité de la violation ou de ses effets; il dénote des violations manifestes qui représentent une attaque directe contre les valeurs protégées par la règle. Les termes ne sont pas mutuellement exclusifs; les violations graves sont généralement à la fois systématiques et flagrantes. Au nombre des facteurs pouvant déterminer la gravité d'une violation, on citera l'intention de violer la norme; l'étendue et le nombre des violations en cause et la gravité de leurs conséquences pour les victimes. De plus, certaines des normes impératives en question, en particulier les interdictions d'agression et de génocide, requièrent, de par leur nature même, une violation intentionnelle commise à large échelle⁶⁸⁷.

9) L'article 40 ne prévoit pas de procédure visant à déterminer si une violation grave a été ou non commise. Les articles n'ont pas pour objet d'établir de nouvelles procédures institutionnelles applicables à des cas particuliers, que ceux-ci relèvent ou non du chapitre III de la deuxième partie. De plus, les violations graves dont il est question dans le présent chapitre seront probablement traitées par les organisations internationales compétentes, dont le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale. En cas d'agression, le Conseil de sécurité est investi d'un rôle spécifique, qui lui est conféré par la Charte.

⁶⁸⁷ En 1976, la Commission a proposé les exemples suivants de ce que l'on a appelé «crimes internationaux»:

«a) Une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales, comme celle interdisant l'agression;

b) Une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, comme celle interdisant l'établissement ou le maintien par la force d'une domination coloniale;

c) Une violation grave et à une large échelle d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde de l'être humain, comme celle interdisant l'esclavage, le génocide ou l'apartheid;

d) Une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde et la préservation de l'environnement humain, comme celle interdisant la pollution massive de l'atmosphère ou des mers.»

(*Annuaire ... 1976*, vol. II, deuxième partie, p. 89).

Article 41

Conséquences particulières d'une violation grave d'une obligation en vertu du présent chapitre

1. Les États doivent coopérer pour mettre fin, par des moyens licites, à toute violation grave au sens de l'article 40.
2. Aucun État ne doit reconnaître comme licite une situation créée par une violation grave au sens de l'article 40, ni prêter aide ou assistance au maintien de cette situation.
3. Le présent article est sans préjudice des autres conséquences prévues dans la présente partie et de toute conséquence supplémentaire que peut entraîner, d'après le droit international, une violation à laquelle s'applique le présent chapitre.

Commentaire

- 1) L'article 41 traite des conséquences particulières des violations qui ont la nature et la gravité visées à l'article 40. Il se compose de trois paragraphes. Les deux premiers énoncent les obligations juridiques spéciales qu'ont les États face à des «violations graves» au sens de l'article 40, le troisième prend la forme d'une clause de sauvegarde.
- 2) Aux termes du paragraphe 1 de l'article 41, les États ont le devoir de coopérer pour mettre fin à toute violation grave au sens de l'article 40. Étant donné la diversité des circonstances qui pourraient éventuellement intervenir, la disposition ne spécifie pas la forme que cette coopération devrait prendre. Celle-ci pourrait être organisée dans le cadre d'une organisation internationale compétente, notamment l'Organisation des Nations Unies. Cependant, le paragraphe 1 n'exclut pas la possibilité d'une coopération hors institution.
- 3) Le paragraphe 1 n'explicite pas non plus quelles mesures les États devraient prendre pour mettre fin à toute violation au sens de l'article 40. Une telle coopération doit s'exercer par des moyens licites, dont le choix dépend des circonstances de l'espèce. Il est dit clairement, cependant, que l'obligation de coopérer s'applique à tous les États, qu'ils aient été ou non directement touchés par la violation grave. Face à des violations graves, un effort concerté et coordonné de tous les États s'impose pour en contrecarrer les effets. On peut se demander si le droit international général, dans son état actuel, impose un devoir positif de coopération et, à cet égard, le paragraphe 1 relève peut-être du développement progressif du droit international. En réalité, une telle coopération s'instaure d'ores et déjà, notamment dans le cadre des organisations

internationales, pour répondre aux violations les plus graves du droit international, et c'est d'ailleurs souvent le seul moyen d'y remédier efficacement. Le paragraphe 1 vise à renforcer les mécanismes de coopération existants, en ce sens qu'il appelle tous les États à réagir de façon appropriée aux violations graves visées à l'article 40.

4) Selon le paragraphe 2 de l'article 41, les États ont un devoir d'abstention, qui se compose de deux obligations distinctes: premièrement, l'obligation de ne pas reconnaître comme licite une situation créée par une violation grave au sens de l'article 40 et, deuxièmement, celle de ne prêter ni aide ni assistance au maintien de cette situation.

5) La première de ces deux obligations impose à la communauté internationale dans son ensemble la non-reconnaissance collective de la licéité de situations créées par une violation grave au sens de l'article 40⁶⁸⁸. Cette obligation s'applique dans le cas des «situations» créées par ces violations, telles que, par exemple, la tentative d'acquisition de la souveraineté sur un territoire par le biais du déni du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Elle vise non seulement la reconnaissance officielle de ces situations mais aussi l'interdiction de tous actes qui impliqueraient une telle reconnaissance.

6) L'existence d'une obligation de non-reconnaissance face à des violations graves d'obligations découlant de normes impératives est étayée par la pratique internationale et la jurisprudence de la Cour internationale de Justice. Le principe selon lequel toute acquisition territoriale obtenue par la force n'est pas valide et ne doit pas être reconnue a été exprimé clairement lors de la crise de Mandchourie en 1931-1932; le Secrétaire d'État des États-Unis de l'époque, Henry Stimson, a déclaré à cette occasion que les États-Unis d'Amérique, auxquels se joignaient une large majorité des membres de la Société des Nations, ne sauraient ...

«admettre la licéité de toute situation *de facto* ni ... reconnaître tout traité ou accord conclu entre ces gouvernements ou leurs agents, qui serait susceptible de porter atteinte ... à la souveraineté, à l'indépendance ou ... à l'intégrité territoriale et administrative de la République de Chine; ... ni reconnaître toute situation, traité ou accord obtenu par

⁶⁸⁸ Ce qui a été décrit comme «une arme de choix dans la lutte contre les violations graves des règles fondamentales du droit international»: C. Tomuschat, «International Crimes by States: An Endangered Species?», in K. Wellens (dir. publ.), *International Law: Theory and Practice: Essays in Honour of Eric Suy* (La Haye, Nijhoff, 1998), p. 259.

des moyens contraires aux engagements et obligations contenus dans le Pacte de Paris du 27 août 1928⁶⁸⁹».

Ce principe est affirmé dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, dans laquelle il est indiqué explicitement que les États s'abstiennent de reconnaître comme légale toute acquisition territoriale obtenue par l'emploi de la force⁶⁹⁰. Ainsi que la Cour internationale de Justice l'a conclu dans l'affaire des *Affaires militaires et paramilitaires*, le consentement unanime des États à cette déclaration «peut s'interpréter comme une adhésion à la valeur de la règle ou de la série de règles déclarées par la résolution et prises en elles-mêmes⁶⁹¹».

7) Un exemple de la pratique de non-reconnaissance d'actes commis en violation de normes impératives est fourni par la réaction du Conseil de sécurité à l'invasion du Koweït par l'Iraq en 1990. Après que l'Iraq eut proclamé sa «fusion totale et irréversible» avec le Koweït, le Conseil de sécurité a déclaré, dans sa résolution 662 (1990) que l'annexion «n'a aucun fondement juridique et est nulle et non avenue», et demandé à tous les États, organisations internationales et institutions spécialisées de ne pas reconnaître cette annexion et de s'abstenir de toute mesure et tout contact qui pourrait être interprété comme une reconnaissance implicite de l'annexion. Aucun État n'a d'ailleurs reconnu la licéité de l'annexion, dont les effets ont été par la suite annulés.

8) En ce qui concerne le déni du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, la Cour internationale de Justice a demandé tout aussi clairement, dans son avis consultatif sur l'affaire

⁶⁸⁹ Note du Secrétaire d'État aux Gouvernements chinois et japonais, in Hackworth, *Digest*, vol. I, p. 334; entérinée par les résolutions de l'Assemblée du 11 mars 1932, *Journal officiel de la Société des Nations*, mars 1932, Supplément spécial n° 101, p. 87. Pour un aperçu de la pratique antérieure en matière de non-reconnaissance collective, voir J. Dugard, *Recognition and the United Nations* (Cambridge, Grotius, 1987), p. 24 à 27.

⁶⁹⁰ Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, premier principe, par. 10.

⁶⁹¹ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, C.I.J. Recueil 1986, p. 100, par. 188.

de la *Namibie (Sud-Ouest africain)*, la non-reconnaissance de la situation⁶⁹². Les mêmes obligations sont affirmées dans les résolutions du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale concernant la situation en Rhodésie⁶⁹³ et dans les bantoustans en Afrique du Sud⁶⁹⁴. Ces exemples reposent sur le principe selon lequel, lorsqu'une violation grave au sens de l'article 40 s'est traduite par une situation qui, dans d'autres circonstances, appellerait une reconnaissance, celle-ci ne doit pas être accordée. La non-reconnaissance collective semble être une condition préalable de toute action concertée de la communauté internationale contre de telles violations et correspond à la réaction minimum requise de la part des États aux violations graves visées à l'article 40.

9) Aux termes du paragraphe 2 de l'article 41, aucun État ne doit reconnaître comme licite une situation créée par une violation grave. Cette obligation s'applique à tous les États, y compris l'État responsable. Il est arrivé que l'État responsable cherche à conforter la situation qu'il a créée en la reconnaissant lui-même. L'État responsable est évidemment tenu de ne pas reconnaître ou maintenir la situation illicite découlant de la violation. Des considérations analogues s'appliquent même à l'État lésé: étant donné que par définition, la violation concerne la communauté internationale dans son ensemble, la renonciation ou la reconnaissance obtenue de l'État lésé par l'État responsable n'interdit pas à la communauté internationale de chercher à parvenir à un règlement juste et approprié. Ces conclusions sont conformes à l'article 30 sur la cessation et sont renforcées par le caractère impératif des normes en question⁶⁹⁵.

⁶⁹² *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 56, par. 126; la Cour a conclu que «la cessation du mandat et la déclaration de l'illégalité de la présence sud-africaine en Namibie étaient opposables à tous les États, en ce sens qu'elles rendent illégales erga omnes une situation qui se prolonge en violation du droit international».*

⁶⁹³ Cf. résolution 216 (1965) du Conseil de sécurité.

⁶⁹⁴ Voir, par exemple, la résolution 31/6A de l'Assemblée générale (1976), entérinée par la résolution 402 (1976) du Conseil de sécurité; résolution 32/105N de l'Assemblée générale (1977); résolution 34/93G de l'Assemblée générale (1979); voir aussi les déclarations faites par les présidents en exercice du Conseil de sécurité suite à la «création» du Venda et du Ciskei: S/13549, 21 septembre 1979; S/14794, 15 décembre 1981.

⁶⁹⁵ Voir aussi le commentaire de l'article 20, par. 7), et le commentaire de l'article 45, par. 4).

10) Les conséquences de l'obligation de non-reconnaissance n'en sont pas pour autant absolues. Dans son avis consultatif dans l'affaire de la *Namibie (Sud-Ouest africain)*, la Cour, tout en considérant que la situation était illégale *erga omnes* et ne pouvait être reconnue comme licite par aucun État, y compris ceux qui n'étaient pas membres de l'Organisation des Nations Unies, a indiqué:

«La non-reconnaissance de l'administration sud-africaine dans le territoire ne devrait pas avoir pour conséquence de priver le peuple namibien des avantages qu'il peut tirer de la coopération internationale. En particulier, alors que les mesures prises officiellement par le Gouvernement sud-africain au nom de la Namibie ou en ce qui la concerne après la cessation du mandat sont illégales ou nulles, cette nullité ne saurait s'étendre à des actes, comme l'inscription des naissances, mariages ou décès à l'état civil, dont on ne pourrait méconnaître les effets qu'au détriment des habitants du Territoire⁶⁹⁶.»

Tant le principe de la non-reconnaissance et cette restriction sont appliqués, par exemple par la Cour européenne des droits de l'homme⁶⁹⁷.

11) La seconde obligation visée au paragraphe 2 interdit aux États de prêter aide ou assistance au maintien de toute situation créée par une violation grave au sens de l'article 40. Cette disposition va au-delà de celles qui sont consacrées à l'aide ou l'assistance en vue de la commission d'un fait internationalement illicite, qui font l'objet de l'article 16. Elle vise les comportements qui, *ex post facto*, aident l'État responsable à maintenir une situation et sont «opposables à tous les États en ce sens qu'elles rendent illégales *erga omnes* une situation qui se prolonge en violation du droit international⁶⁹⁸». Elle va au-delà de la commission de la violation grave pour s'intéresser au maintien de la situation créée par ladite violation, et s'applique que la violation commise soit ou non continue. Quant aux éléments de «l'aide ou l'assistance», l'article 41 doit être lu parallèlement à l'article 16. Ainsi, la notion d'aide ou d'assistance visée à

⁶⁹⁶ *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, C.I.J. Recueil 1971, p. 56, par. 125.*

⁶⁹⁷ *Loizidou c. Turquie, fond, C.E.D.H. Recueil 1996-VI, p. 2216; Chypre c. Turquie (requête n° 25781/94), arrêt du 10 mai 2001, par. 89 à 98.*

⁶⁹⁸ *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest Africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, C.I.J. Recueil 1971, p. 56, par. 126.*

l'article 16 présuppose que l'État avait «connaissance des circonstances du fait internationalement illicite». Il n'est nul besoin de mentionner cette exigence au paragraphe 2 de l'article 41, puisqu'il est difficile d'imaginer qu'un État puisse ne pas avoir remarqué une violation grave commise par un autre État.

12) À certains égards, l'interdiction contenue au paragraphe 2 peut être considérée comme la suite logique du devoir de non-reconnaissance. Cependant, son champ d'application est distinct en ce sens qu'elle vise aussi des actions qui n'impliqueraient pas la reconnaissance de la situation créée par la violation grave au sens de l'article 40. Cette existence distincte est confirmée, par exemple, par les résolutions du Conseil de sécurité qui interdisaient aux États de prêter aide ou assistance en vue du maintien du régime illégal d'apartheid en Afrique du Sud ou du régime colonial portugais⁶⁹⁹. Comme dans le cas du devoir de non-reconnaissance, ces résolutions sembleraient énoncer une idée générale applicable à toutes les situations créées par des violations graves au sens de l'article 40.

13) Selon le paragraphe 3, l'article 41 est sans préjudice des autres conséquences prévues dans la deuxième partie et de toute conséquence supplémentaire que peut entraîner une violation grave au sens de l'article 40. Ce paragraphe sert un double objectif: premièrement, il énonce clairement que les violations graves au sens de l'article 40 entraînent les conséquences juridiques qui sont attachées à toutes les violations envisagées aux chapitres I et II de la deuxième partie. Ainsi, une violation grave au sens de l'article 40 fait naître l'obligation, pour l'État responsable, de mettre fin au fait illicite, de poursuivre l'exécution et, le cas échéant, de donner des garanties et des assurances de non-répétition. De même, il est tenu de fournir réparation conformément aux règles énoncées au chapitre II de la présente partie. Il ne fait aucun doute que les incidences de ces obligations dépendent de la gravité de la violation en question, ce qu'autorise d'ailleurs le libellé actuel des articles.

14) Deuxièmement, le paragraphe 3 évoque toute autre conséquence supplémentaire que pourrait entraîner une violation grave d'après le droit international. Il peut s'agir d'une règle primaire, comme c'est le cas de l'interdiction de l'agression. Le paragraphe 3 fait donc une place

⁶⁹⁹ Cf., par exemple, résolution 218 (1965) du Conseil de sécurité sur les colonies portugaises et les résolutions 418 (1977) et 569 (1985) du Conseil de sécurité sur l'Afrique du Sud.

à toutes les conséquences juridiques supplémentaires que peut entraîner, au regard du droit international, la commission de violations graves au sens de l'article 40. Le fait que de telles conséquences ne sont pas mentionnées expressément au chapitre III est sans préjudice de leur reconnaissance par le droit international contemporain ou de leur développement ultérieur. De plus, le paragraphe 3 est sous-tendu par l'idée que le régime juridique applicable aux violations graves est lui-même en cours d'élaboration. En énonçant certaines conséquences juridiques fondamentales des violations graves au sens de l'article 40, l'article 41 tient compte de l'éventualité de l'élaboration d'un régime plus élaboré applicable aux conséquences des violations de ce type.

TROISIÈME PARTIE

MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DE L'ÉTAT

La troisième partie traite de la mise en œuvre de la responsabilité de l'État, c'est-à-dire de l'exécution des obligations de cessation et de réparation qui incombent, conformément aux dispositions de la deuxième partie, à un État qui a commis un fait internationalement illicite. Bien que la responsabilité de l'État soit engagée, en droit international, indépendamment de son invocation par un autre État, il est néanmoins nécessaire de préciser ce que peuvent faire les États confrontés à la violation d'une obligation internationale, quelles mesures ils peuvent prendre pour s'assurer que l'État responsable exécutera les obligations de cessation et de réparation. C'est sur cet aspect de la question, parfois appelée mise en œuvre de la responsabilité de l'État, que porte la troisième partie. Celle-ci se compose de deux chapitres: le premier analyse l'invocation de la responsabilité de l'État par d'autres États, ainsi que certaines questions connexes; le second traite des contre-mesures prises pour amener l'État responsable à mettre un terme à la conduite en question et à fournir une réparation.

Chapitre premier

Invocation de la responsabilité de l'État

1) La première partie du projet d'articles analyse le fait internationalement illicite de l'État généralement comme une violation de toute obligation internationale de cet État. La deuxième partie définit les conséquences des faits internationalement illicites en matière de responsabilité

comme des obligations de l'État responsable, et non comme des droits de tout autre État, personne ou entité. La troisième partie porte sur la mise en œuvre de la responsabilité de l'État, c'est-à-dire le droit d'autres États d'invoquer la responsabilité internationale de l'État responsable, et sur certaines modalités de cette invocation. Les droits qui peuvent découler, pour d'autres personnes ou entités, d'une violation d'une obligation internationale sont préservés par l'article 33, paragraphe 2.

2) La notion d'État lésé est une notion centrale dans l'invocation de la responsabilité. Elle s'applique à l'État dont le droit a été nié ou compromis par le fait internationalement illicite, ou qui a été, d'une autre manière, particulièrement affecté par ce fait. Ce concept est introduit à l'article 42, et un certain nombre de conséquences qui en découlent sont énoncées dans d'autres articles du présent chapitre. Compte tenu du large éventail d'obligations internationales couvertes par le projet d'articles, il est nécessaire de reconnaître qu'un éventail encore plus large d'États peuvent avoir un intérêt juridique à invoquer la responsabilité et à faire respecter l'obligation en question. Dans certaines situations, en effet, tous les États peuvent avoir un tel intérêt, même si aucun d'entre eux n'est individuellement ou spécialement affecté par la violation⁷⁰⁰. Cette possibilité est envisagée à l'article 48. Les articles 42 et 48 traitent du droit des États d'invoquer la responsabilité d'un autre État. Ils s'efforcent d'éviter les problèmes susceptibles de découler de l'emploi de termes potentiellement ambigus tels que préjudice «direct» par opposition à préjudice «indirect», ou droits «objectifs» par opposition à droits «subjectifs».

3) Bien que l'article 42 soit rédigé au singulier («l'État lésé»), plus d'un État peut être lésé par un fait internationalement illicite, et être en droit d'invoquer la responsabilité en tant qu'État lésé. C'est ce qui ressort clairement de l'article 46. Par ailleurs, les articles 42 et 48 ne s'excluent pas mutuellement. Il peut fort bien se produire des situations dans lesquelles un État est «lésé» au sens de l'article 42, et d'autres États sont en droit d'invoquer la responsabilité en vertu de l'article 48.

⁷⁰⁰ Cf. la déclaration de la Cour internationale de Justice selon laquelle «tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique» lorsqu'il s'agit de violations d'obligations *erga omnes*: affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase*, C.I.J. Recueil 1970, p. 32, par. 33, citée dans le commentaire concernant la deuxième partie, chap. III, par. 2).

4) Le chapitre premier traite également d'un certain nombre de questions connexes: l'obligation de notification si un État souhaite invoquer la responsabilité d'un autre État (art. 43), certains aspects de la recevabilité des demandes (art. 44), la renonciation au droit d'invoquer la responsabilité (art. 45), et les cas où la responsabilité de plus d'un État peut être invoquée pour le même fait internationalement illicite (art. 47).

5) Il convient également de mentionner l'article 55, qui montre bien le caractère résiduel du projet d'articles. Outre qu'elles créent des obligations internationales pour les États, des règles spéciales peuvent également déterminer quel autre État ou quels autres États sont en droit d'invoquer la responsabilité internationale découlant de leur violation, et quel recours ceux-ci peuvent tenter. Cela était vrai, par exemple, de l'article 396 du Traité de Versailles de 1919, sur lequel a porté la décision de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du *Vapeur «Wimbledon»*⁷⁰¹. Cela était également vrai de l'article 33 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il s'agira de déterminer dans chaque cas si ces dispositions s'excluent mutuellement, c'est-à-dire si elles s'appliquent en tant que *lex specialis*.

Article 42

Invocation de la responsabilité par l'État lésé

Un État est en droit en tant qu'État lésé d'invoquer la responsabilité d'un autre État si l'obligation violée est due:

- a) À cet État individuellement; ou
- b) À un groupe d'États dont il fait partie ou à la communauté internationale dans son ensemble, et si la violation de l'obligation:
 - i) Atteint spécialement cet État; ou
 - ii) Est de nature à modifier radicalement la situation de tous les autres États auxquels l'obligation est due quant à l'exécution ultérieure de cette obligation.

⁷⁰¹ 1923, *C.P.J.I., série A, n° 1*. Dans cette affaire, quatre États ont invoqué la responsabilité de l'Allemagne, dont un au moins, le Japon, n'avait aucun intérêt particulier dans le *Vapeur «Wimbledon»*.

Commentaire

1) L'article 42 dispose que la mise en œuvre de la responsabilité d'un État est, en premier lieu, un droit de l'«État lésé». Il définit ce terme de façon relativement étroite, en établissant une distinction entre le préjudice causé à un État individuellement ou bien à un petit nombre d'États, et les intérêts juridiques de plusieurs États, voire de tous les États, en ce qui concerne certaines obligations établies dans l'intérêt collectif. Ce dernier aspect est examiné à l'article 48.

2) Le présent chapitre concerne l'invocation par un État de la responsabilité d'un autre État. À cet égard, il faut entendre par invocation le fait de prendre des mesures d'un caractère relativement formel, par exemple le fait de déposer ou de présenter une réclamation contre un autre État, ou d'engager une procédure devant une cour ou un tribunal international. Un État n'invoque pas la responsabilité d'un autre État simplement parce qu'il le critique d'avoir violé une obligation et l'engage à la respecter, ou bien même parce qu'il réserve ses droits ou émet de simples protestations. Aux fins des présents articles, la protestation en tant que telle n'est pas une invocation de la responsabilité; elle peut prendre diverses formes et viser différents objectifs et ne se limite pas aux cas où la responsabilité de l'État est en jeu. Un État qui souhaite protester contre la violation du droit international par un autre État, ou rappeler à celui-ci ses responsabilités internationales découlant d'un traité ou une autre obligation par laquelle ils sont liés, n'est généralement pas tenu d'établir un titre ou intérêt particulier pour le faire. De tels contacts diplomatiques informels n'équivalent pas à invoquer la responsabilité, à moins et pour autant qu'ils ne donnent lieu à des réclamations spécifiques de la part de l'État concerné, telles qu'une demande d'indemnisation pour une violation qui l'affecte, ou à une action particulière, telle que l'introduction d'une instance auprès d'un tribunal international compétent⁷⁰², voire la prise de contre-mesures. Pour prendre de telles mesures, c'est-à-dire pour invoquer la responsabilité au sens du projet d'articles, il faut un droit plus spécifique. En particulier, pour qu'un État invoque la responsabilité pour son propre compte, il doit avoir un droit particulier

⁷⁰² L'article 27, par. 2, de la Convention de Washington de 1965 (Convention relative au règlement des différends en matière d'investissement entre États et nationaux d'autres États, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 575, p. 159), établit une distinction analogue entre la présentation d'une réclamation internationale en matière de protection diplomatique et de «simples démarches diplomatiques tendant uniquement à faciliter le règlement du différend».

l'y autorisant, par exemple un droit d'action spécifiquement établi par un traité⁷⁰³, ou bien il doit être considéré comme un État lésé. L'objet de l'article 42 est de définir cette dernière catégorie.

3) Un État qui est lésé au sens de l'article 42 est habilité à engager tous les recours énoncés dans le projet d'articles. Il peut invoquer la responsabilité appropriée, conformément à la deuxième partie. Il peut également - comme il ressort du début de l'article 49 - prendre des contre-mesures conformément aux règles énoncées au chapitre II de la présente partie. La situation d'un État lésé doit être distinguée de celle qui confère à tout autre État le droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État, par exemple au titre de l'article 48 qui traite du droit d'invoquer la responsabilité en vertu d'un intérêt général commun. Cette distinction est précisée par le début de l'article 42: «Un État est en droit en tant qu'État lésé d'invoquer la responsabilité...».

4) La définition de l'article 42 est calquée sur l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁷⁰⁴, bien que la portée et l'objet des deux articles soient différents. L'article 42 porte sur toute violation d'une obligation internationale quel qu'en soit le caractère, tandis que l'article 60 concerne la violation des traités. En outre, l'article 60 vise exclusivement le droit d'un État partie à un traité d'invoquer une violation substantielle de celui-ci par une autre partie comme motif pour en suspendre l'application ou y mettre fin. Il ne traite pas de la question de la responsabilité en cas de violation du traité⁷⁰⁵. C'est la raison pour laquelle l'article 60 est limité aux violations «substantielles» des traités. Seule une violation substantielle justifie l'extinction d'un traité ou la suspension de son application, alors que, dans le cadre de la responsabilité des États, toute violation d'un traité engage la responsabilité de l'auteur quelle qu'en soit la gravité. Malgré ces différences, l'analogie avec l'article 60 est justifiée. L'article 60 vise à déterminer les États parties à un traité qui sont en droit de répondre individuellement, et pour leur propre compte, à une violation substantielle en mettant fin au traité ou en en suspendant son application. Dans le cas d'un traité bilatéral, le droit ne peut être que celui de l'autre État partie, alors que

⁷⁰³ Eu égard à l'article 42, un tel droit conventionnel pourrait être considéré comme une *lex specialis*; voir l'article 55 et le commentaire y relatif.

⁷⁰⁴ Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

⁷⁰⁵ Cf. Convention de Vienne, *ibid.*, art. 73.

dans le cas d'un traité multilatéral, l'article 60, paragraphe 2, n'autorise pas tout autre État à y mettre fin ou à en suspendre l'application à raison d'une violation substantielle. L'autre État doit être spécialement atteint par la violation, ou du moins individuellement atteint en ce que la violation compromet ou détruit nécessairement la base qui fonde la poursuite de sa propre exécution du traité.

5) Parallèlement aux cas envisagés à l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, l'article 42 prévoit trois cas. Premièrement pour invoquer en tant qu'État lésé la responsabilité d'un autre État, un État doit avoir un droit individuel à l'exécution d'une obligation, de la même manière qu'un État partie à un traité bilatéral a un tel droit vis-à-vis de l'autre État partie (al. *a*). Deuxièmement, un État peut être spécialement atteint par la violation d'une obligation à laquelle il est partie, même si on ne peut pas dire que l'obligation lui est due individuellement (al. *b*, sous-alinéa *i*). Troisièmement, il se peut que l'exécution de l'obligation par l'État responsable soit une condition nécessaire de son exécution par tous les autres États (al. *b*, sous-alinéa *ii*); c'est ce qu'on appelle l'obligation «intégrale» ou «interdépendante⁷⁰⁶». Dans chacun de ces cas, la suspension ou l'extinction éventuelle de l'obligation ou de son exécution par l'État lésé peut ne présenter pour celui-ci qu'une utilité limitée si son intérêt essentiel réside dans la restauration du lien juridique par la cessation et la réparation.

6) Conformément à l'alinéa a de l'article 42, un État est «lésé» si l'obligation violée lui était due individuellement. Le terme «individuellement» indique qu'en la circonstance, l'exécution de l'obligation était due à cet État. Cela sera nécessairement vrai d'une obligation découlant d'un traité bilatéral entre les deux États parties, mais il en sera de même dans d'autres cas, par exemple dans le cadre d'un engagement unilatéral pris par un État vis-à-vis d'un autre. Cela peut être le cas en vertu d'une règle du droit international général, par exemple, les règles relatives à l'utilisation à des fins autres que la navigation d'un cours d'eau international, qui peuvent créer des obligations individuelles entre un État riverain et un autre. Ou bien, cela peut être vrai en

⁷⁰⁶ La notion d'obligations «intégrales» a été développée par Fitzmaurice en sa qualité de Rapporteur spécial sur le droit des traités: Voir *Annuaire ... 1957*, vol. II, p. 61. Le terme a parfois donné lieu à des confusions, car il était utilisé pour faire référence à des obligations relatives aux droits de l'homme ou au droit de l'environnement, lesquelles ne sont pas dues sur la base du «tout ou rien». L'expression «obligations interdépendantes» peut paraître plus appropriée.

vertu d'un traité multilatéral dans le cadre duquel une obligation particulière doit être exécutée entre un État partie et un autre. Par exemple, en vertu de l'article 22 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques⁷⁰⁷, l'État accréditaire a l'obligation de protéger les locaux de la mission de l'État accréditant. De tels cas doivent être distingués des situations dans lesquelles l'exécution de l'obligation est généralement due aux parties au traité en même temps, et n'est pas différenciée ou individualisée. C'est dans le cadre de l'interprétation et de l'application de la règle primaire qu'il faudra déterminer à quelle catégorie appartient une obligation. L'analyse qui suit n'a qu'un caractère d'illustration.

7) Un exemple évident de cas relevant de l'alinéa *a* est celui d'une relation conventionnelle bilatérale. Si un État viole une obligation dont l'exécution est due spécialement à un autre État, ce dernier est un «État lésé» au sens de l'article 42. On peut citer d'autres exemples, notamment les actes unilatéraux contraignants par lesquels un État assume une obligation vis-à-vis d'un autre État, ou bien un traité établissant des obligations dues à un État tiers non partie au traité⁷⁰⁸. S'il est établi que les bénéficiaires de la promesse ou de la stipulation en faveur d'un État tiers avaient vocation à acquérir des droits effectifs liés à l'exécution de l'obligation en question, ils seront lésés par sa violation. Un autre exemple a trait au jugement obligatoire d'une cour ou d'un tribunal international imposant des obligations à un État partie au litige au profit de l'autre partie⁷⁰⁹.

8) En outre, l'alinéa *a* est destiné à s'appliquer aux cas où l'exécution d'une obligation en vertu d'un traité multilatéral ou du droit international coutumier est due à un État en particulier. À cet égard, l'alinéa *a* a une portée différente de celle de l'article 60, paragraphe 1, de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui se fonde sur le critère formel des traités bilatéraux par opposition aux traités multilatéraux. Cependant, bien qu'un traité multilatéral établisse en règle générale un ensemble de normes applicables à tous les États parties, dans certains cas leur exécution, dans une situation donnée, suppose une relation à caractère bilatéral

⁷⁰⁷ Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 500, p. 95.

⁷⁰⁸ Cf. la Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331, art. 36.

⁷⁰⁹ Voir, par exemple, l'article 59 du Statut de la Cour internationale de Justice.

entre deux parties. On a souvent indiqué que les traités multilatéraux de ce type créent des «groupes de relations bilatérales⁷¹⁰».

9) Le fait qu'un État donné ait été lésé par la violation d'une obligation au titre de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques n'exclut pas que tous les États parties puissent avoir un intérêt général au respect du droit international et au maintien des institutions et des arrangements internationaux qui ont été établis au cours des années. Dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire*, après avoir évoqué le «caractère fondamentalement illicite» du comportement de l'Iran du fait de sa participation à la détention du personnel diplomatique et consulaire, la Cour a attiré

«l'attention de la communauté internationale tout entière, y compris l'Iran, qui en est membre depuis des temps immémoriaux, sur le danger peut-être irréparable d'événements comme ceux qui ont été soumis à la Cour. Ces événements ne peuvent que saper à la base un édifice juridique patiemment construit par l'humanité au cours des siècles et dont la sauvegarde est essentielle pour la sécurité et le bien-être d'une communauté internationale aussi complexe que celle d'aujourd'hui, qui a plus que jamais besoin du respect constant et scrupuleux des règles présidant au développement ordonné des relations entre ses membres⁷¹¹».

10) Bien que le débat sur les obligations multilatérales ait généralement été axé sur les obligations créées en vertu des traités multilatéraux, des considérations du même ordre s'appliquent aux obligations découlant des règles du droit international coutumier. Par exemple, les normes du droit international général régissant les relations diplomatiques ou consulaires entre États établissent des relations bilatérales entre tel État accréditaire et tel État accréditant, et la violation de ces obligations par un État accréditaire donné lèse l'État accréditant auquel l'exécution était due dans ce cas particulier.

⁷¹⁰ Voir, par exemple, K. Sachariew, «State Responsibility for Multilateral Treaty Violations: Identifying the "Injured State" and its Legal Status», *Netherlands International Law Review*, vol. 35 (1988), p. 277 et 278; B. Simma, «Bilateralism and Community Interest in the Law of State Responsibility», in Y. Dinstein (dir. publ.), *International Law in a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne* (Londres, Nijhoff, 1989), p. 823; C. Annacker, «The Legal Regime of *Erga Omnes* Obligations», *Austrian Journal of Public International Law*, vol. 46 (1993-94), p. 136; D. N. Hutchinson, «Solidarity and Breaches of Multilateral Treaties», *B.Y.I.L.*, vol. 59 (1988), p. 154 et 155.

⁷¹¹ *Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, C.I.J. Recueil 1980, p. 42 et 43, par. 92.

11) L'alinéa b de l'article 42 traite du préjudice découlant de violations d'obligations collectives, c'est-à-dire d'obligations auxquelles plus de deux États sont parties et dont l'exécution, dans le cas d'espèce, n'est pas due à un État individuellement, mais à un groupe d'États, voire à la communauté internationale dans son ensemble. La violation de ces obligations ne lèse un État donné que si des conditions supplémentaires sont remplies. En utilisant l'expression «groupe d'États», l'alinéa b de l'article 42, n'implique pas que le groupe a une existence séparée, ou qu'il a une personnalité juridique distincte. Au contraire, l'expression fait référence à un groupe d'États composé de tous les États du monde ou d'une région donnée, ou d'un nombre considérable d'entre eux, qui se sont associés pour atteindre un certain objectif collectif, et qui peuvent être considérés de ce fait comme constituant une communauté d'États de caractère fonctionnel.

12) Le sous-alinéa i de l'alinéa b précise qu'un État est lésé s'il est «atteint spécialement» par la violation d'une obligation collective. L'expression «atteint spécialement» est reprise de l'article 60, paragraphe 2, alinéa b, de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Même dans les cas où les effets juridiques d'un fait internationalement illicite s'étendent, par implication, à l'ensemble du groupe d'États tenus par l'obligation, ou à la communauté internationale dans son ensemble, le fait illicite peut avoir des effets néfastes spécifiques sur un État ou sur un petit nombre d'États. Par exemple, la pollution de la haute mer en violation de l'article 194 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer peut avoir une incidence particulière sur un ou plusieurs États dont les plages peuvent être polluées par des résidus toxiques, ou dont les pêcheries côtières peuvent être fermées. Dans un tel cas, indépendamment de l'intérêt général des États parties à la Convention de 1982 à la préservation de l'environnement marin, les États parties côtiers concernés devraient être considérés comme lésés par la violation. Pas plus que l'article 60, paragraphe 2, alinéa b, de la Convention de Vienne, le sous-alinéa i de l'alinéa b ne définit la nature ou la portée du préjudice spécial que l'État doit avoir subi pour être considéré comme «lésé». Celles-ci seront évaluées au cas par cas, en tenant compte de l'objet et du but de l'obligation primaire violée, ainsi que des faits de chaque espèce. Pour qu'un État puisse être considéré comme lésé, il doit être atteint par la violation d'une manière qui le distingue des autres États auxquels l'obligation est due.

13) En revanche, le sous-alinéa ii de l'alinéa b traite d'une catégorie spéciale d'obligations, dont la violation doit être considérée comme affectant, en tant que telle, tous les autres États auxquels l'obligation est due. L'article 60, paragraphe 2, alinéa c, de la Convention de Vienne sur le droit des traités reconnaît une catégorie similaire de traités, à savoir ceux «d'une nature telle qu'une violation substantielle de leurs dispositions par une partie modifie radicalement la situation de chacune des parties quant à l'exécution ultérieure de ses obligations». On peut citer comme exemples, notamment, un traité de désarmement⁷¹², un traité de dénucléarisation, ou tout autre traité dont l'exécution par chacune des parties dépend effectivement de son exécution par chacune des autres parties, et exige cette exécution. Conformément à l'article 60, paragraphe 2, alinéa c, tout État partie à un tel traité peut y mettre fin ou en suspendre l'application dans ses relations non seulement avec l'État responsable, mais aussi, en général, avec toutes les autres parties.

14) Des considérations du même ordre, pour l'essentiel, s'appliquent aux obligations de ce type en ce qui concerne la responsabilité des États. Les autres États parties peuvent ne pas avoir d'intérêt à l'extinction ou à la suspension de telles obligations, préférant la poursuite de leur exécution, et ils doivent être tous considérés comme individuellement en droit de réagir à une violation. Il en est ainsi, que l'un quelconque d'entre eux ait été particulièrement atteint ou pas, en effet, ils peuvent être tous également atteints, sans qu'aucun ait subi un préjudice quantifiable aux fins de l'article 36. Ils peuvent néanmoins avoir un réel intérêt à la cessation et à d'autres aspects de la réparation, en particulier la restitution. Par exemple, si un État partie au traité sur l'Antarctique émet une revendication de souveraineté sur une zone non revendiquée de l'Antarctique contrairement à l'article 4 de ce traité, les autres États parties devraient être considérés comme lésés de ce fait, et en droit de demander la cessation, la restitution (sous forme d'annulation de la revendication) et des assurances de non-répétition conformément à la deuxième partie.

15) Le projet d'articles traite des obligations découlant du droit international, quelle qu'en soit la source, et ne se limite pas aux obligations conventionnelles. Dans la pratique, des obligations interdépendantes couvertes par le sous-alinéa ii de l'alinéa b découleront habituellement de

⁷¹² Exemple donné dans le commentaire de la Commission relatif à ce qui est devenu l'article 60: *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 255, par. 8.

traités établissant des régimes particuliers. Même en vertu de tels traités, il se peut qu'une simple violation de l'obligation n'ait pas nécessairement pour effet de compromettre l'exécution du traité par tous les autres États concernés et il est souhaitable que la portée de ce sous-alinéa soit limitée. Par conséquent, un État n'est considéré comme lésé, en vertu du sous-alinéa ii de l'alinéa *b*, que si la violation est d'une nature telle qu'elle affecte de façon radicale la jouissance des droits ou l'exécution des obligations de tous les autres États auxquels l'obligation est due.

Article 43

Notification par l'État lésé

1. L'État lésé qui invoque la responsabilité d'un autre État notifie sa demande à cet État.
2. L'État lésé peut préciser notamment:
 - a) Le comportement que devrait adopter l'État responsable pour mettre fin au fait illicite si ce fait continue;
 - b) La forme que devrait prendre la réparation, conformément aux dispositions de la deuxième partie.

Commentaire

- 1) L'article 43 précise la procédure qu'un État lésé doit suivre pour invoquer la responsabilité d'un autre État. Il s'applique à l'État lésé tel qu'il est défini à l'article 42, et aussi aux États en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État visés à l'article 48⁷¹³.
- 2) Même si la responsabilité d'un État est engagée de plein droit à raison de la commission par lui d'un fait internationalement illicite, il est nécessaire, dans la pratique, que l'État lésé et/ou l'autre ou les autres États intéressés réagissent s'ils souhaitent obtenir la cessation du fait en question ou réparation. Les réactions peuvent revêtir diverses formes, allant du rappel officiel et confidentiel de la nécessité d'exécuter l'obligation à la protestation formelle, aux consultations, etc. En outre, le fait qu'un État lésé à qui est notifiée une violation ne réagit pas peut entraîner des conséquences juridiques, voire éventuellement la perte du droit d'invoquer la responsabilité par renonciation ou acquiescement: cette question est traitée à l'article 45.

⁷¹³ Voir l'article 48, par. 3, et le commentaire relatif.

3) L'article 43 prévoit que l'État lésé qui souhaite invoquer la responsabilité d'un autre État notifie sa demande à cet État. Il est analogue à l'article 65 de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁷¹⁴. La notification visée à l'article 43 n'a pas besoin d'être faite par écrit; de même, elle n'est pas une condition de la mise en mouvement de l'obligation de réparer. De plus, l'obligation de notifier la demande ne signifie pas que la conséquence normale de la non-exécution d'une obligation internationale est l'introduction d'une demande en réclamation. Néanmoins, un État lésé ou intéressé est en droit de réagir à la violation, et sa première réaction devrait être d'appeler l'attention de l'État responsable sur la situation et de lui demander de prendre les mesures voulues pour mettre fin à la violation et réparer.

4) Les présents articles n'ont pas vocation à détailler la forme que l'invoquant de la responsabilité doit revêtir. Dans la pratique, les réclamations en responsabilité sont formulées à différents niveaux gouvernementaux, selon la gravité du cas et l'état des relations générales entre les États concernés. Dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru*, l'Australie soutenait que la demande de Nauru était irrecevable car elle n'avait «pas été présentée dans des délais raisonnables⁷¹⁵». La Cour s'est référée au fait que la question de la revendication avait été soulevée, et non résolue, avant l'indépendance de Nauru en 1968, ainsi qu'à des articles de presse selon lesquels la revendication avait été évoquée par le nouveau Président de Nauru dans son discours d'indépendance et, implicitement, dans des correspondances et entretiens ultérieurs avec des ministres australiens. Cependant, la Cour releva également que: ...

«Ce n'est que le 6 octobre 1983 que le Président de Nauru écrivit au Premier Ministre d'Australie en lui demandant de "réexaminer favorablement la position de Nauru"⁷¹⁶.»

La Cour résuma comme suit les communications entre les parties:

«Nauru a été officiellement informée, au plus tard par lettre du 4 février 1969, de la position de l'Australie au sujet de la remise en état des terres à phosphates exploitées avant le 1^{er} juillet 1967. Nauru n'a contesté cette position par écrit que le 6 octobre 1983. Dans l'intervalle cependant, la question avait, selon les dires de Nauru, non contredits par

⁷¹⁴ Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

⁷¹⁵ *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, C.I.J. *Recueil* 1992, p. 253, par. 31.

⁷¹⁶ *Ibid.*, p. 254, par. 35.

l'Australie, été soulevée à deux reprises par le Président de Nauru auprès des autorités australiennes compétentes. La Cour estime que, eu égard tant à la nature des relations existant entre l'Australie et Nauru qu'aux démarches ainsi accomplies, l'écoulement du temps n'a pas rendu la requête de Nauru irrecevable⁷¹⁷.»

Dans ces circonstances, il suffisait que l'État défendeur ait connaissance de la revendication à travers les communiqués du demandeur, même si la preuve de ces derniers revêtait la forme d'articles de presse rendant compte de discours ou de réunions au lieu d'une correspondance diplomatique officielle.

5) En notifiant une demande, un État lésé ou intéressé doit normalement préciser le comportement qu'à son avis l'État responsable doit adopter pour mettre fin à tout fait illicite qui continue, ainsi que la forme que devrait revêtir la réparation demandée. C'est ainsi que l'alinéa a du paragraphe 2 prévoit que l'État lésé peut indiquer à l'État responsable ce qui devrait être fait pour mettre fin au fait illicite si celui-ci continue. Ces indications ne lient pas en tant que telles l'État responsable. L'État lésé ne peut qu'exiger de l'État responsable qu'il honore ses obligations: l'État lésé n'est pas tenu de stipuler ni de définir les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite. Il serait cependant utile que l'État responsable sache comment il pourrait donner satisfaction à l'État lésé: cela pourrait faciliter le règlement du différend.

6) L'alinéa b du paragraphe 2 traite de la question du choix par l'État lésé de la forme de la réparation souhaitée. En général, l'État lésé est en droit d'opérer un choix entre les formes de réparation disponibles. Il peut ainsi préférer l'indemnisation à la possibilité de la restitution, comme l'Allemagne l'a fait dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*⁷¹⁸, ou comme la Finlande a fini par le faire à l'occasion du règlement de l'affaire du *Passage par le Grand-Belt*⁷¹⁹. L'État lésé peut aussi se contenter d'une déclaration réparatoire, à titre général ou

⁷¹⁷ Ibid., p. 254 et 255, par. 36.

⁷¹⁸ Comme la Cour permanente de Justice internationale l'a souligné dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów, compétence, 1927, C.P.J.I., série A, n° 9*, p. 17, à ce stade, l'Allemagne ne cherchait plus à obtenir au nom des sociétés allemandes concernées la restitution de l'usine en question ou de son contenu.

⁷¹⁹ Dans l'affaire du *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark), demande en indication de mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1991*, p. 12, la Cour internationale de Justice n'a pas accepté l'argument du Danemark selon lequel la restitution serait impossible si, lors de l'examen au fond de l'affaire, il était conclu que la construction du pont sur le Grand-Belt entraînerait une

sur un point précis de sa réclamation. D'un autre côté, il y a des cas où un État ne peut pas, pour ainsi dire, «empocher» la somme versée à titre d'indemnisation et se désintéresser du règlement de la situation, par exemple lorsqu'il s'agit de la vie ou de la liberté d'individus ou du droit d'un peuple à disposer de son territoire ou à disposer de lui-même. En particulier, dans le cas d'obligations de caractère continu dont l'exécution ne fait pas intervenir simplement les deux États concernés, il se peut que ces derniers ne puissent trouver un règlement, de la même manière qu'un État lésé ne peut de son propre chef libérer l'État responsable des obligations continues qui lui incombent envers un groupe d'États ou envers la communauté internationale dans son ensemble.

7) Étant donné ces limites qui pèsent sur la capacité de l'État lésé de choisir la forme de réparation qu'il préfère, l'article 43 n'énonce pas le droit de l'État lésé de choisir la forme de réparation en des termes absolus. Il ne fait que donner quelques indications à l'État lésé quant aux précisions qu'il pourrait fournir dans sa demande ou dans des communications ultérieures.

Article 44

Recevabilité de la demande

La responsabilité de l'État ne peut pas être invoquée si:

- a) La demande n'est pas présentée conformément aux règles applicables en matière de nationalité des réclamations;
- b) Toutes les voies de recours internes disponibles et efficaces n'ont pas été épuisées au cas où la demande est soumise à la règle de l'épuisement des voies de recours internes.

Commentaire

1) Les présents articles ne traitent pas des problèmes de compétence des cours et tribunaux internationaux, ni en général des conditions de recevabilité des instances introduites devant eux. Ils portent plutôt sur la définition des conditions régissant l'établissement de la responsabilité internationale d'un État et l'invocation de cette responsabilité par un autre État ou d'autres États. Ils n'ont donc pas pour fonction de traiter de questions comme le critère de l'épuisement d'autres

violation des obligations internationales du Danemark. Pour les clauses du règlement finalement convenu, voir M. Koskenniemi, «L'affaire du passage par le Grand-Belt», *A.F.D.I.*, vol. XXXVIII (1992), p. 940.

moyens de règlement pacifique avant l'introduction d'une instance, ni de doctrines comme celle de la litispendance ou du choix de la juridiction, qui peuvent affecter la compétence d'un tribunal international par rapport à un autre⁷²⁰. À l'inverse, certaines questions qui entreraient dans la catégorie des questions de recevabilité lorsqu'elles sont invoquées devant un tribunal international présentent un caractère plus fondamental. Il s'agit avant tout des conditions régissant l'invocation de la responsabilité d'un État. Deux de ces questions sont traitées à l'article 44: le critère de la nationalité des réclamations et celui de l'épuisement des recours internes.

2) L'alinéa a prévoit que la responsabilité d'un État ne peut être invoquée que conformément aux règles applicables en matière de nationalité des réclamations. Ainsi que la Cour permanente de Justice internationale l'a déclaré dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*:

«C'est un principe élémentaire du droit international que celui qui autorise l'État à protéger ses nationaux lésés par des actes contraires au droit international commis par un autre État, dont ils n'ont pu obtenir satisfaction par les voies ordinaires⁷²¹.»

L'alinéa a ne tend pas à développer la règle de la nationalité des réclamations, ni les exceptions à cette règle. Il vise plutôt à préciser que non seulement la règle de la nationalité des réclamations joue en ce qui concerne la compétence et la recevabilité des réclamations devant les organes judiciaires, mais encore qu'elle est une condition générale de l'invocation de la responsabilité dans les cas où elle est applicable⁷²².

3) L'alinéa b prévoit que lorsque la demande est soumise à la règle de l'épuisement des voies de recours internes, elle est irrecevable si toutes les voies de recours internes disponibles et

⁷²⁰ Pour une analyse des diverses considérations ayant des répercussions sur la compétence et la recevabilité des réclamations internationales présentées devant les tribunaux, voir G. Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale* (Paris, Pédone, 1967); G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice* (Cambridge, Grotius, 1986), vol. II, p. 427 à 575; S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996* (3^e éd.) (La Haye, Nijhoff, 1997), vol. II, «Jurisdiction».

⁷²¹ 1924, *C.P.J.I., série A, n° 2*, p. 12.

⁷²² Les questions relatives à la nationalité des réclamations seront traitées dans le détail dans le cadre des travaux de la Commission du droit international sur la protection diplomatique. Voir premier rapport du Rapporteur spécial sur le sujet «Protection diplomatique» (A/CN.4/506).

efficaces n'ont pas été épuisées. Il est rédigé en des termes généraux, afin de pouvoir s'appliquer à tout cas dans lequel s'applique la règle de l'épuisement des recours internes, en vertu d'un traité ou du droit international général, et dans des domaines qui ne sont pas nécessairement limités à la protection diplomatique.

4) Dans l'affaire *ELSI*, une chambre de la Cour a dit de la règle de l'épuisement des recours internes qu'elle est «un principe important du droit international coutumier⁷²³». Dans le cadre d'une demande faite au nom d'une société de l'État demandeur, la Chambre a défini brièvement la règle comme suit:

«pour qu'une demande internationale [présentée au nom de particuliers qui sont des ressortissants ou de sociétés] soit recevable, il suffit qu'on ait soumis la substance de la demande aux juridictions compétentes et qu'on ait persévéré aussi loin que le permettent les lois et les procédures locales, et ce sans succès⁷²⁴».

La Chambre a ainsi considéré que la question de l'épuisement des recours internes est distincte, en principe, de celle du «fond⁷²⁵».

5) Seules les voies de recours internes qui sont «disponibles et efficaces» doivent être épuisées avant que d'invoquer la responsabilité d'un État. Le simple fait que le droit interne d'un État prévoit sur le papier des recours n'oblige pas à utiliser ces recours dans chaque cas. En particulier, il n'existe aucune obligation de faire valoir un recours qui n'offre aucune possibilité

⁷²³ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, C.I.J. Recueil 1989, p. 42, par. 50. Voir aussi l'affaire *Interhandel, exceptions préliminaires*, C.I.J. Recueil 1959, p. 27. Sur la règle de l'épuisement des recours internes en général, voir par exemple C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (Cambridge, Grotius, 1990); J. Chappetz, *La règle de l'épuisement des voies de recours internes* (Paris, Pédone, 1972); K. Doehring, «Local Remedies, Exhaustion of», in *Encyclopedia of Public International Law* (R. Bernhard, dir. publ.) (Amsterdam, North Holland, 1995), vol. 3, p. 238 à 242; G. Perrin, «La naissance de la responsabilité internationale et l'épuisement des voies de recours internes dans le projet d'articles de la CDI», *Festschrift für R. Bindstedler* (Berne, Stämpfli, 1980), p. 271. À propos de la règle de l'épuisement des recours internes au regard des violations des obligations en matière de droits de l'homme, voir par exemple A. A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law: Its Rationale in the International Protection of Individual Rights* (Cambridge, Cambridge University Press, 1983); E. Wyler, *L'illicite et la condition des personnes privées* (Paris, Pédone, 1995), p. 65 à 89.

⁷²⁴ *Elettronica Sicula*, C.I.J. Recueil 1989, p. 46, par. 59.

⁷²⁵ *Ibid.*, p. 48, par. 63.

de remédier à la situation, dans les cas par exemple où il est clair dès le départ que le droit que la juridiction locale devrait appliquer ne pourrait qu'aboutir à son rejet. Cela dit, l'alinéa *b* de l'article 44 ne tend pas à définir de façon exhaustive la portée et le contenu de la règle de l'épuisement des voies de recours internes: cela relève des règles du droit international applicables⁷²⁶.

Article 45

Renonciation au droit d'invoquer la responsabilité

La responsabilité de l'État ne peut pas être invoquée si:

- a) L'État lésé a valablement renoncé à la demande; ou
- b) L'État lésé doit, en raison de son comportement, être considéré comme ayant valablement acquiescé à l'abandon de la demande.

Commentaire

1) L'article 45 s'inspire de l'article 45 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui porte sur la perte du droit d'invoquer une cause de nullité d'un traité ou un motif d'y mettre fin. Il traite de deux cas dans lesquels un État lésé ou d'autres États concernés peuvent perdre le droit d'invoquer la responsabilité de l'État auteur du fait internationalement illicite: renonciation à la demande et acquiescement à l'abandon de la demande. Dans ce sens, il y a lieu de distinguer la situation d'un État lésé au sens de l'article 42 et celle des autres États affectés par une violation. Une renonciation valable ou un règlement du différend en matière de responsabilité intervenu entre l'État responsable et l'État lésé ou, s'il y en a plus d'un, tous les États lésés peut exclure toute demande en réparation. Tel ne sera pas le cas de la position que les États visés à l'article 48 pris individuellement adopteraient.

2) L'alinéa a traite du cas où l'État lésé a renoncé à la demande en ce qui concerne soit la violation elle-même soit ses conséquences sur le plan de la responsabilité. C'est là l'expression du principe général du consentement s'agissant des droits ou obligations appartenant à un État donné.

⁷²⁶ Cette question sera traitée dans le détail dans le cadre des travaux de la Commission du droit international sur la protection diplomatique. Voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet «Protection diplomatique» (A/CN.4/514).

3) Dans certains cas, la renonciation ne peut concerner qu'un aspect des relations juridiques entre l'État lésé et l'État responsable. Par exemple, dans l'affaire de l'*Indemnité russe*, l'ambassade russe avait à de nombreuses reprises réclamé à la Turquie une somme correspondant au capital d'un prêt, sans jamais faire référence au paiement d'intérêts ou de dommages-intérêts pour le délai de remboursement. La Turquie ayant payé la somme demandée, le tribunal a conclu que le comportement de la Russie équivalait à l'abandon de toute autre réclamation liée au prêt⁷²⁷.

4) Une renonciation n'est effective que si elle est valablement donnée. Comme dans le cas d'autres expressions du consentement de l'État, la question de la validité d'une renonciation peut se poser, par exemple eu égard à une contrainte éventuelle exercée sur l'État ou un de ses représentants, ou encore à une erreur matérielle quant aux faits de la cause, consécutive peut-être à une présentation erronée des faits par l'État responsable. Il faudra se reporter au droit général pour déterminer ce qui, dans les circonstances de l'espèce, équivaut à une renonciation valablement donnée⁷²⁸. Une question présente un intérêt particulier à cet égard: celle du consentement donné par un État lésé à la suite d'une violation d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général, en particulier une violation à laquelle s'applique l'article 40. Étant donné qu'une telle violation touche l'intérêt de la communauté internationale dans son ensemble, même le consentement ou l'acquiescement de l'État lésé n'empêche pas celle-ci d'exprimer cet intérêt afin de parvenir à un règlement conformément au droit international.

5) S'il est possible d'inférer une renonciation du comportement des États concernés ou d'une déclaration unilatérale, ce comportement ou cette déclaration doivent être sans équivoque. Dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru*, il a été prétendu que les autorités nauruanes avaient, avant l'indépendance, renoncé à la revendication concernant la remise en état des terres à phosphates en concluant un accord relatif à l'avenir de l'industrie des phosphates et à travers des déclarations faites au moment de l'accession à l'indépendance. En ce qui concerne l'accord, il apparaissait des comptes rendus des négociations que la question de la renonciation à la

⁷²⁷ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI (1912), p. 446.

⁷²⁸ Cf. la situation en ce qui concerne le consentement valide, à l'article 20: voir le commentaire de l'article 20, par. 4) à 8).

demande de remise en état des terres avait été soulevée mais écartée, et l'accord lui-même était muet sur ce point. Pour ce qui est des déclarations pertinentes, elles étaient peu claires et équivoques. La Cour a conclu qu'il n'y avait pas eu renonciation parce que par leur comportement, les autorités en question «n'ont jamais renoncé à leur prétention de manière claire et non équivoque⁷²⁹». En particulier, les déclarations invoquées «en dépit d'une formulation quelque peu ambiguë ... n'impliquai[en]t aucune renonciation au point de vue exprimé de manière claire et répétée par les représentants du peuple nauruan devant divers organes de l'Organisation des Nations Unies⁷³⁰».

6) De même qu'un État lésé peut renoncer explicitement au droit d'invoquer à la responsabilité, de même il peut acquiescer à la perte de ce droit. L'alinéa b concerne le cas où l'État lésé doit, en raison de son comportement, être considéré comme ayant valablement acquiescé à l'abandon de la demande. Selon l'article, le *comportement* de l'État – il peut s'agir, le cas échéant, d'un délai déraisonnable – est le critère qui détermine l'abandon de la demande. Le simple écoulement du temps sans que la demande soit réglée ne suffit pas, en soi, à valoir acquiescement, en particulier lorsque l'État lésé fait tout ce qui est raisonnablement possible pour faire valoir sa demande.

7) Dans le passage suivant de l'arrêt rendu dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru*, la Cour internationale de Justice a fait sien le principe selon lequel un État peut, par acquiescement, perdre son droit d'invoquer la responsabilité:

«La Cour reconnaît que, même en l'absence de disposition conventionnelle applicable, le retard d'un État demandeur peut rendre une requête irrecevable. Elle note cependant que le droit international n'impose pas à cet égard une limite de temps déterminée. La Cour doit par suite demander à la lumière des circonstances de chaque espèce si l'écoulement du temps rend une requête irrecevable⁷³¹.»

⁷²⁹ *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1992*, p. 247, par. 13.

⁷³⁰ *Ibid.*, p. 250, par. 20.

⁷³¹ *Ibid.*, p. 253 et 254, par. 32. La Cour a ensuite déclaré que dans les circonstances de l'affaire et eu égard à l'historique du problème, la requête de Nauru n'était pas irrecevable pour ce motif: *ibid.*, par. 36. Elle a renvoyé au stade de l'examen du fond toute question du préjudice causé à l'État défendeur du fait du retard. Voir le commentaire de l'article 13, par. 8).

Dans l'affaire *LaGrand*, la Cour internationale de Justice a considéré que la requête allemande était recevable, bien que l'Allemagne ait intenté une action en justice quelques années après avoir eu connaissance de la violation⁷³².

8) Les règles en matière de délai tendent notamment à répondre aux difficultés supplémentaires que l'écoulement du temps peut occasionner à l'État défendeur, en ce qui concerne par exemple le rassemblement et la présentation des éléments de preuve. C'est ainsi que dans l'affaire *Stevenson* et dans l'affaire *Gentini*, des considérations d'équité procédurale vis-à-vis de l'État défendeur ont été mises en avant⁷³³. En revanche, l'exception du délai a été rejetée lorsque, dans les circonstances de l'espèce, l'État défendeur n'a pas pu démontrer avoir subi un quelconque préjudice de ce fait, par exemple lorsqu'il a toujours eu connaissance de la réclamation et qu'il était en mesure de réunir et de conserver des éléments de preuve y afférents⁷³⁴.

9) De plus, contrairement à ce que peut laisser entendre le mot «délai», les juridictions internationales n'ont pas entrepris de mesurer le temps écoulé et d'appliquer des limites bien tranchées. Aucune limite de temps généralement acceptée, exprimée en années, n'a été établie⁷³⁵. En 1970, le Département fédéral suisse a suggéré une période de 20 à 30 ans à compter de la

⁷³² Voir *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, demande en indication de mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1999, p. 9; et *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt du 27 juin 2001, par. 53 à 57.

⁷³³ Voir *Stevenson*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX, p. 385 (1903); *Gentini*, *ibid.*, vol. X, p. 557 (1903).

⁷³⁴ Voir par exemple *Tagliaferro*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (1903), p. 593; également la décision prise effectivement dans l'affaire *Stevenson*, *ibid.*, vol. IX (1903), p. 386 et 387.

⁷³⁵ Dans certains cas, des délais sont fixés pour des catégories de demandes précises découlant de traités spécifiques (par exemple le délai de six mois fixé par le paragraphe 1 de l'article 35 de la Convention européenne des droits de l'homme en ce qui concerne les requêtes des particuliers) notamment en droit privé (par exemple, en matière de transactions commerciales et de transports internationaux). Voir la Convention des Nations Unies sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, New York, 14 juin 1974, telle qu'amendée par le Protocole du 11 avril 1980: Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1511, p. 99. En revanche, il est tout à fait exceptionnel que des dispositions conventionnelles portant sur des réclamations interétatiques soient soumises à des prescriptions expresses.

naissance de la réclamation⁷³⁶. Il a par ailleurs été affirmé que les exigences étaient plus élevées dans le cas des réclamations contractuelles que dans celui des réclamations extracontractuelles⁷³⁷. Aucune des tentatives faites pour fixer des délais précis pour des réclamations internationales en général n'a été acceptée⁷³⁸. Il serait extrêmement difficile de fixer un délai unique, étant donné la diversité des situations, des obligations et des comportements en jeu.

10) Normalement, on ne considérera pas que le délai écoulé entre le moment où la demande a été notifiée à l'État défendeur et celui où elle est examinée (par exemple par un tribunal international) rend la demande irrecevable⁷³⁹. C'est ainsi que dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru*, la Cour internationale de Justice a jugé suffisant le fait que Nauru ait fait mention de ses revendications dans le cadre des négociations bilatérales que cet État avait eues avec l'Australie antérieurement au dépôt de la requête introductive d'instance en 1989⁷⁴⁰. De même, dans l'affaire *Tagliaferro*, le surarbitre Ralston a conclu que bien que 31 ans se fussent écoulés depuis la survenance des dommages, la réclamation était recevable car elle avait été notifiée immédiatement après la survenance du préjudice⁷⁴¹.

⁷³⁶ Communiqué du 29 décembre 1970, in *Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht*, vol. 32 (1976), p. 153.

⁷³⁷ C. Fleischhauer, «Prescription», in *Encyclopedia of Public International Law* (R. Bernhardt, dir. publ.) (Amsterdam, North Holland, 1995), vol. 3, p. 1107.

⁷³⁸ Un grand nombre de décisions internationales mettent l'accent sur l'absence de règles générales, et en particulier sur l'absence de délais spécifiques exprimés en années. Le principe du délai est plutôt affaire d'appréciation compte tenu des faits de la cause. Outre l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru*, voir par exemple *Gentini*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (1903), p. 561; l'arbitrage *Ambatielos* (1956), *I.L.R.*, vol. 23, p. 314 à 317.

⁷³⁹ Pour une analyse de la distinction entre la notification d'une réclamation et l'introduction de l'instance, voir par exemple R. Jennings et A. D. Watts (dir. publ.), *Oppenheim's International Law* (9^e éd.) (Londres, Longmans, 1992), vol. I, p. 527; C. Rousseau, *Droit international public* (Paris, Sirey, 1983), vol. V, p. 182.

⁷⁴⁰ *C.I.J. Recueil 1992*, p. 250, par. 20.

⁷⁴¹ *Tagliaferro*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (1903), p. 593.

11) En résumé, une demande ne sera pas irrecevable à raison du délai à moins que les circonstances soient telles qu'il faille considérer que l'État lésé a acquiescé à l'abandon de la demande ou que l'État défendeur a été sérieusement désavantagé. Généralement, les juridictions internationales font preuve de souplesse en pesant les circonstances de l'espèce, compte tenu par exemple du comportement de l'État défendeur et de l'importance des droits en jeu. L'élément décisif consiste à déterminer si l'État défendeur a subi un quelconque préjudice en raison du délai, en ce sens qu'il pouvait raisonnablement s'attendre à ce que le demandeur ne persévère pas dans sa revendication. Même si un préjudice a été causé, il peut être pris en considération lors de la détermination de la forme ou de l'ampleur de la réparation⁷⁴².

Article 46

Pluralité d'États lésés

Lorsque plusieurs États sont lésés par le même fait internationalement illicite, chaque État lésé peut invoquer séparément la responsabilité de l'État qui a commis le fait internationalement illicite.

Commentaire

- 1) L'article 46 envisage la situation où il y a plusieurs États lésés, au sens défini à l'article 42. Il énonce le principe selon lequel, en pareil cas, chacun des États lésés peut invoquer séparément pour son propre compte la responsabilité de l'auteur du fait internationalement illicite.
- 2) Il peut arriver que plusieurs États remplissent les conditions requises par l'article 42 pour avoir la qualité d'État «lésé». Par exemple, dans le cas visé à l'alinéa *b* ii de l'article 42 où il s'agit d'une obligation interdépendante, tous les États auxquels elle est due sont lésés par sa violation. Lorsqu'il y a plusieurs États lésés, chacun peut demander la cessation du fait illicite si celui-ci continue, et réparation du préjudice qu'il a lui-même subi. Cette conclusion n'a jamais été mise en doute et découle implicitement des termes mêmes de l'article 42.
- 3) Il n'est pas du tout rare que plusieurs États présentent des réclamations en responsabilité pour le même fait internationalement illicite. Ainsi, dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon*, quatre États introduisirent une instance devant la Cour internationale de Justice en vertu de

⁷⁴² Voir l'article 39 et le commentaire y relatif.

l'article 386, paragraphe 1, du Traité de Versailles qui autorisait «toute Puissance intéressée» à faire appel en cas de violation des dispositions du Traité relatives au passage par le canal de Kiel. La Cour a observé que «chacune des Puissances demanderesses avait un intérêt évident à l'exécution des stipulations qui concernent le canal de Kiel, puisqu'elles ont toutes des flottes et des navires marchands battant leur pavillon». Elle a estimé que chacune d'elles, «sans qu'il soit besoin pour elle de justifier d'un intérêt pécuniaire lésé», rentrait dans les prévisions de l'article 386 1)⁷⁴³. En fait, seule la France, qui représentait l'exploitant du navire, a réclamé et obtenu une indemnisation. Dans les affaires concernant l'*Incident aérien du 27 juillet 1955*, une instance a été introduite par les États-Unis, le Royaume Uni et Israël contre la Bulgarie au sujet de la destruction d'un avion civil israélien et des pertes humaines qui en sont résultés⁷⁴⁴. Dans les affaires des *Essais nucléaires*, l'Australie et la Nouvelle-Zélande affirmaient chacune être lésée de diverses façons par les essais atmosphériques nucléaires auxquels la France procédait sur l'atoll de Mururoa⁷⁴⁵.

4) Lorsque les États concernés ne demandent pas une indemnisation pour leur propre compte plutôt qu'une déclaration de la situation juridique, il n'apparaît peut-être pas clairement s'ils présentent une réclamation en qualité d'États lésés ou d'États invoquant la responsabilité dans l'intérêt commun ou général en vertu de l'article 48. En réalité, en pareil cas, il peut ne pas être nécessaire de déterminer dans quelle catégorie ils entrent pour autant qu'il soit clair qu'ils appartiennent à l'une ou l'autre. Lorsqu'il y a plus d'un État lésé à réclamer une indemnisation pour son propre compte ou pour le compte de ses ressortissants, celle-ci sera naturellement limitée pour chacun d'eux au dommage effectivement subi. Il pourrait aussi arriver dans

⁷⁴³ 1923, *C.P.J.I., série A, n° 1*, p. 20.

⁷⁴⁴ La Cour a estimé qu'elle était incompétente pour statuer sur la requête du Gouvernement israélien: *C.I.J. Recueil 1959*, p. 127, après quoi les réclamations des États-Unis et du Royaume-Uni ont été retirées. Dans son mémoire, Israël a fait observer que les divers gouvernements demandeurs avaient activement coordonné leurs réclamations, ajoutant: «L'une des principales raisons de l'établissement d'une coordination de ce type au tout premier stade était de faire en sorte, autant que possible, que le Gouvernement bulgare ne se trouve pas face à une double réclamation qui pourrait entraîner une double indemnisation». *Incident aérien du 27 juillet 1955, Mémoires, Plaidoiries et Documents*, p. 106.

⁷⁴⁵ Voir *Essais nucléaires (Australie c. France)*, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 256; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 460.

certaines circonstances que plusieurs États lésés par le même fait présentent des réclamations incompatibles. Par exemple, un État pourrait demander la restitution alors qu'un autre préférera l'indemnisation. Si la restitution est indivisible dans un tel cas et si le choix du second État est valable, l'indemnisation pourrait être appropriée dans les deux cas⁷⁴⁶. En tout état de cause, deux États lésés demandant chacun réparation des conséquences du même fait illicite devraient coordonner leurs réclamations pour éviter d'être doublement indemnisés. Comme la Cour internationale de Justice l'a fait observer dans son avis consultatif concernant les *Réparations*, «les tribunaux internationaux connaissent bien le problème que pose une réclamation à laquelle sont intéressés deux ou plusieurs États nationaux, et ils savent comment protéger, en pareil cas, l'État défendeur⁷⁴⁷».

Article 47

Pluralité d'États responsables

1. Lorsque plusieurs États sont responsables du même fait internationalement illicite, la responsabilité de chaque État peut être invoquée par rapport à ce fait.
2. Le paragraphe 1:
 - a) Ne permet à aucun État lésé de recevoir une indemnisation supérieure au dommage qu'il a subi;
 - b) Est sans préjudice de tout droit de recours à l'égard des autres États responsables.

Commentaire

1) L'article 47 concerne la situation où il y a plusieurs États responsables du même fait internationalement illicite. Il énonce le principe général selon lequel, en pareil cas, chaque État est séparément responsable du comportement qui lui est attribuable, cette responsabilité n'étant pas diminuée ou réduite par le fait qu'un ou plusieurs autres États en portent également la responsabilité.

⁷⁴⁶ Cf. affaire des *Forêts du Rhodope central* dans laquelle l'arbitre a refusé d'accorder la restitution entre autres au motif que les personnes ou entités intéressées par la restitution ne l'avaient pas toutes demandée: Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. 3 (1933), p. 1432.

⁷⁴⁷ *C.I.J. Recueil 1949*, p. 186.

2) Les circonstances dans lesquelles plusieurs États peuvent être responsables du même fait internationalement illicite sont diverses. Par exemple, deux États ou davantage peuvent s'unir pour commettre ensemble un fait internationalement illicite dans des circonstances où l'on pourra considérer qu'ils ont agi conjointement pour ce qui est de l'opération tout entière. Dans ce cas, l'État lésé pourra tenir chacun des deux États responsable de l'ensemble du comportement illicite. Ou bien deux États peuvent agir par l'intermédiaire d'un organe commun, par exemple une administration mixte chargée de la gestion d'un fleuve frontière, et c'est le comportement de cet organe qui sera en cause. Ou encore un État peut commettre le même fait internationalement illicite en agissant sous les directives et sous le contrôle d'un autre État, de telle sorte que l'un et l'autre seront responsables de ce fait⁷⁴⁸.

3) Il importe de ne pas partir du principe que les notions et règles du droit interne en la matière sont directement transposables dans le droit international. Des expressions comme responsabilité «conjointe» ou «solidaire» ou «*joint and several responsibility*» sont issues de traditions juridiques différentes⁷⁴⁹ et toute analogie doit être maniée avec prudence. En droit international, le principe général, en cas de pluralité d'États responsables, est que chaque État est séparément responsable du comportement qui peut lui être attribué au sens de l'article 2. Ce principe d'autonomie de la responsabilité reflète la position du droit international général, en l'absence de convention contraire entre les États concernés⁷⁵⁰. S'agissant de l'application de ce principe, il peut arriver cependant qu'un comportement donné soit attribuable à la fois à plusieurs États et soit internationalement illicite de la part de chacun d'eux. Ce sont ces cas qui sont visés par l'article 47.

⁷⁴⁸ Voir l'article 17 et le commentaire y relatif.

⁷⁴⁹ Pour une étude comparée des droits internes sur la responsabilité solidaire ou conjointe, voir J. A. Weir «Complex Liabilities», in A. Tunc (dir. publ.), *International Encyclopedia of Comparative Law* (Tübingen, Mohr, 1983), vol. XI, Torts, en particulier, p. 43 et 44, par. 79 à 81.

⁷⁵⁰ Voir le commentaire introductif du chapitre IV de la première partie, par. 1) à 5).

4) Dans l'affaire relative à *Certaines terres à phosphates à Nauru*⁷⁵¹, l'Australie, seul défendeur en l'affaire, avait administré le territoire sous tutelle de Nauru au nom des trois États parties à l'accord de tutelle. L'Australie avança l'argument qu'elle ne pouvait être poursuivie seule par Nauru, mais seulement conjointement avec les deux autres États concernés, faisant valoir que ces deux États étaient nécessairement parties à l'affaire et que, conformément au principe formulé dans l'affaire de l'*Or monétaire*⁷⁵², la réclamation contre la seule Australie était irrecevable. Elle soutient également que la responsabilité des trois États qui constituaient l'autorité administrante était «solidaire» et qu'une réclamation ne pouvait être présentée contre l'un d'entre eux seulement. La Cour rejeta les deux arguments. Sur la question de la responsabilité «solidaire», elle déclara ce qui suit:

«...l'Australie a soulevé la question de savoir si la responsabilité des trois États serait "solidaire" (*«joint and several»*), en ce sens que l'un quelconque des trois serait tenu de réparer en totalité le préjudice résultant de toute méconnaissance des obligations de l'autorité administrante et non pas seulement d'assurer cette réparation pour un tiers ou dans toute autre proportion. Il s'agit là d'une question... indépendante de celle de savoir si l'Australie peut être assignée seule. La Cour n'estime pas qu'il ait été démontré qu'une demande formée contre l'un des trois États seulement doive être déclarée irrecevable *in limine litis* au seul motif qu'elle soulève des questions relatives à l'administration du Territoire à laquelle participaient deux autres États. En effet, il est indéniable que l'Australie était tenue d'obligations en vertu de l'accord de tutelle, dans la mesure où elle était l'un des trois États qui constituaient l'autorité administrante, et rien dans la nature de cet accord n'interdit à la Cour de connaître d'une demande relative à la méconnaissance desdites obligations par l'Australie⁷⁵³.»

La Cour prit soin d'ajouter que sa décision sur la compétence «ne tranch[ait] pas la question de savoir si l'Australie, dans le cas où elle serait déclarée responsable, devrait réparer, en totalité ou seulement pour partie, les dommages que Nauru prétend[ait] avoir subis, compte tenu des

⁷⁵¹ *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, *C.I.J. Recueil 1992*, p. 240.

⁷⁵² *Or monétaire pris à Rome en 1943*, *C.I.J. Recueil 1954*, p. 19. Voir en outre le commentaire de l'article 16, par. 11).

⁷⁵³ *Certaines terres à phosphates à Nauru, exceptions préliminaires*, *C.I.J. Recueil 1992*, p. 258 et 259, par. 48.

caractéristiques des régimes de mandat et de tutelle ... et notamment du rôle particulier joué par l'Australie dans l'administration du Territoire⁷⁵⁴».

5) La question de l'étendue de la responsabilité à raison d'un comportement qui est le fait de plusieurs États est occasionnellement abordée dans les traités⁷⁵⁵. Un exemple bien connu est celui de la Convention du 29 mars 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux⁷⁵⁶. Le paragraphe 1 de l'article IV prévoit expressément qu'il y a «responsabilité solidaire» (*joint and several liability*) lorsqu'un dommage est subi par un État tiers à la suite d'une collision entre objets spatiaux lancés par deux États. Dans certains cas, il s'agit d'une responsabilité objective; dans d'autres, la responsabilité est fondée sur la faute. Le paragraphe 2 de l'article IV dispose:

«Dans tous les cas de responsabilité solidaire prévue au paragraphe 1 du présent article, la charge de la réparation pour le dommage est répartie entre les deux premiers États selon la mesure dans laquelle ils étaient en faute; s'il est impossible d'établir dans quelle mesure chacun de ces États était en faute, la charge de la réparation est répartie entre eux de manière égale. Cette réparation ne peut porter atteinte au droit de l'État tiers de chercher à obtenir de l'un quelconque des États de lancement ou de tous les États de lancement qui sont solidairement responsables la pleine et entière réparation due en vertu de la présente Convention⁷⁵⁷.»

⁷⁵⁴ Ibid., p. 262, par. 56. L'affaire fut par la suite radiée du rôle par accord, l'Australie acceptant de payer par tranches une somme correspondant à la totalité de celle que réclamait Nauru. Ultérieurement, les deux autres gouvernements acceptèrent de contribuer aux paiements effectués dans le cadre de ce règlement. Voir *C.I.J. Recueil 1993*, p. 322, et, pour l'accord de règlement du 10 août 1993, voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1770, p. 383.

⁷⁵⁵ Un cas particulier est celui de la responsabilité de l'Union européenne et des États membres de l'Union dans le cas d'«accords mixtes», où l'Union et ses membres, ou certains d'entre eux, sont parties en leur nom propre. Voir par exemple l'annexe IX de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, Montego Bay, 10 décembre 1982, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1834, p. 4. Plus généralement, sur les accords mixtes, voir par exemple A. Rosas, «Mixed Union – Mixed Agreements», in M. Koskenniemi (dir. publ.), *International Law Aspects of the European Union* (La Haye, Kluwer, 1998), p. 125.

⁷⁵⁶ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 961, p. 187.

⁷⁵⁷ Voir aussi le paragraphe 2 de l'article V, qui prévoit une indemnisation entre États solidairement responsables.

Il s'agit là clairement d'une *lex specialis*, concernant la responsabilité à raison d'un comportement licite, plutôt que la responsabilité au sens des présents articles⁷⁵⁸. On y trouve cependant, une indication de ce qu'un régime de responsabilité conjointe et solidaire pourrait impliquer à l'égard d'un État lésé.

6) Aux termes du paragraphe 1 de l'article 47, lorsque plusieurs États sont responsables du même fait internationalement illicite, la responsabilité de chaque État peut être invoquée par rapport à ce fait. La règle générale, en droit international, est qu'un État porte séparément la responsabilité de ses propres faits illicites, et c'est cette règle générale qui est reflétée au paragraphe 1. Ce paragraphe n'établit pas une règle générale de responsabilité conjointe et solidaire mais il n'exclut pas non plus que deux États ou davantage puissent être responsables du même fait internationalement illicite. Cela dépendra des circonstances et des obligations internationales de chacun des États concernés.

7) Selon le paragraphe 1 de l'article 47, lorsque plusieurs États sont chacun responsables du même fait internationalement illicite, la responsabilité de chacun peut être invoquée séparément par un État lésé au sens de l'article 42. Les conséquences découlant du fait illicite, en ce qui concerne la réparation, par exemple, seront celles qui découlent des dispositions de la deuxième partie relativement à cet État.

8) L'article 47 n'envisage que la situation où il y a pluralité d'États responsables à raison d'un même fait internationalement illicite. L'identification d'un tel fait dépendra de l'obligation primaire en cause et ne peut être réglée dans l'abstrait. Il peut aussi y avoir des cas, bien entendu, où plusieurs États auront contribué séparément, par un comportement internationalement illicite, à causer un même dommage. Ainsi, plusieurs États pourraient contribuer à polluer un cours d'eau en y déversant séparément des produits polluants. Dans l'incident *du détroit de Corfou*, il apparaît que la pose proprement dite des mines a été le fait de la Yougoslavie, qui aurait été responsable du dommage qu'elles ont causé. La Cour internationale de Justice a jugé que l'Albanie était responsable du même dommage envers le Royaume-Uni au motif qu'elle avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance de la présence des mines et de la tentative que

⁷⁵⁸ Voir le commentaire introductif, par. 4), pour la distinction entre la responsabilité internationale pour faits illicites et la responsabilité internationale à raison d'un comportement licite.

faisaient les navires britanniques d'exercer leur droit de passage, et qu'elle n'a pas averti ces derniers⁷⁵⁹. Cependant, la Cour n'a pas donné à entendre que la responsabilité de l'Albanie à raison de ce défaut d'avertissement se trouvait réduite – encore moins exclue – par l'effet de la responsabilité concurrente d'un État tiers. Dans les situations de ce genre, la responsabilité de chaque État participant est établie séparément, sur la base de son propre comportement et au regard de ses propres obligations internationales.

9) Le principe général énoncé au paragraphe 1 de l'article 47 est soumis aux deux restrictions qu'énonce le paragraphe 2. L'alinéa a a pour objet d'éviter la double indemnisation de l'État lésé. Il établit que l'État lésé ne peut recevoir une indemnisation supérieure au dommage qu'il a subi⁷⁶⁰. Cette disposition est destinée à protéger les États responsables, en limitant leur obligation d'indemniser à l'étendue du dommage subi. Le principe répond seulement au souci de faire en sorte que le montant de l'indemnisation effective ne soit pas supérieur à celui du dommage. Il n'exclurait pas une décision condamnant simultanément plusieurs États responsables à indemniser l'État lésé, mais la décision serait considérée comme ayant été exécutée de façon satisfaisante, à l'égard de ce dernier, dès lors que l'un quelconque des États ainsi condamnés aurait versé l'intégralité de l'indemnisation accordée.

10) Par la seconde restriction, à l'alinéa b, il est reconnu que, lorsqu'il y a plusieurs États responsables à raison d'un même préjudice, il peut se poser entre eux des questions relatives à la contribution de chacun. Le cas est prévu expressément, par exemple, au paragraphe 2 de l'article IV et au paragraphe 2 de l'article V de la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux⁷⁶¹. Il peut y avoir des cas, en revanche, où il ne devrait pas être permis à un État responsable de se retourner contre un autre. L'alinéa b ne règle pas la question de la répartition de la charge de la réparation entre plusieurs États

⁷⁵⁹ *Détroit de Corfou, fond, C.I.J. Recueil 1949*, p. 22 et 23.

⁷⁶⁰ Ce principe a été affirmé, par exemple, par la Cour permanente dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*, où la Cour a déclaré que la réparation demandée par l'Allemagne ne pouvait être accordée, «sous peine de donner deux fois la même indemnité». *Usine de Chorzów, fond, 1928, C.P.J.I., série A, n° 17*, p. 59; voir aussi *ibid.*, p. 45 et 49.

⁷⁶¹ Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 961, p. 204.

responsables du même fait illicite; il établit simplement que le principe général énoncé au paragraphe 1 est sans préjudice de tout droit de recours que pourrait avoir un État responsable contre un autre État responsable.

Article 48

Invocation de la responsabilité par un État autre qu'un État lésé

1. Conformément au paragraphe 2, tout État autre qu'un État lésé est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État, si:
 - a) L'obligation violée est due à un groupe d'États dont il fait partie, et si l'obligation est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe; ou
 - b) L'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble.
2. Tout État en droit d'invoquer la responsabilité en vertu du paragraphe 1 peut exiger de l'État responsable:
 - a) La cessation du fait internationalement illicite et des assurances et garanties de non-répétition, conformément à l'article 30; et
 - b) L'exécution de l'obligation de réparation conformément aux articles précédents, dans l'intérêt de l'État lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée.
3. Les conditions posées par les articles 43, 44 et 45 à l'invocation de la responsabilité par un État lésé s'appliquent à l'invocation de la responsabilité par un État en droit de le faire en vertu du paragraphe 1.

Commentaire

- 1) L'article 48 complète la règle de l'article 42. Il a trait à l'invocation de la responsabilité par des États autres que l'État lésé qui agissent pour défendre un intérêt collectif. Un État qui est en droit d'invoquer la responsabilité en vertu de l'article 48 agit non pas en sa qualité individuelle en raison d'un préjudice qu'il aurait subi mais en sa qualité de membre d'un groupe d'États auquel l'obligation est due, ou même de membre de la communauté internationale dans son ensemble. Cette distinction est mise en évidence par les mots «tout État autre qu'un État lésé» figurant au paragraphe 1 de l'article 48.
- 2) L'article 48 repose sur l'idée que, dans le cas de violations d'obligations expresses protégeant les intérêts collectifs d'un groupe d'États ou les intérêts de la communauté internationale dans son ensemble, la responsabilité peut être invoquée par des États qui ne sont

pas eux-mêmes lésés au sens de l'article 42. D'ailleurs, s'agissant d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble, la Cour internationale de Justice s'est explicitement prononcée en ce sens dans son arrêt en l'affaire de la *Barcelona Traction*⁷⁶². Bien que la Cour ait dit que «tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique» à ce que les droits en cause soient respectés, l'article 48 s'abstient de qualifier la position des États qu'il vise, et de parler, par exemple, des «États intéressés». Faire référence à un «intérêt juridique» ne permettrait pas d'établir une distinction entre les articles 42 et 48: en effet, les États lésés au sens de l'article 42 ont eux aussi un intérêt juridique.

3) La structure de l'article 48 est la suivante: le paragraphe 1 définit les catégories d'obligations qui donnent naissance au droit élargi d'invoquer la responsabilité; le paragraphe 2 indique les formes de réparation que peuvent demander les États autres que des États lésés; le paragraphe 3 prévoit l'application des conditions d'invocation stipulées par les articles 43, 44 et 45 aux cas où la responsabilité est invoquée en vertu du paragraphe 1.

4) Le paragraphe 1 vise «tout État autre qu'un État lésé». Par la nature des choses, tous les États ou beaucoup d'États seront en droit d'invoquer la responsabilité au titre de l'article 48: la formulation «tout État» évite de laisser entendre que ces États doivent agir ensemble ou de concert. Par ailleurs, leur droit d'agir coïncidera avec celui de tout État lésé par le même fait internationalement illicite dans les cas où la violation d'une obligation visée par l'article 48 causerait à un État un préjudice individuel.

5) Le paragraphe 1 définit les catégories d'obligations dont la violation peut autoriser des États autres que l'État lésé à invoquer la responsabilité d'un État. Une distinction est faite entre, d'une part, les obligations envers un groupe d'États établies en vue de protéger un intérêt collectif du groupe (alinéa *a*) et, de l'autre, les obligations envers la communauté internationale dans son ensemble (alinéa *b*)⁷⁶³.

⁷⁶² *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, par. 33.

⁷⁶³ Pour l'étendue de la responsabilité à raison de violations graves des obligations envers la communauté internationale dans son ensemble, voir la deuxième partie, chap. III et le commentaire y relatif.

6) Aux termes de l'alinéa a du paragraphe 1, les États autres que l'État lésé peuvent invoquer la responsabilité à une double condition: premièrement, l'obligation dont la violation a fait naître la responsabilité devait être une obligation envers un groupe dont fait partie l'État qui invoque la responsabilité; deuxièmement, il devait s'agir d'une obligation établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif. Il n'est pas fait de distinction entre les différentes sources du droit international; les obligations protégeant un intérêt collectif du groupe peuvent découler de traités multilatéraux ou du droit international coutumier. De telles obligations sont parfois dénommées «obligations *erga omnes partes*».

7) Pour relever de l'alinéa a, les obligations en cause doivent être des «obligations collectives», c'est-à-dire s'appliquer au sein d'un groupe d'États et avoir été établies dans un intérêt collectif⁷⁶⁴. Ainsi, elles pourraient concerner l'environnement ou la sécurité d'une région (cas d'un traité régional établissant une zone dénucléarisée ou d'un système régional de protection des droits de l'homme, par exemple). Elles ne se limitent pas aux arrangements pris uniquement dans l'intérêt des États membres mais s'étendraient aux accords conclus par un groupe d'États pour la protection d'un intérêt commun plus large⁷⁶⁵. Mais il doit s'agir en tout cas d'un arrangement transcendant la sphère des relations bilatérales des États parties. Pour ce qui est de la condition selon laquelle l'obligation en cause doit protéger un intérêt collectif, les articles n'ont pas à donner d'énumération de tels intérêts. Entrent dans le champ de l'alinéa a les obligations qui ont pour but principal de défendre un intérêt commun, dépassant les intérêts individuels des États concernés. Cela inclurait les situations où des États, désireux d'établir des normes de protection générales en faveur d'un groupe ou d'un peuple, auraient assumé des obligations protégeant des entités non étatiques⁷⁶⁶.

⁷⁶⁴ Voir aussi le commentaire de l'article 42, par. 11).

⁷⁶⁵ Dans l'*Affaire du vapeur «Wimbledon»*, la Cour a relevé «[l]a volonté des auteurs du Traité de Versailles de faciliter, par une stipulation d'ordre international, l'accès de la Baltique, et par suite de laisser en tout temps le canal ouvert aux navires et bateaux étrangers de toute catégorie»: 1928, *C.P.J.I., série A, n° 1*, p. 23.

⁷⁶⁶ L'article 22 du Pacte de la Société des Nations, instituant le régime du mandat, était en ce sens une disposition d'intérêt général, comme l'ont été chacun des accords de mandat conclus en application de cet article. Cf. cependant l'arrêt très critiqué rendu par la Cour internationale de Justice dans les *Affaires du Sud-Ouest africain, deuxième phase*, *C.I.J. Recueil 1966*, p. 6, dont l'article 48 s'écarte délibérément.

8) Aux termes de l'alinéa b du paragraphe 1, des États autres que l'État lésé peuvent invoquer la responsabilité si l'obligation en cause était une obligation envers «la communauté internationale dans son ensemble⁷⁶⁷». Cette disposition vise à donner effet à ce qu'a énoncé la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, lors de laquelle elle a établi «une distinction essentielle» entre les obligations vis-à-vis d'États particuliers et les obligations «envers la communauté internationale dans son ensemble⁷⁶⁸». À propos des secondes, la Cour a déclaré que «[v]u l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*».

9) Tout en reprenant la substance de cette déclaration, les articles évitent d'employer l'expression «obligations *erga omnes*», qui est moins éclairante que la référence faite par la Cour à la communauté internationale dans son ensemble et dont on a parfois cru, à la suite d'une confusion, qu'elle désignait les obligations envers toutes les parties à un traité. Les articles n'ont pas non plus à fournir la liste des obligations qui, selon le droit international en vigueur, sont des obligations envers la communauté internationale dans son ensemble. Cela irait bien au-delà de la tâche qui consiste à codifier les règles secondaires de la responsabilité des États et, de toute façon, une telle liste n'aurait qu'une valeur limitée, car il s'agit d'une notion dont la portée évoluera nécessairement avec le temps. La Cour elle-même a donné à cet égard d'utiles indications: dans son arrêt de 1970, elle a cité à titre d'exemple «la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide», ainsi que «[les] principes et [les] règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale⁷⁶⁹». Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire du *Timor oriental*, la Cour a ajouté à cette liste le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes⁷⁷⁰.

⁷⁶⁷ Au sujet de la formule «communauté internationale dans son ensemble», voir le commentaire de l'article 25, par. 18).

⁷⁶⁸ *Barcelona Traction Light and Power Company, Limited, deuxième phase, C.I.J. Recueil 1970*, p. 32, par. 33; voir aussi le commentaire du chapitre III de la deuxième partie, par. 2) à 6).

⁷⁶⁹ *Ibid.*, p. 32, par. 34.

⁷⁷⁰ *C.I.J. Recueil 1995*, p. 102, par. 29.

10) Chaque État est en droit, en sa qualité de membre de la communauté internationale dans son ensemble, d'invoquer la responsabilité d'un autre État à raison de la violation de telles obligations. Alors que la catégorie d'obligations collectives visée à l'alinéa *a* du paragraphe 1 a dû être précisée par l'adjonction de critères supplémentaires, aucune précision de ce genre n'est nécessaire dans le cas de l'alinéa *b*. Tous les États sont par définition membres de la communauté internationale dans son ensemble, et les obligations en cause sont par définition des obligations collectives protégeant des intérêts de la communauté internationale en tant que telle. Ces obligations peuvent naturellement protéger en même temps les intérêts individuels des États: ainsi, l'interdiction des actes d'agression protège la survie de chaque État et la sécurité de sa population. De la même manière, la violation d'une telle obligation peut atteindre spécialement des États individuels: par exemple, un État côtier sera spécialement atteint par une pollution liée à la violation d'une obligation qui vise à protéger le milieu marin dans l'intérêt collectif.

11) Le paragraphe 2 indique les catégories de demandes que les États peuvent faire lorsqu'ils invoquent la responsabilité en vertu de l'article 48. L'énumération qui figure dans ce paragraphe est exhaustive, la gamme des droits liés à l'invocation de la responsabilité en vertu de l'article 48 étant plus limitée que celle des droits auxquels peuvent prétendre les États lésés au sens de l'article 42. En particulier, l'action intentée par un État en application de l'article 48 – cet État n'étant pas lésé de son propre chef et ne demandant donc pas réparation pour son propre compte sous la forme d'une indemnisation, par exemple – sera vraisemblablement centrée sur la question même de savoir s'il y a eu violation de la part d'un autre État et sur la cessation de la violation s'il s'agit d'une violation continue. Par exemple, dans l'*Affaire du vapeur «Wimbledon»*, le Japon, qui n'avait pas d'intérêt économique dans la traversée en cause, n'a demandé qu'une déclaration, tandis que la France, dont le national avait supporté le préjudice, a demandé et obtenu des dommages-intérêts⁷⁷¹. Dans les affaires du *Sud-Ouest africain*, l'Éthiopie et le Libéria n'ont demandé que des déclarations de la position en droit⁷⁷². En l'espèce, comme

⁷⁷¹ 1923, *C.P.J.I., série A, n° 1*, p. 30.

⁷⁷² *Affaires du Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1962*, p. 319; *Affaires du Sud-Ouest africain, deuxième phase, C.I.J. Recueil 1966*, p. 6.

la Cour elle-même l'a fait observer en 1971, il était «port[é] préjudice» à un peuple, à savoir le peuple du Sud-Ouest africain⁷⁷³.

12) Selon l'alinéa a du paragraphe 2, tout État visé à l'article 48 est en droit de demander la cessation du fait illicite et, si les circonstances l'exigent, des assurances et garanties de non-répétition conformément à l'article 30. En outre, l'alinéa b du paragraphe 2 permet à un tel État de demander à l'État responsable réparation conformément aux dispositions du chapitre II de la deuxième partie. Dans les cas de violation d'obligations visées à l'article 48, il peut très bien se faire qu'aucun État ne soit lésé individuellement par la violation, mais il est pourtant hautement souhaitable qu'un État ou des États soient en mesure de demander une réparation, en particulier la restitution. L'alinéa *b* prévoit que cette demande doit être faite dans l'intérêt de l'État lésé, s'il y en a un, ou des bénéficiaires de l'obligation violée. Cet aspect du paragraphe 2 de l'article 48 comporte un élément de développement progressif, qui se justifie dans la mesure où il offre un moyen de protéger l'intérêt de la communauté ou l'intérêt collectif en jeu. À cet égard, il est à noter que certaines dispositions, figurant par exemple dans des traités relatifs aux droits de l'homme, permettent à n'importe quel État partie d'invoquer la responsabilité. Dans les cas où cette faculté a été utilisée, une nette distinction a été faite entre la qualité pour agir de l'État demandeur et les intérêts des bénéficiaires de l'obligation en cause⁷⁷⁴. Ainsi, un État invoquant la responsabilité au titre de l'article 48 et réclamant davantage qu'une mesure déclaratoire et la cessation peut être appelé à établir qu'il agit dans l'intérêt de la partie lésée. Lorsque la partie lésée est un État, son gouvernement, aura autorité pour représenter cet intérêt. D'autres cas pourront poser des difficultés plus grandes, que les présents articles ne sont pas à même de résoudre⁷⁷⁵. L'alinéa *b* du paragraphe 2 ne peut qu'énoncer le principe général.

13) L'alinéa *b* du paragraphe 2 prévoit que l'État exige «l'exécution de l'obligation de réparation conformément aux articles précédents». Cela fait ressortir clairement que les États

⁷⁷³ *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, C.I.J. Recueil 1971, p. 56, par. 127.*

⁷⁷⁴ Voir par exemple les observations de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Danemark c. Turquie, règlement amiable*, arrêt du 5 avril 2000, par. 20 et 23.

⁷⁷⁵ Voir aussi le commentaire de l'article 33, par. 3) et 4).

visés à l'article 48 ne peuvent demander réparation dans des situations où un État lésé ne pourrait pas le faire. Par exemple, une demande de cessation présuppose la continuation du fait illicite; et une demande de restitution est exclue si la restitution elle-même est devenue impossible.

14) Le paragraphe 3 assujettit l'invocation de la responsabilité d'un État par des États autres que l'État lésé aux conditions qui régissent l'invocation par l'État lésé, notamment celles des articles 43 (notification de la demande), 44 (recevabilité de la demande) et 45 (renonciation au droit d'invoquer la responsabilité). Ces articles doivent être lus comme s'appliquant également, *mutatis mutandis*, à un État qui invoque la responsabilité en vertu de l'article 48.

CHAPITRE II

Contre-mesures

1) Le présent chapitre traite des conditions et limites applicables au recours à des contre-mesures par un État lésé. En d'autres termes, il traite de mesures qui seraient contraires aux obligations internationales de l'État lésé vis-à-vis de l'État responsable, si elles n'étaient prises par le premier en réaction à un fait internationalement illicite commis par le second, aux fins d'obtenir la cessation et la réparation. Les contre-mesures caractérisent un système décentralisé permettant aux États lésés de s'efforcer de faire valoir leurs droits et de rétablir la relation juridique avec l'État responsable qui a été rompue par le fait internationalement illicite.

2) Il est reconnu, tant par les gouvernements que par les décisions de tribunaux internationaux, que des contre-mesures sont, dans certaines circonstances, justifiées⁷⁷⁶. C'est ce qu'exprime l'article 23, qui traite des contre-mesures prises en réaction à un fait internationalement illicite dans le cadre des circonstances excluant l'illicéité. À l'instar d'autres formes d'auto-assistance, les contre-mesures sont susceptibles d'abus, et cette éventualité est renforcée par les inégalités de fait entre États. Le chapitre II vise à instituer un système

⁷⁷⁶ Pour la doctrine abondante, voir les bibliographies in E. Zoller, *Peacetime Unilateral Remedies: An Analysis of Countermeasures* (Dobbs Ferry, N.Y., Transnational Publishers, 1984), p. 179 à 189; O. Y. Elagab, *The Legality of Non-Forcible Counter-Measures in International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1988), p. 37 à 41; L. A. Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite* (Paris, L.G.D.J., 1990), p. 501 à 525; P. Alland, *Justice privée et ordre juridique international: Étude théorique des contre-mesures au droit international public* (Paris, Pédone, 1994).

opérationnel tenant compte du caractère exceptionnel des contre-mesures prises en réaction à un comportement internationalement illicite tout en s'efforçant, en assortissant les contre-mesures de conditions et restrictions appropriées, de les contenir dans des limites généralement acceptables.

3) S'agissant de la terminologie, le terme «représailles» a été traditionnellement employé pour désigner des mesures par ailleurs illicites, y compris des mesures faisant appel à la force, prises unilatéralement en riposte à une violation⁷⁷⁷. Plus récemment, le terme «représailles» a été circonscrit à des mesures prises en période de conflit armé international, pour qualifier les représailles entre belligérants. Le terme «contre-mesures» désigne la partie du sujet des représailles qui n'est pas associée à un conflit armé et c'est dans ce sens, conformément à la pratique et à la jurisprudence modernes, que le terme est employé dans le présent chapitre⁷⁷⁸. Il faut distinguer les contre-mesures des mesures de rétorsion, c'est-à-dire d'un comportement «inamical», qui n'est pas incompatible avec une éventuelle obligation internationale de l'État qui y recourt, même s'il entend riposter à un fait internationalement illicite. Des mesures de rétorsion peuvent notamment consister dans l'interdiction ou la restriction des relations diplomatiques normales ou d'autres contacts, des mesures d'embargo de différentes sortes, ou la suppression de programmes de secours volontaires. Quelle que soit leur motivation, dès lors que ces mesures ne sont pas incompatibles avec les obligations internationales des États qui les prennent à l'égard de l'État qui en est la cible, elles ne constituent pas des contre-mesures et n'entrent pas dans le champ d'application des présents articles. Le terme «sanction» est lui aussi souvent employé pour qualifier des mesures prises contre un État par un groupe d'États ou décidées par une organisation internationale. Mais le terme est imprécis: le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies ne vise que des «mesures», bien que celles-ci englobent un très large éventail de

⁷⁷⁷ Voir, par exemple, E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle* (1758, repr. Washington, Carnegie Institution, 1916), Bk. II, ch. XVIII, par. 342.

⁷⁷⁸ Voir les affaires suivantes: l'*Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII, p. 454 (1979), p. 482, par. 80; *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, C.I.J. *Recueil* 1980, p. 27, par. 53; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, *fond*, C.I.J. *Recueil* 1986, p. 106, par. 201; *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, C.I.J. *Recueil* 1997, p. 55, par. 82.

possibilités, y compris le recours à la force armée⁷⁷⁹. Les questions relatives à l'emploi de la force dans les relations internationales et à la licéité de représailles entre belligérants sont régies par les règles primaires pertinentes. En revanche, les articles traitent des contre-mesures, visées à l'article 23, que peut prendre un État lésé pour amener l'État responsable à s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie. Elles ont un caractère instrumental et sont dûment traitées dans la troisième partie comme un des aspects de la mise en œuvre de la responsabilité de l'État.

4) Il faut clairement distinguer les contre-mesures de l'extinction ou de la suspension de relations contractuelles en raison de la violation substantielle du traité par un État, comme le prévoit l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. L'extinction d'un traité ou la suspension de son application conformément aux dispositions de l'article 60 a des répercussions sur les obligations juridiques de fond des États parties, mais cela n'a rien à voir avec la question de la responsabilité que peut déjà avoir fait naître la violation⁷⁸⁰.

Les contre-mesures impliquent un comportement dérogatoire à une obligation conventionnelle subsistante, qui est cependant justifié en tant que riposte nécessaire et proportionnée à un fait internationalement illicite de l'État à l'encontre duquel elles sont prises. Ce sont des mesures essentiellement temporaires, visant à une fin spécifique, dont la justification disparaît dès qu'elles ont atteint cette fin.

5) Le présent chapitre ne distingue pas des autres mesures celles qui sont parfois qualifiées de «contre-mesures réciproques». Ce terme désigne des contre-mesures qui supposent la suspension de l'exécution d'obligations envers l'État responsable «si lesdites obligations correspondent ou sont directement liées à l'obligation qui a été violée⁷⁸¹». Il n'est pas prévu de restreindre les contre-mesures prises par les États à la suspension de l'exécution de la même

⁷⁷⁹ Charte des Nations Unies, Art. 39, 41 et 42.

⁷⁸⁰ Cf. Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331, art. 70 et 73 et, sur la portée respective du droit codifié des traités et du droit de la responsabilité des États, voir le commentaire introductif de la première partie, chap. V, par. 3) à 7).

⁷⁸¹ Voir *Annuaire ... 1985*, vol. II, première partie, p. 11.

obligation ou d'une obligation étroitement connexe⁷⁸². Plusieurs considérations justifient cette conclusion. Tout d'abord, pour certaines obligations, par exemple celles relatives à la protection des droits de l'homme, des contre-mesures réciproques sont difficilement concevables. Les obligations en question ont un caractère non réciproque et ne sont pas seulement dues à d'autres États mais aux individus eux-mêmes⁷⁸³. Ensuite, une restriction de la riposte à des contre-mesures réciproques suppose que l'État lésé sera à même d'imposer les mêmes mesures que l'État responsable ou des mesures connexes, ce qui n'est peut-être pas le cas. Il se peut que l'obligation ait un caractère unilatéral ou que l'État lésé ait déjà exécuté sa part du contrat. Surtout, maintes mesures de nature réciproque sont interdites par des considérations d'ordre public et d'humanité. Cette conclusion ne clôt cependant pas le débat. Des contre-mesures auront plus de chances de satisfaire aux conditions de nécessité et de proportionnalité si elles visent la même obligation ou une obligation étroitement connexe, comme dans l'affaire, soumise à l'arbitrage, des *Services aériens*⁷⁸⁴.

6) Cette conclusion renforce la nécessité de veiller à ce que les contre-mesures soient strictement limitées aux besoins de la situation et de prévoir des garanties suffisantes contre tout abus. C'est ce à quoi tend le chapitre II, par plusieurs moyens. Tout d'abord, comme il a déjà été dit, ne sont visées que les contre-mesures n'impliquant pas le recours à la force [art. 50, par. 1 *a*]. Deuxièmement, les contre-mesures ne doivent être dirigées que contre l'État responsable et non contre des tiers (art. 49, par. 1 et 2). Troisièmement, puisque les contre-mesures doivent avoir un rôle instrumental - en d'autres termes, puisque leur objectif est la cessation du fait internationalement illicite et la réparation à ce titre, et non la répression - elles ont un caractère temporaire et leurs effets doivent autant que possible être réversibles pour permettre la reprise des relations juridiques entre les deux États (art. 49, par. 2 et 3, et 53). Quatrièmement, les contre-mesures doivent être proportionnées (art. 51). Cinquièmement, elles ne doivent pas porter atteinte à certaines obligations fondamentales (art. 50, par. 1), en particulier celles résultant de normes impératives du droit international général.

⁷⁸² Contrairement à l'exception d'inexécution prévue dans le droit des traités, qui est soumise à une telle restriction: voir le commentaire introductif de la première partie, chap. V, par. 9).

⁷⁸³ Cf. *Irlande c. Royaume-Uni*, C.E.D.H., Série A, n° 25 (1978).

⁷⁸⁴ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII, p. 416 (1979).

7) Le présent chapitre traite aussi dans une certaine mesure des conditions de la mise en œuvre de contre-mesures. En particulier, les contre-mesures ne peuvent porter atteinte à une procédure de règlement des différends en vigueur entre les deux États et applicable au différend (art. 50, par. 2 *a*) ni à l'inviolabilité des agents, locaux, archives, et documents diplomatiques ou consulaires (art. 50, par. 2 *b*). Les contre-mesures doivent être précédées d'une demande adressée par l'État lésé à l'État responsable pour l'inviter à s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie, elles doivent être assorties d'une offre de négocier, et elles doivent être suspendues si le fait internationalement illicite a cessé et si le différend est soumis de bonne foi à une cour ou un tribunal habilité à rendre des décisions obligatoires pour les parties (art. 52, par. 3).

8) Le chapitre est axé sur les contre-mesures prises par un État lésé tel qu'il est défini à l'article 42. Dans la pratique, il est arrivé que des contre-mesures soient prises par d'autres États, en particulier ceux définis à l'article 48, en l'absence d'un État lésé ou pour le compte ou à la demande d'un État lésé. De tels cas donnent lieu à controverse et la pratique est embryonnaire. Le présent chapitre n'a pas pour objet de réglementer le recours à des contre-mesures par des États autres que l'État lésé. Il est toutefois sans préjudice du droit de tout État défini à l'article 48, paragraphe 1, de prendre des mesures licites à l'encontre d'un État responsable afin d'obtenir la cessation de la violation et la réparation dans l'intérêt de l'État lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée (art. 54).

9) À l'instar d'autres chapitres des présents articles, les dispositions relatives aux contre-mesures ont un caractère supplétif et peuvent être écartées ou modifiées par une règle spécifique contraire (voir art. 55). Ainsi, une disposition conventionnelle interdisant, en toutes circonstances, la suspension de l'exécution d'une obligation exclura toute contre-mesure touchant à l'exécution de l'obligation. Tel sera aussi l'effet d'un régime de règlement des différends auquel les États doivent recourir en cas de litige, en particulier (comme c'est le cas du système de règlement des différends de l'OMC) s'il prévoit l'obligation d'obtenir une autorisation pour prendre des mesures équivalant à des contre-mesures en réaction à une violation avérée⁷⁸⁵.

⁷⁸⁵ Voir OMC, Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, art. 1, 3 (par. 7), et 22.

Article 49

Objet et limites des contre-mesures

1. L'État lésé ne peut prendre de contre-mesures à l'encontre de l'État responsable du fait internationalement illicite que pour amener cet État à s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie.
2. Les contre-mesures sont limitées à l'inexécution temporaire d'obligations internationales de l'État prenant les mesures envers l'État responsable.
3. Les contre-mesures doivent, autant que possible, être prises d'une manière qui permette la reprise de l'exécution des obligations en question.

Commentaire

1) L'article 49 définit l'objet licite de contre-mesures prises par un État lésé à l'encontre de l'État responsable et limite à certains égards leur portée. Un État lésé ne peut prendre de contre-mesures que pour amener l'État responsable à s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie, à savoir mettre fin au fait internationalement illicite si ce fait continue et accorder une réparation à l'État lésé⁷⁸⁶. Les contre-mesures ne sont pas envisagées comme une forme de répression d'un comportement illicite mais comme un moyen d'amener l'État responsable à s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie. L'objet limité et le caractère exceptionnel des contre-mesures résultent de l'emploi de la formule «ne ... que» au paragraphe 1 de l'article 49.

2) Une condition préalable fondamentale de la licéité d'une contre-mesure est l'existence d'un fait internationalement illicite causant un préjudice à l'État qui prend la contre-mesure. Ce point a été clairement affirmé par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, dans le passage suivant de son arrêt:

«Pour pouvoir être justifiée, une contre-mesure doit satisfaire à certaines conditions... En premier lieu, elle doit être prise pour riposter à un fait internationalement illicite d'un autre État et doit être dirigée contre ledit État⁷⁸⁷.»

⁷⁸⁶ Pour ces obligations, voir les articles 30 et 31 et les commentaires y relatifs.

⁷⁸⁷ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, C.I.J Recueil 1997, p. 55, par. 83. Voir aussi «*Naulilaa*» (*Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du Sud de l'Afrique*), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*,

3) Le paragraphe 1 de l'article 49 pose une norme objective pour qu'un État puisse prendre des contre-mesures, en exigeant en particulier que les contre-mesures soient prises contre un État qui est responsable d'un fait internationalement illicite pour amener cet État à s'acquitter des obligations de cessation et de réparation qui lui incombent. Un État qui prend des contre-mesures le fait à ses propres risques, si sa perception de la question de l'illicéité se révèle mal fondée. Un État qui recourt à des contre-mesures en fonction d'une appréciation unilatérale de la situation le fait à ses propres risques et peut encourir une responsabilité à raison de son propre comportement illicite dans l'hypothèse d'une appréciation inexacte⁷⁸⁸. À cet égard, il n'y a aucune différence entre les contre-mesures et les autres circonstances excluant l'illicéité⁷⁸⁹.

4) Un deuxième élément essentiel d'une contre-mesure est qu'elle «doit être dirigée contre»⁷⁹⁰ un État qui a commis un fait internationalement illicite, et qui ne s'est pas acquitté des obligations, cessation ou de réparation qui lui incombent en vertu de la deuxième partie des présents articles⁷⁹¹. Les mots «ne ... que» au paragraphe 1 s'appliquent aussi bien à la cible des

vol. II, (1928), p. 1027; «Cysne» (*Responsabilité de l'Allemagne à raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Portugal ne participât à la guerre*), *ibid.*, vol. II, (1930), p. 1057. Lors de la Conférence de codification du droit international de La Haye, tous les États qui ont répondu sur ce point ont été d'avis qu'un fait illicite préexistant était une condition préalable indispensable pour justifier l'exercice de représailles; voir Société des Nations, Conférence de codification du droit international, *Bases de discussion pour la Conférence élaborées par le Comité préparatoire*, t. III; *Responsabilité des États pour les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens d'étrangers* (doc. C.75.M.69.1929.V., p. 128.

⁷⁸⁸ L'observation du Tribunal dans l'affaire relative aux *Services aériens* selon laquelle «chaque État apprécie pour lui-même sa situation juridique au regard des autres États» (*Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII, p. 416 (1979), p. 483, par. 81) ne doit pas être interprétée comme signifiant que les États-Unis auraient été fondés à prendre des contre-mesures, que la France ait ou non violé l'Accord. En l'espèce, le Tribunal a ensuite déclaré que les États-Unis avaient effectivement riposté à une violation de l'Accord par la France, et que leur riposte remplissait les conditions du recours à des contre-mesures en droit international, en particulier sous l'angle de l'objet et de la proportionnalité. Le Tribunal n'a pas dit qu'une croyance injustifiée des États-Unis en l'existence d'une violation aurait suffi.

⁷⁸⁹ Voir le commentaire introductif de la première partie, chap. V, par. 8).

⁷⁹⁰ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, C.I.J. *Recueil* 1997, p. 55 et 56, par. 83.

⁷⁹¹ *Ibid.* Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour a estimé que cette condition était remplie, la violation, par la Hongrie, de ses obligations en vertu d'un traité

contre-mesures qu'à leur objet et ils visent à exprimer l'idée que les contre-mesures ne peuvent être adoptées que contre un État qui est l'auteur du fait internationalement illicite.

Les contre-mesures ne peuvent être dirigées contre des États autres que l'État responsable.

Dans le cas où un État tiers est le bénéficiaire d'une obligation internationale incombant à l'État qui prend des contre-mesures et que cette obligation est violée par les contre-mesures, l'illicéité de la mesure n'est pas exclue à l'égard de l'État tiers. En ce sens, l'exclusion de l'illicéité des contre-mesures a un effet relatif, et ne concerne que les relations juridiques entre l'État lésé et l'État responsable⁷⁹².

5) Cela ne signifie pas que les contre-mesures ne peuvent pas avoir, incidemment, des effets sur la situation d'États tiers ou même d'autres tierces parties. Par exemple, si l'État lésé suspend les droits de passage en transit à l'égard de l'État responsable conformément au présent chapitre, d'autres parties, y compris des États tiers, peuvent subir les effets de cette suspension. S'ils n'ont aucun droit individuel à cet égard, ils ne peuvent protester. Il en va de même si par suite de la suspension de l'application d'un accord commercial, le commerce avec l'État responsable est affecté, entraînant un manque à gagner, voire la faillite, pour une ou plusieurs sociétés. De tels effets indirects ou collatéraux ne peuvent être totalement évités.

6) Lorsqu'il prend des contre-mesures, l'État lésé suspend effectivement, temporairement, l'exécution d'une ou plusieurs obligations internationales lui incombant à l'égard de l'État responsable, et c'est ce qu'exprime le paragraphe 2 de l'article 49. Bien que les contre-mesures prennent normalement la forme de l'inexécution d'une seule obligation, il se peut qu'une mesure particulière affecte simultanément l'exécution de plusieurs obligations. C'est pour cette raison qu'il est question, au paragraphe 2, «d'obligations». Par exemple, le gel des avoirs d'un État risque d'impliquer ce qui constituerait par ailleurs la violation de plusieurs obligations envers cet État en vertu de différents accords ou arrangements. Le même fait risque d'affecter différentes obligations concomitantes. Le critère est toujours celui de la proportionnalité, et un État qui a

bilatéral se poursuivant, et la riposte de la Tchécoslovaquie étant dirigée contre la Hongrie pour ce motif.

⁷⁹² Sur la question spécifique des obligations en matière de droits de l'homme, voir l'article 50, paragraphe 1 *b*, et le commentaire y relatif.

commis un fait internationalement illicite ne s'expose pas du même coup à toute forme ou conjugaison possible de contre-mesures, quelles qu'en soient la gravité ou les conséquences⁷⁹³.

7) Le terme «temporaire» au paragraphe 2 précise le caractère temporaire des contre-mesures. L'objectif est de rétablir une situation de licéité entre l'État lésé et l'État responsable, et non de créer de nouvelles situations qui ne seront pas réversibles quelle que soit la réaction de ce dernier État aux demandes présentées contre lui⁷⁹⁴. Les contre-mesures sont prises comme un moyen d'incitation, non de répression: si elles sont efficaces en ce qu'elles amènent l'État responsable à s'acquitter des obligations de cessation et de réparation qui lui incombent, il doit y être mis fin pour permettre la reprise de l'exécution de l'obligation.

8) Le paragraphe 1 de l'article 49 vise les obligations qui incombent à l'État responsable «en vertu de la deuxième partie». C'est à l'exécution de ces obligations que tendent les contre-mesures. Dans de nombreux cas, l'objectif essentiel des contre-mesures sera la cessation d'un fait illicite continu, mais leur but peut être aussi la réparation, sous réserve que les autres conditions énoncées au chapitre II soient remplies. Dans le cas contraire, un État responsable d'un fait internationalement illicite serait à l'abri de toute contre-mesure si le fait a cessé, sans considération de la gravité de la violation ou de ses conséquences, ou du refus de l'État d'accorder une réparation à ce titre. À cet égard, on peut se demander si les contre-mesures doivent être autorisées lorsque la satisfaction demandée par l'État lésé n'est pas accordée, vu le rôle subsidiaire de ce mode de réparation⁷⁹⁵. Normalement, la satisfaction aura un caractère symbolique ou complémentaire et il serait très improbable qu'un État qui a mis fin au fait illicite et offert une indemnisation à l'État lésé puisse être la cible de contre-mesures pour n'avoir pas

⁷⁹³ Voir l'article 51 et le commentaire y relatif. De plus, en aucun cas l'exécution de certaines obligations ne peut être refusée à titre de contre-mesures: voir l'article 50 et le commentaire y relatif.

⁷⁹⁴ Ce concept est réaffirmé au paragraphe 3 et à l'article 53 (Cessation des contre-mesures).

⁷⁹⁵ Voir le commentaire de l'article 37, par. 1).

aussi donné satisfaction. Ce problème peut être dûment réglé par l'application du principe de proportionnalité énoncé à l'article 51⁷⁹⁶.

9) Le paragraphe 3 de l'article 49 est inspiré de l'article 72, paragraphe 2, de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui prévoit que lorsqu'un État suspend l'application d'un traité, il doit s'abstenir, pendant la période de suspension, de tous actes tendant à faire obstacle à la reprise de l'application du traité. Par analogie, les États devraient autant que possible opter pour des contre-mesures qui soient réversibles. Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour a reconnu l'existence de cette condition, tout en estimant qu'elle n'avait pas à statuer à cet égard. Après avoir conclu que «le détournement du Danube effectué par la Tchécoslovaquie n'était pas une contre-mesure licite, faute d'être proportionnée», la Cour a affirmé:

«Elle n'a dès lors pas à statuer sur une autre condition dont dépend la licéité d'une contre-mesure, à savoir que celle-ci doit avoir pour but d'inciter l'État auteur du fait illicite à exécuter les obligations qui lui incombent en droit international, et que la mesure doit partant être réversible⁷⁹⁷.»

Toutefois, l'obligation de choisir des mesures réversibles n'est pas absolue. Il n'est peut-être pas possible, dans tous les cas, de supprimer tous les effets des contre-mesures lorsque l'occasion qui les a suscitées a pris fin. Par exemple, l'exigence de notification d'une activité est sans valeur après que l'activité a été entreprise. Par contre, le fait d'infliger à l'État responsable des dommages irréparables pourrait constituer une mesure répressive ou une sanction pour inexécution et non une contre-mesure au sens des articles. La formule «autant que possible» au paragraphe 3 indique que si l'État lésé peut choisir entre plusieurs contre-mesures licites et efficaces, il doit retenir celle qui permet la reprise des obligations suspendues par suite des contre-mesures.

⁷⁹⁶ Des considérations du même ordre s'appliquent aux assurances et garanties de non-répétition. Voir l'article 30 *b* et le commentaire y relatif.

⁷⁹⁷ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros, C.I.J. Recueil 1997, p. 57, par. 87.*

Article 50

Obligations ne pouvant être affectées par des contre-mesures

1. Les contre-mesures ne peuvent porter aucune atteinte:
 - a) À l'obligation de ne pas recourir à la menace ou à l'emploi de la force telle qu'elle est énoncée dans la Charte des Nations Unies;
 - b) Aux obligations concernant la protection des droits fondamentaux de l'homme;
 - c) Aux obligations de caractère humanitaire excluant les représailles;
 - d) Aux autres obligations découlant de normes impératives du droit international général.
2. L'État qui prend des contre-mesures n'est pas dégagé des obligations qui lui incombent:
 - a) En vertu de toute procédure de règlement des différends applicable entre lui et l'État responsable;
 - b) De respecter l'inviolabilité des agents, locaux, archives et documents diplomatiques ou consulaires.

Commentaire

- 1) L'article 50 énumère certaines obligations à l'exécution desquelles les contre-mesures ne peuvent porter atteinte. Un État lésé est tenu de continuer à respecter ses obligations dans ses relations avec l'État responsable, et il ne peut compter qu'une violation par l'État responsable de ses obligations en vertu de la deuxième partie exclura l'illicéité de la non-exécution des obligations visées dans l'article. Du point de vue du droit des contre-mesures, celles-ci sont sacro-saintes.
- 2) Les obligations visées à l'article 50 entrent dans deux grandes catégories. Le paragraphe 1 concerne certaines obligations qui, de par leur nature, ne doivent en aucun cas faire l'objet de contre-mesures. Le paragraphe 2 vise certaines obligations concernant en particulier le maintien des voies de communication entre les deux États concernés, y compris les mécanismes de règlement de leurs différends.
- 3) Le paragraphe 1 de l'article 50 distingue quatre catégories d'obligations fondamentales qui ne peuvent être affectées par des contre-mesures: a) l'obligation de s'abstenir de la menace

ou de l'emploi de la force énoncée dans la Charte des Nations Unies, b) les obligations concernant la protection des droits fondamentaux de l'homme, c) les obligations de caractère humanitaire excluant les représailles et d) d'autres obligations découlant de normes impératives du droit international général.

4) L'alinéa a du paragraphe 1 a trait à l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force énoncée dans la Charte des Nations Unies, y compris la prohibition expresse de l'emploi de la force figurant à l'Article 2, paragraphe 4. Il exclut les mesures coercitives des contre-mesures autorisées en vertu du chapitre II.

5) L'interdiction des contre-mesures coercitives est énoncée dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, dans laquelle l'Assemblée générale des Nations Unies a proclamé que «Les États ont le devoir de s'abstenir d'actes de représailles impliquant l'emploi de la force⁷⁹⁸». Cette prohibition est aussi étayée par la doctrine ainsi que par diverses déclarations d'organes judiciaires⁷⁹⁹ et autres organes⁸⁰⁰ internationaux.

6) L'alinéa b du paragraphe 1 dispose que les contre-mesures ne doivent porter aucune atteinte aux obligations concernant la protection des droits fondamentaux de l'homme. Dans l'affaire de *Naulilaa*, le tribunal arbitral a déclaré qu'une contre-mesure licite doit être «limitée par les expériences de l'humanité et les règles de la bonne foi, applicables dans les rapports

⁷⁹⁸ Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, en date du 24 octobre 1970, sixième alinéa du premier principe. On trouve aussi dans l'Acte final d'Helsinki (1^{er} août 1975) une condamnation expresse des mesures comportant la menace ou l'emploi de la force. Dans l'énoncé du Principe II de la Déclaration de principes, qui fait partie de la première «corbeille» de l'Acte final, on peut lire ce qui suit: «De même, [les États participants] s'abstiennent aussi dans leurs relations mutuelles de tout acte de représailles par la force.»

⁷⁹⁹ Voir en particulier *Détroit de Corfou, fond*, C.I.J. Recueil 1949, p. 35; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, C.I.J. Recueil 1986, p. 127, par. 249.

⁸⁰⁰ Voir par exemple les résolutions 111 (1956), 171 (1962), 188 (1964), 316 (1972), 332 (1973), 573 (1985) et 1322 (2000) du Conseil de sécurité. Voir également la résolution 41/38 de l'Assemblée générale, du 20 novembre 1986.

d'État à État⁸⁰¹». L'Association de droit international a, dans une résolution de 1934, déclaré qu'un État qui prend des contre-mesures doit «s'abstenir de toute mesure de rigueur qui serait contraire aux lois de l'humanité et aux exigences de la conscience publique⁸⁰²». Cette règle a été renforcée du fait de l'apparition depuis 1945 des droits de l'homme internationalement reconnus. En particulier, les traités relatifs aux droits de l'homme recensent certains droits qui ne peuvent faire l'objet de dérogation même en temps de guerre ou d'état d'urgence⁸⁰³.

7) Dans son Observation générale n° 8 (1997), le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a examiné la question de l'effet des sanctions économiques sur les populations civiles et spécialement les enfants. Il s'est penché à la fois sur l'effet des mesures prises par des organisations internationales, sujet qui ne relève pas des présents articles⁸⁰⁴ et sur les mesures imposées par des États ou groupes d'États. Il a souligné que «ces sanctions devraient toujours tenir pleinement compte, en toutes circonstances, des dispositions du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁸⁰⁵», et, poursuivant, a dit:

«... il est essentiel de faire une distinction entre leur objectif premier, qui est d'exercer une pression politique et économique sur l'élite dirigeante du pays visé pour l'amener à se conformer au droit international, et leurs effets indirects, à savoir les souffrances infligées aux groupes les plus vulnérables de ce pays⁸⁰⁶».

On peut tirer des analogies d'autres éléments du droit international général. Par exemple, le paragraphe 1 de l'article 54 du Protocole additionnel I de 1977 stipule inconditionnellement:

⁸⁰¹ «*Naulilaa*» (*Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique*), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (1928), p. 1026.

⁸⁰² *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 38 (1934), p. 710.

⁸⁰³ Voir Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 4, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 171; Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, art. 15, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 213, p. 221; Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 27, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1144, p. 183.

⁸⁰⁴ Voir l'article 59 et le commentaire y relatif.

⁸⁰⁵ E/C.12/1997/8, 5 décembre 1997, par. 1.

⁸⁰⁶ *Ibid.*, par. 4.

«Il est interdit d'utiliser contre les civils la famine comme méthode de guerre.⁸⁰⁷». De même, la dernière phrase du paragraphe 2 de l'article premier des deux Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme est ainsi libellée: «En aucun cas, un peuple ne pourrait être privé de ses propres moyens de subsistance⁸⁰⁸.»

8) L'alinéa c du paragraphe 1, qui concerne les obligations de droit humanitaire excluant les représailles, est calqué sur l'article 60, paragraphe 5, de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁸⁰⁹. Cet alinéa exprime le principe fondamental de l'interdiction des représailles contre les individus, qui relève du droit international humanitaire. En particulier, les Conventions de La Haye de 1929 et de Genève de 1949 et le Protocole additionnel I de 1977 interdisent les représailles contre des catégories définies de personnes protégées, et ces interdictions sont très largement acceptées⁸¹⁰.

9) L'alinéa d du paragraphe 1 interdit les contre-mesures portant atteinte aux obligations découlant de normes impératives du droit international général. À l'évidence, les normes

⁸⁰⁷ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1125, p. 3. Voir également les articles 54, par. 2 («objets indispensables à la survie de la population civile»), et 75. Voir également le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1125, p. 609, art. 4.

⁸⁰⁸ Art. premier, par. 2, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 993, p. 33, art. premier, par. 2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 171.

⁸⁰⁹ Le paragraphe 5 de l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités interdit à un État d'invoquer une violation substantielle d'un traité pour suspendre ou mettre fin à des dispositions conventionnelles «relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire, notamment [des] dispositions excluant toute forme de représailles à l'égard des personnes protégées par lesdits traités». Ce paragraphe a été ajouté lors de la Conférence de Vienne par 88 voix contre zéro avec 7 abstentions.

⁸¹⁰ Voir K. J. Partsch, «Reprisals», in R. Bernhard (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law* (Amsterdam, North Holland, 1986), vol. 4, p. 203 et 204; S. Oeter, «Methods and Means of Combat», in D. Fleck (dir. publ.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict* (Oxford, Oxford University Press, 1995), p. 204 à 207, par. 476 à 479, avec renvois aux dispositions pertinentes.

impératives, auxquelles les États ne peuvent déroger même par traité, ne peuvent faire l'objet d'une dérogation unilatérale sous la forme de contre-mesures. L'alinéa *d* reprend, aux fins du présent chapitre, le principe énoncé à l'article 26 selon lequel les circonstances excluant l'illicéité définies dans le chapitre V de la première partie n'affectent pas l'illicéité de tout acte d'un État qui n'est pas conforme à une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général. Le mot «autres» qui figure avant le mot «obligations» indique que l'alinéa *d* ne limite pas la portée des alinéas qui précèdent, dont certains visent aussi des normes de caractère impératif. Les alinéas *b* et *c*, en particulier, ont une valeur intrinsèque. L'alinéa *d* reconnaît l'existence d'autres normes impératives créant des obligations auxquelles les contre-mesures prises par un État lésé ne peuvent porter atteinte⁸¹¹.

10) Les États peuvent convenir que d'autres règles du droit international ne peuvent faire l'objet de contre-mesures, qu'elles soient ou non considérées comme des normes impératives du droit international général. Cette possibilité, qui relève de la *lex specialis*, est envisagée à l'article 55 et non à l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 50. En particulier, des parties à un traité bilatéral ou multilatéral peuvent dans ce traité renoncer à la possibilité de prendre des contre-mesures si le traité est violé ou en ce qui concerne la matière qu'il régit.

C'est par exemple le cas des traités sur l'Union européenne, qui ont leur propre système de mise en œuvre⁸¹². Dans le cadre du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, un Membre doit obtenir une autorisation préalable de l'Organe de règlement des différends (ORD) pour suspendre des concessions ou autres obligations découlant des accords de l'OMC en réaction au non-respect, par un autre Membre, des recommandations et décisions d'un groupe spécial ou de l'Organe d'appel de l'OMC⁸¹³. Aux termes de l'article 23 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends de l'OMC, les Membres qui souhaitent «obtenir réparation en cas de violation d'obligations ou d'annulation ou de réduction d'avantages "résultant des accords de

⁸¹¹ Voir le commentaire de l'article 40, par. 4) à 6).

⁸¹² Sur l'exclusion des contre-mesures unilatérales en droit européen voir, par exemple, les affaires 90 et 91/63, *Commission c. Luxembourg & Belgique* [1964] R.C.E., p. 631; affaire 52/75, *Commission c. Italie* [1976] R.C.E., p. 284; affaire 232/78, *Commission c. France* [1979] R.C.E., p. 2729; affaire C-5/94, *R. c. MAAF, ex parte Hedley Lomas (Ireland) Limited* [1996] R.C.E., I-2553.

⁸¹³ Voir articles 3, 7 et 22 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends de l'OMC.

l'OMC" auront recours et se conformeront aux règles et procédures» du Mémorandum d'accord. Ceci a été interprété comme une «clause exclusive de règlement des différends» et une clause «empêchant les membres de l'OMC de régler unilatéralement leurs différends concernant des droits et obligations relevant de l'OMC⁸¹⁴». Dans la mesure où les clauses dérogatoires et les autres dispositions conventionnelles (par exemple celles qui interdisent les réserves) sont interprétées convenablement comme indiquant que les dispositions du traité sont «intransgressibles⁸¹⁵», elles peuvent impliquer une exclusion des contre-mesures.

11) Outre les limitations de fond au recours à des contre-mesures prévues au paragraphe 1 de l'article 50, le paragraphe 2 dispose que les contre-mesures ne peuvent porter atteinte à deux catégories d'obligations, à savoir les obligations au titre d'une procédure de règlement des différends applicable entre l'État qui prend les contre-mesures et l'État responsable, et les obligations concernant l'inviolabilité des agents, locaux, archives et documents diplomatiques ou consulaires. Dans chaque cas, la justification ne tient pas tellement au caractère substantiel de l'obligation en cause mais à sa fonction dans le cadre du règlement du différend entre les parties qui est à l'origine de la menace ou de l'emploi des contre-mesures.

12) La première exception, prévue à l'alinéa a du paragraphe 2, concerne «toute procédure de règlement des différends applicable» entre l'État lésé et l'État responsable. Cette expression vise uniquement les procédures de règlement des différends qui ont un lien avec le différend en cause et non les autres problèmes, sans rapport avec ce différend, pouvant exister entre les États concernés. À cette fin, le différend doit être réputé comprendre tant le différend initial sur le fait internationalement illicite que la question de la légitimité des contre-mesures prises en réaction à celui-ci.

13) Un principe bien établi veut que des dispositions relatives au règlement des différends demeurent valides bien qu'elles figurent dans le traité qui est au cœur du différend et dont il est

⁸¹⁴ Voir *États-Unis, art. 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur*, Rapport du Groupe spécial, 22 décembre 1999, document de l'OMC WT/DS152/R, par. 7.35 à 7.46.

⁸¹⁵ Pour utiliser le synonyme adopté par la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, C.I.J. Recueil 1996, p. 257, par. 79.

contesté qu'il demeure valide ou effectif. Comme la Cour internationale de Justice l'a déclaré dans l'affaire de l'*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI*:

«Il n'est pas possible, en tout cas, qu'une suspension purement unilatérale suffise à rendre inopérantes des clauses juridictionnelles dont l'un des objectifs pourrait être précisément de permettre de déterminer la validité de la suspension⁸¹⁶.»

Un raisonnement comparable est à l'origine du principe selon lequel les dispositions relatives au règlement des différends entre l'État lésé et l'État responsable et applicables à leur différend ne peuvent être suspendues à titre de contre-mesures. S'il n'en était pas ainsi, une action unilatérale remplacerait une disposition arrêtée d'un commun accord pour résoudre le différend ayant donné lieu aux contre-mesures. C'est ce qu'a confirmé la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire*:

«Aucune violation du traité commise par l'une ou l'autre des parties ne saurait avoir pour effet d'empêcher cette partie d'invoquer les dispositions du traité relatives au règlement pacifique des différends⁸¹⁷.»

14) La seconde exception, prévue à l'alinéa b du paragraphe 2, limite la mesure dans laquelle un État lésé peut adopter, à titre de contre-mesure, un comportement incompatible avec ses obligations dans le domaine des relations diplomatiques ou consulaires. Un État lésé peut envisager de réagir à plusieurs niveaux. Déclarer un diplomate *persona non grata*, rompre ou suspendre des relations diplomatiques, rappeler des ambassadeurs dans les situations prévues dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques – de tels actes ne constituent pas des contre-mesures au sens du présent chapitre. À un second niveau, des mesures peuvent être prises qui affectent des droits ou privilèges diplomatiques ou consulaires mais ne portent pas atteinte à l'inviolabilité du personnel et des locaux, archives et documents diplomatiques ou consulaires. De telles mesures peuvent constituer des contre-mesures licites si les conditions énoncées dans le présent chapitre sont remplies. D'autre part, l'étendue des contre-mesures interdites à l'alinéa b du paragraphe 2 de l'article 50 est limitée aux obligations qui visent à garantir la sécurité physique et l'inviolabilité, y compris l'immunité juridictionnelle, des agents,

⁸¹⁶ C.I.J. Recueil 1972, p. 53. Voir également S. M. Schwebel, *International Arbitration: Three Salient Problems* (Cambridge, Grotius, 1987), p. 13 à 59.

⁸¹⁷ *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, C.I.J. Recueil 1980, p. 28, par. 53.

locaux, archives et documents diplomatiques en toute circonstance, y compris lors d'un conflit armé⁸¹⁸.

15) Dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire*, la Cour internationale de Justice a souligné que «le droit diplomatique lui-même fournit les moyens de défense nécessaires ainsi que des sanctions contre les activités illicites de membres de missions diplomatiques ou consulaires⁸¹⁹», et elle a conclu que les violations des immunités diplomatiques et consulaires n'étaient pas justifiables, même à titre de contre-mesures prises en réaction à un fait internationalement illicite de l'État accréditant ou d'envoi. Comme l'a déclaré la Cour:

«Bref, les règles du droit diplomatique constituent un régime se suffisant à lui-même qui, d'une part, énonce les obligations de l'État accréditaire en matière de facilités, de privilèges et d'immunités à accorder aux missions diplomatiques et, d'autre part, envisage le mauvais usage que pourraient en faire les membres de la mission et précise les moyens dont dispose l'État accréditaire pour parer à de tels abus⁸²⁰.»

Si le personnel diplomatique ou consulaire pouvait être pris pour cible dans le cadre de contre-mesures, il deviendrait en fait des otages résidents en cas de faits perçus comme illicites de l'État d'envoi, ce qui saperait l'institution des relations diplomatiques et consulaires. L'exclusion de toutes les contre-mesures portant atteinte à l'inviolabilité diplomatique et consulaire est donc justifiée par des motifs fonctionnels. Elle n'affecte pas les divers recours dont dispose l'État accréditaire ou de résidence aux termes des Conventions de Vienne de 1961 à 1963⁸²¹. D'autre part, l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 50 ne mentionne pas la diplomatie multilatérale. Les représentants des États auprès d'organisations internationales sont couverts par la référence aux agents diplomatiques. Quant aux fonctionnaires des organisations

⁸¹⁸ Voir par exemple la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 500, p. 95, art. 22, 24, 29, 44 et 45.

⁸¹⁹ *C.I.J. Recueil 1980*, p. 38, par. 83.

⁸²⁰ *Ibid.*, p. 40, par. 86. Voir Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, art. 45 *a*; Convention de Vienne sur les relations consulaires, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 596, p. 261, art. 27, par. 1 *a* (les locaux, biens et archives doivent être protégés «même en cas de conflit armé»).

⁸²¹ Voir Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, art. 9, 11, 26, 36, par. 2, 43 *b*, 47, par. 2 *a*; Convention de Vienne sur les relations consulaires, art. 10, par. 2, art. 12, art. 23, art. 25 *b* et *c*, et art. 35, par. 3.

internationales elles-mêmes, aucune mesure de rétorsion prise par l'État hôte à leur détriment ne pourrait être considérée comme une contre-mesure puisqu'elle impliquerait le non-respect d'une obligation due non à l'État responsable mais à une tierce partie, à savoir l'organisation internationale concernée.

Article 51

Proportionnalité

Les contre-mesures doivent être proportionnelles au préjudice subi, compte tenu de la gravité du fait internationalement illicite et des droits en cause.

Commentaire

- 1) L'article 51 pose une limite essentielle au recours à des contre-mesures par un État lésé en toute circonstance pour des raisons de proportionnalité. Celle-ci joue lorsque l'on détermine quelles contre-mesures peuvent être prises et leur degré d'intensité. La proportionnalité constitue en quelque sorte une assurance dans la mesure où des contre-mesures disproportionnées pourraient engager la responsabilité de l'État qui les prend.
- 2) La proportionnalité est une condition bien établie du recours à des contre-mesures, et est largement reconnue dans la pratique des États, la doctrine et la jurisprudence. Aux termes de la sentence dans l'affaire de *Naulilaa*...

«[m]ême si l'on admettait que le droit des gens n'exige pas que la représaille se mesure approximativement à l'offense, on devrait certainement considérer comme excessives et partant illicites, des représailles hors de toute proportion avec l'acte qui les a motivées⁸²²».

- 3) Lors de l'arbitrage rendu dans l'affaire des *Services aériens*⁸²³, la question de la proportionnalité a été examinée assez en détail. Dans cette affaire, il n'y avait pas d'équivalence exacte entre le refus de la France d'autoriser une rupture de charge à Londres sur les vols en provenance de la côte ouest des États-Unis et la contre-mesure prise par les États-Unis, à savoir

⁸²² *Naulilaa (Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (1928), p. 1028.

⁸²³ *Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis et la France*, *ibid.*, vol. XVIII (1978), p. 454.

la suspension totale des vols d'Air France à destination de Los Angeles. Le tribunal a néanmoins considéré que les mesures prises par les États-Unis étaient conformes au principe de la proportionnalité parce qu'elles ne semblaient pas être «clairement disproportionnées à celles prises par la France⁸²⁴». La majorité a en particulier déclaré:

«Mais il est généralement admis que les contre-mesures doivent tout d'abord correspondre à une certaine équivalence à la violation alléguée; il s'agit là d'une règle bien connue ... D'une manière générale, on a fait observer que l'appréciation de la "proportionnalité" concrète des contre-mesures n'était pas simple et ne pouvait être réalisée que d'une manière approximative. Selon le Tribunal, l'un des problèmes essentiels est de tenir compte - dans un litige entre États - non seulement des dommages subis par les compagnies intéressées, mais de l'importance des questions de principe incluses dans la violation alléguée. Dans la présente affaire, il ne suffit pas, de l'avis du Tribunal, de comparer les dommages subis par la Pan Am du fait de la suspension des services projetés et les dommages subis par les compagnies françaises visées par les contre-mesures en cause; il faut également tenir compte de l'importance des positions de principe prises à l'occasion du refus des autorités françaises, à savoir de l'interdiction de principe des ruptures de charge. Si l'on prend en considération l'importance de ce principe dans le cadre général de la politique des transports aériens décidée par le Gouvernement des États-Unis et poursuivie par la conclusion de nombreux accords internationaux avec d'autres pays que la France, on ne saurait considérer que les mesures qui ont été l'objet de l'action des États-Unis aient été clairement disproportionnées à celles prises par la France. Aucune des deux Parties n'a soumis au Tribunal des éléments pour fonder ou détruire cette proportionnalité, et le Tribunal doit donc se contenter d'un jugement très approximatif⁸²⁵.»

Dans cette affaire, les contre-mesures prises étaient dans le même domaine que les mesures initiales et concernaient les mêmes liaisons, même si elles étaient plutôt plus sévères, de par leur impact économique sur les transporteurs français, que la mesure initialement prise par la France.

4) La question de la proportionnalité a de nouveau été au centre du débat lorsqu'il s'est agi d'apprécier la licéité des contre-mesures que pouvait prendre la Tchécoslovaquie dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*⁸²⁶. La Cour internationale de Justice, ayant admis

⁸²⁴ Ibid., p. 483, par. 83.

⁸²⁵ Ibid. Dans une opinion dissidente, M. Reuter a accepté l'analyse juridique de la proportionnalité faite par le Tribunal mais déclaré qu'on pouvait conserver «des doutes sérieux sur la proportionnalité des contre-mesures des États-Unis qui n'a pu être en fait appréciée par le Tribunal sur des bases certaines». Ibid., p. 488.

⁸²⁶ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, C.I.J. Recueil 1997, p. 7.

qu'en refusant d'achever le projet la Hongrie avait violé sans justification l'Accord de 1977, a poursuivi comme suit:

«De l'avis de la Cour, une condition importante est que les effets d'une contre-mesure doivent être proportionnés aux dommages subis compte tenu des droits en cause. En 1929, la Cour permanente de justice internationale, à propos de la navigation sur l'Oder, a déclaré ce qui suit:

“[la] communauté d'intérêts sur un fleuve navigable devient la base d'une communauté de droit, dont les traits essentiels sont la parfaite égalité de tous les États riverains dans l'usage de tout le parcours du fleuve et l'exclusion de tout privilège d'un riverain quelconque par rapport aux autres”.

Le développement moderne du droit international a renforcé ce principe également pour les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation...

La Cour considère que la Tchécoslovaquie, en prenant unilatéralement le contrôle d'une ressource partagée, et en privant ainsi la Hongrie de son droit à une part équitable et raisonnable des ressources naturelles du Danube – avec les effets continus que le détournement de ses eaux déploie sur l'écologie de la région riveraine du Szigetköz – n'a pas respecté la proportionnalité exigée par le droit international ... La Cour estime donc que le détournement du Danube effectué par la Tchécoslovaquie n'était pas une contre-mesure licite, faute d'être proportionnée⁸²⁷.»

Ainsi, la Cour a considéré la qualité ou la nature des droits en cause comme une question de principe et (comme le Tribunal dans l'affaire des *Services aériens*) n'a pas apprécié la proportionnalité uniquement en termes quantitatifs.

5) Dans d'autres domaines du droit dans lesquels la proportionnalité est pertinente (par exemple la légitime défense), il est normal d'exprimer cette condition en termes positifs, même si, dans ces domaines aussi, ce qui est proportionnel n'est pas quelque chose qui peut être déterminé avec précision⁸²⁸. C'est la formulation positive de la condition de proportionnalité qui a été adoptée à l'article 51. Une formulation négative risquerait de donner trop de latitude aux États, dans un domaine – celui des contre-mesures – où des abus sont possibles.

⁸²⁷ Ibid., p. 56, par. 85 et 87, citant *Jurisdiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder, 1929, C.P.J.I., série A, n° 23, p. 27.*

⁸²⁸ E. Cannizzaro, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale* (Milan, Giuffrè, 2000).

6) Comme il faut garantir que l'adoption de contre-mesures n'aboutisse pas à des résultats inéquitables, la proportionnalité doit être évaluée compte tenu non seulement de l'élément purement «quantitatif» du préjudice subi mais aussi compte tenu de facteurs «qualitatifs» comme l'importance de l'intérêt protégé par la règle violée et la gravité de la violation. L'article 51 lie la proportionnalité en premier lieu au préjudice subi mais «compte tenu» de deux autres critères: la gravité du fait internationalement illicite et les droits en cause. L'expression «les droits en cause» a un sens large, et vise non seulement les effets d'un fait illicite sur l'État lésé mais aussi les droits de l'État responsable. En outre, la situation d'autres États susceptibles d'être affectés peut aussi être prise en considération.

7) La proportionnalité concerne la relation entre le fait internationalement illicite et la contre-mesure. À certains égards, la proportionnalité est liée au critère du but énoncé à l'article 49: on peut très bien juger qu'une mesure nettement disproportionnée n'était pas nécessaire pour amener l'État responsable à exécuter ses obligations mais avait un but punitif et ne correspond pas à l'objet des contre-mesures énoncé à l'article 49. Toutefois, la proportionnalité constitue une limite même s'agissant des mesures qui peuvent être justifiées en vertu de l'article 49. Dans chaque cas, une contre-mesure doit être proportionnelle au préjudice subi, y compris à l'importance de la question de principe en jeu, et cet impératif a une fonction partiellement indépendante de la question de savoir si la contre-mesure était nécessaire pour amener l'exécution des obligations.

Article 52

Conditions du recours à des contre-mesures

1. Avant de prendre des contre-mesures, l'État lésé doit:
 - a) Demander à l'État responsable, conformément à l'article 43, de s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie;
 - b) Notifier à l'État responsable toute décision de prendre des contre-mesures et offrir de négocier avec cet État.
2. Nonobstant le paragraphe 1 *b*, l'État lésé peut prendre les contre-mesures urgentes qui sont nécessaires pour préserver ses droits.
3. Des contre-mesures ne peuvent être prises et, si elles sont déjà prises, doivent être suspendues sans retard indu si:

- a) Le fait internationalement illicite a cessé, et
 - b) Le différend est en instance devant une cour ou un tribunal habilité à rendre des décisions obligatoires pour les parties.
4. Le paragraphe 3 ne s'applique pas si l'État responsable ne met pas en œuvre de bonne foi les procédures de règlement des différends.

Commentaire

- 1) L'article 52 pose certaines conditions procédurales à la prise de contre-mesures par l'État lésé. Avant de prendre des contre-mesures, un État lésé doit demander à l'État responsable, conformément à l'article 43, de s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie. L'État lésé doit aussi notifier à l'État responsable son intention de prendre des contre-mesures et offrir de négocier avec cet État. Nonobstant cette deuxième condition, l'État lésé peut prendre certaines contre-mesures urgentes pour préserver ses droits. Si l'État responsable a mis fin au fait internationalement illicite et que le différend est en instance devant une cour ou un tribunal compétent, des contre-mesures ne peuvent être prises et, si elles sont déjà prises, elles doivent être suspendues. Toutefois, cette condition ne s'applique pas si l'État responsable ne met pas en œuvre de bonne foi les procédures de règlement des différends. En pareil cas, les contre-mesures n'ont pas à être suspendues et peuvent être reprises.
- 2) Dans l'ensemble, l'article 52 cherche à établir des conditions procédurales raisonnables à la prise de contre-mesures dans le cas où une procédure obligatoire de règlement des différends par tierce partie n'est pas immédiatement disponible ou n'est pas du tout prévue⁸²⁹. Il doit tenir compte en même temps de la possibilité qu'il existe une cour ou un tribunal international habilité à prendre des décisions obligatoires pour les parties au différend. Les contre-mesures sont une forme d'auto-assistance, qui correspond à la position de l'État lésé au sein d'un système international dans lequel le règlement impartial des différends par la voie d'une procédure régulière n'est pas encore garanti. Lorsqu'une procédure de règlement par tierce partie existe et a été invoquée par l'une ou l'autre partie au différend, les mesures ordonnées dans le cadre de cette procédure, par exemple des mesures conservatoires, doivent se substituer autant que possible aux contre-mesures. D'un autre côté, lorsqu'une juridiction internationale est compétente pour connaître d'un différend et est habilitée à ordonner des mesures conservatoires, il peut arriver

⁸²⁹ Voir plus haut l'introduction au présent chapitre, par. 7.

que l'État responsable ne coopère pas à ce processus. Dans ce cas, la possibilité de recourir à des contre-mesures est nécessairement rétablie.

3) Le système établi par l'article 52 s'inspire des observations faites par le Tribunal arbitral dans *l'affaire concernant l'Accord relatif aux services aériens*⁸³⁰. La première condition, énoncée à l'alinéa a du paragraphe 1, est que l'État lésé doit demander à l'État responsable de s'acquitter de ses obligations de cessation et de réparation avant de recourir à des contre-mesures. Cette condition (parfois désignée sous le nom de «sommation») a été soulignée tant par le Tribunal arbitral dans l'affaire des *Services aériens*⁸³¹ que par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*⁸³². Il semble aussi qu'elle corresponde à une pratique générale⁸³³.

4) Le principe qui sous-tend l'obligation de notification est que, compte tenu du caractère exceptionnel et des conséquences potentiellement graves des contre-mesures, un État ne devrait pas y recourir avant d'avoir notifié à l'autre État sa demande et de lui avoir donné la possibilité d'y répondre. Dans la pratique toutefois, un différend fait généralement l'objet de négociations assez longues et détaillées avant que des contre-mesures soient envisagées. Dans de tels cas, l'État lésé aura déjà notifié à l'État responsable sa demande conformément à l'article 43, et il n'aura pas à le faire à nouveau pour se conformer aux dispositions de l'alinéa a du paragraphe 1.

5) Aux termes de l'alinéa b du paragraphe 1, l'État lésé qui décide de prendre des contre-mesures doit notifier à l'État responsable sa décision de prendre des contre-mesures et offrir de négocier avec cet État. Les contre-mesures peuvent avoir de graves conséquences pour l'État qui en est la cible et qui devrait donc avoir la possibilité de reconsidérer sa position face aux contre-mesures envisagées. La relation temporelle entre l'application de l'alinéa a et

⁸³⁰ *Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 (États-Unis c. France)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (1978), p. 484 à 486, par. 91 et 94 à 96.

⁸³¹ *Ibid.*, p. 484, par. 85 à 87.

⁸³² *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 56, par. 84.

⁸³³ A. Gianelli, *Adempimenti preventivi all'adozione di contromisure internazionali* (Milan, Giuffrè, 2000).

l'application de l'alinéa *b* du paragraphe 1 n'est pas stricte. Les notifications pourraient être faites à intervalles rapprochés, voire en même temps.

6) Selon le paragraphe 2 toutefois, l'État lésé peut prendre «les contre-mesures urgentes qui sont nécessaires pour préserver ses droits» même avant d'avoir notifié à l'autre État son intention de le faire. Grâce au système moderne de communications, un État qui est responsable d'un fait internationalement illicite et refuse d'y mettre fin ou d'en réparer les conséquences peut aussi chercher à se protéger contre des contre-mesures, par exemple en retirant ses avoirs des banques de l'État lésé. Il peut agir dans de très brefs délais, de sorte que la notification exigée par l'alinéa *b* du paragraphe 1 risque de perdre toute raison d'être. C'est pourquoi le paragraphe 2 autorise l'État lésé à prendre les contre-mesures urgentes qui sont nécessaires pour préserver ses droits: il s'agit à la fois de ses droits violés, sur lesquels porte le différend, et de son droit de prendre des contre-mesures. L'indication de mesures conservatoires, le gel temporaire des avoirs et d'autres mesures analogues pourraient entrer dans le cadre des dispositions du paragraphe 2, selon les circonstances.

7) Le paragraphe 3 traite du cas où le fait illicite a cessé et le différend est soumis à une juridiction habilitée à prendre une décision obligatoire pour les parties. Dans un tel cas, et pour autant que la procédure de règlement du différend soit mise en œuvre de bonne foi, une action unilatérale par le biais de contre-mesures n'est pas justifiée. Une fois les conditions énoncées au paragraphe 3 réunies, l'État lésé ne peut pas prendre de contre-mesures; si elles sont déjà prises, elles doivent être suspendues «sans retard indu». L'expression «sans retard indu» accorde une marge de manœuvre limitée pour prendre les dispositions requises afin de suspendre les mesures en question.

8) Un différend n'est pas «en instance devant une cour ou un tribunal» aux fins de l'alinéa *b* du paragraphe 3 à moins que cette cour ou ce tribunal existe et soit en mesure de statuer. À cette fin, un différend n'est pas en instance devant un tribunal spécial créé en vertu d'un traité tant que ce tribunal n'est pas effectivement constitué, processus qui peut prendre un certain temps même si les deux parties coopèrent pour en désigner les membres⁸³⁴. Le paragraphe 3 est fondé sur

⁸³⁴ C'est pourquoi l'article 290, par. 5, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1834, p. 115) dispose que le Tribunal

l'hypothèse selon laquelle la cour ou le tribunal auquel il fait référence est compétent pour connaître du différend et est également habilité à ordonner des mesures conservatoires à titre provisoire. Ce pouvoir est normalement prévu dans les règlements des tribunaux internationaux⁸³⁵. Le paragraphe 3 trouve sa raison d'être dans le fait que, une fois le différend des parties soumis à une cour ou un tribunal, l'État lésé peut demander à cette cour ou à ce tribunal d'ordonner des mesures conservatoires à titre provisoire pour protéger ses droits. Cette demande, pour autant que la cour ou le tribunal soit disponible pour l'examiner, jouera un rôle équivalant pour l'essentiel à celui des contre-mesures. À condition qu'elle soit exécutée, cette ordonnance en indication de mesures conservatoires rendra les contre-mesures inutiles en attendant la décision définitive du tribunal. La référence à une «cour ou un tribunal» s'entend de toute procédure de règlement des différends par tierce partie, quelle que soit son appellation. Cette expression ne vise pas toutefois des organes politiques tels que le Conseil de sécurité, ni un tribunal compétent pour connaître d'un différend entre une personne privée et l'État responsable, même si c'est ce différend qui est à l'origine de la controverse entre l'État lésé et l'État responsable. Dans de tels cas toutefois, le fait que le litige originel a été soumis à l'arbitrage devra entrer en ligne de compte aux fins des articles 49 et 51 et les contre-mesures ne seront justifiées que dans des cas exceptionnels⁸³⁶.

international du droit de la mer peut examiner les demandes de mesures conservatoires «[e]n attendant la constitution d'un tribunal arbitral saisi du différend».

⁸³⁵ Le caractère obligatoire des mesures conservatoires prévues dans la partie XI de la Convention de 1982 est assuré par l'article 290, par. 6. À propos du caractère obligatoire des mesures conservatoires prévues à l'article 41 du Statut de la Cour internationale de Justice, voir la décision de la Cour dans l'affaire *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt du 27 juin 2001, par. 99 à 104.

⁸³⁶ En vertu de la Convention de Washington de 1965, l'État de nationalité ne peut présenter de réclamation internationale au nom d'un particulier ou d'une société «au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre État contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la présente Convention, sauf si l'autre État contractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du différend»: Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, Washington, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 575, p. 159, art. 27, par. 1; C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge, Cambridge University Press, 2001), p. 397 à 414. Cela exclut toutes les formes d'invocation de la responsabilité par l'État de nationalité, y compris la prise de contre-mesures. Voir le commentaire de l'article 42, par. 2).

9) Le paragraphe 4 de l'article 52 prévoit une autre condition de suspension des contre-mesures en vertu du paragraphe 3. Il englobe diverses possibilités qui vont du refus initial de coopérer à la procédure, par exemple sous forme de défaut de comparution, au refus d'accepter la décision finale de la cour ou du tribunal en passant par la non-exécution de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires, qu'elle ait ou non un caractère expressément obligatoire. Ce paragraphe s'applique également aux situations dans lesquelles un État partie ne coopère pas à la création du tribunal compétent ou ne comparaît pas devant ce tribunal une fois celui-ci créé. Dans les circonstances envisagées au paragraphe 4, les limitations à la prise de contre-mesures prévues au paragraphe 3 ne s'appliquent pas.

Article 53

Cessation des contre-mesures

Il doit être mis fin aux contre-mesures dès que l'État responsable s'est acquitté des obligations qui lui incombent à raison du fait internationalement illicite conformément à la deuxième partie.

Commentaire

1) L'article 53 traite de la situation où l'État responsable s'est acquitté de ses obligations de cessation et de réparation en vertu de la deuxième partie en réponse aux contre-mesures prises par l'État lésé. Une fois que l'État responsable s'est acquitté de ses obligations en vertu de la deuxième partie, il n'y a plus de raison de maintenir les contre-mesures, auxquelles il doit donc être mis fin immédiatement.

2) L'idée qu'il faut mettre fin aux contre-mesures dès que les conditions qui justifiaient leur adoption ont cessé est implicite dans les autres articles du présent chapitre. Elle est formulée toutefois clairement dans l'article 53 compte tenu de son importance. Cet article met en lumière le caractère spécifique des contre-mesures en vertu de l'article 49.

Article 54

Mesures prises par des États autres qu'un État lésé

Le présent chapitre est sans préjudice du droit de tout État, habilité en vertu de l'article 48, paragraphe 1, à invoquer la responsabilité d'un autre État, de prendre des mesures licites à l'encontre de ce dernier afin d'obtenir la cessation de la violation ainsi que la réparation dans l'intérêt de l'État lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée.

Commentaire

1) Le chapitre II traite du droit d'un État lésé de prendre des contre-mesures à l'encontre d'un État responsable d'un fait illicite pour inciter cet État à s'acquitter de ses obligations de cessation et de réparation. Toutefois, les États «lésés», tels qu'ils sont définis dans l'article 42, ne sont pas les seuls États en droit d'invoquer la responsabilité d'un État pour fait internationalement illicite en vertu du chapitre premier de la présente partie. Selon l'article 48, la responsabilité peut être invoquée par tout État, en cas de violation d'une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble, ou par tout membre d'un groupe d'États, en cas de violation d'autres obligations établies aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe. En vertu de l'article 48, paragraphe 2, ces États peuvent aussi exiger la cessation et l'exécution de l'obligation de réparation dans l'intérêt des bénéficiaires de l'obligation violée. Ainsi, en ce qui concerne les obligations visées à l'article 48, ces États sont réputés avoir un intérêt juridique à leur exécution. La question qui se pose est celle de savoir dans quelle mesure ces États peuvent légitimement faire valoir un droit de réagir à des violations auxquelles il n'a pas été remédié⁸³⁷.

2) Il est capital à cette fin de distinguer, d'une part, les contre-mesures individuelles, que celles-ci soient prises par un État ou par un groupe d'États agissant chacun de son propre fait et par le biais de ses propres organes, et, d'autre part, les réactions institutionnelles adoptées dans le cadre d'organisations internationales. Ce dernier cas – lorsque, par exemple, une telle action est entreprise sous l'égide du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies – n'est pas couvert par les articles⁸³⁸. De manière plus générale, les articles ne couvrent pas les hypothèses où l'action

⁸³⁷ Voir par exemple M. Akehurst, «Reprisals by Third States», *B.Y.I.L.*, vol. 44 (1970), p. 1; J. I. Charney, «Third State Remedies in International Law», *Michigan Journal of International Law*, vol. 10 (1988), p. 57; D. N. Hutchinson, «Solidarity and Breaches of Multilateral Treaties», *B.Y.I.L.*, vol. 59 (1988), p. 151; L.-A. Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite* (Paris, L.G.D.J., 1990), p. 110 à 175; B. Simma, «From Bilateralism to Community Interest in International Law», *Recueil des cours*, vol. 250 (1994-VI), p. 217; J. A. Frowein, «Reactions by Not Directly Affected States to Breaches of Public International Law», *Recueil des cours*, vol. 248 (1994-IV), p. 345.

⁸³⁸ Voir l'article 59 et le commentaire y relatif.

est menée par une organisation internationale, même si les États membres dirigent ou contrôlent son comportement⁸³⁹.

3) La pratique dans ce domaine est limitée et encore à l'état embryonnaire. Dans un certain nombre de cas, des États ont réagi contre des violations alléguées des obligations visées à l'article 48 sans prétendre qu'ils étaient individuellement lésés. Ces réactions ont pris la forme de sanctions économiques ou d'autres mesures (comme la rupture des liaisons aériennes ou d'autres contacts). On peut citer entre autres les exemples suivants:

- *États-Unis - Ouganda (1978)*. En octobre 1978, le Congrès américain adopta une législation interdisant l'exportation de biens et de technologie et toutes les importations, en direction et en provenance de l'Ouganda⁸⁴⁰. La législation soulignait que «[l]e Gouvernement ougandais [...] a commis un génocide contre les Ougandais» et que «les États-Unis devaient prendre des mesures pour se dissocier de tout gouvernement étranger qui commet le crime international de génocide⁸⁴¹».
- *Certains États occidentaux - Pologne et Union soviétique (1981)*. Le 13 décembre 1981, le Gouvernement polonais imposa la loi martiale et, par la suite, réprima les manifestations et interna de nombreux dissidents⁸⁴². Les États-Unis et d'autres pays occidentaux engagèrent une action contre la Pologne et l'Union soviétique. Les mesures adoptées comportaient la suspension, avec effet immédiat, des traités conférant des droits d'atterrissage à Aeroflot aux États-Unis et à LOT aux États-Unis, en Grande-Bretagne,

⁸³⁹ Voir l'article 57 et le commentaire y relatif.

⁸⁴⁰ Loi relative à l'embargo contre l'Ouganda (*Uganda Embargo Act*), *U.S.C.*, vol. 22, s. 2151 (1978).

⁸⁴¹ *Ibid.*, par. 5 c, 5 d.

⁸⁴² *R.G.D.I.P.*, vol. 86 (1982), p. 603 et 604.

en France, aux Pays-Bas, en Suisse et en Autriche⁸⁴³. Les procédures de suspension prévues par les traités concernés ne furent pas respectées⁸⁴⁴.

- *Mesures collectives contre l'Argentine (1982)*. En avril 1982, lorsque l'Argentine prit le contrôle d'une partie des îles Falkland (Malvinas), le Conseil de sécurité appela à un retrait immédiat⁸⁴⁵. À la suite d'une demande du Royaume-Uni, les membres de la Communauté européenne, l'Australie, la Nouvelle-Zélande et le Canada adoptèrent des sanctions commerciales. Celles-ci incluaient l'interdiction temporaire de toutes les importations de produits argentins, interdiction qui était contraire à l'article XI 1 et peut-être aussi à l'article III du GATT. Le point litigieux était que ces mesures aient pu être justifiées par l'exception de sécurité nationale prévue par l'article XXI *b* iii) du GATT⁸⁴⁶. L'embargo adopté par les pays européens constituait également une suspension des droits dont l'Argentine jouissait en vertu de deux accords sectoriels sur le commerce des textiles et celui du mouton et de l'agneau⁸⁴⁷, accords par rapport auxquels les exceptions de sécurité du GATT ne s'appliquaient pas.
- *États-Unis - Afrique du Sud (1986)*. Lorsqu'en 1985, le Gouvernement sud-africain déclara l'état d'urgence dans de larges parties du pays, le Conseil de sécurité de l'ONU recommanda l'adoption de boycotts économiques sectoriels et le gel des relations

⁸⁴³ Ibid., p. 607.

⁸⁴⁴ Voir par exemple l'article XV de l'Accord entre la Pologne et les États-Unis de 1972, *U.S.T.*, vol. 23, 4269; art. XVII de l'Accord entre les États-Unis et l'Union soviétique de 1967, *I.L.M.*, vol. 6 (1967), p. 82; *I.L.M.*, vol. 7 (1968), p. 571.

⁸⁴⁵ Résolution du Conseil de sécurité 502 (1982), 3 avril 1982.

⁸⁴⁶ La volonté des pays occidentaux de s'appuyer sur cette disposition fut contestée par d'autres membres du GATT, cf. le Communiqué des pays occidentaux, GATT, L. 5319/Rev.1, et les déclarations de l'Espagne et du Brésil, GATT, doc. C/M/157, p. 5 et 6. Voir l'analyse de H. Hahn, *Die einseitige Aussetzung von GATT-Verpflichtungen als Repressalie* (Berlin, Springer, 1996), p. 328 à 334.

⁸⁴⁷ Ces traités sont reproduits in *J.O.C.E.*, 1979, L 298, p. 2, et *J.O.C.E.*, 1980, L 275, p. 14.

sportives et culturelles⁸⁴⁸. Par la suite, certains pays introduisirent des mesures qui dépassaient les recommandations du Conseil de sécurité. Ainsi, le Congrès des États-Unis adopta la loi générale contre l'apartheid (*Comprehensive Anti-Apartheid Act*) qui suspendait les droits d'atterrissage des compagnies aériennes sud-africaines sur le territoire américain⁸⁴⁹. Cette suspension immédiate était contraire aux termes de l'Accord aérien de 1947 entre les États-Unis et l'Afrique du Sud⁸⁵⁰ et fut justifiée comme une mesure qui devait encourager le Gouvernement sud-africain à «adopter les mesures à même de conduire à l'établissement d'une démocratie non raciale⁸⁵¹».

- *Mesures collectives contre l'Iraq (1990)*. Le 2 août 1990, les troupes iraqiennes envahirent et occupèrent le Koweït. Le Conseil de sécurité de l'ONU condamna immédiatement l'invasion. Les États membres de la Communauté européenne et les États-Unis mirent en place des embargos commerciaux et décidèrent de geler les avoirs iraqiens⁸⁵². Cette action fut entreprise en réponse directe à l'invasion iraqienne avec le consentement du Gouvernement koweïtien.
- *Mesures collectives contre la Yougoslavie (1998)*. En réponse à la crise humanitaire au Kosovo, les États membres de la Communauté européenne adoptèrent une législation permettant de geler les fonds de la République fédérale de Yougoslavie et d'interdire immédiatement ses vols⁸⁵³. Pour un certain nombre de pays, tels que l'Allemagne, la France et le Royaume-Uni, cette dernière mesure impliquait la non-exécution

⁸⁴⁸ Résolution 569 (1985) du Conseil de sécurité, 26 juillet 1985. Pour des références supplémentaires, voir L.-A. Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite* (Paris, L.G.D.J., 1990), p. 165.

⁸⁴⁹ Pour le texte de cette disposition, voir *I.L.M.*, vol. 26 (1987), p. 79 (s. 306).

⁸⁵⁰ Nations Unies, *Recueils des Traités*, vol. 66, p. 233, art. VI.

⁸⁵¹ Pour l'ordonnance de mise en œuvre, voir *I.L.M.*, vol. 26 (1987), p. 105.

⁸⁵² Voir par exemple les *Executive Orders* du Président Bush, datés du 2 août 1990, reproduits in *A.J.I.L.*, vol. 84 (1990), p. 903.

⁸⁵³ Positions communes du 7 mai et du 29 juin 1998, *J.O.C.E.*, 1998, L 143 (p. 1) et L 190 (p. 3); mises en œuvre par les Règlements de la Communauté, 1295/98 (L 178, p. 33) et 1901/98 (L 248, p. 1).

d'accords aériens bilatéraux⁸⁵⁴. En raison des doutes existant sur la légitimité de cette action, le Gouvernement britannique s'est initialement préparé à suivre la procédure de dénonciation d'un an prévue à l'article 17 de son accord avec la Yougoslavie. Cependant, il modifia ensuite sa position et refusa les vols avec effet immédiat. Pour justifier cette mesure, le Gouvernement britannique affirma que «l'action du Président Milosevic à l'encontre des droits de l'homme empire et signifie que, pour des raisons morales et politiques, il a perdu le droit de son gouvernement de se reposer sur la notification de 12 mois qui devrait normalement s'appliquer⁸⁵⁵». La République fédérale de Yougoslavie dénonça ces mesures comme étant illicites, unilatérales et exemplaires d'une politique de discrimination⁸⁵⁶.

4) Dans d'autres cas, certains États ont de façon similaire suspendu des droits conventionnels dans le but d'exercer une pression sur des États violant des obligations collectives. Cependant, ils ne se sont pas appuyés sur le droit de prendre des contre-mesures, mais ont avancé plutôt le droit de suspendre un traité en raison d'un changement fondamental des circonstances. Deux exemples peuvent en être donnés:

- *Pays-Bas - Suriname (1982)*. En 1980, un gouvernement militaire pris le pouvoir au Suriname. En réponse à la répression des mouvements d'opposition par le nouveau gouvernement en décembre 1982, le Gouvernement néerlandais suspendit un traité bilatéral relatif à l'aide au développement, aux termes duquel le Suriname avait droit au versement d'une aide financière⁸⁵⁷. Alors que le traité lui-même ne contenait aucune clause suspensive ou permettant d'y mettre fin, le Gouvernement néerlandais déclara que les violations des droits de l'homme au Suriname constituaient

⁸⁵⁴ Voir par exemple *U.K.T.S.*, 1960, n° 10; *R.T.A.F.*, 1967, n° 69.

⁸⁵⁵ Voir *B.Y.I.L.*, vol. 69 (1998), p. 580 et 581; *B.Y.I.L.*, vol. 70 (1999), p. 555 et 556.

⁸⁵⁶ Déclaration du Gouvernement de la République fédérale de Yougoslavie sur la suspension des vols des compagnies aériennes yougoslaves, 10 octobre 1999 (S/1999/216).

⁸⁵⁷ *Tractatenblad* 1975, n° 140, voir H.-H. Lindemann, «Die Auswirkungen der Menschenrechtsverletzungen auf die Vertragsbeziehungen zwischen den Niederlanden und Surinam», *Z.a.ö.R.V.*, vol. 44 (1984), p. 68 et 69.

un changement fondamental des circonstances qui donnait lieu à un droit de suspension⁸⁵⁸.

- *États membres de la Communauté européenne - Yougoslavie (1991)*. À l'automne 1991, en réponse à la reprise des combats en Yougoslavie, les États membres de la Communauté européenne suspendirent, puis dénoncèrent, l'accord de coopération de 1983 avec la Yougoslavie⁸⁵⁹. Cela conduisit à un retrait général des préférences commerciales sur les importations et outrepassa donc les limites d'un embargo sur les armes ordonné par le Conseil de sécurité dans sa résolution 713 du 25 septembre 1991. Cette réaction était incompatible avec les termes de l'accord de coopération, qui ne prévoyait pas de suspension immédiate, mais seulement la possibilité de dénoncer le traité après un préavis de six mois. Pour justifier la suspension, les États membres de la Communauté européenne mentionnèrent explicitement la menace à la paix et à la sécurité dans la région. Cependant, comme dans le cas du Suriname, ils s'appuyèrent sur un changement fondamental des circonstances, plutôt que de mettre en avant un droit de recourir à des contre-mesures⁸⁶⁰.

5) Ces exemples témoignent d'une volonté apparente de la part de certains États de répondre à des violations d'obligations présentant un intérêt général, alors que ces États ne pouvaient pas être considérés comme des «États lésés» au sens de l'article 42. Il y a lieu de noter que dans les cas où il y avait un État identifié comme étant l'État essentiellement lésé par la violation en question, d'autres États ont agi à la demande et pour le compte de cet État⁸⁶¹.

⁸⁵⁸ P. Siekmann, «Netherlands State Practice for the Parliamentary Year 1982-1983», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 15 (1984), p. 321.

⁸⁵⁹ *J.O.C.E.*, 1983, L 41, p. 1. Voir *J.O.C.E.*, 1991, L 315, p. 1, pour la suspension, et L 325, p. 23, pour la dénonciation.

⁸⁶⁰ Voir aussi la décision de la Cour européenne de justice: affaire C-162/96, *A. Racke GmbH & Co. c. Hauptzollamt Mainz* [1998] C.E.R. I-3655, p. 3706 à 3708, par. 53 à 59.

⁸⁶¹ Cf. l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires* dans laquelle la Cour internationale a noté qu'aucune mesure mettant en jeu la légitime défense collective ne peut être prise par un État tiers sauf à la demande de l'État victime de l'agression armée: affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, *fond*, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 105, par. 199.

6) Comme on le voit, en l'état actuel du droit international, l'incertitude plane en ce qui concerne les contre-mesures prises dans l'intérêt général ou collectif. La pratique des États est peu abondante et seul un nombre limité d'États sont concernés. À l'heure actuelle, il semble que rien n'autorise clairement les États visés à l'article 48 à prendre des contre-mesures dans l'intérêt collectif. En conséquence, il n'est pas approprié d'inclure dans les présents articles une disposition sur la question de savoir si d'autres États, identifiés à l'article 48, peuvent prendre des contre-mesures pour inciter l'État responsable d'un fait internationalement illicite à s'acquitter de ses obligations. Le chapitre II comprend à la place une clause de sauvegarde qui réserve la position sur ce point et laisse le règlement de la question pour plus tard dans le cadre du développement ultérieur du droit international.

7) L'article 54 prévoit par conséquent que le chapitre sur les contre-mesures est sans préjudice du droit de tout État, habilité en vertu de l'article 48, paragraphe 1, à invoquer la responsabilité d'un autre État, de prendre des mesures licites à l'encontre de ce dernier afin d'obtenir la cessation de la violation ainsi que la réparation dans l'intérêt de l'État lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée. Il est question de «mesures licites» plutôt que de «contre-mesures» de façon à ne pas préjuger de toute position concernant les mesures prises par des États autres que l'État lésé en réponse à des violations d'obligations essentielles pour la protection de l'intérêt collectif ou d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble.

QUATRIÈME PARTIE

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

La présente partie contient un certain nombre de dispositions générales applicables aux articles dans leur ensemble, qui en précisent la portée ou traitent de certaines questions non abordées ailleurs. Tout d'abord, l'article 55 indique, par référence au principe de la *lex specialis*, que les articles ont un caractère supplétif. Lorsqu'une question traitée dans les articles est régie par une règle spéciale de droit international, cette dernière prévaut dans la mesure où il y a incompatibilité entre les deux dispositions. Corrélativement, l'article 56 marque bien que les articles ne sont pas exhaustifs, et qu'ils n'ont aucune incidence sur d'autres règles de droit international applicables touchant des questions non traitées. Il en résulte trois clauses de sauvegarde. L'article 57 exclut de la portée des articles les questions concernant la responsabilité

des organisations internationales et des États pour les actes d'organisations internationales. Les articles sont sans préjudice de toute question relative à la responsabilité individuelle d'après le droit international de toute personne qui agit pour le compte d'un État, et cela est précisé par l'article 58. Enfin, l'article 59 réserve les effets de la Charte des Nations Unies.

Article 55

Lex specialis

Les présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où les conditions d'existence d'un fait internationalement illicite ou le contenu ou la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un État sont régies par des règles spéciales de droit international.

Commentaire

1) Lorsqu'ils définissent les obligations primaires qui s'appliquent entre eux, les États prévoient souvent des dispositions spéciales relatives aux conséquences juridiques des violations de ces obligations, et même à la détermination de l'existence d'une telle violation. La question qui se pose alors est de savoir si ces dispositions sont exclusives, c'est-à-dire si de telles dispositions excluent les conséquences qui résulteraient autrement du droit international général, ou les règles qui, autrement, auraient pu être appliquées pour déterminer l'existence d'une violation. Un traité peut expressément renvoyer à d'autres règles. Il est fréquent toutefois que ce ne soit pas le cas et la question se pose alors de savoir si la disposition spéciale doit coexister avec la règle générale qui, en l'absence de cette disposition, s'appliquerait, ou si elle doit l'exclure.

2) L'article 55 prévoit que les articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où les conditions d'existence d'un fait internationalement illicite ou ses conséquences juridiques sont déterminées par des règles spéciales de droit international. Il atteste la maxime *lex specialis derogat legi generali*. Bien qu'il puisse fournir une importante indication, il ne constitue que l'une des plusieurs approches possibles pour déterminer si, parmi plusieurs règles potentiellement applicables, une doit primer, ou si ces règles ne font que coexister. Une autre approche consiste à donner la priorité, en la matière entre les parties, à la règle la plus récente⁸⁶².

⁸⁶² Voir Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331, art. 30, par. 3.

Dans certains cas, les conséquences qui résultent d'une violation d'une règle à laquelle il ne saurait être dérogé peuvent elles-mêmes revêtir un caractère impératif. Par exemple, les États ne peuvent pas, même par accord entre eux, prévoir des conséquences juridiques d'une violation de leurs obligations mutuelles qui autoriseraient des actes contraires à des normes impératives du droit international général. Ainsi, l'hypothèse qui sous-tend l'article 55 est que les règles spéciales en question ont au moins la même valeur juridique que celles qui sont énoncées dans les articles. Dès lors, l'article 55 montre bien que les articles sont d'application supplétive.

3) C'est en fonction de la règle spéciale que l'on établira la mesure dans laquelle les règles générales sur la responsabilité des États énoncées dans les présents articles sont supplantées par cette règle. Dans certains cas, il découlera clairement du texte du traité ou d'un autre texte que seules les conséquences qui y sont spécifiées s'appliqueront. Dans ces cas, la conséquence sera «déterminée» par la règle spéciale et le principe consacré à l'article 56 s'appliquera. Dans d'autres cas, seul un aspect du droit international général se trouvera modifié, les autres aspects demeurant applicables. Un exemple de la première hypothèse réside dans le Mémoire d'accord sur le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce, relatif à certaines voies de recours et de réparation⁸⁶³. L'article 41 de la Convention européenne des droits de l'homme⁸⁶⁴ fournit un exemple du deuxième cas de figure. Ces deux exemples visent des problèmes traités dans la deuxième partie des articles, mais les mêmes considérations s'appliquent à la première partie. Ainsi, un traité donné pourrait imposer des obligations à un État, mais définir «l'État» à cette fin d'une façon qui produirait des conséquences différentes de celles découlant normalement des règles d'attribution prévues au chapitre II de la première

⁸⁶³ Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1867, p. 3), Annexe 2, Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, notamment l'article 3, par. 7, qui ne prévoit l'octroi d'une compensation que «si le retrait immédiat de la mesure en cause est irréalisable, et qu'à titre temporaire en attendant le retrait de la mesure incompatible avec un accord visé». Aux fins de l'OMC, la «compensation» porte sur le comportement futur, et non passé (voir *ibid.*, art. 22) et comprend une forme de contre-mesure. Sur la distinction entre cessation et réparation dans le cadre de l'OMC, voir par exemple *Australie - Subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles*, Rapport du Groupe spécial, 21 janvier 2000, WT/DS126/RW, par. 6.49.

⁸⁶⁴ Voir le commentaire de l'article 32, par. 2).

partie⁸⁶⁵. Ou encore, un traité pourrait interdire à un État de s'appuyer sur la force majeure ou l'état de nécessité.

4) Pour que le principe de la *lex specialis* s'applique, il ne suffit pas que deux dispositions traitent du même sujet, il doit y avoir une véritable contradiction entre ces deux dispositions, ou l'on doit pouvoir à tout le moins discerner dans l'une de ces dispositions l'intention d'exclure l'autre. C'est donc essentiellement une affaire d'interprétation. Par exemple, dans l'affaire *Neumeister*, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que l'obligation spécifique faite à l'article 5, paragraphe 5, de la Convention européenne des droits de l'homme de donner réparation à toute victime d'une arrestation ou d'une détention arbitraire ne primait pas la disposition générale de l'article 50 relative à la satisfaction. De l'avis de la Cour, appliquer à l'article 5, paragraphe 5, le principe de la *lex specialis* aurait entraîné «des conséquences inconciliables avec le but et l'objet de la Convention⁸⁶⁶». Il suffisait, en appliquant l'article 50, de prendre en considération la disposition spécifique⁸⁶⁷.

⁸⁶⁵ Ainsi, l'article 1^{er} de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1465, p. 123, ne s'applique qu'à la torture commise «par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite». Ces critères sont probablement plus restreints que ceux qui déterminent l'attribution d'un comportement à l'État, énoncés au chapitre II de la première partie. Voir les clauses «fédérales», qui permettent à certaines unités constitutives d'un État d'être exclues du champ d'un traité ou qui limitent les obligations de l'État fédéral en ce qui concerne ces unités (par exemple la Convention de l'UNESCO pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1037, p. 151, art. 34).

⁸⁶⁶ *C.E.D.H., Série A, n° 17* (1974), p. 13, par. 29; voir aussi *ibid.*, p. 12 à 14, par. 28 à 31.

⁸⁶⁷ Voir aussi *Concessions Mavrommatis en Palestine, 1924, C.P.J.I., série A, n° 2*, p. 29 à 33; *Colleanu c. État allemand* (1929), *Recueil des tribunaux arbitraux mixtes*, vol. IX, p. 216; OMC, *Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements*, Rapport du Groupe spécial, 31 mai 1999, WT/DS34/R, par. 9.87 à 9.95; *Arbitrage du Canal de Beagle (Argentine c. Chili)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXI, p. 100 (1977), par. 39. Voir en outre C. W. Jenks, «The Conflict of Law-Making Treaties», *B.Y.I.L.*, vol. 30 (1953), p. 401; M. McDougal, H. Lasswell et J. Miller, *The Interpretation of International Agreements and World Public Order: Principles of Content and Procedure* (New Haven, New Haven Press, 1994), p. 200 à 206; P. Reuter, *Introduction au droit des traités* (3^e éd.) (Paris, Presses universitaires de France, 1995), par. 201.

- 5) L'article 55 a pour objet de traiter à la fois des formes «fortes» de la *lex specialis*, notamment de ce que l'on nomme souvent «régime se suffisant à lui-même», et de ses formes «faibles», telles que les dispositions spécifiques d'un instrument sur un point particulier, par exemple une disposition conventionnelle excluant expressément la restitution. La Cour permanente de justice internationale s'est référée à la notion de régime se suffisant à lui-même dans l'affaire du *Vapeur «Wimbledon»* en ce qui concerne les dispositions du Traité de Versailles régissant le passage par le canal de Kiel⁸⁶⁸, de même que la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire* en ce qui concerne les moyens de remédier à l'abus des privilèges diplomatiques et consulaires⁸⁶⁹.
- 6) Le principe énoncé à l'article 55 s'applique à l'ensemble des articles. Cela ressort clairement de son libellé («les conditions d'existence d'un fait internationalement illicite ou le contenu ou la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un État»), qui est conforme à la teneur de la première comme de la deuxième et de la troisième partie.

Article 56

Questions concernant la responsabilité de l'État non régies par les présents articles

Les règles de droit international applicables continuent de régir les questions concernant la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite dans la mesure où ces questions ne sont pas régies par les présents articles.

Commentaire

- 1) Les présents articles énoncent par codification et développement progressif les règles secondaires générales de la responsabilité des États. À ce titre, l'article 56 remplit deux fonctions. Premièrement, il préserve l'application des règles du droit international coutumier de la responsabilité des États dans les matières dont les articles ne traitent pas. Deuxièmement, il préserve d'autres règles concernant les effets de la violation d'une obligation internationale qui ne découlent pas du régime de la responsabilité des États mais relèvent du droit des traités ou

⁸⁶⁸ 1923, *C.P.J.I., série A, n° 1, p. 23 et 24.*

⁸⁶⁹ *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, C.I.J. Recueil 1980, p. 40, par. 86.* Voir le commentaire de l'article 50, par. 15); voir aussi B. Simma, «Self-Contained Regimes», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 16 (1985), p. 111.

d'autres domaines du droit international. Il complète le principe de la *lex specialis* énoncé à l'article 55. Comme l'article 55, il n'est pas limité aux conséquences juridiques de faits illicites mais s'applique à l'ensemble du régime de la responsabilité des États énoncé dans les articles.

2) En ce qui concerne la première de ces fonctions, les articles ne sont pas censés énumérer toutes les conséquences d'un fait internationalement illicite, même d'après le droit international positif, et n'ont nullement pour objet de faire obstacle à la poursuite du développement du droit de la responsabilité des États. Par exemple, le principe de droit exprimé dans la maxime *ex injuria jus non oritur* peut entraîner de nouvelles conséquences juridiques dans le domaine de la responsabilité⁸⁷⁰. À cet égard, l'article 56 fait pendant à l'alinéa du préambule de la Convention de Vienne sur le droit des traités affirmant que «les règles du droit international coutumier continueront à régir les questions non réglées dans les dispositions de la [...] Convention». Cependant, les questions relatives à la responsabilité des États ne sont pas seulement régies par le droit international coutumier mais également par certains traités; c'est pourquoi l'article 56 renvoie aux «règles de droit international applicables».

3) La deuxième fonction que remplit l'article 56 est de préciser que les présents articles ne concernent pas les conséquences juridiques de la violation d'une obligation internationale qui ne découlent pas du régime de la responsabilité des États, mais du droit des traités ou d'autres domaines juridiques. Parmi les exemples que l'on peut citer figure la nullité d'un traité dont la conclusion a été obtenue par un recours illicite à la force⁸⁷¹, l'interdiction d'exciper d'un changement fondamental de circonstances lorsque le changement en question résulte d'une

⁸⁷⁰ On pourrait citer un autre exemple, relatif à la question de la détermination de l'existence ou non d'une violation d'une obligation internationale, à savoir ce que l'on appelle le principe d'«application par approximation», formulé par Sir Hersch Lauterpacht dans l'affaire de l'*Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain*, C.I.J. Recueil 1956, p. 46. Dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour internationale de Justice a déclaré que «même si un tel principe existait, il ne pourrait par définition y être recouru que dans les limites du traité en cause»: *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, C.I.J. Recueil 1997, p. 53, par. 76. Voir en outre S. Rosenne, *Breach of Treaty* (Grotius, Cambridge, 1985), p. 96 à 101.

⁸⁷¹ Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331, art. 52.

violation, par l'État qui l'invoque, d'une obligation à l'égard de tout autre État partie⁸⁷², ou encore l'extinction de l'obligation internationale violée dans le cas d'une violation substantielle d'un traité bilatéral⁸⁷³.

Article 57

Responsabilité d'une organisation internationale

Les présents articles sont sans préjudice de toute question relative à la responsabilité d'après le droit international d'une organisation internationale ou d'un État pour le comportement d'une organisation internationale.

Commentaire

- 1) L'article 57 est une clause de sauvegarde qui écarte du champ des articles deux questions connexes. Il s'agit premièrement de toute question touchant la responsabilité d'organisations internationales et, deuxièmement, de toute question concernant la responsabilité de tout État pour le comportement d'une organisation internationale.
- 2) Conformément aux articles établis par la Commission sur d'autres sujets, l'expression «organisation internationale» s'entend d'une «organisation intergouvernementale⁸⁷⁴». Une telle organisation possède une personnalité juridique distincte en droit international⁸⁷⁵, et est responsable de ses propres actes, c'est-à-dire des actes qu'elle accomplit par le biais de ses propres organes ou fonctionnaires⁸⁷⁶. En revanche, lorsqu'un certain nombre d'États agissent

⁸⁷² Ibid., art. 62, par. 2 *b*.

⁸⁷³ Ibid., art. 60, par. 1.

⁸⁷⁴ Voir la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, 21 mars 1986, art. 2, par. 1 *i*.

⁸⁷⁵ La personnalité internationale de l'Organisation des Nations Unies est solidement établie par la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif concernant la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, C.I.J. Recueil 1949, p. 179.

⁸⁷⁶ Ainsi que la Cour internationale de Justice l'a fait observer, «la question de l'immunité de juridiction est distincte de celle de la réparation de tout préjudice subi du fait d'actes accomplis par l'Organisation des Nations Unies ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions officielles. L'Organisation peut [...] être amenée à supporter les conséquences dommageables de tels actes». *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, C.I.J. Recueil 1999, p. 88 et 89, par. 66.

ensemble par le truchement de leurs propres organes, distincts de ceux d'une organisation internationale, le comportement en cause est celui des États concernés, conformément aux principes énoncés au chapitre II de la première partie. En pareil cas, comme le confirme l'article 47, chaque État demeure responsable de son propre comportement.

3) Un État peut détacher des fonctionnaires auprès d'un autre État, en les mettant à la disposition de ce dernier pour qu'ils agissent sous sa direction et son contrôle. Il peut en aller de même entre une organisation internationale et un État. La première situation fait l'objet de l'article 6. En ce qui concerne la seconde, si un État détache des fonctionnaires auprès d'une organisation internationale afin qu'ils y agissent en tant qu'organes ou fonctionnaires de cette organisation, leur comportement est attribuable à l'organisation – et non à l'État d'envoi – et sort du champ des articles. Pour ce qui est de la situation inverse, il ne semble pas y avoir dans la pratique d'exemples convaincants d'organes d'organisations internationales qui aient été «mis à la disposition» d'un État au sens de l'article 6⁸⁷⁷, et point n'est besoin de prévoir expressément cette possibilité.

4) L'article 57 exclut également du champ des articles les questions relatives à la responsabilité de l'État pour les actes d'une organisation internationale, c'est-à-dire les cas dans lesquels l'organisation internationale est l'acteur et l'État est déclaré responsable du fait de son implication dans le comportement de l'organisation ou du fait de sa qualité de membre de celle-ci. Formellement, de telles questions pourraient entrer dans le champ des présents articles puisqu'elles concernent des problèmes de responsabilité des États semblables à ceux traités au chapitre IV de la première partie. Mais elles soulèvent des controverses de fond quant au

⁸⁷⁷ Voir *Annuaire ... 1974*, vol. II, p. 297 à 302. Le Haut-Commissaire de la Société des Nations à la Ville libre de Dantzig a été nommé par le Conseil de la Société des Nations et relevait de celui-ci; voir *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, 1932, C.P.J.I., série A/B, n° 44*, p. 4. Bien que le Haut-Commissaire exerçât des pouvoirs relativement à Dantzig, il est douteux qu'il ait été mis à la disposition de Dantzig au sens de l'article 6. De même, les attributions du Haut Représentant nommé conformément à l'annexe 10 de l'Accord-cadre général pour la paix en Bosnie-Herzégovine du 14 décembre 1995 ne sont pas claires. La Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine a estimé que le Haut Représentant avait un double rôle, celui d'agent international et celui de fonctionnaire agissant dans certaines circonstances en Bosnie-Herzégovine et pour le compte de celle-ci; à ce dernier égard, les actes du Haut Représentant sont soumis à un contrôle constitutionnel. Voir *Affaire U 9/100 concernant la loi sur le Service frontalier de l'État*, arrêt du 3 novembre 2000.

fonctionnement des organisations internationales et aux relations entre leurs membres, questions qu'il est plus judicieux de traiter dans le cadre du droit des organisations internationales⁸⁷⁸.

5) En revanche, l'article 57 n'exclut du champ des articles aucune question touchant la responsabilité d'un État au regard de son propre comportement, c'est-à-dire pour un comportement qui lui est attribuable en vertu du chapitre II de la première partie, et qui n'est pas le comportement d'un organe d'une organisation internationale. À cet égard, la portée de l'article 57 est restreinte. Il ne couvre que ce que l'on dénomme parfois «obligations dérivées» ou «secondaires» des États membres à l'égard des actes ou des dettes d'une organisation internationale⁸⁷⁹.

Article 58

Responsabilité individuelle

Les présents articles sont sans préjudice de toute question relative à la responsabilité individuelle d'après le droit international de toute personne qui agit pour le compte d'un État.

Commentaire

1) L'article 58 précise que les articles dans leur ensemble ne traitent d'aucune question relative à la responsabilité individuelle d'après le droit international de toute personne agissant

⁸⁷⁸ Cette branche du droit international a pris de l'importance à la suite de controverses qui ont porté, entre autres, sur le Conseil international de l'étain: *J. H. Rayner (Mincing Lane) Ltd. v. Department of Trade and Industry* [1990] 2 A.C. 418 (Angleterre, Chambre des Lords); affaire C-241/87 *Maclaine Watson & Co. Ltd. c. Conseil et Commission des Communautés européennes* [1990], C.E.R. I-1797 (Cour européenne de justice) et *Arab Organization for Industrialization [Westland Helicopters Ltd. v. Arab Organization for Industrialization (1985), I.L.R., vol. 80, p. 595* (décision arbitrale de la C.C.I.); *Arab Organization for Industrialization v. Westland Helicopters Ltd.* (1987), *I.L.R., vol. 80, p. 622* (Suisse, Cour suprême fédérale); *Westland Helicopters Ltd. v. Arab Organization for Industrialization* (1994), *I.L.R., vol. 108, p. 564* (Angleterre, *High Court*). Voir aussi *Whaite et Kennedy c. Allemagne, C.E.D.H. Recueil 1999-I, p. 393*.

⁸⁷⁹ Voir les travaux de l'Institut de droit international sous la direction de M^{me} R. Higgins: *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 66-I (1995), p. 251; vol. 66-II (1996), p. 444; P. Klein, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens* (Bruylant, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1998). Voir aussi OMC, *Turquie – Restrictions à l'importation de produits textiles et de vêtements*, Rapport du Groupe spécial, 31 mai 1999, WT/DS34/R, par. 9.33 à 9.44.

au nom d'un État. Il éclaircit un point que l'on pouvait en tout état de cause déduire du fait que les articles ne traitent que de questions relatives à la responsabilité des États.

2) Le principe selon lequel les individus, y compris les agents de l'État, peuvent être responsables d'après le droit international a été établi au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Il figurait dans la Charte de Londres de 1945 qui a institué le Tribunal de Nuremberg⁸⁸⁰ et a par la suite été entérinée par l'Assemblée générale⁸⁸¹. Il apparaît en filigrane dans l'évolution récente du droit pénal international, notamment les statuts des deux tribunaux ad hoc et le Statut de Rome de la Cour pénale internationale⁸⁸². Jusqu'à présent, ce principe s'est appliqué dans le domaine de la responsabilité pénale, mais il n'est pas exclu que des faits nouveaux puissent se produire dans celui de la responsabilité civile individuelle⁸⁸³. En tant que clause de sauvegarde, l'article 58 n'a pas pour objet d'exclure cette possibilité; c'est pourquoi l'expression de caractère général «responsabilité individuelle» a été retenue.

3) Dans le cas de crimes de droit international commis par des agents de l'État, il arrivera souvent que ce soit l'État lui-même qui soit responsable pour avoir commis les faits en cause ou pour ne pas les avoir empêchés ou réprimés. Dans certains cas, notamment celui de l'agression, l'État sera par définition impliqué. Mais même dans ces cas, la question de la responsabilité individuelle est en principe à distinguer de celle de la responsabilité des États⁸⁸⁴. L'État n'est pas

⁸⁸⁰ Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe, établissant le Statut du Tribunal militaire international, Londres, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 82, p. 279.

⁸⁸¹ Résolution 95 (I) de l'Assemblée générale en date du 11 décembre 1946. Voir aussi les Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal formulés par la Commission du droit international, *Annuaire ... 1950*, vol. II, p. 374.

⁸⁸² Voir le commentaire du chapitre III de la deuxième partie, par. 6).

⁸⁸³ Voir, par exemple, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1465, p. 123, art. 14, traitant de l'indemnisation des victimes de la torture.

⁸⁸⁴ Voir, par exemple, *Streletz, Kessler & Krenz c. Allemagne* (Requêtes n^{os} 34044/96, 35532/97 et 44801/98), Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 22 mars 2001, par. 104; («La RDA, si elle existait toujours, serait responsable des actions en cause du point de vue

exonéré de sa propre responsabilité pour le comportement internationalement illicite par le fait qu'il a poursuivi et puni les agents publics qui en sont les auteurs⁸⁸⁵. Ces agents ne peuvent pas non plus se retrancher derrière l'État s'agissant de leur propre responsabilité pour leur comportement contraire aux règles de droit international qui leur sont applicables. Le premier principe figure, par exemple, à l'article 25, paragraphe 4, du Statut de Rome, qui dispose: «Aucune disposition du présent Statut relative à la responsabilité pénale des individus n'affecte la responsabilité des États en droit international». Le second trouve son expression, par exemple, dans le principe bien établi selon lequel le fait pour un individu de jouir d'une qualité officielle ne le dégage pas de sa responsabilité pénale en droit international⁸⁸⁶.

4) L'article 58 rend compte de cette situation, précisant que les articles ne traitent pas de la question de la responsabilité individuelle en droit international de toute personne agissant au nom d'un État. L'expression «responsabilité individuelle» est revêtue d'une signification convenue à la lumière du Statut de Rome et d'autres instruments; elle désigne la responsabilité de personnes individuelles, y compris des agents de l'État, d'après certaines règles de droit international s'appliquant à des comportements tels que la commission d'un génocide, de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité.

Article 59

Charte des Nations Unies

Les présents articles sont sans préjudice de la Charte des Nations Unies.

du droit international. Reste à établir qu'à côté de cette responsabilité de l'État, il existait, à l'époque considérée, une responsabilité individuelle des requérants sur le plan pénal.»).

⁸⁸⁵ Le fait d'avoir poursuivi et puni les agents responsables peut être pertinent en matière de réparation, s'agissant notamment de satisfaction; voir le commentaire de l'article 36, par. 5).

⁸⁸⁶ Voir, par exemple, les Principes du droit international consacrés par le Statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal formulés par la Commission du droit international, principe III (*Annuaire ... 1950*, vol. II, p. 375); Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, A/CONF.183/9, art. 27.

Commentaire

1) Selon l'Article 103 de la Charte, «[e]n cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront». L'Article 103 est centré sur les obligations conventionnelles non compatibles avec les obligations découlant de la Charte. Mais de tels conflits peuvent avoir une incidence sur des questions régies par les articles, par exemple celles qui se sont posées dans les affaires *Lockerbie*⁸⁸⁷. Plus généralement, les organes compétents des Nations Unies ont souvent recommandé ou demandé qu'une indemnisation soit versée par suite du comportement d'un État décrit comme constituant une violation de ses obligations internationales, et l'Article 103 peut avoir un rôle à jouer en l'occurrence.

2) L'article 59 stipule en conséquence que les articles ne peuvent affecter la Charte des Nations Unies et sont sans préjudice de celle-ci. Les articles doivent à tous égards être interprétés conformément à la Charte des Nations Unies.

⁸⁸⁷ *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1992, p. 3; Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1992, p. 114.*

CHAPITRE V

RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE POUR LES CONSÉQUENCES PRÉJUDICIALES DÉCOULANT D'Activités QUI NE SONT PAS INTERDITES PAR LE DROIT INTERNATIONAL

A. Introduction

78. C'est à sa trentième session (1978) que la Commission avait inscrit à son programme de travail le sujet intitulé «Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables

découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international» et nommé M. Robert Q. Quentin-Baxter Rapporteur spécial⁸⁸⁸.

79. De sa trente-deuxième session (1980) à sa trente-sixième session (1984), la Commission avait reçu et examiné cinq rapports du Rapporteur spécial⁸⁸⁹, où celui-ci s'efforçait d'établir la base théorique de l'étude du sujet et proposait une ébauche de plan, ainsi que cinq projets d'articles. L'ébauche de plan était contenue dans le troisième rapport du Rapporteur spécial, soumis à la Commission à sa trente-quatrième session (1982). Les cinq projets d'articles étaient proposés dans le cinquième rapport du Rapporteur spécial, soumis à la Commission à sa trente-sixième session (1984). La Commission les avait examinés, mais n'avait pas pris de décision sur leur renvoi au Comité de rédaction.

80. À sa trente-sixième session (1984), la Commission était également saisie des réponses à un questionnaire que le Conseiller juridique de l'ONU avait envoyé en 1983 à 16 organisations internationales choisies à cet effet afin de déterminer, entre autres choses, dans quelle mesure les obligations que les États ont les uns envers les autres et dont ils s'acquittent en tant que membres des organisations internationales pouvaient correspondre ou suppléer à certaines procédures envisagées dans l'ébauche de plan⁸⁹⁰. Elle était saisie en outre d'un document du secrétariat intitulé «Étude de la pratique des États concernant la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international⁸⁹¹».

⁸⁸⁸ À cette session, la Commission avait créé un groupe de travail chargé d'examiner, à titre préliminaire, la portée et la nature du sujet. Pour le rapport du Groupe de travail, voir *Annuaire ... 1978*, vol. II (deuxième partie), p. 167 à 169.

⁸⁸⁹ Pour ces cinq rapports, voir:
Annuaire ... 1980, vol. II (première partie), p. 243, document A/CN.4/334 et Add.1 et 2;
Annuaire ... 1981, vol. II (première partie), p. 107, document A/CN.4/346 et Add.1 et 2;
Annuaire ... 1982, vol. II (première partie), p. 61, document A/CN.4/360;
Annuaire ... 1983, vol. II (première partie), p. 209, document A/CN.4/373;
Annuaire ... 1984, vol. II (première partie), p. 161, document A/CN.4/383 et Add.1.

⁸⁹⁰ *Annuaire ... 1984*, vol. II (première partie), p. 135, document A/CN.4/378.

⁸⁹¹ *Annuaire ... 1985*, vol. II (première partie), Additif, document A/CN.4/384. Voir aussi «Étude des régimes de responsabilité ayant trait au sujet "responsabilité internationale pour

81. À sa trente-septième session (1985), la Commission a nommé M. Julio Barboza Rapporteur spécial pour le sujet. De sa trente-septième session (1985) à sa quarante-huitième session (1996), elle a reçu 12 rapports du nouveau Rapporteur spécial⁸⁹².

82. À sa quarante-quatrième session (1992), la Commission a créé un groupe de travail qui était chargé d'examiner certaines questions d'ordre général touchant la portée et l'orientation des travaux futurs sur le sujet, ainsi que l'approche à adopter à cet égard⁸⁹³. Sur la base de la recommandation du Groupe de travail, la Commission a décidé, à sa 2282^e séance, le 8 juillet 1992, de poursuivre les travaux sur le sujet en procédant par étapes, à savoir: commencer par mener à bien les travaux sur la prévention du dommage transfrontière et passer ensuite aux mesures correctives⁸⁹⁴. Étant donné l'ambiguïté de l'intitulé anglais du sujet, la Commission a décidé de continuer de prendre comme hypothèse de travail que le sujet traitait des «activités» et de remettre à plus tard toute modification formelle du titre.

83. À sa quarante-huitième session (1996), la Commission a décidé de reconstituer le groupe de travail pour qu'il examine le sujet sous tous ses aspects, à la lumière des rapports du Rapporteur spécial et des débats tenus au cours des années à la Commission, et formule des recommandations à l'attention de celle-ci.

les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international»», *Annuaire ... 1995*, vol. II (première partie), document A/CN.4/471.

⁸⁹² Pour ces 12 rapports, voir:

Annuaire ... 1985, vol. II (première partie), p. 97, document A/CN.4/394;
Annuaire ... 1986, vol. II (première partie), p. 149, document A/CN.4/402;
Annuaire ... 1987, vol. II (première partie), p. 49, document A/CN.4/405;
Annuaire ... 1988, vol. II (première partie), p. 253, document A/CN.4/413;
Annuaire ... 1989, vol. II (première partie), p. 145, document A/CN.4/423;
Annuaire ... 1990, vol. II (première partie), p. 87, document A/CN.4/428;
Annuaire ... 1991, vol. II (première partie), p. 73, document A/CN.4/437;
Annuaire ... 1992, vol. II (première partie), p. 61, document A/CN.4/443;
Annuaire ... 1993, vol. II (première partie), document A/CN.4/450;
document A/CN.4/459; document A/CN.4/468 et document A/CN.4/475 et Add.1.

⁸⁹³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément n° 10 (A/47/10)*, p. 126 et 127.

⁸⁹⁴ Pour une recommandation détaillée de la Commission, voir *ibid.*, *cinquantième session, Supplément n° 10 (A/50/10)*, p. 209 et 210.

84. Le Groupe de travail a soumis un rapport⁸⁹⁵ qui brossait un tableau complet du sujet, en établissant une relation entre le principe de prévention et l'obligation d'accorder une indemnisation ou autre réparation et en présentant des articles assortis de commentaires.

85. À sa quarante-neuvième session (1997), la Commission a de nouveau constitué un groupe de travail en le chargeant d'examiner la manière dont elle devrait poursuivre ses travaux sur le sujet. Le Groupe de travail a analysé les travaux réalisés par la Commission sur le sujet depuis 1978. Il a noté que la portée et la teneur du sujet demeuraient floues, en raison, par exemple, de difficultés d'ordre conceptuel et théorique concernant l'intitulé et le rapport du sujet avec la «Responsabilité des États». Le Groupe de travail a noté également que la Commission avait abordé deux questions dans le cadre du sujet: la «prévention» et la «responsabilité internationale» (*international liability*). À son avis, ces deux questions, bien que liées entre elles, étaient distinctes l'une de l'autre. Le Groupe de travail est donc convenu que les questions de la prévention et de la responsabilité devraient être dorénavant traitées séparément.

86. La Commission a donc décidé de poursuivre ses travaux sur le sujet «Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international» en examinant d'abord la question de la prévention sous le sous-titre «Prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses»⁸⁹⁶. L'Assemblée générale a pris note de cette décision au paragraphe 7 de sa résolution 52/156.

87. À la même session, la Commission a nommé M. Pemmaraju Sreenivasa Rao Rapporteur spécial pour cette partie du sujet⁸⁹⁷.

88. À sa cinquantième session (1998), la Commission a reçu et examiné le premier rapport du Rapporteur spécial⁸⁹⁸ et a adopté en première lecture une série de 17 projets d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses.

⁸⁹⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 10 (A/51/10), annexe I.*

⁸⁹⁶ *Ibid., cinquante-deuxième session, Supplément n° 10 (A/52/10), par. 168.*

⁸⁹⁷ *Ibid.*

⁸⁹⁸ A/CN.4/487 et Add.1.

89. Conformément aux articles 16 et 21 de son statut, la Commission a communiqué, par l'entremise du Secrétaire général, les projets d'articles aux gouvernements pour qu'ils soumettent leurs commentaires et observations au Secrétaire général le 1^{er} janvier 2000 au plus tard.

90. À ses cinquante et unième (1999) et cinquante-deuxième (2000) sessions, la Commission a reçu et examiné les deuxième⁸⁹⁹ et troisième⁹⁰⁰ rapports du Rapporteur spécial. Elle était en outre saisie des commentaires et observations des gouvernements⁹⁰¹. À sa 2643^e séance, le 20 juillet 2000, la Commission a renvoyé le projet de préambule et les projets d'articles révisés au Comité de rédaction.

B. Examen du sujet à la présente session

91. À la présente session, le Comité de rédaction a examiné les projets d'articles que la Commission lui avait renvoyés l'an dernier. Le Président du Comité de rédaction a présenté son rapport (A/CN.4/L.601 et Corr. 1 (anglais seulement) et 2) à la 2675^e séance de la Commission, le 11 mai 2001. À la même séance, la Commission a examiné le rapport du Comité de rédaction et adopté le texte définitif d'un projet de préambule et une série de 19 projets d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses.

92. À ses 2697^e, 2698^e, 2699^e et 2700^e séances, du 27 juillet au 2 août 2001, la Commission a adopté les commentaires des projets d'articles susmentionnés.

93. Conformément à son statut, la Commission soumet le projet de préambule et le projet d'articles à l'Assemblée générale, accompagnés de la recommandation ci-après.

C. Recommandation de la Commission

94. À sa 2701^e séance, le 3 août 2001, la Commission a décidé, conformément à l'article 23 de son Statut, de recommander à l'Assemblée générale l'élaboration d'une convention par

⁸⁹⁹ A/CN.4/501.

⁹⁰⁰ A/CN.4/510.

⁹⁰¹ A/CN.4/509 et A/CN.4/516, ce dernier document paru en 2001.

l'Assemblée sur la base du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses.

D. Hommage au Rapporteur spécial, M. Pemmaraju Sreenivasa Rao

95. À sa 2701^e séance, le 3 août 2001, la Commission, après avoir adopté le texte du projet de préambule et du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, a adopté la résolution suivant par acclamation:

«La Commission du droit international,

Ayant adopté le projet de préambule et le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses,

Exprime à M. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Rapporteur spécial, sa profonde gratitude et ses chaleureuses félicitations pour la contribution exceptionnelle qu'il a apportée à l'élaboration du projet de préambule et du projet d'articles par son dévouement et ses efforts inlassables, et pour les résultats qu'il a obtenus dans l'élaboration du projet de préambule et du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses.»

96. La Commission a aussi exprimé sa profonde gratitude aux précédents Rapporteurs spéciaux, M. Robert Q. Quentin-Baxter et M. Julio Barboza, pour leur contribution exceptionnelle aux travaux sur le sujet.

E. Texte du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses

1. Texte du projet d'articles

97. Le texte du projet de préambule et du projet d'articles adoptés par la Commission à sa cinquante-troisième session est reproduit ci-après:

PRÉVENTION DES DOMMAGES TRANSFRONTIÈRES RÉSULTANT D'ACTIVITÉS DANGEREUSES

Les États parties,

Ayant à l'esprit l'alinéa a du paragraphe 1 de l'Article 13 de la Charte des Nations Unies, qui dispose que l'Assemblée générale provoque des études et fait des recommandations en vue d'encourager le développement progressif du droit international et sa codification,

Tenant compte du principe de la souveraineté permanente des États sur les ressources naturelles situées sur leur territoire ou relevant à un autre titre de leur juridiction ou de leur contrôle,

Tenant compte également du fait que la liberté dont jouissent les États de conduire ou d'autoriser que soient conduites des activités sur leur territoire ou en d'autres lieux placés sous leur juridiction ou sous leur contrôle n'est pas illimitée,

Rappelant la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement du 13 juin 1992,

Conscients qu'il importe de promouvoir la coopération internationale,

Sont convenus de ce qui suit:

Article premier

Champ d'application

Les présents articles s'appliquent aux activités non interdites par le droit international qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif de par leurs conséquences physiques.

Article 2

Termes employés

Aux fins des présents articles:

a) L'expression «risque de causer un dommage transfrontière significatif» recouvre les risques dont il est fort probable qu'ils causeront un dommage transfrontière significatif et ceux dont il est peu probable qu'ils causeront des dommages transfrontières catastrophiques;

b) Le terme «dommage» s'entend du dommage causé aux personnes, aux biens ou à l'environnement;

c) Le terme «dommage transfrontière» désigne le dommage causé sur le territoire ou en d'autres lieux placés sous la juridiction ou le contrôle d'un État autre que l'État d'origine, que les États concernés aient ou non une frontière commune;

d) Le terme «État d'origine» désigne l'État sur le territoire ou sous la juridiction ou le contrôle duquel sont prévues ou s'exercent les activités visées à l'article premier;

e) Le terme «État susceptible d'être affecté» désigne l'État ou les États sur le territoire duquel ou desquels le dommage transfrontière significatif risque de se produire ou qui exerce ou exercent une juridiction ou un contrôle sur tout autre lieu où un tel risque existe;

f) Le terme «États intéressés» désigne l'État d'origine et les États susceptibles d'être affectés.

Article 3

Prévention

L'État d'origine prend toutes les mesures appropriées pour prévenir les dommages transfrontières significatifs ou en tout état de cause pour en réduire le risque au minimum.

Article 4

Coopération

Les États intéressés coopèrent de bonne foi et au besoin cherchent à obtenir l'assistance d'une ou de plusieurs organisations internationales compétentes pour prévenir un dommage transfrontière significatif ou en tout état de cause pour en réduire le risque au minimum.

Article 5

Mise en œuvre

Les États intéressés prennent les mesures législatives, administratives et autres, y compris la mise en place d'un mécanisme de surveillance approprié, nécessaires pour mettre en œuvre les dispositions des présents articles.

Article 6

Autorisation

1. L'autorisation préalable de l'État d'origine est requise pour:
 - a) Toute activité entrant dans le champ d'application des présents articles qui est menée sur le territoire d'un État ou à un autre titre sous sa juridiction ou son contrôle;
 - b) Toute modification substantielle d'une activité visée à l'alinéa a;
 - c) Tout cas où il est envisagé d'introduire dans une activité une modification qui risque de la transformer en une activité entrant dans le champ d'application des présents articles.
2. L'exigence de l'autorisation instituée par un État est rendue applicable à toutes les activités déjà en cours entrant dans le champ d'application des présents articles. Les autorisations déjà données par un État pour la conduite d'activités déjà engagées doivent être réexaminées en vue de leur mise en conformité avec les dispositions des présents articles.
3. Dans le cas où les conditions attachées à l'autorisation ne sont pas respectées, l'État d'origine prend les mesures appropriées, y compris, au besoin, le retrait de l'autorisation.

Article 7

Évaluation du risque

Toute décision relative à l'autorisation d'une activité entrant dans le champ d'application des présents articles, repose, en particulier, sur une évaluation du dommage transfrontière possible du fait de cette activité, dont une évaluation de l'impact sur l'environnement.

Article 8

Notification et information

1. Si l'évaluation visée à l'article 7 fait apparaître un risque de dommage transfrontière significatif, l'État d'origine donne en temps utile notification du risque et de l'évaluation à l'État susceptible d'être affecté et lui communique les informations techniques et toutes autres informations pertinentes disponibles sur lesquelles l'évaluation est fondée.
2. L'État d'origine ne prend aucune décision sur l'autorisation de l'activité avant d'avoir reçu, dans un délai n'excédant pas six mois, la réponse de l'État susceptible d'être affecté.

Article 9

Consultations sur les mesures préventives

1. Les États intéressés engagent des consultations, à la demande de l'un quelconque d'entre eux, en vue de parvenir à des solutions acceptables concernant les mesures à adopter pour prévenir un dommage transfrontière significatif ou en tout cas en réduire le risque au minimum. Les États intéressés fixent ensemble un délai raisonnable pour la tenue de ces consultations, au moment où ils les engagent.
2. Les États intéressés recherchent des solutions fondées sur un juste équilibre des intérêts, à la lumière de l'article 10.
3. Si les consultations visées au paragraphe 1 ne permettent pas d'aboutir à une solution concertée, l'État d'origine tient néanmoins compte des intérêts de l'État susceptible d'être affecté s'il décide d'autoriser la poursuite de l'activité, sans préjudice des droits de tout État susceptible d'être affecté.

Article 10

Facteurs d'un juste équilibre des intérêts

Pour parvenir à un juste équilibre des intérêts selon les termes du paragraphe 2 de l'article 9, les États intéressés prennent en considération tous les facteurs et circonstances pertinents, notamment:

- a)* Le degré de risque d'un dommage transfrontière significatif et la mesure dans laquelle il existe des moyens de prévenir ce dommage ou d'en réduire le risque au minimum ou de le réparer;
- b)* L'importance de l'activité, compte tenu des avantages globaux d'ordre social, économique et technique qui en découlent pour l'État d'origine par rapport au dommage qui peut en résulter pour l'État susceptible d'être affecté;
- c)* Le risque de dommage significatif pour l'environnement et la mesure dans laquelle il existe des moyens de prévenir ce dommage ou d'en réduire le risque au minimum, et de réhabiliter l'environnement;
- d)* La mesure dans laquelle l'État d'origine et, le cas échéant, l'État susceptible d'être affecté sont prêts à assumer une partie du coût de la prévention;
- e)* La viabilité économique de l'activité, compte tenu du coût de la prévention et de la possibilité de mener l'activité ailleurs ou par d'autres moyens ou encore de la remplacer par une autre activité;
- f)* Les normes de prévention appliquées à la même activité ou à des activités comparables par l'État susceptible d'être affecté et celles qui sont appliquées à des activités comparables au niveau régional ou international.

Article 11

Procédures en cas d'absence de notification

1. Si un État a des motifs raisonnables de penser qu'une activité projetée ou menée dans l'État d'origine risque de lui causer un dommage transfrontière significatif, il peut demander à celui-ci d'appliquer les dispositions de l'article 8. La demande doit être accompagnée d'un exposé documenté qui en explique les raisons.
2. Si l'État d'origine conclut néanmoins qu'il n'est pas tenu de donner notification en vertu de l'article 8, il en informe l'État requérant dans un délai raisonnable en lui adressant un exposé documenté expliquant les raisons de sa conclusion. Si ce dernier n'est pas satisfait de la conclusion, les deux États, à sa demande, engagent promptement des consultations de la manière indiquée à l'article 9.
3. Au cours des consultations, l'État d'origine, si l'autre État le lui demande, fait en sorte de prendre des mesures appropriées et applicables pour réduire au minimum le risque de l'activité en question et, le cas échéant, pour suspendre celle-ci pendant une période raisonnable.

Article 12

Échange d'informations

Pendant le déroulement de l'activité, les États intéressés échangent en temps voulu toutes les informations disponibles la concernant qui sont utiles pour prévenir un dommage transfrontière significatif ou, en tout cas, pour en réduire le risque au minimum. L'échange d'informations se poursuit tant que les États intéressés le jugent bon, même après qu'il a été mis fin à l'activité.

Article 13

Information du public

Les États intéressés fournissent, par les moyens appropriés, au public susceptible d'être affecté par une activité relevant des présents articles des informations pertinentes sur l'activité, le risque qu'elle comporte et le dommage qui peut en résulter, et ils s'informent de son opinion.

Article 14

Sécurité nationale et secrets industriels

L'État d'origine n'est pas tenu de communiquer des données et informations qui sont vitales pour sa sécurité nationale ou pour la protection de ses secrets industriels ou de ses droits de propriété intellectuelle, mais il coopère de bonne foi avec l'État susceptible d'être affecté pour fournir autant d'informations que les circonstances le permettent.

Article 15

Non-discrimination

À moins que les États intéressés n'en soient convenus autrement pour protéger les intérêts des personnes, physiques ou morales, qui peuvent être ou sont exposées au risque d'un dommage transfrontière significatif résultant d'une activité entrant dans le champ d'application des présents articles, un État ne fait pas de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu où le préjudice pourrait survenir dans l'octroi auxdites personnes, conformément à son système juridique, de l'accès à des procédures judiciaires ou autres pour demander protection ou à d'autres recours appropriés.

Article 16

Préparation aux situations d'urgence

L'État d'origine établit des plans d'action en cas de situation d'urgence en coopération, le cas échéant, avec l'État susceptible d'être affecté et avec les organisations internationales compétentes.

Article 17

Notification d'une situation d'urgence

L'État d'origine notifie, sans tarder et en utilisant les moyens les plus rapides dont il dispose, à l'État susceptible d'être affecté une situation d'urgence concernant une activité entrant dans le champ d'application des présents articles et lui communique toutes les informations pertinentes en sa possession.

Article 18

Relations avec d'autres règles du droit international

Les présents articles sont sans préjudice de toute obligation dont les États peuvent être tenus en vertu des traités ou des règles du droit international coutumier applicables.

Article 19

Règlement des différends

1. Tout différend concernant l'interprétation ou l'application des présents articles est résolu dans les meilleurs délais par des moyens pacifiques choisis d'un commun accord entre les parties au différend, comprenant notamment les négociations, la médiation, la conciliation, l'arbitrage ou le règlement judiciaire.
2. À défaut d'accord sur les moyens de règlement pacifique du différend au terme d'un délai de six mois, les parties au différend constituent, à la demande de l'une quelconque d'entre elles, une commission d'enquête impartiale.

3. La Commission d'enquête est composée d'un membre désigné par chacune des parties au différend plus un membre n'ayant la nationalité d'aucune desdites parties, choisi par les deux autres, qui fait fonction de président.
4. Si l'une des parties au différend est constituée par plusieurs États et si ces États ne parviennent pas à s'entendre sur la désignation d'un membre commun de la Commission et que chacun d'eux désigne un membre, l'autre partie au différend a le droit de désigner un nombre égal de membres de la Commission.
5. Si les membres désignés par les parties au différend ne parviennent pas à s'entendre sur un président dans un délai de trois mois à compter de la demande d'établissement de la Commission, toute partie au différend peut demander au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies de désigner le Président, lequel n'aura la nationalité d'aucune desdites parties. Si l'une des parties au différend ne procède pas à la désignation d'un membre dans un délai de trois mois à compter de la demande initiale faite conformément au paragraphe 2, toute autre partie au différend peut demander au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies de désigner une personne n'ayant la nationalité d'aucune des parties au différend. La personne ainsi désignée sera le membre unique de la Commission.
6. La Commission adopte son rapport à la majorité de ses membres, sauf si elle n'en compte qu'un seul, et soumet ce rapport aux parties au différend en y énonçant ses conclusions et recommandations que lesdites parties examinent de bonne foi.

2. Texte du projet d'articles et commentaires y relatifs

98. Le texte des articles adoptés par la Commission à sa cinquante-troisième session et les commentaires y relatifs sont reproduits ci-après:

PRÉVENTION DES DOMMAGES TRANSFRONTIÈRES RÉSULTANT D'ACTIVITÉS DANGEREUSES

Commentaire général

- 1) Le projet d'articles traite de la notion de prévention dans le contexte de l'autorisation et de la réglementation des activités dangereuses qui comportent un risque important de causer un dommage transfrontière. Entendue en ce sens, en tant que procédure ou qu'obligation, la prévention intervient avant qu'ait effectivement été causé un préjudice ou un dommage qui exigerait des États concernés qu'ils demandent des mesures correctives ou une indemnisation, qui soulèvent fréquemment des questions de responsabilité.
- 2) La notion de prévention a acquis une grande importance et une grande actualité. L'accent mis sur l'obligation de prévenir par opposition à l'obligation de réparer, de corriger ou d'indemniser

comporte plusieurs aspects importants. La prévention doit être privilégiée parce qu'en cas de dommage les indemnités ne permettent bien souvent pas de rétablir la situation qui existait avant l'événement ou l'accident. Il est d'autant plus nécessaire de s'acquitter du devoir de prévention ou de diligence que l'on connaît de mieux en mieux le déroulement des activités dangereuses, les matières utilisées et les processus de gestion et les risques encourus. Du point de vue juridique, le fait de mieux comprendre le lien de causalité, c'est-à-dire le lien physique entre la cause (l'activité) et l'effet (le dommage), même lorsque divers facteurs interviennent dans l'enchaînement, impose également aux exploitants qui mènent des activités dangereuses de prendre toutes les mesures nécessaires pour prévenir les dommages. Quoi qu'il en soit, et par principe, mieux vaut prévenir que guérir.

3) Le devoir de prévenir des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses a été expressément consacré dans le Principe 2 de la Déclaration de Rio⁹⁰² et confirmé par la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif du 8 juillet 1996 sur la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*⁹⁰³ comme faisant maintenant partie du *corpus* du droit international.

4) C'est donc à juste titre que le Groupe d'experts sur le droit de l'environnement de la Commission mondiale de l'environnement et du développement a insisté sur le problème de la prévention. L'article 10 qu'il a recommandé en ce qui concerne les ressources naturelles transfrontières et les interférences environnementales se lit comme suit: «Sans préjudice des principes énoncés aux articles 11 et 12, les États empêchent ou réduisent toute interférence environnementale transfrontière ou tout risque significatif qu'une telle interférence cause un dommage substantiel – c'est-à-dire un dommage qui n'est ni mineur ni insignifiant⁹⁰⁴». Il convient en outre de noter que

⁹⁰² *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.I.8 et rectificatifs), vol. I: *Résolutions adoptées par la Conférence*, résolution 1, annexe I.

⁹⁰³ Avis consultatif du 8 juillet 1996, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 15, par. 29; voir aussi A/51/218, annexe.

⁹⁰⁴ *Environmental Protection and Sustainable Development – Legal Principles and Recommendations*, adopté par le Groupe d'experts du droit de l'environnement de la Commission mondiale de l'environnement et du développement (Graham et Trotman/Martinus Nijhoff, 1986), p. 75. On a également noté que le devoir de ne pas causer de dommage substantiel pouvait être déduit de la pratique non conventionnelle des États et des déclarations qu'ils font, à titre individuel

le principe bien établi de prévention a été invoqué dans la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* et réitéré non seulement dans le Principe 21 de la Déclaration de Stockholm⁹⁰⁵ et le Principe 2 de la Déclaration de Rio mais aussi dans la résolution 2995 (XXVII) de l'Assemblée générale, en date du 15 décembre 1972, sur la coopération entre les États dans le domaine de l'environnement. Ce principe est également reflété dans le Principe 3 du projet de principes établi en 1978 sur la conduite dans le domaine de l'environnement pour l'orientation des États en matière de conservation et d'utilisation harmonieuse des ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs États, selon lequel il est nécessaire que «chaque État fasse en sorte que, au-delà des limites de sa juridiction, de façon à protéger l'environnement, soient évités au maximum possible et réduits au minimum possible lors de l'utilisation d'une ressource naturelle partagée, les effets nuisibles à l'environnement dans le cas où l'utilisation est susceptible, en particulier: a) de causer un dommage à l'environnement pouvant avoir des répercussions sur l'utilisation de cette ressource par un autre État partageant ladite ressource; b) de compromettre la conservation d'une ressource renouvelable partagée; c) de mettre en péril la santé de la population d'un autre État⁹⁰⁶».

5) L'importance du principe de la prévention des dommages transfrontières à l'environnement, aux personnes et aux biens est consacrée par de nombreux traités multilatéraux concernant la protection de l'environnement, les accidents nucléaires, les objets spatiaux, les cours d'eau internationaux, la gestion des déchets dangereux et la prévention de la pollution des mers⁹⁰⁷.

ou à titre collectif. Voir J. G. Lammers, *Pollution of International Watercourses* (La Haye, Martinus Nijhoff, 1984), p. 346 et 347 et p. 374 à 376.

⁹⁰⁵ *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-6 juin 1972* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.73.II.A.14).

⁹⁰⁶ Décision 6/14 du Conseil d'administration du Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) du 19 mai 1978, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-troisième session, Supplément n° 25 (A/33/25)*, annexé. Pour l'indication d'autres sources mentionnant le principe de prévention, voir *Environmental Protection and Sustainable Development – Legal Principles and Recommendations* (note 904 ci-dessus), p. 75 à 80.

⁹⁰⁷ Pour une série de traités classés selon le domaine ou le secteur de l'environnement concerné et la protection qu'ils offrent contre des menaces particulières, voir E. Brown Weiss, D. B. Magraw et P. C. Szasz, *International Environmental Law: Basic Instruments and References* (Transnational Pubs. Inc., 1992); P. Sands, *Principles of International Environmental Law*, vol. 1 (Frameworks, Standards and Implementation), (Manchester Press, 1995); L. Boisson de Chazournes, R. Desgagné et C. Romano (dir. publ.), *Protection internationale de l'environnement, Recueil*

PRÉVENTION DES DOMMAGES TRANSFRONTIÈRES RÉSULTANT D'ACTIVITÉS DANGEREUSES

Préambule

Les États parties,

Ayant à l'esprit l'alinéa a du paragraphe 1 de l'Article 13 de la Charte des Nations Unies, qui dispose que l'Assemblée générale provoque des études et fait des recommandations en vue d'encourager le développement progressif du droit international et sa codification,

Tenant compte du principe de la souveraineté permanente des États sur les ressources naturelles situées sur leur territoire ou relevant à un autre titre de leur juridiction ou de leur contrôle,

Tenant compte également du fait que la liberté dont jouissent les États de conduire ou d'autoriser que soient conduites des activités sur leur territoire ou en d'autres lieux placés sous leur juridiction ou sous leur contrôle n'est pas illimitée,

Rappelant la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement du 13 juin 1992,

Conscients qu'il importe de promouvoir la coopération internationale,

Sont convenus de ce qui suit:

Commentaire

1) Le préambule définit le cadre général dans lequel le sujet de la prévention est traité, compte tenu de la mission de codification et de développement du droit international qui est celle de la Commission. Les activités envisagées dans le cadre du sujet de la prévention exigent des États qu'ils coopèrent et tiennent compte de leurs intérêts mutuels. Les États sont libres

d'instruments juridiques, Paris, Pedone, 1998; C. Dommen et Ph. Cullet, Droit international de l'environnement, Textes de base et références (Kluwer, 1998); M. Prieur, St. Doumbe-Bille (dir. publ.), Recueil francophone des instruments internationaux de protection de l'environnement, AUPELF/EDICEF, 1998; A. Boyle et D. Freestone (dir. publ.), International Law and Sustainable Development; Past Achievements and Future Challenges (Oxford University Press, 1999); F. L. Morrison et R. Wolfrum (dir. publ.), International, Regional and National Environmental Law (Kluwer Law International, 2000); P. W. Birnie et A. Boyle, International Law and the Environment (Oxford University Press, 2002) (à paraître) deuxième édition.

d'élaborer les politiques nécessaires au développement de leurs ressources naturelles et de mener ou d'autoriser des activités pour répondre aux besoins de leurs populations. Toutefois, ce faisant, ils doivent veiller à ce que ces activités soient menées en tenant compte des intérêts des autres États, et la liberté dont ils jouissent dans leur propre juridiction n'est donc pas sans limites.

2) La prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses doit aussi être envisagée à la lumière des principes généraux figurant dans la Déclaration de Rio et d'autres considérations qui mettent l'accent sur la relation étroite entre les questions d'environnement et de développement. Un renvoi d'ordre général, au quatrième alinéa du préambule, à la Déclaration de Rio indique l'importance du caractère interactif de tous les principes qui figurent dans cette déclaration. Ceci n'exclut pas que l'on puisse le cas échéant mettre l'accent sur certains principes particuliers de la Déclaration de Rio dans les commentaires des divers articles.

Article premier

Champ d'application

Les présents projets d'articles s'appliquent aux activités non interdites par le droit international qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif de par leurs conséquences physiques.

Commentaire

1) L'article premier limite le champ d'application des articles aux activités qui ne sont pas interdites par le droit international et qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif de par leurs conséquences physiques. L'alinéa *d* de l'article 2 limite en outre le champ d'application des articles aux activités qui s'exercent sur le territoire ou à un autre titre sous la juridiction ou le contrôle d'un État.

2) Toute activité qui comporte un risque de causer un dommage transfrontière significatif de par ses conséquences physiques entre dans le champ d'application des articles. Différents types d'activités peuvent être envisagés dans cette catégorie. Comme l'indique le titre des articles proposés, toute activité dangereuse et, partant, toute activité extrêmement dangereuse qui comporte un risque de causer un dommage transfrontière significatif est visée. Par activité extrêmement dangereuse on entend une activité comportant un risque qui ne se matérialisera

que rarement mais qui peut, lorsque c'est exceptionnellement le cas, revêtir des proportions graves (plus que significatives, sérieuses ou substantielles).

3) À différents stades de la genèse des articles, on a proposé de faire figurer en annexe une liste d'activités qui pourrait être complétée ou modifiée à l'avenir, selon qu'il conviendrait. On pouvait aussi donner aux États la possibilité d'ajouter des activités à la liste ou d'en supprimer lorsqu'ils l'incorporeraient dans une loi nationale destinée à donner effet aux obligations de prévention.

4) On peut néanmoins estimer qu'annexer une liste d'activités aux articles n'est pas sans poser de problème et n'est pas fonctionnellement essentiel. Une telle liste risque en effet d'être incomplète et de devenir obsolète du fait de la rapidité de l'évolution technologique. De plus, si l'on excepte certaines activités extrêmement dangereuses qui sont la plupart du temps l'objet d'une réglementation particulière, par exemple dans le domaine nucléaire ou dans le contexte de l'espace, le risque qui découle d'une activité est essentiellement fonction de l'application particulière qui en est faite ainsi que du contexte spécifique dans lequel elle est menée et de la manière dont elle s'exerce. Une liste générale ne saurait capter ces éléments.

5) On notera en outre qu'il est toujours loisible aux États d'indiquer que telle ou telle activité relève du champ d'application du présent projet d'articles dans des accords régionaux ou bilatéraux ou dans leur législation nationale réglementant les activités en question et donnant effet à leurs obligations de prévention⁹⁰⁸. Quoi qu'il en soit, le champ d'application du projet d'articles est défini par les quatre critères énoncés dans l'article premier.

⁹⁰⁸ Par exemple, diverses conventions définissent le type d'activités relevant de leur champ d'application: la Convention pour la prévention de la pollution marine d'origine tellurique, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1546, p. 103; le Protocole à la Convention pour la protection de la mer Méditerranée contre la pollution, *ibid.*; la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution chimique, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1124, p. 375; l'appendice I de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (E/ECE/1250), où un certain nombre d'activités telles que celles des raffineries de pétrole, centrales thermiques, installations destinées à la production ou à l'enrichissement de combustible nucléaire, etc., sont identifiées comme pouvant être dangereuses pour l'environnement et exigeant une évaluation de l'impact sur l'environnement en vertu de la Convention; la Convention de 1992 pour la protection du milieu marin dans la zone de la mer Baltique, [OMI 1] LDC.2/Circ.303; la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels (document ENVWA/R.54 et Add.1); l'annexe II de la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement,

6) Le *premier critère* utilisé pour définir le champ d'application du projets d'articles vise les «activités qui ne sont pas interdites par le droit international». Cette approche a été adoptée pour distinguer le sujet de la responsabilité (*liability*) internationale du sujet de la responsabilité (*responsibility*) des États⁹⁰⁹. L'utilisation de ce critère vise aussi à permettre à un État susceptible d'être affecté par une activité comportant un risque de causer un dommage transfrontière significatif d'exiger de l'État d'origine qu'il exécute ses obligations de prévention, bien que l'activité elle-même ne soit pas interdite. En outre, le fait pour un État susceptible d'être affecté d'invoquer ces articles ne lui interdit pas, ultérieurement, d'affirmer que l'activité en question est une activité interdite. De même, la non-exécution de l'obligation de prévention ou, à tout le moins, de la réduction du risque au minimum en vertu des articles ne saurait impliquer que l'activité elle-même est interdite⁹¹⁰. Toutefois, dans un tel cas, la responsabilité de l'État peut être engagée pour obtenir l'exécution des obligations, notamment la responsabilité civile ou l'obligation de l'exploitant⁹¹¹. Les articles sont principalement axés sur la gestion du risque et soulignent

(*Série des Traités européens, n° 150*), où des activités telles que celles d'installations ou de sites destinés à l'élimination totale ou partielle de déchets solides, liquides ou gazeux par incinération au sol ou en mer, d'installations ou de sites destinés à la dégradation thermique de déchets solides, gazeux ou liquides au moyen d'une alimentation réduite en oxygène, etc., ont été identifiées comme étant des activités dangereuses. L'annexe I de cette convention contient aussi une liste de substances dangereuses.

⁹⁰⁹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-deuxième session, Supplément n° 10 (A/32/10)*, par. 17.

⁹¹⁰ Voir M. B. Akehurst «International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts not Prohibited by International Law», *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 16 (1985), p. 3 à 16; Alan E. Boyle, «State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law: A necessary distinction?», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39 (1990), p. 1 à 25; Karl Zemanek, «State Responsibility and Liability» in W. Lang, H. Neuhold, K. Zemanek (dir. publ.), *Environmental Protection and International Law* (1991), p. 197; P. S. Rao, Deuxième rapport sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, document A/CN.4/501, par. 35 à 37.

⁹¹¹ Voir P. M. Dupuy, *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, Paris, Pedone, 1977, p. 319; I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, Part I (1983), p. 50; A. Rosas, «State Responsibility and Liability under Civil Liability Regimes», in O. Bring et Said Mahmoudi (dir. publ.), *Current International Law Issues: Nordic Perspectives (Essays in honour of Jerzy Sztucki)*, (M. Nijoff, Boston, 1994); et Fouad Bitar, «Les mouvements transfrontaliers de déchets dangereux selon la Convention de Bâle», *Étude des régimes de responsabilité* (Paris, Pedone, 1997), p. 79 à 137. Toutefois,

l'obligation pour tous les États concernés de coopérer et de se consulter. Les États susceptibles d'être affectés se voient conférer le droit de s'associer à l'État d'origine s'agissant de concevoir et, le cas échéant, de mettre en œuvre un système de gestion du risque que ces États partagent ou ont en commun. Le droit ainsi envisagé en faveur des États susceptibles d'être affectés ne leur donne toutefois pas le droit d'interdire l'activité ou le projet lui-même⁹¹².

7) Le deuxième critère qu'on trouve dans la définition de l'État d'origine à l'alinéa d de l'article 2 est que les activités auxquelles les mesures préventives s'appliquent sont prévues ou s'exercent «sur le territoire ou sous la juridiction ou le contrôle» d'un État. Il fait appel à trois notions, «territoire», «juridiction» et «contrôle». Bien que la formule «la juridiction ou le contrôle d'un État» soit plus courante si l'on en juge par un certain nombre d'instruments⁹¹³, la Commission juge utile de mentionner aussi la notion de «territoire» en vue d'insister sur l'importance du lien territorial, lorsqu'un tel lien existe, entre les activités visées par les présents articles et un État.

8) Aux fins des présents articles, la *juridiction territoriale* est le critère dominant. En conséquence, lorsqu'une activité visée pour les présents articles s'exerce sur le *territoire* d'un État, cet État doit s'acquitter des *obligations de prévention*. Le «territoire» est donc

les normes concernant l'obligation de réparer, la charge de la preuve et les recours sont différents selon qu'il s'agit de la responsabilité (*responsibility*) des États ou de la responsabilité (*liability*) internationale. Voir aussi P. M. Dupuy, «Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle?», in *Revue générale de droit international public* (1997-4), p. 873 à 903; Teresa A. Berwick, «Responsibility and Liability for Environmental Damage: A Roadmap for International Environmental Regimes», *Georgetown International Environmental Review* (1998), p. 257 à 267; et «À propos des mésaventures de la responsabilité internationale des États dans ses rapports avec la protection internationale de l'environnement», in *Les Hommes et l'environnement*, en hommage à Alexandre Kiss (Paris, Frison-Roche, 1998) (voir note 948 ci après).

⁹¹² Sur la nature de l'obligation de s'engager et la réalisation d'un équilibre entre les intérêts en cause, voir P. S. Rao, Premier rapport sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, A/CN.4/487, par. 43, 44, 54 et 55 d).

⁹¹³ Voir par exemple le Principe 21 de la Déclaration de Stockholm (voir note 905 ci-dessus); la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, *Documents officiels de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer*, vol. XVII (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.84.V.3), document A/CONF.62/122, art. 194, par. 2; le Principe 2 de la Déclaration de Rio (voir note 902 ci-dessus) et l'article 3 de la Convention sur la diversité biologique (document UNEP/Bio.Div/N7-INC.5/4).

considéré comme une preuve déterminante de la juridiction. Ainsi, lorsque des juridictions sont en concurrence en ce qui concerne une activité relevant des présents articles, c'est la juridiction reposant sur le territoire qui l'emporte. Néanmoins, la Commission n'ignore pas que dans certaines situations un État peut devoir, en vertu du droit international, admettre des limitations à sa juridiction territoriale au profit d'un autre État. Le meilleur exemple d'une telle situation est celui du passage inoffensif d'un navire étranger dans la mer territoriale. Dans de telles situations, si l'activité entraînant un dommage transfrontière significatif est imputable au navire étranger, c'est l'État du pavillon et non l'État du territoire qui doit se conformer aux dispositions des présents articles.

9) Aux fins des présents articles, la notion de «territoire» ne couvre pas tous les cas où un État exerce sa «juridiction» ou son «contrôle». Le terme «juridiction» d'un État englobe, outre les activités entreprises à l'intérieur du territoire de cet État, les activités sur lesquelles il est autorisé par le droit international à exercer sa compétence et son autorité. La Commission n'ignore pas que les questions impliquant la détermination de la juridiction sont complexes et sont parfois au cœur d'un différend. L'article premier ne prétend certainement pas résoudre toutes les questions de conflit de juridiction.

10) Parfois, en raison du lieu où l'activité s'exerce, il n'y a aucun lien territorial entre l'État et l'activité, comme c'est le cas par exemple pour les activités menées dans l'espace ou en haute mer. L'exemple le plus courant d'une telle situation est la juridiction de l'État du pavillon sur un navire. Les Conventions de Genève sur le droit de la mer de 1958 et la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 envisagent bon nombre des pouvoirs juridictionnels de l'État du pavillon.

11) En cas de juridictions concurrentes de plusieurs États sur les activités visées par les présents articles, les États, individuellement, et, le cas échéant, collectivement, se conforment aux dispositions des présents articles.

12) La fonction de la notion de «contrôle» en droit international est d'assigner certaines conséquences juridiques à un État dont la juridiction sur certaines activités ou événements n'est pas reconnue en droit international; elle s'applique à des situations où un État exerce une juridiction de facto, même lorsqu'il n'a pas de juridiction *de jure*, par exemple les situations

d'intervention, d'occupation et d'annexion illicites au regard du droit international. On peut se référer, à cet égard, à l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice relatif aux *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain), nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*⁹¹⁴. Dans cet avis, la Cour, après avoir estimé l'Afrique du Sud responsable d'avoir créé et prolongé une situation dont la Cour avait constaté l'illicéité et avoir conclu que l'Afrique du Sud était dans l'obligation de retirer son administration de la Namibie, a néanmoins assigné certaines conséquences juridiques au contrôle de facto exercé sur celle-ci par l'Afrique du Sud. La Cour a en effet conclu que:

«Le fait que l'Afrique du Sud n'a plus aucun titre juridique l'habilitant à administrer le territoire ne la libère pas des obligations et responsabilités que le droit international lui impose envers d'autres États et qui sont liées à l'exercice de ses pouvoirs dans ce territoire. C'est l'autorité effective sur un territoire, et non la souveraineté ou la légitimité du titre, qui constitue le fondement de la responsabilité de l'État en raison d'actes concernant d'autres États⁹¹⁵.»

13) Le *troisième critère* est que les activités visées par les présents articles doivent comporter un «risque de causer un dommage transfrontière significatif». Cette expression est définie à l'article 2 (voir commentaire de l'article 2). L'expression «dommage transfrontière» est censée exclure les activités qui ne causent un dommage qu'à l'État sur le territoire duquel elles s'exercent mais ne peuvent causer de dommage à aucun autre État. Pour plus de précisions sur le terme «significatif», voir le commentaire de l'article 2.

14) Quant au concept de «risque», il se rapporte par définition à des possibilités futures et comporte donc un élément d'évaluation ou d'appréciation du risque. Le simple fait qu'un dommage résulte finalement d'une activité ne signifie pas que l'activité comportait un risque dès lors qu'aucun observateur dûment informé n'a été ou n'aurait pu être conscient de ce risque au moment où l'activité s'est exercée. Par contre, une activité peut comporter un risque de causer un dommage transfrontière significatif même si ceux qui sont responsables de l'exercice de l'activité ont sous-estimé le risque, voire n'en ont pas été conscients. Il faut par conséquent

⁹¹⁴ *C.I.J. Recueil 1971*, p. 16.

⁹¹⁵ *Ibid.*, par. 118.

percevoir objectivement la notion de risque comme dénotant l'appréciation qu'un observateur dûment informé a faite ou aurait dû faire du dommage pouvant résulter d'une activité.

15) Dans ce contexte, il faut souligner que ces articles pris dans leur ensemble jouent de façon suivie et ont un effet continu: en d'autres termes, sauf dispositions contraires, ils s'appliquent à des activités qui s'exercent au moment considéré. Ainsi, il est possible qu'une activité qui ne comportait initialement aucun risque (au sens indiqué au paragraphe 14) puisse un jour en comporter un par suite d'un événement ou d'une évolution de la situation. Par exemple, un réservoir parfaitement sûr pourrait devenir dangereux à la suite d'un tremblement de terre, auquel cas la poursuite de l'exploitation du réservoir constituerait une activité à risque. Ou encore, le progrès des connaissances scientifiques pourrait permettre de déceler dans une structure ou des matériaux un vice intrinsèque donnant naissance à un risque de défaillance ou d'effondrement, auquel cas les présents articles pourraient en définitive s'appliquer à l'activité en cause, conformément à leurs dispositions.

16) Le *quatrième critère* est que le dommage transfrontière significatif doit avoir été causé par les «conséquences physiques» des activités. La Commission est convenue qu'afin de pouvoir maîtriser le champ d'application du sujet, il fallait en exclure le dommage transfrontière qui pourrait être causé par les politiques de l'État dans les domaines monétaire, socioéconomique ou du même type. Elle estime que le meilleur moyen de limiter le champ d'application des présents articles consiste à exiger que les activités en question aient des conséquences transfrontières physiques qui, elles-mêmes, se traduisent par un dommage significatif.

17) L'activité doit être reliée à ses effets transfrontières par un lien physique, ce qui suppose une connexion d'un type très particulier – une conséquence qui découle ou peut découler de la nature même de l'activité ou de la situation en question. Ceci suppose que les activités visées par les présents articles doivent elles-mêmes avoir une qualité physique, et les conséquences doivent découler de cette qualité. Ainsi, le stockage d'armements n'a pas nécessairement pour conséquence que les armes stockées seront utilisées à des fins de belligérance. Mais ce stockage peut être qualifié d'activité qui, en raison des propriétés explosives ou incendiaires des matériaux stockés, comporte un risque intrinsèque d'accident catastrophique.

Article 2

Termes employés

Aux fins des présents d'articles:

a) L'expression «risque de causer un dommage transfrontière significatif» recouvre les risques dont il est fort probable qu'ils causeront un dommage transfrontière significatif et ceux dont il est peu probable qu'ils causeront des dommages transfrontières catastrophiques;

b) Le terme «dommage» s'entend du dommage causé aux personnes, aux biens ou à l'environnement;

c) Le terme «dommage transfrontière» désigne le dommage causé sur le territoire ou en d'autres lieux placés sous la juridiction ou le contrôle d'un État autre que l'État d'origine, que les États concernés aient ou non une frontière commune;

d) Le terme «État d'origine» désigne l'État sur le territoire ou sous la juridiction ou le contrôle duquel sont prévues ou s'exercent les activités visées à l'article premier;

e) Le terme «État susceptible d'être affecté» désigne l'État ou les États sur le territoire duquel ou desquels le dommage transfrontière significatif risque de se produire ou qui exerce ou exercent une juridiction ou un contrôle sur tout autre lieu où un tel risque existe;

f) Le terme «États intéressés» désigne l'État d'origine et les États susceptibles d'être affectés.

Commentaire

1) L'*alinéa a* définit la notion de «risque de causer un dommage transfrontière significatif» comme recouvrant une faible probabilité de causer un dommage transfrontière désastreux ou une forte probabilité de causer des dommages transfrontières significatifs. La Commission pense qu'au lieu de définir séparément la notion de «risque», puis celle de «dommage», il vaut mieux définir l'expression «risque de causer un dommage transfrontière significatif» en raison du lien entre le «risque» et le «dommage» et du rapport de ces deux notions avec l'adjectif «significatif».

2) Aux fins des présents articles, l'expression «risque de causer un dommage transfrontière significatif» renvoie à l'effet combiné de la probabilité qu'un accident se produise et de l'ampleur de l'impact dommageable ainsi causé. Aussi est-ce l'effet combiné du «risque» et du «dommage» qui détermine le seuil. La Commission s'est inspirée à cet égard du Code de conduite relatif

à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières⁹¹⁶, adopté par la Commission économique pour l'Europe en 1990. Aux termes de l'article I, alinéa f, du Code de conduite, «"risque" signifie l'effet combiné de la probabilité d'un événement non souhaité et de son ampleur». Une définition fondée sur l'effet combiné du «risque» et du «dommage» convient mieux aux présents articles et *l'effet combiné devrait atteindre un niveau jugé significatif*. Les obligations de prévention incombant aux États sont donc non seulement raisonnables, mais aussi suffisamment limitées pour ne pas s'imposer dans le cas de pratiquement n'importe quelle activité. L'idée est d'établir un équilibre entre les intérêts des États concernés.

3) La définition donnée au paragraphe précédent admet tout un éventail de relations entre le «risque» et le «dommage», qui, toutes, atteindraient un niveau «significatif». La définition vise deux types d'activités envisagées au titre des présents articles. On aurait, dans le premier cas, une faible probabilité de causer un dommage désastreux, comme c'est normalement le propre des activités extrêmement dangereuses. On trouverait dans le deuxième cas une forte probabilité de causer des dommages significatifs. Cette catégorie englobe les activités qui présentent une forte probabilité de causer des dommages qui, sans être désastreux, n'en sont pas moins significatifs. En seraient exclues les activités qui présentent une très faible probabilité de causer un dommage transfrontière significatif. Le terme «recouvre» vise à souligner l'idée que la définition couvre un éventail d'activités qui sont visées par les présents articles.

4) Le terme «significatif» n'est pas sans ambiguïté et il faut se prononcer dans chaque cas d'espèce. Il implique davantage des considérations d'ordre factuel qu'une décision juridique. Il doit être entendu que *«significatif» est plus que «détectable», mais sans nécessairement atteindre le niveau de «grave» ou «substantiel»*. Le dommage doit se solder par un effet préjudiciable réel sur des choses telles que la santé de l'homme, l'industrie, les biens, l'environnement ou l'agriculture dans d'autres États. Ces effets préjudiciables doivent pouvoir être mesurés à l'aide de critères factuels et objectifs.

5) L'unité écologique de la planète ne connaît pas les frontières politiques lorsque des États conduisent des activités licites sur leur territoire, celles-ci produisent des effets dans d'autres

⁹¹⁶ E/ECE/1225-ECE/ENVWA/16. Voir également G. Handl, *Grenzüberschreitendes nukleares Risiko und völkerrechtlicher Schutzanspruch* (Berlin, Duncker und Humblot, 1992), p.15 à 20.

États. Tant que ces effets mutuels ne peuvent être qualifiés de «significatifs», ils sont considérés comme tolérables.

6) L'idée de seuil est présente dans la sentence rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*, où sont employés les mots «*serious consequences*» (conséquences graves)⁹¹⁷, de même que dans celle rendue dans l'affaire du *Lac Lanoux*, qui s'est appuyée sur le concept rendu par «gravement» («*seriously*»)⁹¹⁸. On a aussi utilisé les termes «important», «sensible» ou «significatif» (comme équivalents du mot «*significant*»), ainsi que les termes «grave» ou «substantiel», pour exprimer le seuil dans un certain nombre de conventions⁹¹⁹. L'adjectif anglais «*significant*» a également été employé dans d'autres instruments juridiques et dans des textes de loi nationaux⁹²⁰.

⁹¹⁷ Affaire de la *Fonderie de Trail*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1965.

⁹¹⁸ Affaire du *Lac Lanoux* (*France c. Espagne*), *ibid.*, vol. XII, p. 271.

⁹¹⁹ Voir par exemple l'article 4, par. 2, de la Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique, *Revue générale de droit international public*, Paris, t. 93, 1989, p. 102; l'article 2, par. 1 et 2, de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (voir note 908 ci-dessus); l'article I, al. b, du Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières (voir note 916 ci-dessus) et l'article 7 de la Convention sur le droit relatif à l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (voir résolution 51/229 de l'Assemblée générale, annexe).

⁹²⁰ Voir, par exemple, l'article 5 du projet de convention sur les utilisations industrielles et agricoles des fleuves et des lacs internationaux, élaboré par le Comité juridique interaméricain en 1965 (Organisation des États américains, *Rios y Lagos Internacionales*, 4^e éd. 1971), p. 132; l'article 10 des Règles d'Helsinki relatives aux utilisations des eaux des fleuves internationaux, Association de droit international, *Report of the Fifty-second Conference* (Helsinki, 1966), p. 496; les paragraphes 1 et 2 de la résolution 2995 (XXVII) de l'Assemblée générale, en date du 15 décembre 1972, relative à la coopération entre les États dans le domaine de l'environnement; le paragraphe 6 de la recommandation du Conseil de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), sur les principes concernant la pollution transfrontière, 1974, OCDE, *Non-discrimination in Relation to Transfrontier Pollution: Leading OECD Documents*, p. 35; le Mémorandum d'intention de 1980 relatif à la pollution atmosphérique transfrontière entre les États-Unis d'Amérique et le Canada, 32 U.S.T., p. 2541, T.I.A.S. n° 9856; et l'article 7 de l'Accord de coopération pour le règlement des problèmes d'environnement dans la zone frontalière conclu en 1983 entre le Mexique et les États-Unis d'Amérique, in *I.L.M.*, vol. 22 (1983), p. 1025. Les États-Unis d'Amérique ont aussi utilisé l'adjectif «*significant*» dans leur droit interne à propos de questions d'environnement. Voir *American Law Institute, Restatement of the Law*, section 601, Reporter's Note 3, p. 111 et 112.

7) L'adjectif «significatif», quoique défini par des critères concrets et objectifs, suppose aussi un jugement de valeur qui dépend des circonstances du cas considéré et du moment où ce jugement est porté. Il se peut, par exemple, qu'une perte donnée, à un moment donné, ne soit pas considérée comme «significative» parce qu'à ce moment précis les connaissances scientifiques ou l'appréciation portée par l'homme sur une ressource donnée ne conduisent pas à attribuer une grande valeur à ladite ressource. Mais ultérieurement, ce jugement peut changer et le même dommage peut alors être considéré comme «significatif».

8) L'*alinéa b* n'appelle pas d'explication en ce que «dommage» au sens des présents articles, s'entend du dommage causé à des personnes, à des biens ou à l'environnement.

9) L'*alinéa c* définit le «dommage transfrontière» comme désignant le dommage causé sur le territoire ou en d'autres lieux placés sous la juridiction ou le contrôle d'un État autre que l'État d'origine, que les États concernés aient ou non une frontière commune. Cette définition vise, outre le cas type d'une activité conduite à l'intérieur d'un État qui a des effets préjudiciables sur un autre État, les activités menées sous la juridiction ou le contrôle d'un État, par exemple, en haute mer, qui ont des effets sur le territoire d'un autre État ou en d'autres lieux placés sous sa juridiction ou son contrôle, par exemple des effets préjudiciables sur des navires ou des plates-formes d'autres États en haute mer aussi. La définition vise également les activités conduites sur le territoire d'un État qui ont des conséquences préjudiciables par exemple sur les navires ou les plates-formes d'un autre État en haute mer. La Commission ne peut pas prévoir toutes les formes possibles, dans l'avenir, du «dommage transfrontière». Elle tient cependant à préciser que le but est de pouvoir tracer une ligne de démarcation qui permette de distinguer nettement un État sous la juridiction et le contrôle duquel une activité visée dans les présents articles est menée d'un État qui a subi les conséquences préjudiciables.

10) À l'*alinéa d*, l'expression «État d'origine» désigne l'État sur le territoire duquel ou sous la juridiction ou le contrôle duquel s'exercent les activités visées à l'article premier⁹²¹.

11) À l'*alinéa e*, l'expression «État susceptible d'être affecté» désigne l'État sur le territoire duquel un dommage transfrontière significatif risque de se produire ou qui exerce une juridiction

⁹²¹ Voir le commentaire de l'article premier, par. 7 à 12.

ou un contrôle sur d'autres lieux où un tel dommage risque de se produire. Plusieurs États pourraient être des États susceptibles d'être affectés par une activité donnée.

12) À l'alinéa *f*, l'expression «États intéressés» vise aussi bien l'État d'origine que les États susceptibles d'être affectés auxquels certains des articles se réfèrent collectivement.

Article 3

Prévention

L'État d'origine prend toutes les mesures appropriées pour prévenir les dommages transfrontières significatifs ou en tout état de cause pour en réduire le risque au minimum.

Commentaire

1) L'article 3 repose sur le principe de base *sic utere tuo ut alienum non laedas*, qui est consacré dans le Principe 21 de la Déclaration de Stockholm⁹²², dont le texte est le suivant:

«Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres États ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale.»

2) Toutefois, la restriction à la liberté des États qui sous-tend le Principe 21 est énoncée plus explicitement aux articles 3 et suivants.

3) L'article 3 établit, avec l'article 4, le fondement essentiel des articles sur la prévention, lesquels définissent plus précisément l'obligation que les États ont de prévenir les dommages transfrontières significatifs ou en tout état de cause d'en réduire le risque au minimum. L'accent est mis ainsi sur le devoir premier qu'à l'État d'origine de prévenir les dommages transfrontières significatifs; et ce n'est que dans le cas où il ne peut y parvenir pleinement que l'État d'origine doit faire de son mieux pour en réduire le risque au minimum. L'expression «en tout état de cause» indique que la priorité va à l'obligation de prévention. L'expression «réduire au minimum» doit s'entendre dans le présent contexte comme signifiant que l'objectif est de réduire la possibilité de dommages au niveau le plus bas.

⁹²² Voir note 913 ci-dessus. Voir aussi la Déclaration de Rio, note 902 ci-dessus.

4) L'article 3 énonce une affirmation de principe. Il dispose que les États prennent toutes les mesures appropriées pour prévenir les dommages transfrontières significatifs ou en tout état de cause pour en réduire le risque au minimum. Les mots «toutes les mesures appropriées» visent toutes les actions et dispositions spécifiques mentionnées dans les articles concernant la prévention des dommages transfrontières ou leur réduction au minimum. L'article 3 complète les articles 9 et 10 et forme avec eux un tout harmonieux. En outre, il impose à l'État d'origine l'obligation d'adopter et de mettre en œuvre, au plan interne, des dispositions législatives reprenant les normes internationales acceptées. C'est nécessairement par rapport à ces normes que l'on peut établir si les mesures adoptées conviennent.

5) En tant que principe général, l'obligation de prévenir les dommages transfrontières significatifs ou d'en réduire le risque au minimum énoncée à l'article 3 ne s'applique qu'aux activités qui comportent un «risque de causer un dommage transfrontière significatif» au sens de l'article 2. Normalement, dans le contexte de la prévention, l'État d'origine n'assume pas le risque de conséquences imprévisibles vis-à-vis des États susceptibles d'être affectés par des activités relevant du champ d'application des présents articles. D'autre part, l'obligation de «[prendre] toutes les mesures appropriées» pour prévenir les dommages ou en réduire le risque au minimum ne saurait viser les seules activités déjà dûment réputées comporter un tel risque. Elle s'entend aussi de l'obligation de prendre des mesures appropriées pour déterminer les activités qui comportent un tel risque, et cette obligation est de caractère continu.

6) L'article 3 pose donc le principe de la prévention que tous les États doivent observer au regard des activités visées à l'article premier. L'État d'origine peut s'acquitter des obligations de prévention posées, par exemple, en prenant les mesures législatives, administratives ou autres nécessaires pour assurer l'exécution des lois, des décisions administratives et des principes d'action qu'il a adoptés⁹²³.

7) L'obligation faite à l'État d'origine de prendre des mesures pour prévenir les dommages ou pour en réduire le risque au minimum est un devoir de diligence. C'est le comportement de l'État d'origine qui déterminera si celui-ci s'est acquitté de l'obligation qui lui incombe en vertu des présents articles. Le devoir de diligence n'est cependant pas censé prévenir absolument tout

⁹²³ Voir l'article 5 et le commentaire y relatif.

dommage significatif si cela n'est pas possible. Dans ce cas-là, l'État d'origine est tenu, comme indiqué plus haut, de faire de son mieux pour réduire le risque au minimum. Dans ce sens, il ne garantit pas que des dommages ne surviendront pas⁹²⁴.

8) Le devoir de diligence constitue la norme de base de la protection de l'environnement contre les dommages, comme l'attestent un certain nombre de conventions internationales⁹²⁵, ainsi que des résolutions et des rapports de conférences et d'organisations internationales⁹²⁶. La question a été débattue à l'occasion d'un différend surgi en 1986 entre l'Allemagne et la Suisse, concernant la pollution du Rhin par les Laboratoires Sandoz. Le Gouvernement suisse a reconnu sa responsabilité pour avoir manqué à son devoir de diligence de manière à prévenir l'accident en imposant une réglementation appropriée à ses entreprises pharmaceutiques⁹²⁷.

⁹²⁴ Pour une observation similaire, voir le paragraphe 4 du commentaire de l'article 7 du projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, adopté par la Commission du droit international en deuxième lecture. Voir *Annuaire... 1994*, vol. II (deuxième partie), p. 109. S'agissant du manque d'information scientifique, voir Epiney et M. Scheyli, *Strukturprinzipien des Umweltvölkerrechts* (Baden-Baden, Nomos-Verl.-Ges., 1998), p. 126 à 140.

⁹²⁵ Voir, par exemple, le paragraphe 1 de l'article 194 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (voir note 913 ci-dessus); les articles I, II et VII 2) de la Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1046, p. 121; l'article 2 de la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone, *ibid.*, vol. 1513, p. 293; le paragraphe 5 de l'article 7 de la Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique (voir note 919 ci-dessus); le paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (voir note 908 ci-dessus); et le paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux, document ENVWA/R.53 et Add.1.

⁹²⁶ Voir le Principe 21 de la Charte mondiale de la nature, résolution 37/7 de l'Assemblée générale, en date du 28 octobre 1982; et le Principe VI du projet de principes relatifs aux changements climatiques établi par l'Organisation météorologique mondiale (OMM) et le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), *Digest of United States Practice in International Law*, 1978, p. 1205.

⁹²⁷ Voir *The New York Times*, 11 novembre 1986, p. A 1; 12 novembre 1986, p. A 8; 13 novembre 1986, p. A 3. Voir également Alexandre Kiss, «“Tchernobâle” ou la pollution accidentelle du Rhin par les produits chimiques» in *Annuaire français de droit international*, vol. 33 (1987), p. 719 à 727.

9) Dans l'affaire de l'*Alabama*, le tribunal arbitral a examiné deux définitions différentes de la *due diligence* (devoir de diligence) présentées par les parties. Les États-Unis définissaient la *due diligence* comme suit:

«Une diligence proportionnée à l'importance du sujet et à la dignité et à la force du pouvoir qui l'exerce; – une diligence qui doit, par l'emploi d'une active vigilance et par tous les moyens au pouvoir du neutre, à toutes les phases de l'affaire, empêcher la violation de son territoire; – une diligence qui doit, de toute manière, détourner ceux qui en auraient le dessein de commettre des actes de guerre sur le sol d'un neutre contre sa volonté⁹²⁸.»

Le Royaume-Uni définissait la *due diligence* comme «le soin que les gouvernements emploient ordinairement dans leurs affaires intérieures⁹²⁹». Le tribunal s'est, semble-t-il, laissé convaincre par la définition plus large du critère de *due diligence* donnée par les États-Unis et s'est déclaré préoccupé par la définition «nationale» du critère défendue par le Royaume-Uni. Selon lui, la thèse britannique paraissait aussi réduire les devoirs internationaux d'un gouvernement à l'exercice des pouvoirs de limitation qui lui sont conférés par le droit interne et négliger l'obligation du neutre de modifier ses lois lorsqu'elles sont insuffisantes⁹³⁰.

10) Dans le cadre des présents articles, s'acquitter du devoir de diligence c'est, pour un État, s'employer raisonnablement à s'informer des éléments de fait et de droit dont on peut prévoir qu'ils entreront en jeu dans une procédure envisagée et à arrêter en temps utile les mesures appropriées. Ainsi, les États sont tenus de prendre des mesures unilatérales pour prévenir les dommages transfrontières significatifs ou en tout état de cause pour réduire au minimum le risque de tels dommages que peuvent comporter les activités entrant dans le champ d'application de l'article premier. Ces mesures comprennent, en premier lieu, la définition de principes d'action destinés à prévenir les dommages transfrontières significatifs ou à en réduire le risque au minimum et, en second lieu, la mise en application de ces principes. Ces principes d'action trouvent

⁹²⁸ Affaire de l'*Alabama*, Sentence de 1872, R. A. I. (Lapradelle et Politis), Pédone, Paris, 1923, t. II, p. 814 et 815.

⁹²⁹ Ibid., p. 803.

⁹³⁰ *The Geneva Arbitration (The Alabama case)*, in J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, vol. I, 1898, p. 613.

leur expression dans la législation et les règlements administratifs et ils sont mis en œuvre à travers divers mécanismes d'exécution.

11) Le degré de diligence par rapport auquel le comportement de l'État d'origine devrait être apprécié est celui qui est généralement considéré comme approprié et proportionné au degré de risque de dommages transfrontières dans le cas dont il s'agit. Par exemple, les activités qui peuvent être considérées comme comportant un risque exceptionnellement élevé exigent de la part de l'État qu'il mette beaucoup plus de soin à élaborer les principes d'action et beaucoup plus de vigueur à les appliquer. L'envergure des opérations, leur emplacement, les conditions climatiques particulières, les matériaux employés pour l'activité et la rationalité des conclusions tirées de l'application de ces facteurs dans un cas donné sont au nombre des éléments à prendre en considération pour déterminer les exigences du devoir de diligence dans chaque cas. Ce qui peut être considéré comme un degré raisonnable de vigilance ou de diligence peut changer avec le temps; ce qui peut être considéré comme étant une procédure, une norme ou une règle appropriée et raisonnable à un moment donné peut ne pas l'être à un moment ultérieur. En conséquence le devoir de diligence nécessaire pour garantir la sûreté des opérations oblige les États à suivre les progrès technologiques et scientifiques.

12) Il faut aussi à cet égard prendre note du Principe 11 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, qui est libellé comme suit:

«Les États doivent promulguer des mesures législatives efficaces en matière d'environnement. Les normes écologiques et les objectifs et priorités pour la gestion de l'environnement devraient être adaptés à la situation en matière d'environnement et de développement à laquelle ils s'appliquent. Les normes appliquées par certains pays peuvent ne pas convenir à d'autres pays, en particulier à des pays en développement, et leur imposer un coût économique et social injustifié⁹³¹.»

13) Le Principe 23 de la Déclaration de Stockholm est formulé de la même manière. Toutefois, il précise que ces normes internes sont «sans préjudice des critères qui pourront être retenus par la communauté internationale»⁹³². Le niveau économique des États est un des facteurs à prendre en considération pour déterminer si un État s'est acquitté de son devoir de diligence. Mais il ne

⁹³¹ Voir note 902 ci-dessus.

⁹³² Voir note 905 ci-dessus.

saurait être mis en avant pour exonérer l'État de l'obligation que lui imposent les présents articles.

14) L'article 3 met à la charge des États l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour prévenir les dommages transfrontières significatifs ou en tout état de cause pour en réduire le risque au minimum. À ce titre, les États pourraient notamment être tenus d'appliquer par surcroît de précaution, même en l'absence de certitude scientifique absolue, des mesures appropriées pour prévenir des dommages graves ou irréversibles. Cette norme est consacrée dans le Principe 15 de la Déclaration de Rio et est subordonnée aux capacités des États intéressés [voir le commentaire de l'article 10 c)]. Afin de s'acquitter au mieux de l'obligation de prévention, peut-être faut-il utiliser pour l'activité les techniques les plus modernes et affecter à la gestion et à la surveillance de l'activité suffisamment de ressources financières et de ressources humaines dûment formées.

15) L'exploitant est censé supporter le coût des mesures de prévention dans la mesure où il est responsable de l'activité. De son côté, l'État d'origine est censé prendre à sa charge les dépenses afférentes à la mise en place des mécanismes administratifs et financiers et des mécanismes de surveillance visés à l'article 5.

16) Les États participent à des mécanismes mutuellement bénéfiques et en évolution constante dans le domaine du renforcement des capacités, du transfert des techniques et des ressources financières. Ces dispositifs sont considérés comme servant l'intérêt de tous les États en ce qu'ils permettent de mettre au point des normes internationales uniformes destinées à régir l'obligation de prévention et à lui donner effet.

17) Le principal élément du devoir de diligence que l'on retrouve dans l'obligation de prévention pourrait donc être énoncé comme suit: le degré de vigilance attendu d'un bon gouvernement. Celui-ci doit être doté d'un système juridique et de ressources suffisantes pour gérer l'appareil administratif chargé de contrôler et de surveiller les activités. Il est cependant entendu que le degré de vigilance attendu d'un État dont l'économie et les ressources humaines et matérielles sont bien développées et qui est doté de systèmes et de structures étatiques très élaborés est

différent de celui attendu d'États moins bien lotis⁹³³. Il reste qu'une certaine vigilance est censée être exercée dans l'utilisation des infrastructures et la surveillance des activités dangereuses sur le territoire de l'État, ce qui est un attribut naturel de tout gouvernement⁹³⁴.

18) Le degré de vigilance requis est proportionnel au degré de risque que comporte l'activité. Le degré de dommage lui-même devrait être prévisible et l'État doit savoir ou aurait dû savoir que l'activité en question risque de causer des dommages significatifs. Plus le risque de dommage inacceptable est élevé, plus l'obligation de vigilance pour le prévenir serait importante.

Article 4

Coopération

Les États intéressés coopèrent de bonne foi et au besoin cherchent à obtenir l'assistance d'une ou de plusieurs organisations internationales compétentes pour prévenir un dommage transfrontière significatif ou en tout état de cause pour en réduire le risque au minimum.

Commentaire

1) Le principe de la coopération entre les États est essentiel tant pour définir que pour mettre en œuvre des moyens efficaces de prévenir des dommages transfrontières significatifs ou en tout état de cause d'en réduire le risque au minimum. Cette coopération entre les États est requise à toutes les phases de la planification et de la mise en œuvre. Dans le Principe 24 de la Déclaration de Stockholm et le Principe 7 de la Déclaration de Rio, il est reconnu que l'efficacité de la planification des mesures de protection de l'environnement passe par la coopération. Des formes de coopération plus spécifiques sont prévues dans les articles qui suivent. Il est envisagé que l'État susceptible d'être affecté participe à toute action de prévention, ce qui est indispensable pour

⁹³³ Voir A. C. Kiss et St. Dooumbe-Bille, «La Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement» (Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992), in *Annuaire français de droit international*, vol. 38 (1992), p. 823 à 843; M. Kamto, «Les nouveaux principes du droit international de l'environnement», in *Revue juridique de l'environnement* (France), 1/1993, p. 11 à 21; R. Lefebvre, *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability* (La Haye, Kluwer, 1996), p. 65.

⁹³⁴ Voir l'observation de Max Huber dans l'affaire des *Réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc (Grande-Bretagne/Espagne)*, (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 644).

en renforcer l'efficacité. Il peut savoir mieux que quiconque quels sont les aspects de l'activité considérée qui risquent d'être le plus dommageables pour lui ou quelles sont les zones de son territoire proches de la frontière qui risquent d'être le plus affectées par les effets transfrontières de l'activité, par exemple dans le cas d'un écosystème particulièrement vulnérable.

2) Le présent article fait obligation aux États intéressés de coopérer de *bonne foi*.

Le paragraphe 2 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies dispose que tous les Membres «doivent remplir de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées aux termes de la présente Charte». La Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités et la Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'États en matière de traités affirment toutes deux dans leur préambule que le principe de la bonne foi est universellement reconnu. En outre, l'article 26 et le paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités reconnaissent la place essentielle que ce principe occupe dans le droit des traités. La décision de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Essais nucléaires* touche au champ d'application du principe de la bonne foi. Dans cette affaire, la Cour a déclaré que «l'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi»⁹³⁵. Il découle de ce dictum de la Cour que le principe de la bonne foi vaut aussi pour les actes unilatéraux⁹³⁶. En fait, c'est toute la structure des relations internationales⁹³⁷ qui est empreinte de ce principe.

3) Le tribunal arbitral établi en 1985 pour trancher le différend entre le Canada et la France dans l'affaire de *La Bretagne* a estimé que le principe de la bonne foi était parmi les éléments

⁹³⁵ Affaire des *Essais nucléaires* (*Australie c. France*), Arrêt du 20 décembre 1974, C.I.J. Recueil 1974, p. 268.

⁹³⁶ Voir M. Virally, «Review Essay: Good Faith in Public International Law», *American Journal of International Law*, vol. 77 (1983), p. 130.

⁹³⁷ Voir R. Rosenstock, «The Declaration of Principles of International Law Concerning Friendly Relations: A Survey», *American Journal of International Law*, vol. 65 (1971), p. 734; voir de façon plus générale Robert Kolb, «La bonne foi en droit international public», *Contribution à l'étude des principes généraux de droit* (Paris, PUF, 2000), p. 756.

qui assureraient une garantie suffisante contre tout risque d'exercice abusif de ses droits par une partie⁹³⁸.

4) Les mots «les États intéressés» désignent l'État d'origine et l'État ou les États susceptible(s) d'être affecté(s). Si d'autres États sont en mesure de contribuer à la réalisation des objectifs visés par les présents articles, ils sont encouragés à coopérer mais n'ont aucune obligation juridique de le faire.

5) L'article 4 dispose que les États cherchent «au besoin» à obtenir l'assistance d'une ou plusieurs organisations internationales pour s'acquitter de leurs obligations de prévention énoncées dans les présents articles, c'est-à-dire lorsqu'ils le jugent nécessaire. Les mots «au besoin» visent à tenir compte d'un certain nombre de possibilités. Premièrement, l'assistance d'organisations internationales n'est pas forcément nécessaire dans tous les cas: il peut se trouver, par exemple, que l'État d'origine ou les États susceptibles d'être affectés eux-mêmes disposent de techniques de pointe et possèdent les capacités techniques voulues. Deuxièmement, l'expression «organisation internationale» renvoie ici aux organisations qui sont compétentes et en mesure de fournir une assistance dans les domaines considérés. Troisièmement, même s'il existe des organisations internationales compétentes, celles-ci ne pourraient apporter l'assistance nécessaire que conformément à leurs actes constitutifs. Quoiqu'il en soit, l'article 4 ne vise pas à mettre à la charge des organisations internationales quelque obligation que ce soit de répondre à des demandes d'assistance qui ne cadreraient pas avec les impératifs de leurs actes constitutifs respectifs.

6) Les demandes d'assistance peuvent être adressées aux organisations internationales par un ou plusieurs États intéressés. En vertu du principe de coopération, il est préférable que ces demandes soient faites par tous les États intéressés. Toutefois, le fait qu'ils ne cherchent pas tous à obtenir l'assistance nécessaire n'exonère pas de l'obligation qui incombe à chaque État de la demander. Bien entendu, la réponse et le type de concours apportés par une organisation internationale dans les cas où elle aura été sollicitée par un seul État dépendront, par exemple, de la nature de la demande, du type d'assistance recherchée et du lieu où l'organisation internationale devrait fournir cette assistance.

⁹³⁸ *R.G.D.I.P.*, 1986/3, p. 713 à 786.

Article 5

Mise en œuvre

Les États intéressés prennent les mesures législatives, administratives et autres, y compris la mise en place d'un mécanisme de surveillance approprié, nécessaires pour mettre en œuvre les dispositions des présents articles.

Commentaire

- 1) L'article 5 énonce ce qui pourrait passer pour une évidence, à savoir qu'en vertu des présents articles, les États sont tenus de prendre les mesures nécessaires à leur mise en œuvre, qu'elles soient de nature législative, administrative ou autre. Il a été placé à cet endroit afin de souligner le caractère continu des obligations, lesquelles exigent que des mesures soient prises de temps à autre pour prévenir les dommages transfrontières résultant d'activités auxquelles les articles s'appliquent ou en tout état de cause pour en réduire le risque au minimum⁹³⁹.
- 2) Parmi les mesures visées à l'article 5, on peut citer, par exemple, la possibilité donnée aux personnes concernées de faire des représentations ou la mise en place de procédures quasi judiciaires. Les mots «et autres» prennent en compte la diversité des moyens que les États pourraient mettre en œuvre pour appliquer les présents articles. Quant aux mesures qui sont expressément mentionnées dans l'article, elles ne le sont qu'à titre indicatif, les États étant libres de décider quelles sont les mesures nécessaires et appropriées. La référence à «un mécanisme de surveillance approprié» renvoie aux mesures d'inspection que les États adoptent généralement en cas d'activités dangereuses.
- 3) Dire que les États sont tenus de prendre les mesures nécessaires ne signifie pas qu'ils doivent obligatoirement se mêler eux-mêmes des problèmes d'exploitation concernant les activités auxquelles s'applique l'article premier. Lorsque ces activités sont exercées par des particuliers

⁹³⁹ Le libellé de l'article 5 s'inspire du paragraphe 2 de l'article 2 de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, ainsi conçu: «Chaque Partie prend les mesures juridiques, administratives ou autres nécessaires pour mettre en œuvre les dispositions de la présente Convention, y compris, en ce qui concerne les activités proposées inscrites sur la liste figurant à l'appendice I qui sont susceptibles d'avoir un impact transfrontière préjudiciable important, l'établissement d'une procédure d'évaluation de l'impact sur l'environnement permettant la participation du public et la constitution du dossier d'évaluation de l'impact sur l'environnement décrit dans l'appendice II» (voir note 908 ci-dessus).

ou des entreprises privées, la seule obligation faite à l'État est d'instituer un cadre réglementaire approprié et de l'appliquer conformément aux présents articles. Cette application dans un cas d'espèce relèvera ensuite de l'administration courante ou, en cas de différend, des tribunaux judiciaires ou arbitraux compétents, qui s'appuieront sur le principe de non-discrimination énoncé à l'article 15.

4) Les mesures visées à l'article 5 peuvent être prises par avance. Ainsi, les États peuvent mettre en place un mécanisme de surveillance approprié avant l'activité en cause soit approuvée ou entreprise.

Article 6

Autorisation

1. L'autorisation préalable de l'État d'origine est requise pour:
 - a) Toute activité entrant dans le champ d'application des présents articles qui est menée sur le territoire d'un État ou à un autre titre sous sa juridiction ou son contrôle;
 - b) Toute modification substantielle d'une activité visée à l'alinéa *a*;
 - c) Tout cas où il est envisagé d'introduire dans une activité une modification qui risque de la transformer en une activité entrant dans le champ d'application des présents articles.
2. L'exigence de l'autorisation instituée par un État est rendue applicable à toutes les activités déjà en cours entrant dans le champ d'application des présents articles. Les autorisations déjà données par un État pour la conduite d'activités déjà engagées doivent être réexaminées en vue de leur mise en conformité avec les dispositions des présents articles.
3. Dans le cas où les conditions attachées à l'autorisation ne sont pas respectées, l'État d'origine prend les mesures appropriées, y compris, au besoin, le retrait de l'autorisation.

Commentaire

1) L'article 6 énonce le principe fondamental selon lequel l'autorisation préalable d'un État est requise pour les activités comportant un risque de causer un dommage transfrontière significatif qui sont menées sur son territoire ou à un autre titre sous sa juridiction ou son contrôle. Le terme «autorisation» désigne l'octroi par les autorités gouvernementales de la permission de mener

une activité visée par les présents articles. Les États sont libres de choisir la forme de cette autorisation.

2) Le fait qu'aux termes de l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 6 une autorisation est exigée oblige un État à vérifier si des activités comportant un risque éventuel de causer un dommage transfrontière significatif sont exercées sur son territoire ou à un autre titre sous sa juridiction ou son contrôle; les États devraient alors prendre les mesures indiquées dans les présents articles. Il oblige aussi les États à assumer un rôle responsable et actif dans l'encadrement de ces activités. Dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*, le tribunal arbitral a jugé que le Canada avait «le devoir ... de veiller à ce que ce comportement [le comportement de la Fonderie de Trail] soit conforme à l'obligation qui incombait au dominion en vertu du droit international tel qu'il était interprété en l'espèce⁹⁴⁰». Le tribunal a déclaré qu'en particulier, «la Fonderie de Trail sera tenue de s'abstenir de causer tout dommage par des émanations dans l'État de Washington⁹⁴¹». L'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 6 est compatible avec cette exigence.

3) Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la Cour internationale de Justice a jugé que tout État avait l'obligation «de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États⁹⁴²».

4) Les mots «sur le territoire d'un État ou à tout autre titre sous sa juridiction ou son contrôle» sont repris de l'article 2. L'expression «toute activité entrant dans le champ d'application des présents articles» renvoie à toutes les conditions que l'article premier prévoit pour qu'une activité entre dans le champ d'application des présents articles.

5) Aux termes de l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 6, l'autorisation préalable est requise également lorsqu'il est envisagé d'apporter une modification substantielle à une activité qui entre déjà dans le champ d'application de l'article premier, dans les cas où cette modification pourrait accroître le risque lié à cette activité ou modifier la nature ou l'étendue de ce risque. Il en va ainsi, par exemple, de la construction de capacités de production supplémentaires, du recours

⁹⁴⁰ Voir note 917 ci-dessus, p. 1965 et 1966.

⁹⁴¹ Ibid., p. 1966.

⁹⁴² Affaire du *Détroit de Corfou*, arrêt du 9 avril 1949, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 22.

à grande échelle dans une activité existante à de nouvelles technologies, du changement du tracé d'autoroutes, de voies express ou de pistes d'aéroport. Apporter des modifications aux investissements et à la production (volume et nature), à l'infrastructure ou aux émissions, ou encore augmenter le niveau de l'activité au-dessus du seuil autorisé peut être tenu aussi pour une modification substantielle⁹⁴³. De même, l'alinéa *c* du paragraphe 1 de l'article 6 vise les cas dans lesquels il est envisagé d'apporter à une activité autrement sans danger une modification susceptible de la transformer en une activité qui risque de causer un dommage transfrontière significatif. L'introduction d'une telle modification exigerait aussi l'autorisation de l'État.

6) Le paragraphe 2 de l'article 6 souligne que la règle de l'autorisation doit être rendue applicable à toutes les activités déjà en cours entrant dans le champ d'application des présents articles, dès lors qu'un État adopte lesdits articles. Il pourrait être excessif d'exiger des États qui acceptent les obligations énoncées dans les présents articles qu'ils les appliquent immédiatement aux activités en cours. L'exploitant pourrait avoir besoin, dans ce cas, d'un délai supplémentaire pour satisfaire aux conditions attachées à l'autorisation. La décision de suspendre éventuellement l'activité en attendant l'autorisation ou de la poursuivre pendant que l'exploitant effectue les démarches pour obtenir l'autorisation est laissée à l'État d'origine. Si ce dernier refuse l'autorisation, il est censé faire cesser l'activité.

7) L'exigence de l'autorisation est normalement étendue aux activités déjà en cours, comme prévu au paragraphe 2, chaque fois que de nouvelles dispositions législatives ou administratives sont adoptées pour assurer la conformité avec des normes de sécurité ou de nouvelles normes internationales ou pour satisfaire à des obligations que l'État a acceptées et qu'il est tenu de faire respecter.

8) Le paragraphe 3 de l'article 6 énonce les conséquences du non-respect par un exploitant des conditions attachées à l'autorisation. L'État d'origine, auquel revient au premier chef la responsabilité de contrôler les activités en question, a toute latitude pour faire en sorte que l'exploitant respecte lesdites conditions. Au besoin, il retirera l'autorisation, voire interdira complètement l'activité.

⁹⁴³ Voir *Current Policies, Strategies and Aspects on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context* (publication des Nations Unies, numéro de vente: E.96.II.E.11), p. 48.

Article 7

Évaluation du risque

Toute décision relative à l'autorisation d'une activité entrant dans le champ d'application des présents articles repose, en particulier, sur une évaluation du dommage transfrontière possible du fait de cette activité, dont une évaluation de l'impact sur l'environnement.

Commentaire

- 1) Aux termes de l'article 7, avant d'autoriser des exploitants à entreprendre des activités visées à l'article premier, un État d'origine doit veiller à ce qu'il soit procédé à l'évaluation du risque que comporte l'activité de causer un dommage transfrontière significatif. Cette évaluation permet à l'État de déterminer l'étendue et la nature du risque que présente une activité et, par conséquent, le type de mesures préventives qu'il doit prendre.
- 2) Bien que l'évaluation du risque dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* ne se rapporte peut-être pas directement à la responsabilité pour risque, elle a néanmoins fait ressortir la nécessité d'une évaluation des conséquences d'une activité comportant un risque significatif. Dans cette affaire, le tribunal a indiqué que l'étude effectuée par des spécialistes connus, à la réputation bien établie, était «probablement l'étude la plus approfondie jamais faite sur une région soumise à une pollution atmosphérique causée par de la fumée industrielle⁹⁴⁴».
- 3) L'obligation énoncée à l'article 7 va tout à fait dans le sens du Principe 17 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, qui prévoit aussi une évaluation du risque que comportent les activités susceptibles d'avoir des effets nocifs importants sur l'environnement. Ce principe est ainsi énoncé:

«Une étude d'impact sur l'environnement, en tant qu'instrument national, doit être entreprise dans le cas des activités envisagées qui risquent d'avoir des effets nocifs importants sur l'environnement et dépendent de la décision d'une autorité nationale compétente⁹⁴⁵.»

⁹⁴⁴ Voir note 917 ci-dessus, p. 1973 et 1974.

⁹⁴⁵ Voir note 902 ci-dessus.

L'obligation d'évaluer les effets nocifs de certaines activités est énoncée sous différentes formes dans de nombreux accords nationaux⁹⁴⁶. L'exemple le plus notable est la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière adoptée le 25 février 1991⁹⁴⁷.

4) Il est devenu courant de demander une évaluation de l'impact sur l'environnement pour évaluer si une activité donnée est susceptible de causer un dommage transfrontière significatif. L'obligation de procéder à une étude d'impact sur l'environnement a été inscrite dans le droit interne pour la première fois dans les années 70, aux États-Unis. Par la suite, le Canada et la Communauté européenne ont fait de même, en ayant essentiellement recours à des directives. En 1985, une directive de la Communauté européenne a demandé aux États membres de respecter un minimum de conditions en matière d'étude d'impact sur l'environnement. Depuis lors, plusieurs autres pays ont fait de l'étude d'impact sur l'environnement une condition nécessaire pour obtenir l'autorisation d'entreprendre des activités de développement ou des activités industrielles dangereuses⁹⁴⁸. Selon une étude des Nations Unies, les études d'impact sur

⁹⁴⁶ Voir, par exemple, l'article XI de la Convention régionale de Koweït pour la coopération en vue de la protection du milieu marin contre la pollution, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1140, p. 133; les articles 205 et 206 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (voir note 913 ci-dessus); la Convention régionale de Djedda pour la conservation du milieu marin de la mer Rouge et du golfe d'Aden, PNUE, *Selected Multilateral Treaties in the Field of Environment*, vol. 2 (1991), p. 144; l'article 14 de l'Accord de l'ANASE sur la conservation de la nature et des ressources naturelles, du 9 juillet 1985, PNUE, *ibid.*, p. 343; la Convention sur la protection des ressources naturelles et de l'environnement du Pacifique Sud, du 25 novembre 1986; le droit de la mer, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.89.U.7; l'article 4 de la Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique (voir note 919 ci-dessus); l'article 8 du Protocole sur la protection de l'environnement (Traité sur l'Antarctique), *R.G.D.I.P.*, t. 96 (1992), p. 207; l'article 14 1) a) et b) de la Convention sur la diversité biologique (voir note 913 ci-dessus); et l'article 4 de la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels (voir note 908 ci-dessus).

⁹⁴⁷ Voir note 908 ci-dessus.

⁹⁴⁸ Pour une étude des systèmes juridiques et administratifs régissant l'évaluation de l'impact sur l'environnement des politiques, plans et programmes en Amérique du Nord et dans plusieurs pays européens, voir *Application des principes de l'évaluation de l'impact sur l'environnement aux politiques, plans et programmes* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.92.II.E.28), p. 85 à 97; aujourd'hui, environ 70 pays en développement ont adopté une législation en la matière. D'autres pays sont en train d'en élaborer une ou de compléter celle qui existe, ou envisagent de le faire. Voir M. Yeater et L. Kurukulasuriya, «Environmental Impact Assessment Legislation in Developing Countries», in Sun Lin and L. Kurukulasuriya (dir. publ.), *UNEP's New Way*

l'environnement ont déjà montré qu'elles étaient utiles pour réaliser et renforcer le développement durable, car elles associent le principe de précaution avec le principe de la prévention des dommages causés à l'environnement et elles permettent la participation du public⁹⁴⁹.

5) Le soin de trancher la question de savoir qui doit procéder à l'évaluation est laissé aux États. Cette évaluation est normalement effectuée par des agents qui observent certains principes directeurs établis par les États. Il appartiendrait aux États eux-mêmes de régler ces questions dans leur législation interne ou dans le cadre des instruments internationaux applicables. Il est, toutefois, présumé qu'un État d'origine désignera une autorité, gouvernementale ou non, qui sera chargée d'apprécier l'évaluation au nom du gouvernement, et que celui-ci acceptera d'assumer la responsabilité des conclusions auxquelles cette autorité sera parvenue.

6) L'article ne précise pas quel devrait être le contenu de l'évaluation du risque. À l'évidence, l'évaluation du risque que comporte une activité ne peut être utile que si elle établit une relation entre le risque et le dommage que celui-ci pourrait entraîner. Cela correspond au devoir fondamental énoncé à l'article 3. La plupart des conventions et des instruments juridiques internationaux existants ne précisent pas quel doit être le contenu de l'évaluation. Il est cependant des exceptions comme la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, qui prévoit de façon détaillée le contenu d'une telle évaluation⁹⁵⁰. L'étude de 1981

Forward: Environmental Law and Sustainable Development (PNUE, 1995), p. 259; G. J. Martin, «Le concept de risque et la protection de l'environnement: évolution parallèle ou fertilisation croisée?», in *Les Hommes et l'environnement, en hommage à Alexandre Kiss* (Paris, Frison-Roche, 1998), p. 451 à 460.

⁹⁴⁹ Voir *Current Policies, Strategies and Aspects of...*, voir note 943 ci-dessus.

⁹⁵⁰ L'article 4 de la Convention (note 908 ci-dessus) prévoit que l'évaluation de l'impact sur l'environnement d'un État partie doit contenir, au moins, les renseignements visés à l'appendice II de la Convention. L'appendice II («Contenu du dossier d'évaluation de l'impact sur l'environnement») énumère les neuf rubriques suivantes: a) Description de l'activité proposée et de son objet; b) Description, s'il y a lieu, des solutions de remplacement (par exemple en ce qui concerne le lieu d'implantation ou la technologie) qui peuvent être raisonnablement envisagées, sans omettre l'option «zéro»; c) Description de l'environnement sur lequel l'activité proposée et les solutions de remplacement sont susceptibles d'avoir un impact important; d) Description de l'impact que l'activité proposée et les solutions de remplacement peuvent avoir sur l'environnement et estimation de son importance; e) Description des mesures correctives visant à réduire autant que possible l'impact préjudiciable sur l'environnement; f) Indication précise des méthodes de prévision et des hypothèses de base retenues ainsi que des données environnementales

sur les aspects juridiques intéressant l'environnement relatifs à l'exploitation minière et au forage en mer dans les limites de la juridiction nationale, réalisée par le Groupe de travail d'experts du droit de l'environnement du PNUE⁹⁵¹, prévoit également de façon détaillée, dans sa conclusion n° 8, le contenu de l'évaluation pour l'exploitation minière et le forage en mer.

7) Le soin de déterminer quel devrait être, plus précisément, le contenu de l'évaluation est laissé à la législation interne de l'État qui y procède⁹⁵². Aux fins de l'application de l'article 7, toutefois, une telle évaluation devrait porter sur les effets dommageables transfrontières éventuels que l'activité en cause pourrait avoir. Pour que les États susceptibles d'être affectés puissent évaluer le risque auquel ils pourraient être exposés, il leur faut savoir quels effets dommageables éventuels cette activité pourrait avoir sur eux.

8) L'évaluation devrait porter aussi sur les effets que l'activité pourrait avoir non seulement sur les personnes et les biens mais aussi sur l'environnement d'autres États. L'importance que la protection de l'environnement, indépendamment de tout dommage susceptible d'être causé à tels ou tels êtres humains ou biens, est clairement reconnue.

9) L'article 7 ne fait pas obligation à l'État d'origine d'exiger une évaluation du risque pour toute activité qui est entreprise sur son territoire ou à un autre titre sous sa juridiction ou son contrôle. Les activités qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif présentent un certain nombre de caractéristiques générales identifiables, ce qui peut donner aux États des indications pour déterminer quelles activités pourraient entrer dans le champ d'application des articles: par exemple, le type de source d'énergie utilisé pour la fabrication, le lieu où l'activité est exercée et sa proximité de la zone frontière, etc. Certaines substances sont énumérées dans des conventions comme étant dangereuses ou à risque, et le seul fait qu'elles soient utilisées dans le cadre d'une activité peut être une indication que celle-ci pourrait causer

pertinentes utilisées; g) Inventaire des lacunes dans les connaissances et des incertitudes constatées en rassemblant les données requises; h) S'il y a lieu, aperçu des programmes de surveillance et de gestion et des plans éventuels pour l'analyse à posteriori; i) Résumé non technique avec, au besoin, une présentation visuelle (cartes, graphiques, etc.).

⁹⁵¹ Voir UNEP/GC.9/5/Add.5, annexe III.

⁹⁵² Pour les modalités et le contenu de l'évaluation dans la plupart des législations, voir M. Yeater et L. Kurukulasuriya, (note 948 ci-dessus), p. 260.

un dommage transfrontière significatif⁹⁵³. Il y a aussi dans certaines conventions des listes d'activités présumées dommageables, ce qui pourrait indiquer que ces activités sont susceptibles de relever du champ d'application des articles⁹⁵⁴.

Article 8

Notification et information

1. Si l'évaluation visée à l'article 7 fait apparaître un risque de dommage transfrontière significatif, l'État d'origine donne en temps utile notification du risque et de l'évaluation à l'État susceptible d'être affecté et lui communique les informations techniques et toutes autres informations pertinentes disponibles sur lesquelles l'évaluation est fondée.
2. L'État d'origine ne prend aucune décision sur l'autorisation de l'activité avant d'avoir reçu, dans un délai n'excédant pas six mois, la réponse de l'État susceptible d'être affecté.

Commentaire

1) L'article 8 envisage les cas où l'évaluation à laquelle un État d'origine procède en application de l'article 7 indique que l'activité projetée comporte effectivement un risque de causer un dommage transfrontière significatif. Cet article définit, avec les articles 9, 11, 12 et 13, une série de procédures essentielles pour équilibrer les intérêts de tous les États concernés en leur donnant une possibilité raisonnable de déterminer comment entreprendre l'activité tout en prenant des mesures raisonnables et satisfaisantes pour prévenir le dommage transfrontière ou le réduire au minimum.

⁹⁵³ Par exemple, la Convention pour la prévention de la pollution marine d'origine tellurique (note 908 ci-dessus) prévoit, en son article 4, l'obligation, pour les parties, d'éliminer ou de limiter la pollution de l'environnement par certaines substances, et la liste de ces substances figure à l'annexe de la Convention. De même, la Convention de 1992 pour la protection du milieu marin dans la zone de la mer Baltique offre à l'annexe I une liste de substances dangereuses et à l'annexe II une liste de substances et de matières nocives, dont les dépôts sont soit interdits, soit strictement limités (note 908 ci-dessus). Voir également le Protocole à la Convention de 1976 pour la protection de la mer Méditerranée contre la pollution (note 908 ci-dessus); et la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution chimique, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1124, p. 375.

⁹⁵⁴ Voir note 908 ci-dessus.

- 2) L'article 8 oblige l'État d'origine à adresser une notification aux États susceptibles d'être affectés par l'activité envisagée. Il s'agit en l'occurrence des activités projetées tant par l'État lui-même que par des entités privées. L'obligation de notifier est un élément indispensable de tout système visant à prévenir les dommages transfrontières ou en tout cas à en réduire le risque au minimum.
- 3) L'obligation d'informer les autres États des risques de dommage significatif auquel ils sont exposés est consacrée dans l'arrêt rendu dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, dans lequel la Cour internationale de Justice a jugé que l'obligation d'avertir était fondée sur «des considérations élémentaires d'humanité»⁹⁵⁵. Ce principe est reconnu dans le contexte de l'utilisation des cours d'eau internationaux et il est dans ce même contexte consacré dans un certain nombre d'accords internationaux, de décisions de cours et tribunaux internationaux, de déclarations et de résolutions adoptées par des organisations, conférences et réunions intergouvernementales et d'études établies par des organisations intergouvernementales et non gouvernementales internationales⁹⁵⁶.
- 4) L'utilisation des cours d'eau internationaux mise à part, le principe de notification a été reconnu en ce qui concerne d'autres activités ayant des effets transfrontières, par exemple à l'article 3 de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière⁹⁵⁷ et aux articles 3 et 10 de la Convention sur les effets transfrontières des

⁹⁵⁵ Voir note 942 ci-dessus, p. 22.

⁹⁵⁶ Pour les traités prévoyant une notification préalable et un échange d'informations en ce qui concerne les cours d'eau, voir le paragraphe 6 du commentaire de l'article 12, «Notification des mesures projetées pouvant avoir des effets négatifs», du projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/49/10)*, chap. III.D, troisième partie.

⁹⁵⁷ Le paragraphe 2 de l'article 3 de la Convention qui prévoit un système de notification est ainsi libellé: «La notification contient, notamment: a) Des renseignements sur l'activité proposée, y compris tout renseignement disponible sur son éventuel impact transfrontière; b) Des renseignements sur la nature de la décision qui pourra être prise; c) L'indication d'un délai raisonnable pour la communication d'une réponse au titre du paragraphe 3 du présent article, compte tenu de la nature de l'activité proposée. Peuvent y être incluses les informations mentionnées au paragraphe 5 du présent article.» Voir note 908 ci-dessus.

accidents industriels⁹⁵⁸. Dans le Principe 19 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, il est précisé que la notification doit être faite suffisamment à l'avance:

«Les États doivent prévenir suffisamment à l'avance les États susceptibles d'être affectés et leur communiquer toutes informations pertinentes sur les activités qui peuvent avoir des effets transfrontières sérieusement nocifs sur l'environnement et mener des consultations avec ces États rapidement et de bonne foi⁹⁵⁹.»

5) La procédure de notification a été établie par un certain nombre de résolutions de l'OCDE. Par exemple, en ce qui concerne certaines substances chimiques, la résolution C (71) 73 du 18 mai 1971 dispose que tout État membre doit recevoir notification préalable des mesures envisagées par un autre État membre en ce qui concerne les substances ayant une incidence négative sur l'homme ou son environnement, dans les cas où ces mesures peuvent avoir des effets importants sur l'économie et le commerce d'autres États⁹⁶⁰. La résolution C (74) 224 du 14 novembre 1974, intitulée «Principes relatifs à la pollution transfrontière», exige dans son «Principe d'information et de consultation» une notification et des consultations avant le début de toute activité susceptible de créer un risque sensible de pollution transfrontière⁹⁶¹. Le principe de notification est bien établi en cas d'urgence écologique⁹⁶².

6) Si l'évaluation fait apparaître un risque de dommage transfrontière significatif, l'État qui projette d'entreprendre l'activité en question est tenu, en application du paragraphe 1, d'en aviser les États susceptibles d'être affectés. Cette notification est accompagnée des informations techniques disponibles sur lesquelles l'évaluation est fondée. S'il est question des informations techniques et autres informations pertinentes «disponibles», c'est pour indiquer que l'obligation de l'État d'origine se limite à la communication des informations techniques et autres qui ont été réunies en ce qui concerne l'activité. Ces informations sont généralement obtenues à l'occasion de l'évaluation effectuée en application de l'article 7. Le paragraphe 1 part du principe que les

⁹⁵⁸ Voir note 908 ci-dessus.

⁹⁵⁹ Voir note 902 ci-dessus.

⁹⁶⁰ OCDE, *L'OCDE et l'environnement*, Paris, 1986, p. 89, par. 4 de l'annexe.

⁹⁶¹ *Ibid.*, p. 142.

⁹⁶² Voir par. 1 du commentaire de l'article 17.

informations techniques résultant de l'évaluation comprennent non seulement ce qu'on pourrait appeler les données brutes, à savoir les fiches techniques, statistiques, etc., mais aussi l'analyse des informations utilisée par l'État d'origine lui-même pour évaluer le risque de dommage transfrontière. Par informations «disponibles» on entend aussi les données pouvant devenir disponibles ultérieurement, après la communication aux États susceptibles d'être affectés des données initialement disponibles.

7) Les États sont libres de décider comment informer les États susceptibles d'être affectés. En règle générale, ils se mettront directement en rapport avec ceux-ci par la voie diplomatique.

8) Le paragraphe 1 concerne également les cas où l'État d'origine, malgré tous ses efforts et sa diligence, ne peut identifier avant d'autoriser l'activité tous les États susceptibles d'être affectés et n'obtient cette information qu'après que l'activité a commencé. En application de ce paragraphe, dans un tel cas l'État d'origine doit procéder à la notification dès que l'information parvient à sa connaissance et qu'il a eu la possibilité, dans un délai raisonnable, de déterminer que certains autres États sont susceptibles d'être affectés par l'activité.

9) Le paragraphe 2 a trait à la nécessité pour les États susceptibles d'être affectés de fournir leur réponse dans un délai ne dépassant pas six mois. De façon générale, il s'agit d'un délai permettant à ces États d'évaluer les données pertinentes et de tirer leurs propres conclusions. Cette obligation suppose une coopération de bonne foi.

Article 9

Consultations sur les mesures préventives

1. Les États intéressés engagent des consultations, à la demande de l'un quelconque d'entre eux, en vue de parvenir à des solutions acceptables concernant les mesures à adopter pour prévenir un dommage transfrontière significatif ou en tout cas en réduire le risque au minimum. Les États intéressés fixent ensemble un délai raisonnable pour la tenue de ces consultations, au moment où ils les engagent.
2. Les États intéressés recherchent des solutions fondées sur un juste équilibre des intérêts, à la lumière de l'article 10.
3. Si les consultations visées au paragraphe 1 ne permettent pas d'aboutir à une solution concertée, l'État d'origine tient néanmoins compte des intérêts de l'État susceptible d'être affecté s'il décide d'autoriser la poursuite de l'activité, sans préjudice des droits de tout État susceptible d'être affecté.

Commentaire

1) L'article 9 impose aux États intéressés, c'est-à-dire l'État d'origine et les États susceptibles d'être affectés, l'obligation d'engager des consultations en vue de convenir des mesures à prendre pour prévenir un dommage transfrontière significatif ou en réduire le risque au minimum. Selon le moment où cet article est invoqué, les consultations peuvent avoir lieu avant l'autorisation et le démarrage de l'activité, ou au cours de son exécution.

2) Il s'agit, à l'article 9, de maintenir un équilibre entre deux considérations également importantes. Premièrement, l'article vise les activités qui ne sont pas interdites par le droit international et qui, généralement, sont importantes pour le développement économique de l'État d'origine. Deuxièmement, il serait injuste à l'égard d'autres États de permettre que ces activités soient conduites sans qu'ils soient consultés et sans que les mesures préventives appropriées soient prises. C'est pourquoi l'article ne prévoit ni une simple formalité que l'État d'origine devrait accomplir sans vraiment avoir l'intention de parvenir à une solution acceptable pour les autres États, ni un droit de veto au bénéfice des États susceptibles d'être affectés. Pour maintenir un équilibre, l'article s'appuie sur les modalités et la finalité des consultations engagées par les parties. Celles-ci doivent engager des consultations de bonne foi et tenir compte des intérêts légitimes de chacune d'elles. Elles doivent se consulter pour arriver à une solution acceptable concernant les mesures à adopter pour prévenir un dommage transfrontière significatif, ou en tout cas en réduire le risque au minimum.

3) Le principe de la bonne foi fait partie intégrante de toute obligation de conduire des consultations et des négociations. Dans la sentence qu'il a rendue dans l'affaire du *Lac Lanoux*, le tribunal a reconnu en ces termes l'obligation des parties d'engager des consultations et de négocier sincèrement et de bonne foi:

«Les consultations et les négociations entre les deux États doivent être sincères, doivent être conformes aux règles de la bonne foi et ne doivent pas se réduire à de simples formalités. Les règles de la raison et de la bonne foi sont applicables aux droits et devoirs procéduraux relatifs au partage de l'utilisation des cours d'eau internationaux⁹⁶³.»

⁹⁶³ Voir note 918 ci-dessus.

4) S'agissant de ce point particulier concernant la bonne foi, on peut aussi citer l'arrêt que la Cour internationale de Justice a rendu dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*. La Cour a dit ce qui suit: «Leur tâche [des parties] sera de conduire leurs négociations dans un esprit tel que chacune doive, de bonne foi, tenir raisonnablement compte des droits de l'autre»⁹⁶⁴. Dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark et République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*⁹⁶⁵, la Cour a dit:

«a) Les parties sont tenues d'engager une négociation en vue de réaliser un accord et non pas simplement de procéder à une négociation formelle comme une sorte de condition préalable à l'application automatique d'une certaine méthode de délimitation faute d'accord; les parties ont l'obligation de se comporter de telle manière que la négociation ait un sens, ce qui n'est pas le cas lorsque l'une d'elles insiste sur sa propre position sans envisager aucune modification⁹⁶⁶.»

Même si dans cet arrêt la Cour parle de «négociation», la Commission considère que l'obligation de bonne foi requise des parties vaut aussi bien dans le cas des consultations que dans celui des négociations.

5) Le but des consultations, pour les parties, est de trouver des solutions acceptables concernant les mesures à adopter afin de prévenir un dommage transfrontière significatif ou d'en réduire le risque au minimum. Les termes «solutions acceptables», concernant l'adoption de mesures préventives, renvoient aux mesures qui sont acceptées par les parties dans le cadre des orientations énoncées au paragraphe 2. De façon générale, le consentement des parties aux mesures préventives s'exprimera par la voie d'un accord sous une forme ou sous une autre.

6) Les parties devraient de toute évidence chercher d'abord à identifier les mesures qui peuvent éviter tout risque de dommage transfrontière significatif ou, si cela n'est pas possible, qui réduisent au minimum le risque d'un tel dommage. En vertu de l'article 4, les parties sont

⁹⁶⁴ *C.I.J. Recueil 1974*, par. 78.

⁹⁶⁵ *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3, en particulier par. 85 et 87.

⁹⁶⁶ *Ibid.*, par. 85.

tenues, en outre, de coopérer à l'application de ces mesures. Cette exigence, là encore, s'explique par l'idée que le devoir de diligence, au cœur des dispositions tendant à prévenir un dommage transfrontière significatif ou à en réduire le risque au minimum, est de caractère permanent et s'applique à chacune des étapes liées à la conduite de l'activité.

7) L'article 9 peut être invoqué chaque fois que la question se pose de savoir s'il convient de prendre des mesures préventives. Cette question peut naturellement découler de la mise en œuvre de l'article 8, parce que l'État d'origine a notifié à d'autres États qu'une activité qu'il se propose d'entreprendre risque de causer un dommage transfrontière significatif, ou de l'échange d'informations opéré en vertu de l'article 12, ou encore de l'application de l'article 11 relatif aux procédures en cas d'absence de notification.

8) L'article 9 a un vaste champ d'application. Il doit s'appliquer à toutes les questions liées aux mesures préventives. Ainsi, lorsque les parties procèdent à la notification prévue à l'article 8 ou échangent des informations au titre de l'article 12 et que ces communications comportent des ambiguïtés, des consultations peuvent être demandées simplement pour lever ces ambiguïtés.

9) Le *paragraphe 2* donne des orientations aux États quand ils se consultent sur les mesures préventives. Les parties rechercheront des solutions fondées sur un juste équilibre des intérêts, à la lumière de l'article 10. Ni le *paragraphe 2* de l'article 9, ni l'article 10 n'empêchent les parties de prendre en considération d'autres facteurs qu'ils jugent pertinents pour parvenir à un juste équilibre des intérêts.

10) Le *paragraphe 3* traite de la possibilité que, en dépit de tous les efforts des parties, celles-ci ne parviennent pas à un accord sur des mesures préventives acceptables. Comme il est expliqué au *paragraphe 2*) ci-dessus, l'article 9 établit un équilibre entre deux considérations, dont l'une consiste à refuser le droit de veto aux États susceptibles d'être affectés. La Commission rappelle à ce sujet la sentence arbitrale rendue dans l'affaire du *Lac Lanoux*, où le tribunal a fait observer que, dans certaines situations, il se pouvait que la partie susceptible d'être affectée en arrive, en violation du principe de la bonne foi, à paralyser d'authentiques efforts de négociation⁹⁶⁷. Pour tenir compte de cette possibilité, l'article prévoit que l'État d'origine est

⁹⁶⁷ Voir note 918 ci-dessus, p. 128.

autorisé à aller de l'avant dans l'exercice de l'activité considérée, faute de quoi les États susceptibles d'être affectés se trouveraient en fait dotés d'un droit de veto. L'État d'origine, s'il peut ainsi décider d'autoriser la poursuite de l'activité, demeure tenu de prendre en considération les intérêts des États susceptibles d'être affectés. Du fait des consultations, il connaît les préoccupations de ces derniers et se trouve dans une meilleure position pour les prendre sérieusement en considération dans la conduite de l'activité en cause. La dernière partie du paragraphe 3 protège également les intérêts des États susceptibles d'être affectés.

Article 10

Facteurs d'un juste équilibre des intérêts

Pour parvenir à un juste équilibre des intérêts selon les termes du paragraphe 2 de l'article 9, les États intéressés prennent en considération tous les facteurs et circonstances pertinents, notamment:

- a)* Le degré de risque d'un dommage transfrontière significatif et la mesure dans laquelle il existe des moyens de prévenir ce dommage ou d'en réduire le risque au minimum ou de le réparer;
- b)* L'importance de l'activité, compte tenu des avantages globaux d'ordre social, économique et technique qui en découlent pour l'État d'origine par rapport au dommage qui peut en résulter pour l'État susceptible d'être affecté;
- c)* Le risque de dommage significatif pour l'environnement et la mesure dans laquelle il existe des moyens de prévenir ce dommage ou d'en réduire le risque au minimum, et de réhabiliter l'environnement;
- d)* La mesure dans laquelle l'État d'origine et, le cas échéant, l'État susceptible d'être affecté sont prêts à assumer une partie du coût de la prévention;
- e)* La viabilité économique de l'activité, compte tenu du coût de la prévention et de la possibilité de mener l'activité ailleurs ou par d'autres moyens ou encore de la remplacer par une autre activité;
- f)* Les normes de prévention appliquées à la même activité ou à des activités comparables par l'État susceptible d'être affecté et celles qui sont appliquées à des activités comparables au niveau régional ou international.

Commentaire

- 1) Le but de cet article est de guider les États qui ont engagé des consultations pour essayer de parvenir à un juste équilibre des intérêts. À cette fin, il faut établir les faits et peser

soigneusement tous les facteurs et circonstances pertinents. Cet article s'inspire de l'article 6 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation.

2) La clause principale de l'article 10 dispose que «pour parvenir à un juste équilibre des intérêts selon les termes du paragraphe 2 de l'article 9, les États concernés prennent en considération tous les facteurs et circonstances pertinents». Et l'article de dresser une liste non exhaustive de ces facteurs et circonstances. La grande diversité des types d'activités visés par ces articles, et les différentes situations et circonstances dans lesquelles celles-ci seront exercées, rendent impossible l'établissement d'une liste exhaustive de facteurs pertinents dans tous les cas d'espèce. Aucune priorité ni aucun poids n'est attribué aux facteurs et circonstances énumérés car certains d'entre eux peuvent être plus importants dans certains cas, et d'autres mériter de se voir attribuer un poids plus grand dans d'autres cas. D'une manière générale, les facteurs et circonstances indiqués permettront aux parties de comparer les coûts et avantages qui pourraient être en jeu dans un cas donné.

3) L'*alinéa a* compare le degré de risque d'un dommage transfrontière significatif et la mesure dans laquelle il existe des moyens de prévenir ce dommage ou d'en réduire le risque au minimum, ou de réparer le dommage. Par exemple, le degré de risque pourrait être élevé mais il pourrait exister des mesures susceptibles de prévenir le dommage ou d'en réduire le risque, ou des possibilités de réparer le dommage. Les comparaisons se situent aussi bien au plan quantitatif que qualitatif.

4) L'*alinéa b* compare l'importance de l'activité, du point de vue des avantages sociaux, économiques et techniques qui en découlent pour l'État d'origine, et le dommage qui peut en résulter pour les États susceptibles d'être affectés. La Commission rappelle, à cet égard, la décision qui a été adoptée dans l'affaire de la *Donauversinkung* où le tribunal a déclaré:

«Les intérêts des États en cause doivent être évalués équitablement les uns par rapport aux autres. Il faut prendre en considération non seulement le préjudice absolu

causé à l'État voisin mais aussi le rapport entre l'avantage acquis par l'un et le préjudice causé à l'autre⁹⁶⁸.»

Plus récemment, des États ont négocié ce que l'on peut considérer comme des solutions équitables pour régler des litiges transfrontières: les accords des rejets de potassium dans le Rhin par la France, la pollution des eaux frontalières États-Unis-Mexique et les pluies acides en Europe et en Amérique du Nord contiennent tous des éléments de ce type⁹⁶⁹.

5) L'*alinéa c* compare, de la même manière que l'*alinéa a*, le risque de dommage significatif pour l'environnement et la mesure dans laquelle il existe des moyens de prévenir ce dommage ou d'en réduire le risque au minimum, ou de réhabiliter l'environnement. Il convient de souligner l'importance particulière que revêt la protection de l'environnement. Le Principe 15 de la Déclaration de Rio est pertinent au regard de cet alinéa lorsqu'il déclare, exigeant que le principe de précaution soit largement appliqué par les États dans la mesure de leurs moyens: «En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement⁹⁷⁰.»

6) Le principe de précaution a été affirmé dans la Déclaration «paneuropéenne» de Bergen, adoptée le 15 mai 1990 par les États membres de la Commission économique pour l'Europe de l'Organisation des Nations Unies. Selon cette déclaration: «Les mesures adoptées doivent anticiper, prévenir et combattre les causes de la détérioration de l'environnement. Lorsque

⁹⁶⁸ *Wurtemberg and Prussia v. Baden (Donauversinkung case)* (1927), in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* (Berlin, de Gruyter), vol. 116, annexe, p. 18 à 45 (1927), in *Annual Digest of Public International Law Cases (1927-1928)* (Londres, 1931), p. 131; voir également *Kansas v. Colorado* (1907), 206 US 100, et *Washington v. Oregon* (1936), 297 US 517.

⁹⁶⁹ Voir la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1404, p. 68, et Protocole de 1991; l'Accord de 1973 relatif à la solution permanente et définitive du problème international de la salinité des eaux du Colorado, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 915, p. 214; la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1302, p. 217; l'Accord sur la qualité de l'air (États-Unis et Canada), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1852, p. 79; voir aussi A. Boyle et D. Freestone (note 907 ci-dessus), p. 80; et I. Romy, *Les pollutions transfrontières des eaux: «l'exemple du Rhin»*, Lausanne, Payot, 1990.

⁹⁷⁰ Voir note 902 ci-dessus.

des dommages graves ou irréversibles risquent d'être infligés, l'absence d'une totale certitude scientifique ne devrait pas servir de prétexte pour ajourner l'adoption de mesures destinées à prévenir la détérioration de l'environnement»⁹⁷¹. Le principe de précaution a été recommandé par le Conseil d'administration du PNUE afin de promouvoir la prévention et l'élimination de la pollution des mers qui constitue un danger croissant pour le milieu marin et une cause de souffrances pour l'humanité⁹⁷². Le principe de précaution a aussi été visé ou incorporé sans être expressément visé dans diverses autres conventions⁹⁷³.

7) Aux termes de la Déclaration de Rio, le principe de précaution constitue une règle très générale de conduite prudente. Il suppose que les États aient continuellement à l'esprit leurs obligations de prévention de manière à se tenir au courant des progrès des connaissances scientifiques⁹⁷⁴. Dans l'arrêt qu'elle a rendu le 25 septembre 1997 dans l'affaire du *Projet*

⁹⁷¹ «Rapport de la Commission économique pour l'Europe sur la Conférence de Bergen (8-16 mai 1990)», A/CONF.151/PC/10, annexe I, par. 7.

⁹⁷² Décision 15/27 (1989) du Conseil d'administration; voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-quatrième session, Supplément n° 25 (A/44/25)*, annexe I. Voir aussi P. Sands, op. cit., note 907 ci-dessus, p. 210.

⁹⁷³ Voir le paragraphe 3 de l'article 4 de la Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer des déchets dangereux et le contrôle de leurs mouvements transfrontières en Afrique (Nations Unies, *Recueil des Traités*, n° 36508); le paragraphe 3 de l'article 3 de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1771, p. 107; l'article 174 [ancien art. 130 r] du Traité instituant la Communauté européenne (Journal officiel de l'Union européenne, C340, du 10 novembre 1997, p. 173 à 308); et l'article 2 de la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone (voir note 925 ci-dessus).

⁹⁷⁴ Sur le principe de précaution en général, voir H. Hohmann, *Präventive Rechtspflichten und-prinzipien des modernen Umweltvölkerrechts: Zum Stand des Umweltvölkerrechts zwischen Umweltnutzung und Umweltschutz* (Berlin, Duncker und Humblot, 1992), p. 406 à 411; J. Cameron, «The status of the Precautionary Principle in International Law» in O'Riordan et Cameron (dir. publ.), *Interpreting the Precautionary Principle* (1994), p. 262 à 289; H. Hohmann, *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law: The Precautionary Principle: International Environmental Law between Exploitation and Protection* (1994); D. Freestone et Hey (dir. publ.), *The Precautionary Principle and International Law: The Challenge of Implementation* (1996), p. 274; A. Epinau et M. Scheyli (voir note 924 ci-dessus); P. Martin-Bidou, «Le principe de précaution en droit international de l'environnement», in *Revue générale de droit international public*, 1999-3, p. 631 à 665; E. Zaccai et J. N. Missa (dir. publ.); *Le principe de précaution, significations et conséquences*, Édition de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 117 à 142.

Gabčíkovo-Nagymaros, la Cour internationale de Justice a invité les Parties à «examiner à nouveau les effets sur l'environnement de l'exploitation de la centrale de Gabčíkovo», construite sur le Danube en application d'un traité de 1977, à la lumière des nouveaux impératifs de la protection de l'environnement⁹⁷⁵.

8) Les États doivent envisager des moyens appropriés de rétablir, dans la mesure du possible, la situation qui existait avant que le dommage se produise. Ceci devrait être souligné comme un facteur à prendre en considération par les États concernés, qui doivent adopter des mesures respectueuses de l'environnement.

9) Selon l'*alinéa d*, l'un des éléments qui déterminent le choix des mesures préventives est la volonté de l'État d'origine et des États susceptibles d'être affectés de participer au coût de la prévention. Par exemple, si les États susceptibles d'être affectés sont disposés à contribuer aux frais encourus au titre des mesures préventives, on peut normalement s'attendre, compte tenu d'autres facteurs, à ce que l'État d'origine adopte des mesures préventives plus coûteuses mais plus efficaces. Pour autant, il ne faudrait pas attacher moins d'importance aux dispositions que l'État d'origine doit prendre dans le cadre des présents articles.

10) Ces considérations sont conformes à l'idée fondamentale de ce que l'on appelle le principe «pollueur-payeur». Ce principe a été pour la première fois énoncé par le Conseil de l'OCDE en 1972⁹⁷⁶, et a été reconnu au niveau mondial lorsqu'il a été adopté en tant que principe 16 de la Déclaration de Rio:

«Les autorités nationales devraient s'efforcer de promouvoir l'internalisation des coûts de protection de l'environnement et l'utilisation d'instruments économiques, en vertu

⁹⁷⁵ *C.I.J. Recueil 1997*, p. 77 et 78, par. 140. La Cour n'a toutefois pas, en l'espèce, fait droit à l'argument de la Hongrie selon lequel elle était en droit de mettre fin au Traité en raison d'un «état de nécessité écologique» découlant de risques à l'environnement qui n'avaient pas été détectés à l'époque où le Traité avait été conclu. Elle a jugé que d'autres moyens pouvaient être utilisés pour faire face à ce vague «péril», voir par. 49 à 58 de l'arrêt, *ibid.*, p. 39 à 46.

⁹⁷⁶ OCDE, *Recommandation concernant l'égalité d'accès en matière de pollution transfrontière*, 1986, citée dans *Étude des régimes de responsabilité ayant trait au sujet «responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international»*, *Annuaire ... 1995*, vol. II (première partie), document A/CN.4/471, par. 102.

du principe selon lequel c'est le pollueur qui doit, en principe, assumer le coût de la pollution, dans le souci de l'intérêt public et sans fausser le jeu du commerce international et de l'investissement⁹⁷⁷.»

Ce principe constitue le moyen le plus efficace d'imputer le coût des mesures de prévention et de lutte contre la pollution afin d'encourager une utilisation rationnelle de ressources limitées. Il encourage également l'internalisation du coût des mesures techniques imposées par l'État, de préférence à l'inefficacité de subventions gouvernementales qui faussent d'autre part le jeu de la concurrence⁹⁷⁸. Ce principe est expressément visé à l'article 174 [ancien article 130 r)] du Traité instituant la Communauté européenne.

11) L'expression «le cas échéant» indique que l'État d'origine et les États susceptibles d'être affectés ne sont pas placés sur le même pied pour ce qui est de la participation à la prise en charge du coût de la prévention. Les États concernés engagent souvent des négociations au sujet de la répartition du coût des mesures préventives. Ce faisant, ils partent du principe de base découlant de l'article 3 selon lequel ce coût doit être pris en charge par l'exploitant ou l'État d'origine. Dans la plupart des cas, ces négociations ont lieu lorsqu'il n'y a pas accord sur l'étendue des mesures préventives à adopter et lorsque l'État susceptible d'être affecté contribue au financement des mesures préventives afin d'obtenir un degré de protection supérieur à ce que l'État d'origine doit assurer. Ce lien entre la répartition des coûts et l'étendue des mesures préventives est en particulier reflété à l'alinéa *d*.

12) L'*alinéa e* introduit un certain nombre de facteurs qu'il faut comparer et dont il faut tenir compte. Il faut comparer la viabilité économique de l'activité au coût de la prévention. Le coût des mesures préventives ne doit pas être élevé au point de rendre l'activité non viable du point de vue économique. La viabilité économique de l'activité doit également être évaluée du point

⁹⁷⁷ Voir note 902 ci-dessus.

⁹⁷⁸ Voir Gerhard Hafner, «Das Verursacherprinzip», *Economy-Fachmagazin* n° 4/90 (1990), p. F23 à F29; S. E. Gaines, «The Polluter-Pays Principle: Free Market Equity to Environmental Ethos», *Texas International Law Journal*, vol. 26 (1991), p. 470; H. Smets, «Polluter-Pays Principle in the Early 1990s», in L. Campiglio *et al.*, *The Environment After Rio: International Law and Economics* (Graham and Trotman, 1994), p. 134; *Étude des régimes de responsabilité* (voir note 926 ci-dessus), par. 113; rapport du Secrétaire général, «Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement: mise en œuvre», E/CN.17/1997/8, par. 87 à 90; et A. Epinay et M. Scheyli, *Strukturprinzipien des Umweltvölkerrechts* (voir note 924 ci-dessus), p. 152.

de vue de la possibilité de l'exercer en un autre lieu, ou par d'autres moyens, ou de lui substituer une autre activité. Le membre de phrase «mener l'activité ... par d'autres moyens» vise à tenir compte, par exemple, d'une situation dans laquelle un certain type de substance chimique utilisé dans le cadre de l'activité, et source éventuelle d'un dommage transfrontière, pourrait être remplacé par une autre substance chimique; ou d'une situation où l'outillage d'installations industrielles ou d'une usine pourrait être remplacé par un matériel différent. Le membre de phrase «remplacer [l'activité] par une autre activité» est censé tenir compte de la possibilité d'atteindre les mêmes résultats ou des résultats comparables par le moyen d'une autre activité ne comportant aucun risque, ou un risque moindre, de dommage transfrontière significatif.

13) *Alinéa f.* Les États devraient également tenir compte des normes de prévention appliquées aux mêmes activités ou à des activités comparables dans l'État susceptible d'être affecté, dans d'autres régions ou, s'il en existe, des normes internationales de prévention applicables à des activités similaires. Cette observation s'applique tout particulièrement lorsque, par exemple, les États concernés ne disposent d'aucune norme de prévention pour ces activités, ou lorsqu'ils souhaitent améliorer leurs normes existantes.

Article 11

Procédures en cas d'absence de notification

1. Si un État a des motifs raisonnables de penser qu'une activité projetée ou menée dans l'État d'origine risque de lui causer un dommage transfrontière significatif, il peut demander à celui-ci d'appliquer les dispositions de l'article 8. La demande doit être accompagnée d'un exposé documenté qui en explique les raisons.
2. Si l'État d'origine conclut néanmoins qu'il n'est pas tenu de donner notification en vertu de l'article 8, il en informe l'État requérant dans un délai raisonnable en lui adressant un exposé documenté expliquant les raisons de sa conclusion. Si ce dernier n'est pas satisfait de la conclusion, les deux États, à sa demande, engagent promptement des consultations de la manière indiquée à l'article 9.
3. Au cours des consultations, l'État d'origine, si l'autre État le lui demande, fait en sorte de prendre des mesures appropriées et applicables pour réduire au minimum le risque de l'activité en question et, le cas échéant, pour suspendre celle-ci pendant une période raisonnable.

Commentaire

- 1) L'article 11 vise le cas où un État, bien que n'ayant pas reçu de notification d'une activité conformément à l'article 8, apprend qu'une activité est menée dans un autre État, soit par l'État lui-même, soit par un exploitant privé, et estime que l'activité en question risque de causer un dommage significatif.
- 2) L'expression «un État» ne vise pas à exclure le cas où deux ou plusieurs États estimeraient qu'une activité prévue risquerait d'avoir pour eux des effets dommageables significatifs. Les mots «appliquer les dispositions de l'article 8» ne doivent pas être interprétés comme indiquant que l'État qui compte autoriser une activité ou qui l'a déjà autorisée a nécessairement manqué à ses obligations au titre de l'article 8. En d'autres termes, l'État d'origine peut avoir évalué les risques de dommages transfrontières significatifs engendrés par l'activité prévue et avoir conclu de bonne foi que ladite activité n'aurait aucun effet de ce type. Le paragraphe 1 permet à un État de demander à l'État d'origine de «réexaminer» son évaluation et sa conclusion, et il ne préjuge pas la question de savoir si l'État d'origine avait initialement satisfait à ses obligations au titre de l'article 8.
- 3) Néanmoins, pour que l'État susceptible d'être affecté soit en droit de formuler une telle demande, deux conditions doivent être remplies. La première est que cet État doit avoir «des motifs raisonnables de penser» que l'activité en question risque de causer un dommage transfrontière significatif. La seconde est que l'État qui fait la demande doit présenter «un exposé documenté qui en explique les raisons». Ces conditions visent à éviter que l'État requérant n'ait qu'une crainte vague, sans fondement concret. Il est nécessaire que la conviction de l'État requérant soit sérieuse et étayée par des faits, d'autant plus que l'État d'origine risque, en vertu du paragraphe 3 de l'article 11, de se voir contraint de suspendre l'activité.
- 4) La première phrase du *paragraphe 2* vise le cas où l'État auteur du projet conclut, à la suite du «réexamen» dont il a été question au paragraphe 2 du présent commentaire, qu'il n'est pas tenu de donner notification en vertu de l'article 8. Dans une telle situation, le paragraphe 2 vise à maintenir un juste équilibre entre les intérêts des États concernés, en exigeant de l'État d'origine qu'il fournisse une justification de sa conclusion, justification qui est le pendant de celle exigée de l'État requérant au paragraphe 1. La deuxième phrase du paragraphe 2 vise le cas où la

conclusion de l'État d'origine ne donne pas satisfaction à l'État requérant. Dans cette hypothèse, elle impose à l'État d'origine d'engager promptement des consultations avec l'autre État (ou les autres États), à la demande de ce(s) dernier(s). Ces consultations doivent être menées de la façon indiquée aux paragraphes 1 et 2 de l'article 9. Autrement dit, elles ont pour objectif de parvenir à des «solutions acceptables» quant aux mesures à adopter pour prévenir un dommage transfrontière significatif ou en tout cas en réduire le risque au minimum, et les solutions à rechercher doivent être «fondées sur un juste équilibre des intérêts» – deux expressions qui sont analysées dans le commentaire de l'article 9.

5) Le *paragraphe 3* impose à l'État d'origine de prendre des mesures appropriées et applicables pour réduire le risque au minimum et, le cas échéant, de suspendre l'activité en question durant une période raisonnable si l'autre État lui en a fait la demande au cours des consultations. Les États concernés peuvent également trouver d'autres accords.

6) D'autres instruments juridiques comportent des dispositions analogues. L'article 18 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation⁹⁷⁹ et le paragraphe 7 de l'article 3 de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière⁹⁸⁰ envisagent également une procédure permettant à un État susceptible d'être affecté par une activité d'engager des consultations avec l'État d'origine.

Article 12

Échange d'informations

Pendant le déroulement de l'activité, les États intéressés échangent en temps voulu toutes les informations disponibles la concernant qui sont utiles pour prévenir un dommage transfrontière significatif ou, en tout cas, pour en réduire le risque au minimum. L'échange d'informations se poursuit tant que les États intéressés le jugent bon, même après qu'il a été mis fin à l'activité.

⁹⁷⁹ Voir note 919 ci-dessus.

⁹⁸⁰ Voir note 908 ci-dessus.

Commentaire

- 1) L'article 12 traite des mesures à prendre *après* qu'une activité a été entreprise. Le but de toutes ces mesures est le même que dans les articles précédents, à savoir prévenir un dommage transfrontière significatif ou, en tout cas, en réduire le risque au minimum.
- 2) L'article 12 exige de l'État d'origine et des États susceptibles d'être affectés qu'ils échangent des informations concernant l'activité, après le lancement de celle-ci. Les mots «la concernant» après le mot «disponibles» soulignent le lien entre les informations et l'activité, et indiquent qu'il ne s'agit pas de n'importe quelles informations. L'obligation de prévention fondée sur le devoir de diligence ne s'exécute pas une fois pour toutes, mais exige des efforts continus. Il en résulte que le devoir de diligence ne prend pas fin après l'octroi de l'autorisation pour l'activité considérée et la mise en route de celle-ci; elle continue d'exister au niveau du contrôle de la mise en œuvre de l'activité aussi longtemps que celle-ci se poursuit.
- 3) Les informations qui doivent être échangées en vertu de l'article 12 sont toutes celles qui seraient utiles, dans le cas d'espèce, aux fins de la prévention du risque de dommage significatif. Normalement, c'est l'État d'origine qui a connaissance de ces informations mais, lorsque l'État qui est susceptible d'être affecté dispose d'informations pouvant être utiles aux fins de la prévention, il doit les communiquer à l'État d'origine.
- 4) Les dispositions exigeant l'échange d'informations sont assez courantes dans les conventions destinées à prévenir ou à réduire les dommages écologiques et transfrontières. Ces conventions prévoient divers modes de collecte et d'échange d'informations, soit que l'échange ait lieu entre les parties, soit que les informations soient communiquées à une organisation internationale qui les met à la disposition des autres États⁹⁸¹. Dans le contexte des présents articles, où les activités

⁹⁸¹ Par exemple, l'article 10 de la Convention pour la prévention de la pollution marine d'origine tellurique (voir note 908 ci-dessus); l'article 200 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (voir note 913 ci-dessus) et l'article 4 de la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone (voir note 925 ci-dessus) parlent de recherches individuelles ou collectives par les États parties touchant la prévention ou la réduction de la pollution et de la transmission de l'information ainsi obtenue, directement entre États ou par l'entremise d'une organisation internationale compétente. La Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance (voir note 969 ci-dessus) prévoit des travaux de recherche et l'échange d'informations concernant l'impact des activités entreprises par les États parties à la Convention. L'on peut trouver aussi des exemples dans d'autres instruments, notamment l'article VI, par. 1 iii), du Code

ont de fortes chances de ne concerner que quelques États, l'échange d'informations s'effectue directement entre les États intéressés. Lorsque les informations sont susceptibles d'affecter un grand nombre d'États, les informations pertinentes peuvent être échangées par d'autres moyens, par l'entremise d'organisations internationales compétentes, par exemple.

5) L'article 12 exige que ces informations soient échangées *en temps voulu*, ce qui signifie que, lorsque l'État a connaissance de ces informations, il doit en informer rapidement les autres États afin que les États intéressés aient le temps de se consulter sur les mesures préventives appropriées ou que les États susceptibles d'être affectés aient le temps de prendre les mesures qui s'imposent.

6) L'article 12 ne précise pas la fréquence des échanges d'informations. L'obligation qu'il impose ne joue qu'à partir du moment où les États disposent d'une information pertinente pour prévenir le dommage transfrontière ou en tout cas en réduire le risque au minimum.

7) La deuxième phrase de l'article 12 vise à assurer qu'il y ait échange d'informations en vertu de cette disposition non seulement lorsqu'une activité est en cours mais même après qu'elle a cessé si elle a laissé derrière elle des produits ou matières qu'il faut surveiller pour éviter tout risque de dommage transfrontière significatif. Un exemple en est l'activité nucléaire qui laisse derrière elle des déchets nucléaires. Mais il y a reconnaissance du fait que les conséquences de certaines activités, même une fois celles-ci achevées, continuent de poser un risque significatif de dommage transfrontière. Dans un tel cas, l'obligation de l'État d'origine ne prend pas fin avec l'activité.

Article 13

Information du public

Les États intéressés fournissent par les moyens appropriés au public susceptible d'être affecté par une activité relevant des présents articles des informations pertinentes sur l'activité, le risque qu'elle comporte et le dommage qui peut en résulter, et ils s'informent de son opinion.

de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières (voir note 916 ci-dessus); l'article 17 de la Convention sur la diversité biologique (voir note 913 ci-dessus); et l'article 13 de la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (voir note 925 ci-dessus).

Commentaire

1) L'article 13 exige que les États, dans la mesure du possible et par les moyens appropriés, fournissent au public – le leur ou celui d'autres États – susceptible d'être affecté par une activité des informations sur le risque que celle-ci comporte et le dommage qui pourrait en résulter, et qu'ils s'informent eux-mêmes de son opinion sur la question. Cet article exige donc des États deux choses: a) qu'ils informent le public de l'activité considérée, du risque qu'elle comporte et du dommage qui pourrait en résulter, et b) qu'ils s'informent eux-mêmes de l'opinion du public. Il est évident que l'information du public vise à permettre à ses membres de s'informer eux-mêmes, et ensuite à l'État de s'informer de l'opinion du public. Sans cette deuxième étape, l'article n'aurait guère de sens.

2) Les informations à fournir au public sont des informations sur l'activité elle-même ainsi que sur la nature et l'ampleur du risque qu'elle comporte et du dommage qui pourrait en résulter. Ces informations se trouvent dans les documents qui accompagnent la notification effectuée conformément à l'article 8 ou dans l'évaluation à laquelle l'État susceptible d'être affecté peut procéder conformément à l'article 11.

3) L'article 13 s'inspire des nouvelles tendances qui se font jour en droit international en général et dans le droit de l'environnement en particulier, visant à associer aux processus de prise de décisions les individus dont la vie, la santé, les biens et l'environnement sont susceptibles d'être affectés, en leur donnant la possibilité de faire connaître leur point de vue et de se faire entendre de ceux qui statuent en dernier ressort.

4) Le Principe 10 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement prévoit la participation du public aux processus de prise de décisions dans les termes suivants:

«La meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient. Au niveau national, chaque individu doit avoir dûment accès aux informations relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques, y compris aux informations relatives aux substances et activités dangereuses dans leurs collectivités, et avoir la possibilité de participer aux processus de prise de décisions. Les États doivent faciliter et encourager la sensibilisation et la participation du public en mettant les informations à la disposition de celui-ci.

Un accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours, doit être assuré⁹⁸².»

5) Un certain nombre d'autres instruments internationaux récents traitant de questions d'environnement prévoient que les États doivent informer le public et lui donner la possibilité de participer aux processus de prise de décisions. Les paragraphes 1 et 2 de l'article VII du Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières sont intéressants à cet égard:

«1. Pour promouvoir une prise de décisions en connaissance de cause par les autorités centrales, régionales ou locales dans les délibérations relatives à une pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières, les pays devraient faciliter la participation du public qui pourrait subir un préjudice aux auditions et enquêtes préliminaires et la présentation d'objections concernant les décisions proposées, ainsi que le recours et la représentation dans les instances administratives et judiciaires.

2. Les pays dans lesquels se produit un incident devraient prendre toutes les mesures appropriées pour fournir aux personnes physiques et morales exposées à un risque important de pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières des renseignements suffisants pour leur permettre d'exercer les droits qui leur sont accordés en droit interne conformément aux objectifs du présent Code⁹⁸³.»

L'article 3, paragraphe 8, de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière⁹⁸⁴, l'article 17 de la Convention pour la protection du milieu marin dans la zone de la mer Baltique⁹⁸⁵ et l'article 6 de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques⁹⁸⁶, les deux Conventions d'Helsinki sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux⁹⁸⁷ (article 16) et sur les effets transfrontières des accidents industriels (article 9 et annexe VIII)⁹⁸⁸, l'article 12 de la Convention sur le droit

⁹⁸² Voir note 902 ci-dessus.

⁹⁸³ Voir note 916 ci-dessus.

⁹⁸⁴ Voir note 908 ci-dessus.

⁹⁸⁵ Voir note 953 ci-dessus.

⁹⁸⁶ Voir note 973 ci-dessus.

⁹⁸⁷ Voir note 925 ci-dessus.

⁹⁸⁸ Voir note 908 ci-dessus.

relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation⁹⁸⁹, la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement⁹⁹⁰, les directives du Conseil de l'Union européenne concernant respectivement la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement⁹⁹¹ (90/313) et la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses (96/82)⁹⁹² et la recommandation C (74) 224 du 14 novembre 1974 du Conseil de l'OCDE sur les principes concernant la pollution transfrontière⁹⁹³ prévoient tous que le public doit être informé.

6) Les modalités de participation au processus décisionnel sont nombreuses. Examiner les données et les informations sur la base desquelles les décisions seront prises et pouvoir confirmer ou contester l'exactitude des faits, l'analyse et les considérations de politique, que ce soit en saisissant les tribunaux administratifs ou d'autres juridictions ou par le biais de groupements de citoyens intéressés, est un moyen de participer à la prise des décisions. Ce mode de participation renforce les efforts déployés pour prévenir les dommages transfrontières et les atteintes à l'environnement.

7) L'obligation énoncée à l'article 13 est circonscrite par le membre de phrase «par les moyens appropriés», qui vise à laisser aux États le soin de choisir les moyens par lesquels cette information peut être diffusée, en fonction des exigences de leur droit interne et de leur politique en ce qui concerne par exemple la question de savoir si cette information devrait être fournie par les médias, des organisations non gouvernementales, des organismes publics, les autorités locales, etc. Quand la population concernée est celle d'un autre État, elle peut être informée par l'entremise de l'État concerné, s'il est impossible ou difficile de communiquer directement.

⁹⁸⁹ Voir note 919 ci-dessus.

⁹⁹⁰ Document ECE/CEP/43.

⁹⁹¹ Journal officiel des Communautés européennes, série L, n° 158, 23 juin 1990, p. 56.

⁹⁹² Ibid., n° 10, 14 janvier 1997, p. 13.

⁹⁹³ Voir note 960 ci-dessus.

8) Par ailleurs, l'État susceptible d'être affecté, après avoir reçu la notification et les informations qui lui ont été adressées par l'État d'origine et avant de répondre à la notification doit, par les moyens appropriés, informer les secteurs de son propre public susceptibles d'être affectés.

9) L'adjectif «public» se réfère aux particuliers, groupes d'intérêts (y compris les organisations non gouvernementales) et experts indépendants, le grand «public» étant constitué de particuliers qui ne sont pas organisés en groupes ni affiliés à aucun groupe précis. La participation du public pourrait être encouragée en organisant des réunions ou audiences publiques. Il faudrait multiplier les occasions de consulter le public et veiller, pour faciliter sa participation, à ce qu'il soit dûment informé sur la politique et les plans ou programmes en cause. Les exigences de confidentialité peuvent, toutefois, restreindre la participation du public au processus d'évaluation. Il est fréquent, d'autre part, que le public ne soit pas appelé à participer, ou du moins ne participe que de façon minimale, à la détermination de la portée d'une politique, d'un plan ou d'un programme. Sa participation à l'évaluation de l'impact sur l'environnement ou à l'examen d'un projet de document serait utile pour s'informer des préoccupations que suscitent les activités envisagées, des solutions de rechange possibles et des incidences éventuelles sur l'environnement⁹⁹⁴.

10) Indépendamment de l'intérêt qu'il y a à encourager la participation du public au processus décisionnel national sur des questions vitales relatives au développement et aux niveaux de tolérance des dommages, en vue de donner une plus grande légitimité aux décisions prises et mieux les faire respecter, on peut penser, étant donné le développement du droit relatif aux droits de l'homme, que la participation du public tend à devenir un droit au regard aussi bien du droit interne que du droit international⁹⁹⁵.

⁹⁹⁴ *Application des principes de l'évaluation de l'impact sur l'environnement aux politiques, plans et programmes* (note 948 ci-dessus), p. 4 et 8.

⁹⁹⁵ Voir T. M. Franck, «Fairness in the International Legal and Institutional System: General Course on Public International Law», *Recueil des cours* ... 1993-III, t. 240, p. 110. Voir également Donna Craig et Diana Ponce Nava, «Indigenous Peoples' Rights and Environmental Law», in Sun Lin and Lal Kurukulasuriya, (dir. publ.) (voir note 948 ci-dessus), p. 115 à 146.

Article 14

Sécurité nationale et secrets industriels

L'État d'origine n'est pas tenu de communiquer des données et informations qui sont vitales pour sa sécurité nationale ou pour la protection de ses secrets industriels ou de ses droits de propriété intellectuelle, mais il coopère de bonne foi avec l'État susceptible d'être affecté pour fournir autant d'informations que les circonstances le permettent.

Commentaire

1) L'article 14 a pour objet d'assortir d'une exception limitée l'obligation qu'ont les États de fournir des informations en application des articles 8, 12 et 13. Les États ne sont pas tenus de divulguer des informations qui sont vitales pour leur sécurité nationale. Ce type de disposition n'est pas rare dans les traités qui imposent l'échange d'informations. C'est ainsi que l'article 31 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation⁹⁹⁶ prévoit une exception analogue à l'obligation de divulguer des informations vitales pour la défense et la sécurité nationales.

2) L'article 14 vise, outre la sécurité nationale, les secrets industriels et les informations protégées par des droits de propriété intellectuelle. Bien que les secrets industriels fassent partie des droits de propriété intellectuelle, on a utilisé les deux termes pour couvrir comme il convient les droits protégés. Dans le cadre des présents articles, il est fort probable que certaines des activités relevant du champ d'application de l'article premier mettent en jeu des techniques de pointe faisant intervenir des types d'informations qui sont protégées par le droit interne. Normalement, le droit interne des États détermine les informations réputées constituer un secret industriel et prévoit leur protection. Ce type de clause de sauvegarde n'est pas exceptionnel dans les instruments juridiques traitant de l'échange d'informations liées aux activités industrielles. Par exemple, l'article 8 de la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux⁹⁹⁷ et le paragraphe 8 de l'article 2 de la Convention

⁹⁹⁶ Voir note 919 ci-dessus.

⁹⁹⁷ Voir la note 925 ci-dessus.

sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière⁹⁹⁸ prévoient une protection analogue pour les secrets industriels et commerciaux.

3) L'article 14 reconnaît la nécessité d'établir un équilibre entre les intérêts légitimes de l'État d'origine et ceux des États susceptibles d'être affectés. Il impose donc à l'État d'origine qui ne communique pas les informations en arguant de la sécurité nationale ou du secret industriel l'obligation de coopérer de bonne foi avec les autres États pour fournir autant d'informations que les circonstances le permettent. Par l'expression «autant d'informations», on entend, par exemple, la description générale du risque et le type et l'ampleur du dommage auquel un État peut être exposé. Les mots «les circonstances» visent les conditions mises en avant pour ne pas communiquer l'information. En substance, l'article 14 mise sur la coopération de bonne foi entre les parties et l'encourage.

Article 15

Non-discrimination

À moins que les États intéressés n'en soient convenus autrement pour protéger les intérêts des personnes, physiques ou morales, qui peuvent être ou sont exposées au risque d'un dommage transfrontière significatif résultant d'une activité entrant dans le champ d'application des présents articles, un État ne fait pas de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu où le préjudice pourrait survenir dans l'octroi auxdites personnes, conformément à son système juridique, de l'accès à des procédures judiciaires ou autres pour demander protection ou à d'autres recours appropriés.

Commentaire

1) L'article 15 énonce le principe fondamental selon lequel l'État d'origine doit accorder l'accès à ses procédures judiciaires et autres sans discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu où le préjudice pourrait survenir. Il s'inspire de l'article 32 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation⁹⁹⁹.

⁹⁹⁸ Voir la note 908 ci-dessus.

⁹⁹⁹ Voir note 919 ci-dessus.

2) L'article 15 contient deux éléments fondamentaux, à savoir la non-discrimination fondée sur la nationalité ou le lieu de résidence et la non-discrimination fondée sur le lieu du dommage éventuel. Cette règle oblige les États à faire en sorte que toute personne, quels que soient sa nationalité ou son lieu de résidence, qui risque de subir un dommage transfrontière significatif à cause d'activités visées à l'article premier, quel que soit le lieu où le dommage risque de se produire, reçoive le même traitement que celui accordé par l'État d'origine à ses nationaux en cas de dommage pouvant survenir sur son propre territoire. Cette obligation n'affecte pas la pratique existant dans certains États qui impose aux non-résidents ou aux étrangers de déposer une caution pour pouvoir accéder au système judiciaire de façon à couvrir les frais de justice et autres. Une telle pratique n'est pas «discriminatoire» au sens de cet article; elle est prise en considération dans l'expression «conformément à son système juridique».

3) L'article 15 prévoit par ailleurs que l'État d'origine ne peut pas exercer de discrimination en fonction du lieu où le dommage risque de se produire. En d'autres termes, si un dommage significatif risque d'être causé dans un État A du fait d'une activité visée à l'article premier menée dans l'État B, ce dernier ne peut empêcher l'exercice d'une action au motif que le dommage se produirait en dehors de sa juridiction.

4) La règle ainsi posée a un caractère supplétif, comme l'indique le membre de phrase «à moins que les États intéressés n'en soient convenus autrement». En conséquence, les États intéressés peuvent convenir des meilleurs moyens d'accorder protection ou réparation aux personnes qui risquent de subir un dommage significatif, par exemple par la voie d'un accord bilatéral. Les présents articles encouragent les États intéressés à convenir d'un régime spécial applicable aux activités qui comportent un risque de dommage transfrontière significatif. Dans de tels arrangements, les États peuvent aussi prévoir des moyens de protéger les intérêts des personnes concernées en cas de dommage transfrontière significatif. Le membre de phrase «pour protéger les intérêts des personnes» a pour objet de bien préciser que cet article ne permet pas aux États de décider par accord mutuel de pratiquer une discrimination pour ce qui est de l'accès à leurs procédures judiciaires ou autres ou d'un droit à indemnisation. Le but de l'accord interétatique devrait toujours être de protéger les intérêts des victimes du dommage.

5) On peut trouver dans les accords internationaux et des recommandations d'organisations internationales des précédents à l'obligation énoncée dans cet article. Ainsi, l'article 3 de la

Convention relative à la protection de l'environnement conclue entre le Danemark, la Finlande, la Norvège et la Suède le 19 février 1974 dispose:

«Toute personne lésée ou pouvant être lésée par une nuisance causée par des activités nuisibles à l'environnement effectuées dans un autre État aura le droit de saisir le tribunal ou l'autorité administrative compétents de cet État pour qu'ils statuent sur la question de savoir si lesdites activités sont autorisées, y compris sur les mesures à prendre pour prévenir des dommages, ainsi que d'en appeler de la décision du tribunal ou de l'autorité administrative dans la même mesure et dans les mêmes conditions qu'une entité dotée de la personnalité juridique de l'État où lesdites activités sont réalisées.

Les dispositions du premier alinéa du présent article seront également applicables dans le cas de procédures concernant la réparation de dommages causés par des activités écologiquement nocives. La question de la réparation ne sera pas jugée selon des règles moins favorables à la partie lésée que celles qui sont applicables en la matière dans l'État où lesdites activités sont effectuées¹⁰⁰⁰.»

6) Le Conseil de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a adopté une recommandation sur la mise en œuvre d'un régime d'égalité d'accès et de non-discrimination pour ce qui a trait à la pollution transfrontière, dont le paragraphe 4 a) est ainsi libellé:

«Les pays d'origine devraient veiller à ce que toute personne qui a subi un dommage, par pollution transfrontière ou qui est exposée à un risque sensible de pollution transfrontière dans un pays exposé, se voit appliquer, pour le moins, un traitement équivalant à celui dont bénéficient dans le pays d'origine, en cas de pollution interne et dans des circonstances similaires, des personnes de condition ou de statut équivalents...¹⁰⁰¹.»

¹⁰⁰⁰ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1092, p. 301. On peut trouver des dispositions similaires au paragraphe 6 de l'article 2 de la Convention de la CEE sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (voir note 908 ci-dessus); dans la partie II.E.8 des Principes directeurs sur la responsabilité et l'obligation de réparer en cas de pollution des eaux transfrontières, établis par l'Équipe spéciale de la CEE sur la responsabilité et l'obligation de réparer en cas de pollution des eaux transfrontières, document ENVWA/R.45, du 20 novembre 1990; et au paragraphe 6 du projet de charte de la CEE sur les droits et obligations en matière d'environnement, établi lors d'une réunion d'experts du droit de l'environnement, tenue du 25 février au 1^{er} mars 1991, document ENVWA/R.38, annexe I.

¹⁰⁰¹ Document de l'OCDE C (77) 28 (Final), annexe, in OCDE, *L'OCDE et l'environnement* (voir note 960 ci-dessus), p. 150. Le Principe 14 des Principes de conduite dans le domaine de l'environnement pour l'orientation des États en matière de conservation et d'utilisation harmonieuse des ressources naturelles partagées entre deux ou plusieurs États (voir note 906 ci-dessus) va dans le même sens. Pour une analyse du principe de l'égalité d'accès voir

Article 16

Préparation aux situations d'urgence

L'État d'origine établit des plans d'action en cas de situation d'urgence en coopération, le cas échéant, avec l'État susceptible d'être affecté et avec les organisations internationales compétentes.

Commentaire

1) L'article 16 énonce une obligation appelant l'adoption de mesures par anticipation plutôt qu'après coup. Son libellé s'inspire du paragraphe 4 de l'article 28 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, qui est rédigé comme suit:

«En cas de nécessité, les États du cours d'eau élaborent conjointement des plans d'urgence pour faire face aux situations d'urgence en coopération, le cas échéant, avec les autres États qui risquent d'être touchés et les organisations internationales compétentes¹⁰⁰².»

La nécessité d'élaborer des plans d'action pour faire face à d'éventuelles situations d'urgence est bien établie¹⁰⁰³. L'idée est que l'obligation de prévenir les catastrophes écologiques impose aux États le devoir d'adopter des mesures et des procédures en matière de sécurité destinées à réduire au minimum le risque de catastrophe écologique, comme les accidents dans les réacteurs nucléaires, les déversements de produits chimiques toxiques, les déversements d'hydrocarbures

Van Hoogstraten *et al.*, «L'égalité d'accès: Pollution transfrontière», *Environmental Policy and Law*, vol. 2, 1976, p. 77.

¹⁰⁰² Voir note 919 ci-dessus.

¹⁰⁰³ Voir E. Brown Weiss, «Environmental Disasters in International Law», in *Anuario Jurídico Interamericano*, 1986 (O.E.A., Washington, D.C., 1987), p. 141 à 169. Dans sa résolution de 1983 relative aux principes touchant la coopération internationale en cas d'urgence écologique liée aux progrès technologiques, le Conseil européen du droit de l'environnement préconise expressément la réglementation de l'emplacement de toutes les installations dangereuses, l'adoption de normes de sécurité en vue de réduire le risque de survenance de situations d'urgence, ainsi que la mise en place de dispositifs de surveillance et l'élaboration de plans d'urgence, *Environmental Policy and Law*, vol. 12 (1984), p. 68. Voir également G. Handl, *Grenzüberschreitendes nukleares Risiko und völkerrechtlicher Schutzanspruch* (voir note 916 ci-dessus), p. 60 à 65.

ou les incendies de forêt. Au besoin, les États peuvent négocier des mesures de sécurité ou d'urgence spécifiques et en convenir dans le cadre de la gestion du risque de dommages transfrontières significatifs en ce qui concerne par exemple: a) l'adoption de normes de sécurité applicables à l'emplacement et à l'exploitation d'usines et de centrales nucléaires, de véhicules industriels et de véhicules à propulsion nucléaire; b) la maintenance du matériel et des installations conformément aux mesures de sécurité en vigueur; c) la surveillance des installations, des véhicules ou des dispositifs permettant de détecter les dangers; et d) la formation des ouvriers et le suivi de leur performance aux fins de l'application des règles de sécurité. Ces plans d'action devraient englober la mise en place de systèmes d'alerte avancée.

2) Certes, l'État d'origine est responsable au premier chef de la mise au point des plans d'action, mais dans de nombreux cas, il serait bon qu'il agisse en coopération avec les États susceptibles d'être affectés et avec les organisations internationales compétentes. Par exemple, il se peut qu'un plan d'action exige le concours d'autres États susceptibles d'être affectés, de même que celui d'organisations internationales compétentes en la matière¹⁰⁰⁴. Qui plus est, un organisme international compétent dont sont membres les États intéressés serait mieux à même d'assurer une coordination efficace de l'action à mener.

3) De même, les plans d'action gagneraient à être élaborés par des commissions mixtes composées de membres représentant tous les États intéressés. Il conviendrait aussi de mettre sur pied au niveau national des organismes de liaison qui passeraient en revue ces questions et recourraient aux moyens de communication les plus modernes en matière de système d'alerte avancée¹⁰⁰⁵. Les plans d'action destinés à faire face à des catastrophes liées à la pollution marine sont bien connus. L'article 199 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer impose

¹⁰⁰⁴ Pour un aperçu des divers plans d'action élaborés par plusieurs organisations et programmes à vocation internationale comme le PNUE, la FAO, le Coordonnateur des Nations Unies pour les secours en cas de catastrophe, le HCR, l'UNICEF, l'OMS, l'AIEA et le CICR, voir B. G. Ramcharan, *The International Law and Practice of Early Warning and Preventive Diplomacy: the Emerging Global Watch* (Kluwer 1991), Ch. 7 (The Practice of Early Warning; Environment, Basic Needs and Disaster Preparedness), p. 143 à 168.

¹⁰⁰⁵ À propos de la constitution de commissions mixtes, voir par exemple le Traité sur les eaux de l'Indus, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 419, p. 125, et la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution chimique (note 908 ci-dessus).

aux États l'obligation de mettre au point des plans de ce type¹⁰⁰⁶. L'obligation d'élaborer des plans d'action se retrouve aussi dans certains accords bilatéraux et multilatéraux ayant trait à la lutte contre les incendies de forêt, les accidents nucléaires et autres catastrophes écologiques¹⁰⁰⁷. La Convention de 1986 sur la protection des ressources naturelles et de l'environnement du Pacifique Sud prévoit, en son article 15, que «les Parties s'emploient à mettre au point et à promouvoir des plans d'urgence, individuels et conjoints, pour intervenir en cas d'incident...»¹⁰⁰⁸

Article 17

Notification d'une situation d'urgence

L'État d'origine notifie, sans tarder et en utilisant les moyens les plus rapides dont il dispose, à l'État susceptible d'être affecté une situation d'urgence concernant une activité entrant dans le champ d'application des présents articles et lui communique toutes les informations pertinentes en sa possession.

Commentaire

1) L'article 17 traite des obligations mises à la charge de l'État d'origine en vue de faire face à la survenance d'une situation d'urgence. Son libellé s'inspire du paragraphe 2 de l'article 28 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, qui se lit comme suit:

«Tout État du cours d'eau informe sans retard et par les moyens les plus rapides disponibles les autres États qui risquent d'être touchés ainsi que les organisations internationales compétentes de toute situation d'urgence survenant sur son territoire¹⁰⁰⁹...»

Des obligations analogues sont énoncées par exemple au Principe 18 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement¹⁰¹⁰; dans la Convention sur la notification rapide

¹⁰⁰⁶ Voir note 913 ci-dessus.

¹⁰⁰⁷ Pour la liste de ces accords, voir E. Brown Weiss, op. cit. (voir note 1003 ci-dessus), p. 148.

¹⁰⁰⁸ Le droit de la mer, Évolution récente de la pratique des États (n° II) (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.89.V.7), p. 104.

¹⁰⁰⁹ Voir note 919 ci-dessus.

¹⁰¹⁰ Voir note 902 ci-dessus.

d'un accident nucléaire¹⁰¹¹; à l'article 198 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer¹⁰¹²; à l'article 3 de la Convention sur la diversité biologique¹⁰¹³; au paragraphe 1 c) de l'article 5 de la Convention internationale sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures¹⁰¹⁴, ainsi que dans un certain nombre d'accords concernant des cours d'eau internationaux¹⁰¹⁵.

2) Selon l'article, la gravité du dommage et la survenance soudaine de la situation d'urgence justifient les mesures requises. Néanmoins, le fait que la situation d'urgence est soudaine ne signifie pas qu'elle est totalement inattendue. Les systèmes d'alerte avancée mis en place ou la prévision de graves perturbations climatiques peuvent annoncer l'imminence de la situation d'urgence. Cela peut donner aux États intéressés le temps de réagir et de prendre des mesures raisonnables, réalisables et pratiques de manière à éviter, ou en tout état de cause à atténuer, les effets préjudiciables de ces situations. L'expression «sans tarder» signifie que l'État d'origine notifie la situation d'urgence dès qu'il en a pris connaissance, et la formule «les moyens les plus

¹⁰¹¹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1439, p. 275. L'article 5 de cette Convention énumère dans le détail les informations à communiquer aux États susceptibles d'être affectés: a) le moment, la localisation exacte quand cela est approprié, et la nature de l'accident nucléaire; b) l'installation ou l'activité en cause; c) la cause supposée ou connue et l'évolution prévisible de l'accident nucléaire en ce qui concerne le rejet transfrontière de matières radioactives; d) les caractéristiques générales du rejet de matières radioactives, y compris, dans la mesure où cela est possible et approprié, la nature, la forme physique et chimique probable et la quantité, la composition et la hauteur effective du rejet de matières radioactives; e) les informations sur les conditions météorologiques et hydrologiques du moment et prévues, qui sont nécessaires pour prévoir le rejet transfrontière des matières radioactives; f) les résultats de la surveillance de l'environnement en ce qui concerne le rejet transfrontière des matières radioactives; g) les mesures de protection prises ou projetées hors du site; h) le comportement prévu dans le temps du rejet de matières radioactives.

¹⁰¹² Voir note 913 ci-dessus.

¹⁰¹³ Ibid.

¹⁰¹⁴ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1891, p. 51.

¹⁰¹⁵ Voir par exemple l'article 11 de la Convention de 1976 relative à la protection du Rhin contre la pollution chimique (note 908 ci-dessus); l'Accord relatif à la lutte contre la pollution accidentelle du lac Léman (*Recueil officiel de la législation suisse*, 1977, p. 2204); et l'Accord de 1978 entre le Canada et les États-Unis relatif à la qualité de l'eau dans les grands lacs (*Treaties and Other International Acts Series*, n° 9257).

rapides dont il dispose» signifie qu'il doit recourir aux moyens de communication les plus rapides à sa disposition.

3) Les situations d'urgence peuvent découler de causes naturelles ou du comportement de l'homme. Les mesures à prendre pour y faire face sont sans préjudice de toutes actions en responsabilité, lesquelles ne relèvent pas des présents articles.

Article 18

Relations avec d'autres règles du droit international

Les présents articles sont sans préjudice de toute obligation dont les États peuvent être tenus en vertu des traités ou des règles du droit international coutumier applicables.

Commentaire

1) L'article 18 vise à préciser que les présents articles sont sans préjudice de l'existence, de l'application ou des effets de toute obligation incombant aux États en vertu du droit international et se rapportant à un acte ou à une omission auxquels ils s'appliquent. Il s'ensuit que le fait qu'une activité entre dans leur champ d'application ne permet de tirer aucune conclusion quant à l'existence ou à l'inexistence de toute autre règle de droit international en ce qui concerne l'activité considérée ou ses effets transfrontières, effectifs ou potentiels.

2) La référence, à l'article 18, à toute obligation incombant aux États s'entend aussi bien des obligations conventionnelles que des obligations découlant du droit international coutumier. Elle est également censée recouvrir aussi bien les règles d'application particulière – que ce soit à une région déterminée ou à une activité spécifique – que les règles de portée universelle ou générale. L'article n'entend pas résoudre toutes les questions relatives à d'éventuels conflits à venir entre obligations conventionnelles et découlant du droit international coutumier d'une part, et obligations découlant des présents articles de l'autre.

Article 19

Règlement des différends

1. Tout différend concernant l'interprétation ou l'application des présents articles est résolu dans les meilleurs délais par des moyens pacifiques choisis d'un commun accord entre les parties au différend, comprenant notamment les négociations, la médiation, la conciliation, l'arbitrage ou le règlement judiciaire.

2. À défaut d'accord sur les moyens de règlement pacifique du différend au terme d'un délai de six mois, les parties au différend constituent, à la demande de l'une quelconque d'entre elles, une commission d'enquête impartiale.
3. La Commission d'enquête est composée d'un membre désigné par chacune des parties au différend plus un membre n'ayant la nationalité d'aucune desdites parties, choisi par les deux autres, qui fait fonction de président.
4. Si l'une des parties au différend est constituée par plusieurs États et si ces États ne parviennent pas à s'entendre sur la désignation d'un membre commun de la Commission et que chacun d'eux désigne un membre, l'autre partie au différend a le droit de désigner un nombre égal de membres de la Commission.
5. Si les membres désignés par les parties au différend ne parviennent pas à s'entendre sur un président dans un délai de trois mois à compter de la demande d'établissement de la Commission, toute partie au différend peut demander au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies de désigner le Président, lequel n'aura la nationalité d'aucune desdites parties. Si l'une des parties au différend ne procède pas à la désignation d'un membre dans un délai de trois mois à compter de la demande initiale faite conformément au paragraphe 2, toute autre partie au différend peut demander au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies de désigner une personne n'ayant la nationalité d'aucune des parties au différend. La personne ainsi désignée sera le membre unique de la Commission.
6. La Commission adopte son rapport à la majorité de ses membres, sauf si elle n'en compte qu'un seul, et soumet ce rapport aux parties au différend en y énonçant ses conclusions et recommandations que lesdites parties examinent de bonne foi.

Commentaire

- 1) L'article 19 énonce une règle fondamentale pour le règlement des différends concernant l'interprétation ou l'application du régime de prévention défini dans les présents articles. Il s'agit d'une règle supplétive qui joue dans les cas où il n'existe pas entre les États intéressés d'accord applicable au règlement du différend.
- 2) Il est supposé que cet article n'aurait lieu d'être appliqué qu'après que les États intéressés auraient épuisé tous les moyens de persuasion dont ils disposent, par la voie de consultations et de négociations appropriées, lesquelles pourraient être engagées en raison des obligations découlant des présents articles ou dans le cadre des relations courantes entre États.
- 3) À défaut d'accord par voie de consultation ou de négociation, les États intéressés sont encouragés à continuer de s'efforcer de régler leur différend par d'autres moyens pacifiques dont

ils peuvent convenir d'un commun accord, par exemple la médiation, la conciliation, l'arbitrage ou le règlement judiciaire. Ces moyens pacifiques de règlement des différends sont énoncés à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies, au deuxième paragraphe de la section pertinente de la Déclaration relative aux relations amicales¹⁰¹⁶ et au paragraphe 5 de la section I de la Déclaration de Manille¹⁰¹⁷, et les États sont libres d'opérer d'un commun accord un choix entre eux¹⁰¹⁸.

4) Si les États intéressés ne parviennent pas à se mettre d'accord sur tel ou tel moyen de règlement pacifique des différends à l'expiration d'un délai de six mois, ils sont tenus, aux termes du paragraphe 2 de l'article 19, à la demande de l'un d'eux, de constituer une commission d'enquête impartiale. Les paragraphes 3, 4 et 5 de l'article 19 développent la procédure obligatoire à suivre à cet effet et qui¹⁰¹⁹. Cette procédure est utile et nécessaire en ce qu'elle permet aux États de régler leur différend promptement à partir d'un établissement et d'une évaluation objectifs des faits. Souvent, les divergences de vues et les différends entre États découlent d'une mauvaise appréciation des faits réels et pertinents.

5) La constitution d'une commission d'enquête impartiale est une méthode bien connue, qui est prévue dans un certain nombre de traités bilatéraux ou multilatéraux, dont le Pacte de la Société des Nations, la Charte des Nations Unies et l'acte constitutif de certaines institutions spécialisées et autres organismes des Nations Unies. Les possibilités offertes par cette méthode pour aider à régler les différends internationaux a été reconnue dans la résolution 1967 (XVIII) de l'Assemblée générale, en date du 16 décembre 1963, intitulée «Question des méthodes d'établissement des faits» et la Déclaration concernant les activités d'établissement des faits de

¹⁰¹⁶ Déclaration relative aux Principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, annexe.

¹⁰¹⁷ Déclaration de Manille sur le règlement pacifique des différends internationaux, résolution 37/10 de l'Assemblée générale, annexe.

¹⁰¹⁸ Pour une analyse des différents moyens de règlement pacifique des différends et un renvoi aux instruments internationaux pertinents, voir *Manuel sur le règlement pacifique des différends entre États* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.92.V.7).

¹⁰¹⁹ Voir l'article 33 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (note 919 ci-dessus).

l'Organisation des Nations Unies en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales, résolution 46/59 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 1991, annexe.

6) Ayant pour mandat d'enquêter sur les faits et de faire la lumière sur les questions contestées, ces commissions sont normalement habilitées à entendre les parties, interroger les témoins et se rendre sur les lieux.

7) Le rapport d'une commission d'enquête devrait en général établir ou préciser les «faits». Dans la mesure où ceux-ci ne font intervenir ni jugement ni évaluation, ils sont généralement à l'abri de toute nouvelle contestation. Les États intéressés gardent la liberté d'accorder à ces «faits» l'importance qu'ils jugent appropriée aux fins du règlement du différend. Toutefois, en vertu de l'article 19, les États intéressés sont tenus à tout le moins d'examiner de bonne foi le rapport de la commission d'enquête¹⁰²⁰.

CHAPITRE VI

RÉSERVES AUX TRAITÉS

A. Introduction

99. Par sa résolution 48/31 du 9 décembre 1993, l'Assemblée générale a approuvé la décision de la Commission du droit international d'inscrire à son ordre du jour le sujet intitulé «Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités».

100. À sa quarante-sixième session, en 1994, la Commission a nommé M. Alain Pellet Rapporteur spécial pour ce sujet¹⁰²¹.

101. À sa quarante-septième session, en 1995, la Commission a reçu et examiné le premier rapport du Rapporteur spécial¹⁰²².

¹⁰²⁰ Les critères de la bonne foi sont examinés dans le commentaire de l'article 9.

¹⁰²¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/49/10)*, par. 382.

¹⁰²² A/CN.4/470 et Corr.1.

102. À l'issue de cet examen, le Rapporteur spécial a résumé les conclusions qu'il tirait des débats de la Commission sur le sujet; celles-ci avaient trait au titre du sujet, qui devrait se lire dorénavant «Réserves aux traités», à la forme du résultat de l'étude, qui devrait se présenter comme un guide de la pratique en matière de réserves, à la souplesse avec laquelle les travaux de la Commission sur le sujet devraient être conduits et au consensus qui s'était dégagé au sein de la Commission pour considérer qu'il n'y avait pas lieu de modifier les dispositions pertinentes des Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986¹⁰²³. De l'avis de la Commission, ces conclusions constituaient le résultat de l'étude préliminaire demandée par l'Assemblée générale dans ses résolutions 48/31 du 9 décembre 1993 et 49/51 du 9 décembre 1994. Quant au Guide de la pratique, il se présenterait sous la forme de projets de directives accompagnés de commentaires, qui seraient utiles pour la pratique des États et des organisations internationales; ces directives seraient, au besoin, accompagnées de clauses types.

103. En 1995, conformément à sa pratique antérieure¹⁰²⁴, la Commission a autorisé le Rapporteur spécial à établir un questionnaire détaillé sur les réserves aux traités pour s'enquérir de la pratique suivie et des problèmes rencontrés par les États et les organisations internationales, particulièrement celles qui étaient depositaires de conventions multilatérales. Ce questionnaire a été adressé à ses destinataires par le secrétariat. Dans sa résolution 50/45 du 11 décembre 1995, l'Assemblée générale a pris note des conclusions de la Commission et invité celle-ci à poursuivre ses travaux selon les modalités indiquées dans son rapport, et elle a aussi invité les États à répondre au questionnaire¹⁰²⁵.

104. À sa quarante-huitième session, la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet¹⁰²⁶. Le Rapporteur spécial avait annexé à son rapport un projet de résolution de la Commission du droit international sur les réserves aux traités multilatéraux

¹⁰²³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 10 (A/50/10)*, par. 491.

¹⁰²⁴ Voir *Annuaire ... 1993*, vol. II (deuxième partie), par. 286.

¹⁰²⁵ Au 27 juillet 2000, 33 États et 24 organisations internationales avaient répondu au questionnaire.

¹⁰²⁶ A/CN.4/477 et Add.1.

normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme, établi à l'intention de l'Assemblée générale en vue d'appeler l'attention sur les données juridiques du problème et de les clarifier¹⁰²⁷. Toutefois, faute de temps, la Commission n'a pas pu examiner le rapport et le projet de résolution, encore que certains membres aient exprimé leurs vues sur le rapport.

En conséquence, la Commission a décidé de reporter le débat sur le sujet à l'année suivante.

105. À sa quarante-neuvième session, la Commission était à nouveau saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet.

106. À l'issue du débat, la Commission a adopté des conclusions préliminaires sur les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme¹⁰²⁸.

107. Dans sa résolution 52/156 du 15 décembre 1997, l'Assemblée générale a pris note des conclusions préliminaires de la Commission ainsi que du fait que celle-ci avait invité tous les organes créés par des traités multilatéraux normatifs qui souhaiteraient le faire à formuler par écrit leurs commentaires et observations sur ces conclusions, et elle a appelé l'attention des gouvernements sur le fait qu'il importait qu'ils communiquent à la Commission du droit international leurs vues sur les conclusions préliminaires.

108. À sa cinquantième session, la Commission était saisie du troisième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet¹⁰²⁹, qui était consacré à la définition des réserves aux traités et des déclarations interprétatives de traités. À la même session, la Commission a adopté à titre provisoire six projets de directives¹⁰³⁰.

109. À la cinquante et unième session, la Commission était à nouveau saisie de la partie du troisième rapport du Rapporteur spécial qu'elle n'avait pas eu le temps d'examiner à la

¹⁰²⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 10 (A/51/10)*, par. 137.

¹⁰²⁸ *Ibid.*, cinquante-deuxième session, *Supplément n° 10 (A/52/10)*, par. 157.

¹⁰²⁹ A/CN.4/491 et Corr.1 (anglais seulement), A/CN.4/491/Add.1, Add.2 et Corr.1, Add.3 et Corr.1 (chinois, français et russe seulement), Add.4 et Corr.1, Add.5 et Add.6 et Corr.1.

¹⁰³⁰ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 10 (A/53/10)*, par. 540.

cinquantième session, ainsi que de son quatrième rapport sur le sujet¹⁰³¹. À ce rapport était en outre annexée la bibliographie révisée du sujet, dont le Rapporteur spécial avait soumis en 1996 une première version, jointe à son deuxième rapport¹⁰³². Le quatrième rapport traitait aussi de la définition des réserves et déclarations interprétatives. À la même session, la Commission a adopté à titre provisoire 17 projets d'articles¹⁰³³.

110. À la lumière de l'examen des déclarations interprétatives, la Commission a aussi adopté une nouvelle version du projet de directive 1.1.1 [1.1.4] et du projet de directive sans titre ni numéro [devenu le projet de directive 1.6 (Portée des définitions)].

111. À la cinquante-deuxième session, la Commission était saisie du cinquième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet¹⁰³⁴, portant d'une part sur les alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives et, d'autre part, sur la procédure relative aux réserves et aux déclarations interprétatives notamment leur formulation et la question des réserves et déclarations interprétatives tardives. À la même session, la Commission a adopté à titre provisoire cinq projets de directives¹⁰³⁵. La Commission a aussi reporté l'examen de la deuxième partie du cinquième rapport du Rapporteur spécial contenue dans les documents A/CN.4/508/Add.3 et Add.4 à la session suivante.

B. Examen du sujet à la présente session

1. Deuxième partie du cinquième rapport

112. À la présente session, la Commission était saisie en premier lieu de la deuxième partie du cinquième rapport (A/CN.4/508/Add.3 et Add.4) portant sur les questions de procédure relatives

¹⁰³¹ A/CN.4/499.

¹⁰³² A/CN.4/478/Rev.1.

¹⁰³³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/54/10)*, par. 470.

¹⁰³⁴ A/CN.4/508 et Add.1 à 4.

¹⁰³⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10)*, par. 663.

aux réserves et aux déclarations interprétatives. Elle l'a examinée à ses 2677^{ème}, 2678^{ème} et 2679^{ème} séances les 18, 22, 23 mai 2001.

113. À sa 2679^{ème} séance, le 23 mai 2001, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de directive 2.2.1 («Formulation des réserves à la signature et confirmation formelle»), 2.2.2 («Formulation des réserves lors de la négociation, de l'adoption ou de l'authentification du texte du traité et confirmation formelle»), 2.2.3 («Non-confirmation des réserves formulées lors de la signature [d'un accord en forme simplifiée] [d'un traité entrant en vigueur du seul fait de sa signature]»), 2.2.4 («Réserves à la signature expressément prévues par le traité»), 2.3.1 («Formulation tardive d'une réserve»), 2.3.2 («Acceptation de la formulation tardive d'une réserve»), 2.3.3 («Objection à la formulation tardive d'une réserve»), 2.3.4 («Exclusion ou modification tardive des effets juridiques d'un traité par des procédés autres que les réserves»), 2.4.3 («Moments auxquels une déclaration interprétative peut être formulée»), 2.4.4 («Formulation des déclarations interprétatives conditionnelles lors de la négociation, de l'adoption ou de l'authentification ou à la signature du texte du traité et confirmation formelle»), 2.4.5 («Non-confirmation des déclarations interprétatives formulées lors de la signature [d'un accord en forme simplifiée] [d'un traité entrant en vigueur du seul fait de sa signature]»), 2.4.6 («Déclarations interprétatives à la signature expressément prévues par le traité»), 2.4.7 («Déclarations interprétatives tardives»), et 2.4.8 («Déclarations interprétatives conditionnelles tardives»).

114. À sa 2694^e séance, le 24 juillet 2001, la Commission a examiné et adopté à titre provisoire, les projets de directives 2.2.1 («Confirmation formelle des réserves lors de la signature du traité»), 2.2.2 [2.2.3]¹⁰³⁶ («Cas de non-exigence de confirmation des réserves formulées lors de la signature d'un traité»), 2.2.3 [2.2.4] («Réserves à la signature expressément prévues par le traité»), 2.3.1 («Formulation tardive d'une réserve»), 2.3.2 («Acceptation de la formulation tardive d'une réserve»), 2.3.3 («Objection à la formulation tardive d'une réserve»), 2.3.4 «Exclusion ou modification ultérieure des effets juridiques d'un traité par des procédés autres que les réserves»), 2.4.3 («Moment auquel une déclaration interprétative peut être formulée»), 2.4.4 [2.4.5] («Non-exigence de confirmation des déclarations interprétatives

¹⁰³⁶ La numérotation figurant entre crochets correspond à la numérotation originale des projets de directives proposés par le Rapporteur spécial.

formulées lors de la signature d'un traité»), 2.4.5 [2.4.4] («Confirmation formelle des déclarations interprétatives conditionnelles formulées lors de la signature d'un traité»), 2.4.6 [2.4.7] («Formulation tardive d'une déclaration interprétative»), 2.4.7 [2.4.8] («Formulation tardive d'une déclaration interprétative conditionnelle»).

115. Le texte de ces projets de directives et des commentaires s'y rapportant est reproduit ci-dessous dans la section C.

2. Sixième rapport

116. La Commission était aussi saisie du sixième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet (A/CN.4/518 et Add.1 à 3) portant sur les modalités de formulation des réserves et des déclarations interprétatives (notamment leur forme et notification) ainsi que sur la publicité des réserves et des déclarations interprétatives (leur communication, leurs destinataires et les obligations du dépositaire).

117. La Commission a examiné le rapport à ses 2689^e à 2693^e séances, les 13, 17, 18, 19 et 20 juillet 2001.

a) Présentation par le Rapporteur spécial de son sixième rapport

118. Le Rapporteur spécial a d'abord indiqué que la partie incluse dans le document A/CN.4/518 faisait le point sur les développements ayant eu lieu après le cinquième rapport, y compris ceux concernant le sujet au sein de la Commission des droits de l'homme et de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme. Les additifs 1 et 2 de son rapport étaient axés sur les problèmes, fort compliqués, de formulation des réserves. (La question de leur acceptation ou des objections qui peuvent y être faites constituerait le sujet de son prochain rapport.) L'additif 3 contenait le texte consolidé de tous les projets de directive contenus dans ses cinquième et sixième rapports bien que ceux du cinquième aient déjà été renvoyés au Comité de rédaction puisque le cinquième rapport n'avait pu être examiné en 2000.

119. Le Rapporteur spécial a commencé par la présentation des projets de directives 2.1.1 à 2.1.4, 2.4.1 et 2.4.2 (y compris les deux projets «bis», 2.1.3 bis et 2.4.1 bis ainsi que les deux variantes pour le projet de directive 2.1.3).

120. Le projet de directive 2.1.1 (Forme écrite)¹⁰³⁷ traitant de la forme écrite des réserves reprend essentiellement le texte de la première phrase du paragraphe 1 de l'article 23 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 sur le droit des traités. Comme le Guide de la pratique devrait être entièrement autonome, il paraît opportun d'y reproduire mot à mot des dispositions des Conventions de Vienne relatives aux réserves. Le Rapporteur spécial a rappelé que, comme les travaux préparatoires l'indiquaient, il y avait accord presque unanime sur la forme écrite des réserves. Même si en théorie on pourrait concevoir des «réserves orales», leur confirmation au moment de l'expression du consentement à être lié serait nécessairement donnée par écrit comme le prévoyait le projet de directive 2.1.2 (Forme de la confirmation formelle)¹⁰³⁸.

121. Il restait à savoir si ces règles étaient transposables aux déclarations interprétatives. La pratique ni facilement accessible ni bien établie n'est guère révélatrice à cet égard. Mais une distinction s'impose probablement, ici encore, entre déclarations interprétatives simples et déclarations interprétatives conditionnelles, les premières ne requérant aucune forme particulière. (Projet de directive 2.4.1: Formulation des déclarations interprétatives)¹⁰³⁹.

¹⁰³⁷ Ce projet de directive est libellé comme suit:

2.1.1 Forme écrite

Une réserve doit être formulée par écrit.

A/CN.4/518/Add.1, par. 49.

¹⁰³⁸ Ce projet de directive est libellé comme suit:

2.1.2 Forme de la confirmation formelle

Lorsque la confirmation formelle d'une réserve est nécessaire, celle-ci doit être faite par écrit.

A/CN.4/518/Add.1, par. 49.

¹⁰³⁹ Ce projet de directive est libellé comme suit:

2.4.1 Formulation des déclarations interprétatives

Une déclaration interprétative doit être formulée par une personne compétente pour représenter un État ou une organisation internationale pour l'adoption ou l'authentification du texte d'un traité ou pour exprimer le consentement d'un État ou d'une organisation internationale à être lié par un traité.

A/CN.4/518/Add.1, par. 90.

122. En revanche, s'agissant des déclarations interprétatives conditionnelles, l'interprétation que l'État déclarant veut opposer aux autres parties doit être connue par celles-ci si elles entendent réagir, exactement comme dans le cas des réserves. Il semble donc logique que la même règle soit suivie. (Projet de directive 2.4.2: Formulation des déclarations interprétatives conditionnelles.)¹⁰⁴⁰

123. À ce sujet, le Rapporteur spécial a tenu à préciser que, comme d'autres membres de la Commission, il en était venu à se demander s'il était réellement nécessaire de consacrer des projets de directives distincts aux déclarations interprétatives conditionnelles dès lors qu'il apparaissait que celles-ci semblaient devoir suivre le même régime juridique que les réserves. Il lui semble cependant qu'il valait mieux attendre l'examen des effets des réserves et des déclarations interprétatives conditionnelles pour que la Commission se prononce sur l'opportunité ou non de retenir les directives relatives à ces dernières. S'il s'avère que les effets des unes et des autres sont identiques, on pourrait supprimer toutes les directives relatives aux déclarations interprétatives conditionnelles à l'exception d'une seule, générale, stipulant que les directives relatives aux réserves s'appliquent *mutadis mutandis* aux déclarations interprétatives conditionnelles.

124. Concernant le projet de directive 2.1.3 (Compétence pour formuler une réserve au plan international)¹⁰⁴¹, le Rapporteur spécial a rappelé que Sir Humphrey Waldock avait suggéré

¹⁰⁴⁰ Ce projet de directive est libellé comme suit:

2.4.2 Formulation des déclarations interprétatives conditionnelles

Une déclaration interprétative conditionnelle doit être formulée par écrit.

Lorsqu'elle est nécessaire, la confirmation formelle d'une déclaration interprétative conditionnelle doit être faite de la même manière.

Une déclaration interprétative conditionnelle doit être communiquée par écrit aux États contractants et aux autres organisations contractantes et aux autres États et autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties au traité. Une déclaration interprétative conditionnelle portant sur un traité en vigueur qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale ou qui crée un organe délibérant ayant qualité pour accepter une réserve doit en outre être communiquée à cette organisation ou à cet organe.

A/CN.4/518/Add.1, par. 87.

¹⁰⁴¹ Ce projet de directive est libellé comme suit en deux «versions»:

2.1.3 Compétence pour formuler une réserve au plan international

en 1962 de spécifier le type d'instrument dans lequel les réserves étaient consignées ainsi que les personnes ou organes compétents pour faire les réserves. À son avis, la tentative de Sir Humphrey Waldock était quelque peu tautologique et répétitive. En revanche, il semble nécessaire de préciser les autorités compétentes pour formuler une réserve au plan international. À cette fin, la Commission pourrait être guidée par les dispositions des Conventions de Vienne concernant les autorités ou personnes considérées comme représentant un État ou une organisation internationale pour exprimer le consentement à être lié par un traité (art. 7 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986). La pratique, tant du Secrétaire général des

Sous réserve des pratiques habituellement suivies au sein des organisations internationales depositaires de traités, toute personne compétente pour représenter un État ou une organisation internationale pour l'adoption ou l'authentification du texte d'un traité ou pour exprimer le consentement d'un État ou d'une organisation internationale à être lié par un traité a compétence pour formuler une réserve au nom de cet État ou de cette organisation internationale.

2.1.3 Compétence pour formuler une réserve au plan international

1. Sous réserve des pratiques habituellement suivies au sein des organisations internationales depositaires de traités, une personne a compétence pour formuler une réserve au nom d'un État ou d'une organisation internationale:

a) Si cette personne produit des pleins pouvoirs appropriés aux fins de l'adoption ou de l'authentification du texte du traité à l'égard duquel la réserve est formulée ou de l'expression du consentement de l'État ou de l'organisation à être lié par ce traité; ou

b) S'il ressort de la pratique ou d'autres circonstances qu'il était de l'intention des États et des organisations internationales concernés de considérer cette personne comme ayant compétence à cette fin sans présentation de pleins pouvoirs.

2. En vertu de leurs fonctions et sans avoir à produire de pleins pouvoirs, ont compétence pour formuler une réserve au plan international au nom d'un État:

a) Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères;

b) Les représentants accrédités par les États à une conférence internationale pour la formulation d'une réserve à un traité adopté au sein de cette conférence;

c) Les représentants accrédités par les États auprès d'une organisation internationale ou de l'un de ses organes, pour la formulation d'une réserve à un traité adopté au sein de cette organisation ou de cet organe;

[d) Les chefs de missions permanentes auprès d'une organisation internationale, pour la formulation d'une réserve à un traité conclu entre les États accréditants et cette organisation.].

A/CN.4/518/Add.1, par. 70.

Nations Unies que d'autres dépositaires (Conseil de l'Europe, Organisation des États américains) confirme par ailleurs que ce sont en effet les règles énoncées dans ces dispositions qui sont suivies, *mutatis mutandis*, en ce qui concerne la compétence pour formuler des réserves au plan international. Le Rapporteur spécial s'est demandé s'il ne fallait pas rendre plus flexible la règle de l'article 7 en ajoutant aux trois autorités classiques, d'autres catégories comme par exemple le représentant permanent auprès d'une organisation internationale dépositaire. Il a finalement opté pour une solution «hybride» en ajoutant la phrase «sous réserve des pratiques habituellement suivies au sein des organisations internationales dépositaires de traités» pour ne pas remettre en cause les pratiques existantes. Cependant, l'une ou l'autre solution avaient leurs avantages et leurs défauts et l'avis de la Commission sur ce point serait précieux.

125. Le Rapporteur spécial a aussi demandé l'avis de la Commission sur le point de savoir laquelle des deux versions du projet de directive 2.1.3 était préférable, la plus longue (répétant les dispositions pertinentes de la Convention de Vienne) ou la plus courte qui était plus «elliptique».

126. Passant à un autre problème, le Rapporteur spécial a évoqué le processus de formulation des réserves (et des déclarations interprétatives) au plan interne. Il s'est demandé si le Guide de la pratique devrait contenir des directives sur les multiples et diverses pratiques internes ou simplement indiquer que tout cela relevait du droit interne. Ayant opté pour cette dernière solution, il avait proposé deux projets de directives 2.1.3 *bis* (Compétence pour formuler une réserve au plan interne)¹⁰⁴² et 2.4.1 *bis* (Compétence pour formuler une déclaration interprétative au plan interne)¹⁰⁴³ sans être sûr s'ils étaient vraiment nécessaires et il attendait sur ce point avec intérêt l'avis de la Commission.

¹⁰⁴² Ce projet de directive est libellé comme suit:

2.1.3 *bis* Compétence pour formuler une réserve au plan interne

La détermination de l'instance compétente et de la procédure à suivre pour formuler une réserve au plan interne relève du droit interne de chaque État ou organisation internationale.

A/CN.4/518/Add.1, par. 77.

¹⁰⁴³ Ce projet de directive est libellé comme suit:

2.4.1 *bis* Compétence pour formuler une déclaration interprétative au plan interne

127. Analysant le projet de directive 2.1.4 (Absence de conséquence au plan international de la violation des règles internes relatives à la formulation des réserves)¹⁰⁴⁴, le Rapporteur spécial s'est demandé s'il convenait de transposer l'article 46 des Conventions de Vienne – pragmatique et équilibré – relatif aux «ratifications imparfaites» aux réserves et déclarations interprétatives. Il avait conclu que ce n'était pas nécessaire pour des raisons pratiques (il serait très difficile sinon impossible d'établir une violation évidente du droit interne en matière de réserves) ou techniques (la procédure interne relative aux réserves est souvent empirique et difficilement accessible); mais, là encore, l'avis de la Commission lui serait précieux. Le projet de directive 2.1.4 et le deuxième alinéa du projet de directive 2.4.1 (*bis*) (en ce qui concerne les déclarations interprétatives), sont fondés sur cette position.

128. Le Rapporteur spécial a ensuite présenté les projets de directives 2.1.5 à 2.1.8 relatifs aux procédures de communication et de publicité des réserves et 2.4.2 (troisième alinéa) et 2.4.9 (deuxième alinéa) concernant les déclarations interprétatives.

129. Les six projets de directives étaient inspirés par une préoccupation unique, à savoir s'assurer que les réserves sont connues des partenaires de l'État ou de l'organisation internationale réservataire de manière qu'ils puissent y réagir en temps utile. La disposition pertinente des Conventions de Vienne, l'article 23, paragraphe 1, parle d'«États ou organisations

La détermination de l'instance compétente et de la procédure pour formuler une déclaration interprétative au plan interne relève du droit interne de chaque État ou organisation internationale.

Le fait qu'une déclaration interprétative ait été formulée en violation d'une disposition du droit interne d'un État ou des règles d'une organisation internationale concernant la compétence et la procédure de formulation des déclarations interprétatives ne peut être invoqué par cet État ou cette organisation comme viciant cette déclaration.

A/CN.4/518/Add.1, par. 95.

¹⁰⁴⁴ Ce projet de directive est libellé comme suit:

2.1.4 Absence de conséquence au plan international de la violation des règles internes relatives à la formulation des réserves

Le fait qu'une réserve ait été formulée en violation d'une disposition du droit interne d'un État ou des règles d'une organisation internationale concernant la compétence et la procédure de formulation des réserves ne peut être invoqué par cet État ou cette organisation comme viciant cette réserve.

A/CN.4/518/Add.1, par. 82.

internationales contractants» ou «ayant qualité pour devenir parties au traité». Si la première catégorie est bien définie, la détermination de la deuxième peut s'avérer très délicate dans certains cas, comme le prouve par ailleurs la pratique de certains dépositaires. Cependant, le Rapporteur spécial n'a pas cru opportun de la préciser davantage, sauf avis contraire de la Commission, cette question relevant du droit des traités en général et non pas de celui, plus spécial, des réserves.

130. La directive 2.1.5 (Communication des réserves)¹⁰⁴⁵ s'inspire donc de l'article 23, paragraphe 1, de la Convention de Vienne de 1986. Mais elle le complète en se référant aussi aux réserves faites aux actes constitutifs d'organisations internationales et en s'inspirant largement de la pratique courante. Par ailleurs l'expression «organe délibérant» vise à couvrir des cas hybrides ou douteux d'organisations internationales qui établissent cependant de tels organes. L'avis de la Commission sur ce point ainsi que sur l'opportunité de communiquer la réserve tant à l'organisation elle-même qu'aux États membres ou ayant vocation à devenir parties à cet acte constitutif lui seraient fort utiles. D'autre part, le Rapporteur spécial ne pensait pas qu'il était opportun d'exiger que les réserves soient communiquées spécifiquement aux chefs de secrétariat des organisations internationales et il se demandait si elles devaient l'être aux Commissions préparatoires établies avant l'entrée en vigueur de l'acte constitutif d'une organisation internationale.

131. Les mêmes règles semblaient être transposables aux déclarations interprétatives conditionnelles comme le prévoit le troisième alinéa du projet de directive 2.4.2 (Formulation

¹⁰⁴⁵ Ce projet de directive est libellé comme suit:

2.1.5 Communication des réserves

Une réserve doit être communiquée par écrit aux États contractants et aux organisations contractantes et aux autres États et autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties au traité.

Une réserve à un traité en vigueur qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale ou qui crée un organe délibérant ayant qualité pour accepter une réserve doit en outre être communiquée à cette organisation ou à cet organe.

A/CN.4/518/Add.1, par. 113.

des déclarations interprétatives conditionnelles)¹⁰⁴⁶. Par contre les déclarations interprétatives simples se caractérisent par l'absence de tout formalisme.

132. Le rôle des dépositaires était au centre des projets de directive 2.1.6 (Procédure de communication des réserves)¹⁰⁴⁷ et 2.1.7 (Fonctions du dépositaire)¹⁰⁴⁸. Le premier concerne la procédure de communication des réserves qui doit être confirmée par écrit si elle est faite par un autre moyen tandis que le deuxième examine le rôle du dépositaire en matière de réserves. À cet égard, le Rapporteur spécial a rappelé l'évolution du rôle du dépositaire et la fonction largement passive de celui-ci selon les Conventions de Vienne. Par conséquent, les règles des articles 78, paragraphe 2, de la Convention de Vienne de 1969 (reprises dans l'article 79, par. 2

¹⁰⁴⁶ Voir note 1040 *supra*.

¹⁰⁴⁷ Ce projet de directive est libellé comme suit:

2.1.6 Procédure de communication des réserves

À moins que le traité n'en dispose ou que les États et organisations contractants n'en conviennent autrement, une communication relative à une réserve à un traité est transmise:

- i) S'il n'y a pas de dépositaire, directement par l'auteur de la réserve aux États contractants et aux organisations contractantes et aux autres États et aux autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties; ou,
- ii) S'il y a un dépositaire, à ce dernier, qui en informe dans les meilleurs délais les États et organisations auxquels elle est destinée.

Lorsqu'une communication relative à une réserve à un traité est effectuée par courrier électronique, elle doit être confirmée par courrier postal [ou par télécopie].

A/CN.4/518/Add.1, par. 153.

¹⁰⁴⁸ Ce projet de directive est libellé comme suit:

2.1.7 Fonctions du dépositaire

Le dépositaire examine si une réserve à un traité formulée par un État ou une organisation internationale est en bonne et due forme.

Lorsqu'une divergence apparaît entre un État ou une organisation internationale et le dépositaire au sujet de l'accomplissement de cette fonction, le dépositaire doit porter la question à l'attention:

- a) Des États et organisations signataires ainsi que des États contractants et des organisations contractantes;
- b) Le cas échéant, de l'organe compétent de l'organisation internationale en cause.

A/CN.4/518/Add.2, par. 169.

de la Convention de Vienne de 1986) sont reproduites presque intégralement. Quant au projet de directive 2.1.8 (Date d'effet des communications relatives aux réserves)¹⁰⁴⁹, il traite de la question de la date d'effet des communications relatives aux réserves. Il serait utile de transposer ces règles (2.1.6), (2.1.7) et (2.1.8) aux déclarations interprétatives conditionnelles par l'addition d'un troisième alinéa à cet effet dans le projet de directive 2.4.9 (Communication des déclarations interprétatives conditionnelles)¹⁰⁵⁰ traitant de la communication des déclarations interprétatives conditionnelles.

133. En terminant sa présentation, le Rapporteur spécial a souhaité que tous les projets de directives soient renvoyés au Comité de rédaction.

b) Résumé du débat

134. En ce qui concerne les directives 2.1.1, 2.1.2, 2.4.1 et 2.4.2, les membres qui se sont exprimés se sont montrés d'accord pour considérer que la forme écrite des réserves et des déclarations interprétatives conditionnelles garantissait la stabilité et la sécurité des relations contractuelles.

¹⁰⁴⁹ Ce projet de directive est libellé comme suit:

2.1.8 Date d'effet des communications relatives aux réserves

Une communication relative à une réserve n'est considérée comme ayant été faite par l'auteur de la réserve qu'à partir de sa réception par l'État ou l'organisation auquel elle est destinée.

A/CN.4/518/Add.2, par. 155.

¹⁰⁵⁰ Ce projet de directive est libellé comme suit:

2.4.9 Communication des déclarations interprétatives conditionnelles

Une déclaration interprétative conditionnelle doit être communiquée par écrit aux États contractants et aux organisations contractantes et aux autres États et autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties au traité dans les mêmes conditions qu'une réserve.

Une déclaration interprétative conditionnelle d'un traité en vigueur qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale ou qui crée un organe délibérant ayant qualité pour accepter une réserve doit en outre être communiquée à cette organisation ou à cet organe.

A/CN.4/518/Add.2, par. 173.

135. S'agissant du projet de directive 2.1.3, plusieurs membres ont exprimé leur préférence pour la version la plus longue pour des raisons pratiques visant à en faciliter l'usage et pour tenir compte de toutes les possibilités prévues par la Convention de Vienne, bien que d'autres eussent souhaité une rédaction plus simplifiée. Selon certains membres, la référence aux chefs de missions permanentes auprès d'une organisation internationale (alinéa *d* du deuxième paragraphe de la directive 2.1.3) devait être supprimée.

136. L'avis a été exprimé que le terme «compétence» utilisé dans le titre de la directive 2.1.3 pouvait prêter à confusion puisque le texte lui-même était calqué sur celui de l'article 7 de la Convention de Vienne traitant de «pleins pouvoirs». Il faudrait établir une distinction entre la compétence pour faire une réserve (relevant de l'article 46 de la Convention de Vienne) et son «expression» au plan international. Selon un point de vue, la compétence pour formuler des réserves devrait appartenir aux organes habilités à exprimer le consentement de l'État à être lié par le traité.

137. Quant à la question des «organes délibérants» mentionnés dans le projet de directive 2.1.5, certains membres ont trouvé cette expression appropriée (surtout au vu des désaccords sur la qualité ou non d'organisation internationale de certaines entités), tandis que d'autres ont préféré les termes «organes des traités», «organes conventionnels», «organes compétents» ou tout simplement «organes».

138. Selon un avis, le projet de directive 2.4.1 semblait par trop limitatif, puisque, en pratique, une grande variété de représentants des États faisaient des déclarations interprétatives. Par ailleurs, même les déclarations interprétatives simples devaient être formulées par écrit et il appartenait aux dépositaires de les transmettre aux États et organisations internationales concernées au même titre que les réserves.

139. Selon un autre avis, la question des procédures ne pouvait être facilement dissociée des questions de validité ou de licéité.

140. Quant au projet de directive 2.1.4, on a émis l'opinion qu'on pourrait envisager des cas où la violation des règles internes de formulation de réserves pourrait avoir des conséquences sur le consentement même de l'État à être lié. Ce point méritait une réflexion approfondie en comparaison avec l'article 46, paragraphe 1, de la Convention de Vienne de 1969.

141. La question de la communication des réserves et des déclarations interprétatives conditionnelles (projet de directives 2.1.5 et 2.4.9) relevait du problème de la définition des États et organisations internationales ayant qualité (ou «vocation» selon un membre) à devenir parties au traité. De toute manière, tous ces États et organisations avaient le droit d'être informés des réserves faites par d'autres États. Selon l'avis de plusieurs membres, il ne serait pas opportun d'essayer de définir les «États ou organisations internationales ayant qualité pour devenir partie au traité», expression assez générale, qui pourrait aussi inclure ceux qui ont participé aux négociations et relevait du droit des traités dans son entièreté plutôt que de celui des réserves.

142. Certains membres ont aussi partagé l'avis du Rapporteur spécial selon lequel les réserves à l'acte constitutif des organisations internationales devraient être aussi communiquées aux États et organisations contractants. Ils avaient cependant plus d'hésitations s'agissant de commissions préparatoires qui pouvaient être dépourvues de toute compétence en matière de réserves.

143. Il a également été souligné qu'il est souvent très difficile de préciser si une organisation internationale a le pouvoir de conclure des traités comme le montre l'exemple complexe de l'Union européenne.

144. Selon plusieurs membres, les communications par courrier électronique devaient être confirmées par un autre moyen, notamment par courrier postal, ce qui est normalement conforme à la pratique dépositaire actuelle. Toutefois, selon un avis, il convenait de prohiber l'usage du courrier électronique en la matière.

145. Plusieurs membres ont exprimé des doutes quant à l'opportunité de retenir les projets de directives 2.1.3 *bis* et 2.1.4 *bis*. Certains se sont cependant demandé s'il ne fallait pas établir un lien entre la compétence interne et la compétence internationale.

146. Quant au projet de directive 2.1.7, bien que présupposant un rôle purement mécanique du dépositaire, il y avait lieu, selon certains membres, d'inclure la possibilité pour le dépositaire de rejeter un instrument contenant une réserve interdite conformément à l'article 19 *a* et *b* de la Convention de Vienne. Il fallait cependant être très prudent à cet égard. Dans ce cas et si une divergence d'opinion existait entre le dépositaire et l'État réservataire, la disposition de l'article 77, paragraphe 2, de la Convention de Vienne pourrait être transposée dans le projet de directive en question.

147. On a aussi évoqué la question de la communication des déclarations interprétatives simples. En effet, si le dépositaire recevait de telles déclarations de la part de l'État déclarant, il devait les communiquer aux autres États qui pourraient de cette manière déterminer la nature véritable d'une telle déclaration. Sur ces deux projets de directives, la pratique dépositaire de l'Organisation des États américains, telle qu'exposée par un membre, apportait des précisions utiles.

148. S'agissant du projet de directive 2.1.8, l'avis a été exprimé qu'il dérogeait à l'article 78 *b* de la Convention de Vienne de 1969, qui précise que la date de réception par le dépositaire doit être retenue. En revanche, la période au cours de laquelle un État peut objecter à une réserve est déterminée à partir de la date de notification aux autres États (art. 20, par. 5 de la Convention de Vienne).

149. Plusieurs membres se sont déclarés d'accord avec le Rapporteur spécial sur le fait que la Commission devait attendre d'avoir étudié les effets des réserves et des déclarations interprétatives conditionnelles pour décider si des directives particulières sur ces dernières seraient nécessaires. D'autres ont rappelé avec insistance leur opposition à ce que le projet traite séparément des déclarations interprétatives conditionnelles.

150. En résumant le débat, le Rapporteur spécial a de nouveau souligné le caractère pédagogique et «utilitaire» du Guide de la pratique. C'est pourquoi il avait inclus les projets de directives 2.1.1 ou 2.1.3 *bis* ou 2.4.1 *bis* qui semblaient aller de soi ou être évidents. C'est dans le même esprit qu'il préférait répéter dans les projets de directives des dispositions des Conventions de Vienne au lieu d'y renvoyer. Certainement cette transposition ne devait pas être sélective comme certains membres semblent le souhaiter. Par ailleurs, l'idée que la violation des règles internes relatives à la formulation des réserves pourrait avoir des conséquences pour le consentement de l'État ou de l'organisation internationale à être lié lui a paru intéressante bien qu'il soit convaincu que la notion de violation évidente et formelle était pratiquement impossible à transposer à la formulation des réserves.

151. Il a en outre constaté qu'il n'y avait pas de réponse claire à la question de savoir s'il fallait clarifier l'expression «États ou organisations internationales ayant qualité pour devenir parties au traité», question d'autant plus compliquée qu'il y avait des organisations ayant des compétences

exclusives ou concurrentes avec celle des États membres. Il fallait donc mieux ne pas essayer de réécrire tout le droit des traités.

152. D'autre part, le Rapporteur spécial était sceptique quant à l'expression proposée pour le projet de directive 2.1.5, «organe compétent», étant donné qu'il n'était pas facile de le définir. Quant à la question de savoir si le dépositaire devait communiquer les réserves aux actes constitutifs d'organisations internationales non seulement à l'organisation elle-même, mais aussi à tous les États concernés, il lui semblait ressortir du débat qu'il convenait de répondre par l'affirmative.

153. Le Rapporteur spécial était aussi favorable à l'idée de refléter la pratique dépositaire actuelle consistant dans le refus du dépositaire d'accepter une réserve interdite par le traité lui-même.

154. En revanche, il était plus sceptique quant à la communication, à tout moment, des déclarations interprétatives simples. Il a aussi réitéré à l'égard de l'ensemble des projets de directives la position de la Commission de ne s'éloigner ni de la lettre ni de l'esprit des Conventions de Vienne mais de les compléter là où cela s'avérait nécessaire.

155. À sa 2692^e séance, le 19 juillet 2001, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de directives 2.1.1 (Forme écrite), 2.1.2 (Forme de la confirmation formelle), 2.1.3 (Compétence pour formuler une réserve au plan international), 2.1.3 *bis* (Compétence pour formuler une réserve au plan interne), 2.1.4 (Absence de conséquence au plan international de la violation des règles internes relatives à la formulation des réserves), 2.1.5 (Communication des réserves), 2.1.6 (Procédure de communication des réserves), 2.1.7 (Fonctions du dépositaire), 2.1.8 (Date d'effet des communications relatives aux réserves), 2.4.1 (Formulation des déclarations interprétatives), 2.4.1 *bis* (Compétence pour formuler une déclaration interprétative au plan interne), 2.4.2 (Formulation des déclarations interprétatives conditionnelles) et 2.4.9 (Communication des déclarations interprétatives conditionnelles).

C. Texte des projets de directives concernant les réserves aux traités provisoirement adoptés à ce jour par la Commission

1. Texte des projets de directives

156. Le texte des projets de directives provisoirement adoptés à ce jour par la Commission est reproduit ci-après:

RÉSERVES AUX TRAITÉS

Guide de la pratique

1. Définitions

1.1. Définition des réserves¹⁰⁵¹

L'expression «réserve» s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État ou par une organisation internationale à la signature, à la ratification, à l'acte de confirmation formelle, à l'acceptation ou à l'approbation d'un traité ou à l'adhésion à celui-ci ou quand un État fait une notification de succession à un traité, par laquelle cet État ou cette organisation vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État ou à cette organisation.

1.1.1 [1.1.4]¹⁰⁵² Objet des réserves¹⁰⁵³

Une réserve vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions d'un traité, ou du traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers, dans leur application à l'État ou à l'organisation internationale qui la formule.

¹⁰⁵¹ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 10 (A/53/10)*, p. 214 à 216.

¹⁰⁵² Les numéros entre crochets renvoient à la numérotation adoptée dans les rapports du Rapporteur spécial.

¹⁰⁵³ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/54/10)*, p. 169 à 174.

1.1.2 Cas dans lesquels une réserve peut être formulée¹⁰⁵⁴

Les cas dans lesquels une réserve peut être formulée en vertu de la directive 1.1 incluent l'ensemble des modes d'expression du consentement à être lié par un traité mentionnés à l'article 11 des Conventions de Vienne sur le droit des traités de 1969 et 1986.

1.1.3 [1.1.8] Réserves à portée territoriale¹⁰⁵⁵

Une déclaration unilatérale par laquelle un État vise à exclure l'application d'un traité ou de certaines de ses dispositions à un territoire auquel ce traité serait appliqué en l'absence d'une telle déclaration constitue une réserve.

1.1.4 [1.1.3] Réserves formulées à l'occasion d'une notification d'application territoriale¹⁰⁵⁶

Une déclaration unilatérale par laquelle un État vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions d'un traité à l'égard d'un territoire au sujet duquel il fait une notification d'application territoriale du traité constitue une réserve.

1.1.5 [1.1.6] Déclarations visant à limiter les obligations de leur auteur¹⁰⁵⁷

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou par une organisation internationale au moment où cet État ou cette organisation exprime son consentement à être lié par un traité par laquelle son auteur vise à limiter les obligations que lui impose le traité constitue une réserve.

¹⁰⁵⁴ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, *cinquante-troisième session, Supplément n° 10 (A/53/10)*, p. 221 à 224.

¹⁰⁵⁵ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 224 à 227.

¹⁰⁵⁶ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 227 et 228.

¹⁰⁵⁷ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, *cinquante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/54/10)*, p. 174 à 178.

1.1.6 Déclarations visant à s'acquitter d'une obligation par équivalence¹⁰⁵⁸

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou par une organisation internationale, au moment où cet État ou cette organisation exprime son consentement à être lié par un traité, par laquelle cet État ou cette organisation vise à s'acquitter d'une obligation en vertu du traité d'une manière différente de celle imposée par le traité mais équivalente, constitue une réserve.

1.1.7 [1.1.1] Réserves formulées conjointement¹⁰⁵⁹

La formulation conjointe d'une réserve par plusieurs États ou organisations internationales n'affecte pas le caractère unilatéral de cette réserve.

1.1.8 Réserves faites en vertu de clauses d'exclusion¹⁰⁶⁰

Une déclaration unilatérale faite par un État ou une organisation internationale, au moment où cet État ou cette organisation exprime son consentement à être lié par un traité, en conformité avec une clause autorisant expressément les parties ou certaines d'entre elles à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à ces parties, constitue une réserve.

1.2 Définition des déclarations interprétatives¹⁰⁶¹

L'expression «déclaration interprétative» s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État ou par une organisation internationale, par laquelle cet État ou cette organisation vise à préciser ou à clarifier le sens ou la portée que le déclarant attribue à un traité ou à certaines de ses dispositions.

¹⁰⁵⁸ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 179.

¹⁰⁵⁹ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 10 (A/53/10)*, p. 228 à 231.

¹⁰⁶⁰ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, *cinquante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10)*, p. 205 à 221.

¹⁰⁶¹ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, *cinquante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/54/10)*, p. 180 à 184.

1.2.1 [1.2.4] Déclarations interprétatives conditionnelles¹⁰⁶²

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou par une organisation internationale à la signature, à la ratification, à l'acte de confirmation formelle, à l'acceptation ou à l'approbation d'un traité ou à l'adhésion à celui-ci ou quand un État fait une notification de succession à un traité, par laquelle cet État ou cette organisation internationale subordonne son consentement à être lié par ce traité à une interprétation spécifiée du traité ou de certaines de ses dispositions constitue une déclaration interprétative conditionnelle.

1.2.2 [1.2.1] Déclarations interprétatives formulées conjointement¹⁰⁶³

La formulation conjointe d'une déclaration interprétative par plusieurs États ou organisations internationales n'affecte pas le caractère unilatéral de cette déclaration interprétative.

1.3 Distinction entre réserves et déclarations interprétatives¹⁰⁶⁴

La qualification d'une déclaration unilatérale comme réserve ou déclaration interprétative est déterminée par l'effet juridique qu'elle vise à produire.

1.3.1 Méthode de mise en œuvre de la distinction entre réserves et déclarations interprétatives¹⁰⁶⁵

Pour déterminer si une déclaration unilatérale formulée par un État ou une organisation internationale au sujet d'un traité est une réserve ou une déclaration interprétative, il convient d'interpréter cette déclaration de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes, à la lumière du traité sur lequel elle porte. Il sera dûment tenu compte de l'intention de l'État ou de l'organisation internationale concerné à l'époque où la déclaration a été formulée.

¹⁰⁶² Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 194 à 202.

¹⁰⁶³ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 202 à 204.

¹⁰⁶⁴ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 205 et 206.

¹⁰⁶⁵ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 206 à 211.

1.3.2 [1.2.2] Libellé et désignation¹⁰⁶⁶

Le libellé ou la désignation donné à une déclaration unilatérale constitue un indice de l'effet juridique visé. Il en va ainsi en particulier lorsqu'un État ou une organisation internationale formule plusieurs déclarations unilatérales au sujet d'un même traité et en désigne certaines comme étant des réserves et d'autres comme étant des déclarations interprétatives.

1.3.3 [1.2.3] Formulation d'une déclaration unilatérale lorsqu'une réserve est interdite¹⁰⁶⁷

Lorsqu'un traité interdit les réserves à l'ensemble de ses dispositions ou à certaines d'entre elles, une déclaration unilatérale formulée à leur sujet par un État ou une organisation internationale est réputée ne pas constituer une réserve, sauf si elle vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité ou du traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers dans leur application à son auteur.

1.4 Déclarations unilatérales autres que les réserves et les déclarations interprétatives¹⁰⁶⁸

Les déclarations unilatérales formulées en relation avec un traité, qui ne sont ni des réserves ni des déclarations interprétatives, n'entrent pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

1.4.1 [1.1.5] Déclarations visant à assumer des engagements unilatéraux¹⁰⁶⁹

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou une organisation internationale en relation avec un traité par laquelle son auteur vise à assumer des obligations allant au-delà de celles que lui impose le traité constitue un engagement unilatéral qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

¹⁰⁶⁶ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 212 à 216.

¹⁰⁶⁷ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 216 à 218.

¹⁰⁶⁸ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 218 à 220.

¹⁰⁶⁹ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 220 à 222.

1.4.2 [1.1.6] Déclarations unilatérales visant à ajouter des éléments supplémentaires à un traité¹⁰⁷⁰

Une déclaration unilatérale par laquelle un État ou une organisation internationale vise à ajouter des éléments supplémentaires à un traité constitue une proposition de modification du contenu de celui-ci qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

1.4.3 [1.1.7] Déclarations de non-reconnaissance¹⁰⁷¹

Une déclaration unilatérale par laquelle un État indique que sa participation à un traité n'implique pas la reconnaissance d'une entité non reconnue par lui constitue une déclaration de non-reconnaissance qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique, même lorsqu'elle vise à exclure l'application du traité entre l'État déclarant et l'entité non reconnue.

1.4.4 [1.2.5] Déclarations de politique générale¹⁰⁷²

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou par une organisation internationale, par laquelle cet État ou cette organisation exprime ses vues au sujet d'un traité ou du domaine couvert par celui-ci, sans viser à avoir un effet juridique sur le traité, constitue une déclaration de politique générale qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

1.4.5 [1.2.6] Déclarations relatives à la mise en œuvre d'un traité au plan interne¹⁰⁷³

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou une organisation internationale par laquelle cet État ou cette organisation indique la manière dont il ou elle mettra en œuvre un traité au plan interne, mais qui ne vise pas à avoir d'incidence en tant que telle sur ses droits et obligations vis-à-vis des autres Parties contractantes, constitue une déclaration informative qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

¹⁰⁷⁰ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 222 et 223.

¹⁰⁷¹ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 224 à 228.

¹⁰⁷² Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 228 à 232.

¹⁰⁷³ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 232 à 236.

1.4.6 [1.4.6, 1.4.7] Déclarations unilatérales faites en vertu d'une clause facultative¹⁰⁷⁴

Une déclaration unilatérale faite par un État ou une organisation internationale, en conformité avec une clause figurant dans un traité autorisant expressément les parties à accepter une obligation qui n'est pas imposée par d'autres dispositions du traité, n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

Une restriction ou condition figurant dans une telle déclaration ne constitue pas une réserve au sens du présent Guide de la pratique.

1.4.7 [1.4.8] Déclarations unilatérales opérant un choix entre les dispositions d'un traité¹⁰⁷⁵

Une déclaration unilatérale faite par un État ou une organisation internationale, en conformité avec une clause figurant dans un traité obligeant expressément les parties à choisir entre deux ou plusieurs dispositions du traité, n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

1.5 Déclarations unilatérales relatives aux traités bilatéraux¹⁰⁷⁶

1.5.1 [1.1.9] «Réserves» aux traités bilatéraux¹⁰⁷⁷

Une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, formulée par un État ou par une organisation internationale après le paragraphe ou la signature mais avant l'entrée en vigueur d'un traité bilatéral, par laquelle cet État ou cette organisation vise à obtenir de l'autre partie une modification des dispositions du traité à laquelle il subordonne l'expression de son consentement définitif à être lié par le traité, ne constitue pas une réserve au sens du présent Guide de la pratique.

¹⁰⁷⁴ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, *cinquante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10)*, p. 222 à 229.

¹⁰⁷⁵ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.* p. 229 à 235.

¹⁰⁷⁶ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, *cinquante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/54/10)*, p. 236 et 237.

¹⁰⁷⁷ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 237 à 246.

1.5.2 [1.2.7] Déclarations interprétatives de traités bilatéraux¹⁰⁷⁸

Les projets de directives 1.2 et 1.2.1 sont applicables aux déclarations interprétatives relatives aussi bien aux traités multilatéraux qu'aux traités bilatéraux.

1.5.3 [1.2.8] Effet juridique de l'acceptation de la déclaration interprétative d'un traité bilatéral par l'autre partie¹⁰⁷⁹

L'interprétation résultant d'une déclaration interprétative d'un traité bilatéral faite par un État ou une organisation internationale partie à ce traité et acceptée par l'autre partie constitue l'interprétation authentique de ce traité.

1.6 Portée des définitions¹⁰⁸⁰

Les définitions de déclarations unilatérales figurant dans le présent chapitre du Guide de la pratique sont sans préjudice de la licéité et des effets de ces déclarations au regard des règles qui leur sont applicables.

1.7 Alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives

1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] Alternatives aux réserves¹⁰⁸¹

Afin d'atteindre des résultats comparables à ceux qui sont produits par des réserves, les États ou les organisations internationales peuvent également recourir à des procédés alternatifs, tels que:

- L'insertion dans le traité de clauses restrictives, visant à limiter sa portée ou son application;

¹⁰⁷⁸ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 247 à 250.

¹⁰⁷⁹ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 250 et 251.

¹⁰⁸⁰ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 251 à 253.

¹⁰⁸¹ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, *cinquante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10)*, p. 237 à 256.

- La conclusion d'un accord par lequel deux ou plusieurs États ou organisations internationales visent, en vertu d'une disposition expresse d'un traité, à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leurs relations mutuelles.

1.7.2 Alternatives aux déclarations interprétatives¹⁰⁸²

Afin de préciser ou de clarifier le sens ou la portée d'un traité ou de certaines de ses dispositions, les États ou les organisations internationales peuvent également recourir à des procédés autres que les déclarations interprétatives tels que:

- L'insertion dans le traité de dispositions expresses visant à l'interpréter;
- La conclusion d'un accord complémentaire à cette fin.

2. Procédure

...¹⁰⁸³

2.2.1 Confirmation formelle des réserves formulées lors de la signature d'un traité

Lorsqu'elle est formulée lors de la signature d'un traité sous réserve de ratification, d'un acte de confirmation formelle, d'acceptation ou d'approbation, une réserve doit être confirmée formellement par l'État ou par l'organisation internationale qui en est l'auteur au moment où il exprime son consentement à être lié par le traité. En pareil cas, la réserve sera réputée avoir été faite à la date à laquelle elle a été confirmée.

2.2.2 [2.2.3] Cas de non-exigence de confirmation des réserves formulées lors de la signature d'un traité

Une réserve formulée lors de la signature d'un traité ne nécessite pas de confirmation ultérieure, lorsqu'un État ou une organisation internationale exprime par cette signature son consentement à être lié par le traité.

¹⁰⁸² Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 256 à 258.

¹⁰⁸³ La section 2.2 proposée par le Rapporteur spécial traite de la confirmation des réserves à la signature.

2.2.3 [2.2.4] Réserves à la signature expressément prévues par le traité

Une réserve formulée lors de la signature d'un traité, lorsque le traité prévoit expressément qu'un État ou une organisation internationale peut faire une telle réserve à ce stade, ne nécessite pas une confirmation formelle au moment où l'État ou l'organisation internationale qui en est l'auteur exprime son consentement à être lié par le traité.

...¹⁰⁸⁴

2.3.1 Formulation tardive d'une réserve

À moins que le traité n'en dispose autrement, un État ou une organisation internationale ne peut pas formuler une réserve à un traité après l'expression de son consentement à être lié par ce traité sauf si aucune des autres Parties contractantes n'y fait objection.

2.3.2 Acceptation de la formulation tardive d'une réserve

À moins que le traité n'en dispose autrement ou que la pratique bien établie suivie par le dépositaire soit différente, la formulation tardive d'une réserve est réputée avoir été acceptée par une Partie contractante si celle-ci n'a pas fait objection à cette formulation à l'expiration des 12 mois qui suivent la date à laquelle elle en a reçu notification.

2.3.3 Objection à la formulation tardive d'une réserve

Si une Partie contractante à un traité fait objection à la formulation tardive d'une réserve, le traité entre ou demeure en vigueur à l'égard de l'État ou de l'organisation internationale qui l'a formulée sans que la réserve soit établie.

2.3.4 Exclusion ou modification des effets juridiques d'un traité par des procédés autres que les réserves

Une Partie contractante à un traité ne peut exclure ou modifier l'effet juridique de dispositions du traité par le biais:

¹⁰⁸⁴ La section 2.3 proposée par le Rapporteur spécial traite de la formulation tardive des réserves.

- a) De l'interprétation d'une réserve faite antérieurement; ou
- b) D'une déclaration unilatérale ultérieure faite en vertu d'une clause facultative.

...¹⁰⁸⁵

2.4.3 Moment auquel une déclaration interprétative peut être formulée

Sous réserve des dispositions des directives 1.2.1, 2.4.6 [2.4.7] et 2.4.7 [2.4.8], une déclaration interprétative peut être formulée à tout moment.

2.4.4 [2.4.5] Non-exigence de confirmation des déclarations interprétatives formulées lors de la signature d'un traité

Une déclaration interprétative faite lors de la signature d'un traité ne nécessite pas de confirmation ultérieure, lorsqu'un État ou une organisation internationale exprime son consentement à être lié par le traité.

2.4.5 [2.4.4] Confirmation formelle des déclarations interprétatives conditionnelles formulées lors de la signature d'un traité

Lorsqu'une déclaration interprétative conditionnelle est formulée lors de la signature d'un traité sous réserve de ratification, d'un acte de confirmation formelle, d'acceptation ou d'approbation, elle doit être confirmée formellement par l'État ou par l'organisation internationale qui en est l'auteur au moment où il exprime son consentement à être lié par le traité. En pareil cas, la déclaration interprétative sera réputée avoir été faite à la date à laquelle elle a été confirmée.

2.4.6 [2.4.7] Formulation tardive d'une déclaration interprétative

Lorsqu'un traité dispose qu'une déclaration interprétative ne peut être faite qu'à des moments spécifiés, un État ou une organisation internationale ne peut pas formuler une déclaration interprétative relative à ce traité à un autre moment sauf si aucune des autres Parties contractantes n'y fait objection.

¹⁰⁸⁵ La section 2.4 proposée par le Rapporteur spécial traite de la procédure relative aux déclarations interprétatives.

2.4.7 [2.4.8] Formulation tardive d'une déclaration interprétative conditionnelle

Un État ou une organisation internationale ne peut pas formuler une déclaration interprétative conditionnelle relative à un traité après l'expression de son consentement à être lié par le traité sauf si aucune des autres Parties contractantes n'y fait objection.

2. Texte des projets de directives et des commentaires y afférents adoptés par la Commission à sa cinquante-troisième session

157. Le texte des projets de directives et des commentaires y afférents adoptés par la Commission à sa cinquante-troisième session est reproduit ci-après:

2.2 Confirmation des réserves à la signature

Les projets de directives 2.2.1, 2.2.2 et 2.2.3 ont trait à la confirmation des réserves formulées lors de la signature d'un traité. Prévues par l'article 23, paragraphe 2, des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, cette règle n'est cependant pas absolue. Elle est, à l'évidence, dépourvue de sens lorsque le traité entre en vigueur du seul fait de sa signature – ce que précise le projet de directive 2.2.2. Et en exiger le respect lorsque le traité lui-même contient une disposition prévoyant expressément la possibilité de réserves à la signature, reviendrait à vider cette clause de réserve de tout effet utile (voir le projet de directive 2.2.3).

2.2.1 Confirmation formelle des réserves formulées lors de la signature d'un traité

Lorsqu'elle est formulée lors de la signature d'un traité sous réserve de ratification, d'un acte de confirmation formelle, d'acceptation ou d'approbation, une réserve doit être confirmée formellement par l'État ou par l'organisation internationale qui en est l'auteur au moment où il exprime son consentement à être lié par le traité. En pareil cas, la réserve sera réputée avoir été faite à la date à laquelle elle a été confirmée.

Commentaire

1) Le projet de directive 2.2.1 reproduit à l'identique le texte de l'article 23, paragraphe 2, de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales. Comme la Commission l'a indiqué dans le commentaire du projet de directive 1.1¹⁰⁸⁶, il est en effet conforme à la vocation du Guide de

¹⁰⁸⁶ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 10 (A/53/10), p. 214, par. 2) du commentaire.*

la pratique de rassembler, en un document unique, l'ensemble des règles et des pratiques recommandées en matière de réserves.

2) Le texte de l'article 23, paragraphe 2, de la Convention de 1986 est identique à la disposition correspondante de celle de 1969, à la seule différence qu'il mentionne la procédure à suivre lorsqu'une organisation internationale est partie à un traité. Du fait de son caractère plus complet, c'est donc le libellé de 1986 qui a été préféré à celui de 1969.

3) Cette disposition a pour origine la proposition, faite, dans son premier rapport sur le droit des traités, par Sir Humphrey Waldock, d'inclure une disposition (le projet d'article 17, paragraphe 3.b s'inspirant «du principe que la réserve sera présumée avoir été abandonnée si l'instrument de ratification n'indique pas qu'elle est maintenue»¹⁰⁸⁷. Le Rapporteur spécial n'a pas dissimulé que, «[d]e toute évidence, les avis peuvent différer quant au point de savoir quelle est exactement la règle en vigueur en la matière, à supposer qu'il en existe une»¹⁰⁸⁸ et a mentionné notamment l'article 14 d'¹⁰⁸⁹ du projet de Harvard qui posait la présomption contraire¹⁰⁹⁰.

4) Le principe de l'obligation de confirmer une réserve formulée à la signature fut énoncé dans l'article 18, paragraphe 2, du projet d'articles de la Commission sur le droit des traités adopté sans grands débats en 1962¹⁰⁹¹, qui portait, d'une façon générale, sur les réserves formulées avant l'adoption du texte.

¹⁰⁸⁷ *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 75.

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*

¹⁰⁸⁹ Waldock citait, par erreur, l'article 15 d.

¹⁰⁹⁰ «If a State has made a reservation when signing a treaty its later ratification will give effect to the reservation in the relations of that State with other States which have become or may become parties to the treaty» (Si un État a fait une réserve lors de la signature d'un traité, sa ratification ultérieure donnera effet à la réserve dans les relations de cet État avec d'autres États qui sont devenus ou peuvent devenir parties au traité); le projet de Harvard est reproduit dans *Yearbook ... 1950*, vol. II, p. 243 et 244.

¹⁰⁹¹ Cf. les comptes rendus analytiques des 651^e à 656^e séances (25 mai-4 juin 1962), *Annuaire ... 1962*, vol. I, p. 155 à 195.

5) Le commentaire de 1962 explique de manière concise la raison d'être de la règle retenue par la Commission:

«Il arrive qu'une réserve soit énoncée au cours des négociations et qu'elle soit dûment consignée dans les procès-verbaux. On s'est parfois fondé sur ces embryons de réserves pour affirmer par la suite qu'elles équivalaient à des réserves formelles. Or, il semble indispensable que l'État intéressé confirme officiellement d'une certaine manière sa déclaration de façon à manifester clairement son intention de formuler effectivement une réserve.»¹⁰⁹²

6) En seconde lecture, la rédaction des dispositions du projet relatives à la procédure en matière de réserves fut considérablement simplifiée à l'instigation de certains gouvernements qui considéraient que nombre d'entre elles «seraient plus à leur place dans un code des pratiques recommandées»¹⁰⁹³. Le nouveau projet, adopté suite aux propositions du Rapporteur spécial, Sir Humphrey Waldock¹⁰⁹⁴ ne diffère du texte actuel de l'article 23, paragraphe 2, que par l'inclusion d'une mention des réserves formulées «lors de l'adoption du texte»¹⁰⁹⁵, qui fut supprimée lors de la Conférence de Vienne dans des conditions que l'on a pu qualifier de «mystérieuses»¹⁰⁹⁶. Le commentaire de cette disposition reprend, presque *verbatim*, le texte de 1962¹⁰⁹⁷ et ajoute:

«Le paragraphe 2 a trait aux réserves faites à une phase ultérieure [après la négociation] – lors de l'adoption du texte ou lors de la signature du traité sous réserve de ratification, d'acceptation ou d'approbation. Ici encore, la Commission a jugé indispensable qu'un État, au moment où il accepte définitivement d'être lié par le traité ne puisse laisser subsister aucun doute sur sa position définitive touchant la réserve.

¹⁰⁹² *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 199.

¹⁰⁹³ Observations de la Suède, *ibid.*, vol. II, p. 49.

¹⁰⁹⁴ *Ibid.*, p. 56 et 57.

¹⁰⁹⁵ «Lorsqu'elle est formulée lors de l'adoption du texte ou lors de la signature du traité...» (voir *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 226).

¹⁰⁹⁶ «In paragraph 2, the phrase "on occasion of the adoption of the text" mysteriously disappeared from the Commission's text, when it was finally approved by the Conférence» (Dans le paragraphe 2, le membre de phrase «lors de l'adoption du texte» disparut de manière mystérieuse du texte de la Commission lorsqu'il fut approuvé définitivement par la Conférence) (J.M. Ruda, «Reservations to Treaties», *R.C.A.D.I.* 1975-III, vol. 146, p. 195).

¹⁰⁹⁷ Voir plus haut le paragraphe 5) du présent commentaire.

Il est donc exigé, dans ce paragraphe, que l'État auteur de la réserve la confirme formellement s'il désire la maintenir. Il y est, en outre, prévu qu'en pareil cas la réserve sera réputée avoir été faite à la date à laquelle elle a été confirmée, ce qui est important pour l'application du paragraphe 5 de l'article 17 [20 dans le texte de la Convention].»¹⁰⁹⁸

7) La règle de l'article 23, paragraphe 2, de la Convention de 1969 a été reprise dans celle de 1986 avec les seules modifications rédactionnelles rendues nécessaires par la prise en considération des organisations internationales¹⁰⁹⁹, et l'introduction de la notion de «confirmation formelle» (avec les risques de confusion entre cette notion et celle de confirmation, formelle aussi, de la réserve, que cela implique dans l'article 23¹¹⁰⁰). La Conférence de Vienne de 1986 a adopté le texte de la Commission¹¹⁰¹ sans apporter de changement au texte français¹¹⁰².

8) Bien qu'il ne fasse guère de doute qu'au moment de son adoption le paragraphe 2 de l'article 23 de la Convention de 1969 relevât davantage du développement progressif que de la codification *stricto sensu*¹¹⁰³, on peut considérer que l'obligation de confirmation formelle des réserves formulées à la signature des traités en forme solennelle est passée dans le droit positif. Cristallisée par la Convention de 1969, confirmée en 1986, la règle

¹⁰⁹⁸ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 227. L'article 20 de la Convention de Vienne a trait aux acceptations des réserves et aux objections aux réserves.

¹⁰⁹⁹ Voir les quatrième et cinquième rapports de Paul Reuter, *Annuaire ... 1975*, vol. II, p. 41 et *Annuaire ... 1976*, vol. II, première partie, p. 154.

¹¹⁰⁰ Voir les discussions à ce sujet lors de la 1434^e séance du 6 juin 1977, *Annuaire ... 1977*, vol. I, p. 101 à 103. La Commission est consciente de ces risques mais n'a pas cru devoir modifier une terminologie aujourd'hui communément admise.

¹¹⁰¹ *Annuaire ... 1982*, vol. II, 2^e partie, p. 38.

¹¹⁰² Le Président du Comité de rédaction, M. Al-Khasawneh a indiqué qu'une correction avait été apportée au texte anglais (remplacement des mots «by a treaty» (par *un traité*) par «by the treaty» (par *le traité*) – 5^e séance plénière, 18 mars 1986, *Documents de la Conférence*, p. 15, par. 63).

¹¹⁰³ Voir le premier rapport de Sir Humphrey Waldock, préc. note 1087, par. 236. Voir aussi: D.W. Greig, «Reservations: Equity as a Balancing Factor?», *Australian Yb. of I.L.* 1995, p. 28 ou Frank Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, T.M.C. Asser Instituut, Swedish Institute of International Law, Studies in International Law, vol. 5, 1988, p. 41.

est suivie en pratique (mais pas systématiquement¹¹⁰⁴) et semble répondre à une *opinio necessitatis juris* qui autorise à lui attribuer une valeur coutumière¹¹⁰⁵.

9) En doctrine, la règle posée à l'article 23, paragraphe 2, des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 fait l'objet d'une approbation qui semble aujourd'hui générale¹¹⁰⁶ même s'il n'en a pas toujours été ainsi dans le passé¹¹⁰⁷. De toute manière, quelles qu'aient pu être les raisons que l'on pourrait, éventuellement, faire valoir en sens contraire, elles ne seraient pas de nature à remettre en cause une règle claire figurant dans les Conventions de Vienne, que la Commission a décidé de suivre en principe, sauf en cas d'objection dirimante.

¹¹⁰⁴ Ainsi, la pratique du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies ne tire pas toutes les conséquences de la note du Conseiller juridique de 1976 (voir note 1105, *infra*), puisqu'il fait figurer dans la précieuse publication intitulée *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général* les réserves formulées à la signature qu'elles aient ou non été confirmées par la suite et ceci, même dans l'hypothèse où l'État a formulé d'autres réserves lors de l'expression de son consentement définitif à être lié; voir par exemple: Nations Unies, *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, état au 31 décembre 1999, vol. I, p. 496, réserves de la Turquie à la Convention douanière relative aux conteneurs du 2 décembre 1972, ou p. 351 et 353: réserves de l'Iran et du Pérou à la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite des stupéfiants et des substances psychotropes du 20 décembre 1988; une telle pratique traduit sans doute une conception purement mécanique du rôle du dépositaire et n'implique aucun jugement de valeur sur la validité ou la nature des déclarations en question.

¹¹⁰⁵ Voir par exemple l'aide-mémoire du Conseiller juridique des Nations Unies décrivant la «pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux en matière de (...) réserves et objections aux réserves se rapportant à des traités qui ne comportent pas de dispositions sur ce point» qui s'est fondé sur l'article 23, paragraphe 2, de la Convention de Vienne de 1969 pour conclure: «Formulée lors de la signature sous réserve de ratification, la réserve n'a qu'un effet déclaratif, ayant même valeur que la signature elle-même. Elle doit être confirmée lors de la ratification, faute de quoi elle sera censée avoir été retirée» (*A.J.N.U.* 1976, p. 219); le Conseil de l'Europe a modifié sa pratique en ce sens à partir de 1980 (cf. Frank Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, T.M.C. Asser Instituut, Swedish Institute of International Law, Studies in International Law, vol. 5, 1988, p. 41 ou Jörg Polakiewicz, *Treaty-Making in the Council of Europe*, Publications du Conseil de l'Europe, 1999, p. 96) et, dans leurs réponses au questionnaire de la Commission sur les réserves aux traités, les États ont, d'une manière générale, indiqué qu'ils avaient confirmé, lors de la ratification ou de l'adhésion les réserves formulées à la signature.

¹¹⁰⁶ Voir notamment D.W. Greig, «Reservations: Equity as a Balancing Factor?», *Australian Yb. of I.L.* 1995, p. 28 ou P.H. Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Pedone, Paris, 1979, p. 285.

¹¹⁰⁷ Voir Imbert, *ibid.*, p. 253 et 254.

10) Bien que le principe posé par cette disposition eût été généralement approuvé, la Commission s'est cependant posé trois questions en ce qui concerne:

- l'incidence de la succession d'États sur la mise en œuvre de ce principe;
- le caractère incomplet de l'énumération des cas dans lesquels une réserve à la signature doit être confirmée; et, surtout,
- l'opportunité de mentionner les «embryons de réserves»¹¹⁰⁸ constitués par certaines déclarations faites avant la signature du texte du traité.

11) On s'est notamment demandé si la rédaction de l'article 23, paragraphe 2, ne devrait pas être complétée pour tenir compte de la possibilité ouverte à un État successeur de formuler une réserve lorsqu'il fait une notification de succession conformément à ce que précise le projet de directive 1.1¹¹⁰⁹, qui complète ainsi la définition des réserves figurant à l'article 2, paragraphe 1 *d* de la Convention de 1986. De l'avis de la Commission, la réponse n'est pas très simple. A priori, l'État successeur peut soit confirmer ou infirmer une réserve existante, faite par l'État prédécesseur¹¹¹⁰, soit formuler une réserve nouvelle lorsqu'il fait la notification de succession¹¹¹¹; dans aucune de ces deux hypothèses l'État successeur n'est donc amené à confirmer une réserve à la signature. Toutefois, en vertu des paragraphes 1 et 2 de l'article 18 de la Convention de 1978, un État nouvellement indépendant peut, à certaines conditions, établir par une notification de succession, sa qualité d'État contractant ou de partie à un traité multilatéral qui n'est pas en vigueur à la date de la succession d'États et à l'égard duquel l'État prédécesseur était lui-même État contractant. Cependant, aux termes des articles 2 *f* de la Convention de Vienne de 1969 et 2 *k* de celle de 1986, «l'expression "État contractant" s'entend d'un État qui a consenti à être lié par le traité, que le traité soit entré en vigueur ou non» et non

¹¹⁰⁸ Voir plus haut le paragraphe 5 du présent commentaire.

¹¹⁰⁹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 10 (A/53/10)*, p. 213.

¹¹¹⁰ Cf. l'article 20, par. 1, de la Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'États en matière de traités.

¹¹¹¹ Cf. l'article 20, par. 2.

d'un simple signataire. Il s'en déduit, *a contrario*, qu'il ne peut y avoir de «succession à la signature» d'un traité (soumis à ratification ou à une procédure équivalente¹¹¹²)¹¹¹³ et qu'il ne convient pas d'introduire dans le projet de directive 2.1.1 la notion de notification de succession¹¹¹⁴.

12) En deuxième lieu, la Commission s'est interrogée sur la question de savoir si elle devrait tenir compte, dans la rédaction de ce projet, du projet de directive 1.1.2 («Cas dans lesquels une réserve peut être formulée»)¹¹¹⁵. Le problème ne se pose pas s'agissant de la désignation du moment auquel la confirmation doit intervenir puisque la formule figurant dans l'article 23, paragraphe 2, des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 est équivalente à celle retenue par la Commission dans le projet de directive 1.1.2 («... au moment où il exprime son consentement à être lié»). En revanche, on pourrait estimer que l'énumération des cas auxquels l'article 23, paragraphe 2, semble limiter la possibilité de subordonner l'expression définitive du

¹¹¹² Voir le projet de directive 2.2.2.

¹¹¹³ La publication *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général – État au 31 décembre 1999*, mentionne cependant, dans des notes de bas de page et sans commentaire particulier, les réserves formulées à la signature par un État prédécesseur et, apparemment non confirmées formellement par le ou les États successeurs; voir par exemple les réserves de la Tchécoslovaquie à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1992, signalées à propos de la République tchèque et de la Slovaquie (vol. II, ST/LEG/SER.E/18 (vol. II), numéro de vente: F.00.V.2, p. 247 et 248, note 6).

¹¹¹⁴ Selon Claude Pilloud, «il semble que l'on devrait admettre, en appliquant par analogie la règle prévue à l'article 23, chiffre 2, pour les réserves exprimées lors de la signature, que les États qui ont fait une déclaration de continuité» aux Conventions de Genève de 1949 «auraient dû, s'ils avaient entendu reprendre à leur compte les réserves exprimées [par l'État prédécesseur], le dire expressément dans leur déclaration de continuité» («Les réserves aux Conventions de Genève de 1949», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, mars-avril 1976, p. 135. Il est douteux qu'une telle analogie puisse être faite; le problème sera examiné par la Commission lorsqu'elle étudiera, de manière plus systématique les problèmes relatifs à la succession aux réserves.

¹¹¹⁵ «Les cas dans lesquels une réserve peut être formulée en vertu de la directive 1.1 incluent l'ensemble des modes d'expression du consentement à être lié par un traité mentionnés à l'article 11 des Conventions de Vienne sur le droit des traités de 1969 et 1986», voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 10 (A/53/10)*, p. 221.

consentement à être lié (ratification, acte de confirmation formelle, acceptation ou approbation) est trop restreinte et ne correspond pas à celle de l'article 11.

13) Toutefois, bien que certains de ses membres fussent d'un avis contraire, la Commission a considéré qu'un tel souci serait excessif: les différences de rédaction entre les articles 11 et 23, paragraphe 2, des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 tiennent à l'omission dans la seconde de ces dispositions de deux hypothèses envisagées dans la première: «l'échange d'instruments constituant un traité», d'une part, et «tout autre moyen convenu», d'autre part¹¹¹⁶. La probabilité qu'un État ou une organisation internationale subordonne l'expression de son consentement définitif à être lié par un traité multilatéral susceptible de réserves à l'une de ces modalités est suffisamment faible pour qu'il ne paraisse pas utile de surcharger la rédaction du projet de directive 2.2.1 ou d'inclure, dans le chapitre 2 du Guide de la pratique, un projet de directive équivalent au projet de directive 1.1.2.

14) En troisième lieu, selon plusieurs membres de la Commission, il eût convenu d'envisager l'hypothèse dans laquelle une réserve est formulée non plus au moment de la signature du traité mais avant celle-ci. De l'avis de ces membres, rien n'empêche un État ou une organisation internationale d'indiquer formellement à ses partenaires les «réserves» que lui inspire le texte adopté au stade de l'authentification¹¹¹⁷ comme, d'ailleurs, à n'importe quel stade antérieur de la négociation¹¹¹⁸.

¹¹¹⁶ Pour une remarque semblable concernant la comparaison des articles 2, paragraphe 1 d) et 11, voir le commentaire du projet de directive 1.1.2, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 10 (A/53/10)*, p. 223 (par. 8 du commentaire).

¹¹¹⁷ Du reste, l'article 10 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 mentionne le paragraphe et la signature *ad referendum*, avec la signature, comme des modes d'authentification du texte du traité. Sur l'authentification «comme une phase distincte de la procédure de conclusion du traité», voir le commentaire de l'article 9 du projet d'articles de la Commission sur le droit des traités (devenu l'article 10 lors de la Conférence de Vienne), *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 212.

¹¹¹⁸ Voir à cet égard, la réserve du Japon à l'article 2 de la Convention sur l'aide alimentaire du 14 avril 1971, qui fut négociée par cet État avec ses partenaires au cours de la négociation du texte, annoncée lors de la signature et formulée lors du dépôt de l'instrument de ratification auprès du Gouvernement des États-Unis, dépositaire, le 12 mai 1972.

15) La Commission avait du reste envisagé cette hypothèse dans le projet d'article 19 (devenu l'article 23 de la Convention de 1969) dont le paragraphe 2, tel qu'il apparaissait dans le texte final du projet d'articles adopté en 1966 disposait: «Lorsqu'elle est formulée lors de l'adoption du texte (...) une réserve doit être confirmée formellement par l'État qui en est l'auteur au moment où il exprime son consentement à être lié par le traité. En pareil cas, la réserve sera réputée avoir été faite à la date à laquelle elle a été confirmée»¹¹¹⁹. Commentant cette disposition, la Commission, après avoir constaté que, «[d]ans la pratique, les déclarations exprimant une réserve se font à diverses étapes de la conclusion d'un traité» et exposé les raisons pour lesquelles elle estimait qu'il était nécessaire de confirmer les réserves à la signature lors de l'expression du consentement à être lié¹¹²⁰, ajoutait:

«C'est pourquoi la déclaration faite au cours des négociations et exprimant une réserve n'est pas reconnue à l'article 16 [l'actuel article 19] comme constituant, par elle-même, un moyen de formuler une réserve, et ne fait pas non plus l'objet d'une mention dans le présent article.»¹¹²¹

16) Comme ceci est indiqué ci-dessus¹¹²², la mention de l'adoption du texte a disparu du texte de l'article 23, paragraphe 2, de la Convention de Vienne de 1969 dans des conditions «mystérieuses» lors de la Conférence de Vienne de 1968-1969, probablement par souci de cohérence avec la rédaction du «chapeau» de l'article 19.

17) Toutefois, une majorité de membres s'est opposée à l'adoption d'un projet de directive en ce sens par crainte d'encourager la multiplication de déclarations destinées à limiter la portée du texte du traité, formulées avant l'adoption de son texte et ne répondant pas, dès lors, à la définition des réserves.

¹¹¹⁹ Voir *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 226 et 227.

¹¹²⁰ Voir plus haut le paragraphe 5 du présent commentaire.

¹¹²¹ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 227, par. 3) du commentaire.

¹¹²² Voir plus haut le paragraphe 6 du présent commentaire.

2.2.2 [2.3.5] Cas de non-exigence de confirmation des réserves formulées lors de la signature d'un traité

Une réserve formulée lors de la signature d'un traité ne nécessite pas de confirmation ultérieure, lorsqu'un État ou une organisation internationale exprime par cette signature son consentement à être lié par le traité.

Commentaire

- 1) Fidèle au texte de Vienne la solution retenue pour le projet de directive 2.2.1 implique évidemment que la règle ainsi codifiée n'est applicable qu'aux traités en forme solennelle, ceux qui n'entrent pas en vigueur du seul fait de leur signature¹¹²³. S'agissant de traités qui, au contraire, ne nécessitent, pour entrer en vigueur, aucune formalité postérieure à la signature et que l'on appelle «accords en forme simplifiée»¹¹²⁴, il va de soi que, si elle est formulée lors de la signature, la réserve produit ses effets immédiatement sans qu'une confirmation formelle soit nécessaire ni même envisageable.
- 2) La Commission n'a cependant connaissance d'aucun exemple clair de réserve à la signature d'un accord multilatéral en forme simplifiée. Cette éventualité ne peut cependant certainement pas être exclue, ne fût-ce que parce qu'il existe des «traités mixtes» qui peuvent, au choix des parties, entrer en vigueur du seul fait de la signature ou à la suite

¹¹²³ Sur la distinction entre traités en forme solennelle et accords en forme simplifiée, voir notamment: C. Chayet, «Les accords en forme simplifiée», *A.F.D.I.* 1957, p. 1 à 13; P. Daillier et A. Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, Paris, L.G.D.J., 6^e éd., 1999, p. 136 à 144; P. F. Smets, *La conclusion des accords en forme simplifiée*, Bruxelles, Bruylant, 1969, 284 pages.

¹¹²⁴ Bien que le procédé des accords en forme simplifiée soit plus fréquemment utilisé pour la conclusion des traités bilatéraux que pour celle des traités multilatéraux, elle n'est nullement inconnue dans ce second cas, et l'on peut citer des accords multilatéraux importants qui sont entrés en vigueur du seul fait de leur signature. Tel est le cas, par exemple, du GATT de 1947 (au moins du fait de l'entrée en vigueur de l'essentiel de son contenu suite à la signature du Protocole d'application provisoire), de la Déclaration de Genève du 23 juillet 1962 sur la neutralité du Laos ou l'Accord portant création d'un centre des techniques de l'alimentation et des engrais dans la région de l'Asie et du Pacifique du 11 juin 1969.

d'une ratification, et qui sont susceptibles de réserves ou contiennent des clauses de réserves¹¹²⁵.

3) Cette règle découle, à vrai dire, *a contrario*, du texte de l'article 23, paragraphe 2, des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 repris par le projet de directive 2.2.1.

Toutefois, étant donné le caractère *pratique* du Guide de la pratique, il est apparu à la Commission qu'il ne serait pas superflu de préciser expressément ceci dans le projet de directive 2.2.2.

4) Bien que certains membres de la Commission eussent préféré que l'on utilise, dans la rédaction de ce projet, l'expression «accord en forme simplifiée», d'usage courant dans la doctrine francophone, il a semblé préférable de ne pas recourir à cette expression qui n'a pas été retenue dans la Convention de Vienne de 1969.

5) La question peut se poser en outre de savoir si une réserve à un accord entrant provisoirement en vigueur ou mis provisoirement en application en attendant sa ratification¹¹²⁶ - par hypothèse formulée à la signature - doit être confirmée lors de l'expression du consentement définitif de son auteur à être lié. La Commission a considéré qu'il s'agissait d'un cas de figure différent de celui envisagé par le projet de directive 2.2.2 et qu'aucune raison n'imposait à cet égard une solution s'écartant du principe posé par le projet de directive 2.2.1. Dès lors, un projet de directive distinct n'apparaît pas nécessaire.

2.2.3 [2.2.4] Réserves à la signature expressément prévues par le traité

Une réserve formulée lors de la signature d'un traité, lorsque le traité prévoit expressément qu'un État ou une organisation internationale peut faire une telle réserve à ce stade, ne nécessite pas une confirmation formelle au moment où l'État ou

¹¹²⁵ Cf. l'article XIX de l'accord du 20 août 1971 relatif à l'Organisation internationale des télécommunications par satellites (Intelsat); voir aussi la Convention de 1971 sur les substances psychotropes (art. 32), le Code de conduite des conférences maritimes du 6 avril 1974 ou la Convention de 1999 sur la saisie conservatoire des navires (art. 12, par. 2).

¹¹²⁶ Cf. les articles 24 et 25 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986.

l'organisation internationale qui en est l'auteur exprime son consentement à être lié par le traité.

Commentaire

1) Il existe, à côté du cas prévu par le projet de directive 1.2.1, une autre hypothèse dans laquelle la confirmation d'une réserve formulée lors de la signature paraît superflue: tel est le cas lorsque le traité lui-même prévoit expressément une telle possibilité sans imposer de confirmation. Ainsi, par exemple, l'article 8, paragraphe 1, de la Convention du Conseil de l'Europe de 1963 sur la réduction des cas de pluralité de nationalités et sur les obligations militaires en cas de pluralité de nationalités prévoit que:

«Chacune des Parties contractantes peut *au moment de la signature de la présente Convention* ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'adhésion déclarer faire usage d'une ou de plusieurs réserves figurant à l'annexe à la présente Convention.»¹¹²⁷

2) Dans un cas de ce genre, il semble que la pratique dominante consiste à ne pas exiger qu'une partie qui formule une réserve lors de la signature la confirme au moment de l'expression de son consentement définitif à être liée. Ainsi, la France a fait une réserve lorsqu'elle a signé la Convention précitée de 1963 et ne l'a pas confirmée ultérieurement¹¹²⁸. De même, la Hongrie et la Pologne n'ont pas confirmé leur réserve à l'article 20 de la Convention de 1984 contre la torture, dont l'article 28, paragraphe 1, prévoit qu'une telle réserve peut être faite à la signature, ou le Luxembourg celle qu'il avait faite à la Convention relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951, ou l'Équateur

¹¹²⁷ Italiques ajoutées; voir aussi, parmi de très nombreux exemples: l'article 17 de la Convention de New York de 1961 sur la réduction des cas d'apatridie; Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 989, p. 188, l'article 30 de la Convention du Conseil de l'Europe de 1988 concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale (STE, n° 127); l'article 29 de la Convention européenne sur la nationalité de 1997 (STE, n° 166) ou l'article 24 de la Convention de La Haye de 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort (Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la seizième session, Tome II, 1990, p. 526).

¹¹²⁸ Conseil de l'Europe, Comité européen de coopération juridique (CDCJ), *Conventions du CDCJ et réserves auxdites Conventions*, Note du secrétariat, CDCJ (99) 36, Strasbourg, 30 mars 1999, p. 11; il en est allé de même des réserves de la Belgique à la Convention de 1988 concernant l'assistance mutuelle en matière fiscale (*ibid.*, p. 55).

à la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques du 17 décembre 1973¹¹²⁹. Il est vrai que d'autres États¹¹³⁰ ont néanmoins confirmé cette même réserve lors de la ratification.

3) Cette pratique incertaine a fait l'objet d'analyses contrastées au sein de la Commission, quoique tous ses membres s'accordent pour estimer qu'il est utile de prendre position sur ce point dans le Guide de la pratique.

4) Certains membres ont estimé que l'on ne devrait pas écarter, dans des cas de ce genre, la règle générale posée à l'article 23, paragraphe 2, des Conventions de Vienne car les clauses de réserves dont il s'agit, qui reproduisent de façon mécanique les dispositions de l'article 11, n'auraient, en réalité, pas de portée particulière.

5) Toutefois, de l'avis d'une majorité des membres de la Commission, la règle énoncée à l'article 23, paragraphe 2, des Conventions de Vienne, qui n'a, comme toutes les dispositions de celles-ci, qu'un caractère supplétif, ne devrait trouver à s'appliquer que dans le silence du traité, faute de quoi les dispositions prévoyant la possibilité de réserves à la signature se trouveraient privées de tout effet utile. Selon eux, les incertitudes de la pratique s'expliquent par le fait que si une confirmation formelle dans un cas de ce genre n'est pas indispensable, elle n'est pas non plus exclue: les réserves faites lors de la signature d'une convention autorisant expressément les réserves à la signature se suffisent à elles-mêmes, étant entendu, cependant, que rien n'empêche les États réservataires de les confirmer¹¹³¹, même si rien ne les y oblige.

¹¹²⁹ *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général ...*, vol. I, p. 221; *ibid.*, vol. I, p. 272 et vol. II, p. 118. La réserve hongroise a été retirée par la suite.

¹¹³⁰ Bélarus, Bulgarie (réserve retirée par la suite), Maroc, Tchécoslovaquie (réserve retirée par la suite par la République tchèque et la Slovaquie), Tunisie, Ukraine (réserve retirée par la suite); voir *ibid.*, p. 220 à 223 et 230 à 232.

¹¹³¹ Et de telles «confirmations de précaution» sont fort fréquentes (voir par exemple, les réserves du Bélarus, du Brésil (qui n'a cependant confirmé que deux de ses trois réserves initiales), de la Hongrie, de la Pologne, de la Turquie ou de l'Ukraine à la Convention de 1971 sur les substances psychotropes, *ibid.*, p. 333 à 336).

6) En conséquence, la Commission a décidé de consacrer la pratique «minimale», qui paraît logique dès lors que le traité prévoit expressément les réserves à la signature. Selon l'opinion majoritaire, si ce principe n'était pas reconnu, de nombreuses réserves formulées à la signature mais non confirmées devraient être considérées comme sans portée, alors que les États qui les ont formulées se sont fondés sur le texte même du traité.

2.3 Formulation tardive des réserves

1) La section 3 du chapitre 2 du Guide de la pratique est consacrée à la question particulièrement délicate de ce que l'on appelle communément les «réserves tardives». Toutefois la Commission a préféré parler de «formulation tardive d'une réserve» afin de bien marquer qu'il ne saurait s'agir d'une catégorie nouvelle et particulière de réserves, mais bien de déclarations qui se présentent comme des réserves mais ne respectent pas les délais dans lesquels elles peuvent, en principe, être considérées comme telles, puisque les moments auxquels une réserve peut être formulée sont précisés dans leur définition même¹¹³².

2) Il reste que, dans la pratique, il n'est pas rare qu'un État¹¹³³ tente de formuler une réserve à un moment différent de ceux qui sont envisagés par la définition de Vienne, et cette possibilité, qui peut présenter d'incontestables avantages concrets, n'a pas été totalement écartée par la pratique.

3) Après avoir exprimé son consentement lié par un traité, un État ne peut pas, par le biais de l'interprétation d'une réserve, se dérober à certaines des obligations imposées par ce traité. Ce principe ne saurait être consacré avec légèreté et que l'objet premier de la présente section du Guide de la pratique est d'indiquer les conditions strictes auxquelles celle-ci est soumise: le

¹¹³² Cf. les articles 2, par. 1 *d*, des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 sur le droit des traités, et 2, par. 1 *j*, de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités de 1978, et le projet de directive 1.1 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 10 (A/53/10)*, p. 213): «L'expression "réserve" s'entend d'une déclaration unilatérale (...) faite par un État ou par une organisation internationale à la signature, à la ratification, à l'acte de confirmation formelle, à l'acceptation ou à l'approbation d'un traité ou à l'adhésion à celui-ci ou quand un État fait une notification de succession à un traité...»; voir aussi le projet de directive 1.1.2, *ibid.*, p. 221.

¹¹³³ À la connaissance de la Commission, il n'existe pas, à ce jour, d'exemple de formulation tardive d'une réserve par une organisation internationale.

projet de directive 2.3.1 pose la règle selon laquelle la formulation tardive d'une réserve est, en principe, exclue; et les projets de directives suivants précisent la condition fondamentale à laquelle est subordonnée toute exception à ce principe: l'absence d'objection dans un délai de 12 mois par toutes les autres parties, unanimes (projets de directives 2.3.1, 2.3.2 et 2.3.3). En outre, le projet de directive 2.3.4 vise à éviter que l'exclusion de principe de la formulation tardive des réserves puisse être tournée par des procédés autres que les réserves.

2.3.1 Formulation tardive d'une réserve

À moins que le traité n'en dispose autrement, un État ou une organisation internationale ne peut pas formuler une réserve à un traité après l'expression de son consentement à être lié par ce traité sauf si aucune des autres Parties contractantes n'y fait objection.

Commentaire

1) Sauf disposition contraire du traité, toujours possible¹¹³⁴, l'expression du consentement définitif à être lié, constitue, pour les Parties contractantes, le dernier (et, à vrai dire, du fait de l'exigence de confirmation formelle des réserves formulées lors de la négociation ou de la signature, le seul) moment où une réserve peut être formulée. Unanimement reconnue par la doctrine¹¹³⁵, cette règle, qui résulte de la définition même des réserves¹¹³⁶ et qu'implique

¹¹³⁴ Certaines clauses de réserves précisent par exemple que «[d]es réserves portant sur une ou plusieurs dispositions de la présente Convention peuvent être formulées à tout moment avant la ratification ou l'adhésion à la présente Convention...» (Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire du 29 juillet 1960) ou «[t]out État pourra, au plus tard au moment de la ratification ou de l'adhésion, faire les réserves prévues aux articles...» (Convention de La Haye sur la protection des mineurs du 5 octobre 1961; ces exemples sont cités par P. H. Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 1979, p. 163 et 164); voir aussi les exemples donnés au paragraphe 3 du présent commentaire.

¹¹³⁵ Elle a été énoncée avec une particulière fermeté par Giorgio Gaja: «the latest moment in which a State may make a reservation is when it expresses its consent to be bound by a treaty» (le dernier moment auquel l'État peut faire une réserve est celui auquel il exprime son consentement à être lié par un traité) («Unruly Treaty Reservations», in *Le droit international à l'heure de sa codification – Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milan, Giuffrè, 1987, t. I, p. 310).

¹¹³⁶ Voir *supra*, note 1132.

également le «chapeau» de l'article 19 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986¹¹³⁷, est largement respectée en pratique¹¹³⁸. Elle a été considérée comme faisant partie du droit positif par la Cour internationale de Justice dans son arrêt du 20 décembre 1988 relatif aux *Actions armées frontalières et transfrontalières*:

«... l'article LV du pacte de Bogota donne aux parties la possibilité de faire des réserves à cet instrument qui, "à titre de réciprocité, s'appliqueront à tous les États signataires en ce qui concerne l'État qui les a faites". En l'absence de dispositions procédurales spéciales, ces réserves peuvent, conformément aux règles du droit international général applicables en la matière, telles que codifiées par la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, être formulées seulement au moment de la signature ou de la ratification du Pacte ainsi que de l'adhésion à cet instrument¹¹³⁹».

2) D'après certains membres de la Commission, il y avait lieu de se demander si ce type de déclaration était compatible avec la définition des réserves donnée dans le projet de directive 1.1. Il reste que le principe selon lequel une réserve ne peut être formulée après l'expression du consentement à être lié «n'a pas valeur d'ordre public. Il ne vaut que pour autant que les États contractants n'autorisent pas conventionnellement la formulation, sous une forme ou sous une autre, de réserves nouvelles¹¹⁴⁰» ou ne limite pas plus strictement encore les moments auxquels une réserve est possible.

¹¹³⁷ «Un État [ou une organisation internationale], au moment de signer, de ratifier, [de confirmer formellement,] d'accepter, d'approuver un traité ou d'y adhérer, peut formuler une réserve...».

¹¹³⁸ Elle explique du reste pourquoi les États s'efforcent parfois de tourner l'interdiction de formuler des réserves après l'entrée en vigueur du traité en intitulant «déclarations interprétatives» des déclarations unilatérales qui correspondent en réalité à la définition des réserves (voir le paragraphe 27 du commentaire du projet de directive 1.2) («Définition des déclarations interprétatives»), *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/54/10)*, p. 191.

¹¹³⁹ *C.I.J., Recueil 1988*, p. 85.

¹¹⁴⁰ Jean-François Flauss, «Le contentieux de la validité des réserves à la CEDH devant le Tribunal fédéral suisse: Requiem pour la déclaration interprétative relative à l'article 6, par. 1», *R.U.D.H.* 1993, p. 302.

3) Bien que la possibilité de formulation tardive d'une réserve n'aie «jamais été envisagée, ni devant la Commission du droit international ni au cours de la Conférence de Vienne¹¹⁴¹», elle est relativement fréquente¹¹⁴². Ainsi par exemple:

L'article 29 de la Convention du 23 juillet 1912 sur l'unification du droit en matière de lettres de change disposait:

«L'État qui désire profiter d'une des réserves mentionnées dans l'article premier, alinéa 2, ou dans l'article 22, alinéa 1, doit l'insérer dans l'acte de ratification ou d'adhésion...

L'État contractant qui, *postérieurement*, désire profiter d'une des réserves^[1143] ci-dessus mentionnées, notifie par écrit son intention au Gouvernement des Pays-Bas...¹¹⁴⁴»;

De même, en vertu de l'article XXVI Protocole et de La Haye de 1955 portant modification de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international¹¹⁴⁵:

«Il ne sera admise aucune réserve au présent Protocole. Toutefois, un État pourra à tout moment déclarer par notification faite au Gouvernement de la République populaire de Pologne que la Convention amendée par le présent Protocole ne s'appliquera pas au transport de personnes, de marchandises et de bagages effectué pour ses autorités militaires à bord d'aéronefs immatriculés dans ledit État et dont la capacité entière a été réservée par ces autorités ou pour le compte de celles-ci»;

L'article 38 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur l'administration internationale des successions dispose:

¹¹⁴¹ P. H. Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 1979, p. 12, note 14.

¹¹⁴² Voir aussi les exemples donnés par P. H. Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 1979, p. 164 et 165.

¹¹⁴³ En réalité, il s'agit non pas de *réserves*, mais de *clauses de réserves*.

¹¹⁴⁴ Voir aussi les alinéas 3 et 4 des articles premiers des Conventions du 7 juin 1930 portant lois uniformes, sur les lettres de change et billets à ordre, et du 19 mars 1931 sur les chèques: «... pour ce qui est des réserves visées aux articles ... elles pourront être faites postérieurement à la ratification ou à l'adhésion, pourvu qu'elles fassent l'objet d'une notification au Secrétaire général de la Société des Nations...»; «Chacune des Hautes Parties contractantes pourra, en cas d'urgence, faire usage des réserves prévues par les articles ... après la ratification ou l'adhésion...».

¹¹⁴⁵ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 478, p. 388.

«Chaque État contractant qui désire faire usage d'une ou plusieurs des facultés prévues aux articles 4, 6, alinéa 2, 30, alinéas 2 et 3 et 31, le notifiera au Ministère des affaires étrangères des Pays-Bas soit au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, *soit ultérieurement*¹¹⁴⁶»;

Aux termes de l'article 30, paragraphe 3, de la Convention du Conseil de l'Europe concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale du 25 janvier 1988:

«Toute Partie peut, après l'entrée en vigueur de la Convention à son égard, formuler une ou plusieurs réserves visées au paragraphe 1 dont elle n'avait pas fait usage lors de la ratification, acceptation ou approbation. De telles réserves entreront en vigueur le premier jour qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date de réception de la réserve par l'un des Dépositaires¹¹⁴⁷»;

De même encore, l'article 10, paragraphe 1, de la Convention du 12 mars 1999 sur la saisie conservatoire des navires dispose:

«Un État peut, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, ou à tout moment par la suite, se réserver le droit d'exclure du champ d'application de la présente Convention: ...».

4) En soi, ceci ne fait pas de problème particulier et est conforme à l'idée selon laquelle les règles de Vienne n'ont qu'un caractère supplétif (comme l'auront, à plus forte raison, les directives du Guide de la pratique). Toutefois, puisqu'il s'agit de déroger à une règle dont le caractère coutumier ne fait plus aucun doute, consacrée par les Conventions de Vienne, il semble indispensable qu'une telle dérogation soit expressément prévue par le traité. La Commission a souhaité préciser ce principe dans le texte du projet de directive 2.3.1 bien que cela ne soit pas

¹¹⁴⁶ Voir aussi l'article 26 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux: «Un État contractant qui connaît, à la date de l'entrée en vigueur de la Convention pour cet État, un système complexe d'allégeance nationale peut spécifier *à tout moment*, par déclaration, comment une référence à sa loi nationale doit être entendue aux fins de la Convention». Cette disposition peut viser une déclaration interprétative plutôt qu'une réserve.

¹¹⁴⁷ Cette Convention est entrée en vigueur le 1^{er} avril 1995; il ne semble pas qu'un État partie ait, depuis lors, fait usage de la faculté ouverte par cette disposition. Voir aussi l'article 5 du Protocole additionnel de 1978 à la Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger, «[t]oute Partie contractante qui est liée par l'ensemble des dispositions des chapitres I et II pourra à tout moment déclarer par voie de notification adressée au Secrétaire général du Conseil de l'Europe qu'elle ne sera liée que par les dispositions du chapitre I ou par celles du chapitre II. Cette notification prendra effet six mois après la date de sa réception».

juridiquement indispensable pour souligner le caractère exceptionnel que devrait avoir la formulation tardive de réserves.

5) Il est vrai que la Commission européenne des droits de l'homme a fait preuve de souplesse à cet égard puisqu'elle a semblé admettre qu'un État partie à la Convention de Rome pouvait invoquer la modification de sa législation nationale couverte par une réserve antérieure pour modifier du même coup la portée de cette réserve sans porter atteinte à la limitation temporelle mise à la faculté de formuler des réserves par l'article 64 de la Convention. La portée de cette jurisprudence¹¹⁴⁸ n'est cependant pas très claire et l'on peut se demander si la Commission n'a pas adopté cette position du fait qu'en réalité la modification de la législation en cause n'aboutissait pas concrètement à une limitation supplémentaire des obligations de l'État concerné¹¹⁴⁹.

6) Quoiqu'il en soit, l'exigence d'une clause expresse autorisant la formulation d'une réserve après l'expression du consentement à être lié paraît d'autant plus indispensable que l'inclusion d'une limitation temporelle dans la définition même des réserves s'est imposée pour des raisons pratiques particulièrement pressantes, qu'a relevées la Commission dans le commentaire du projet de directive 1.1.2: «[L']idée d'inclure des limitations dans le temps à la possibilité de faire des réserves dans la définition même des réserves s'est progressivement imposée, tant seraient grands, pour la stabilité des relations juridiques, les inconvénients d'un système qui permettrait aux parties de formuler une réserve à n'importe quel moment. C'est, à vrai dire, le principe *pacta sunt servanda* lui-même qui se trouverait remis en cause puisqu'à tout moment une partie à un traité pourrait, par la formulation d'une réserve, remettre en cause les obligations conventionnelles lui incombant; en outre la tâche du depositaire s'en trouverait compliquée à l'excès»¹¹⁵⁰. Étant donné l'intérêt qui s'attache à éviter, autant que faire se peut, la formulation tardive des réserves, il convient

¹¹⁴⁸ Voir notamment les affaires *Association X c. Autriche*, Requête n° 473/59, *Annuaire C.E.D.H.* n° 2, p. 405; *X c. Autriche*, Requête n° 1731/62, *ibid.*, n° 7, p. 192; ou *X c. Autriche*, Requête n° 88 180/78, DR 20, p. 23.

¹¹⁴⁹ Dans l'affaire 1731/62, la Commission a considéré que «la réserve souscrite par l'Autriche le 3 septembre 1958 couvre ... la loi du 5 juillet 1962, laquelle n'a pas eu pour effet d'élargir a posteriori le domaine soustrait au contrôle de la Commission», *Annuaire C.E.D.H.* n° 7, p. 203 – italiques ajoutées.

¹¹⁵⁰ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 10*, (A/53/10), par. 3, p. 221 et 222.

d'interpréter strictement l'expression «à moins que le traité n'en dispose autrement», qui introduit le projet de directive 2.3.1.

7) Cette exigence fondamentale de disposition expresse ne constitue cependant pas la seule exception à la règle selon laquelle une réserve doit, en principe, être formulée au plus tard au moment de l'expression du consentement à être lié.

8) Il ressort en effet de la pratique contemporaine que les autres Parties contractantes peuvent accepter unanimement une réserve tardive et l'on peut voir dans cet acquiescement (qui peut être tacite) un accord collatéral étendant la faculté *ratione temporis* de formuler, sinon les réserves au traité concerné en général, du moins la ou les réserves en question.

9) On a vu dans cette possibilité la traduction du principe selon lequel «the parties are the ultimate guardians of a treaty and may be prepared to countenance unusual procedures to deal with particular problems»¹¹⁵¹ (les parties sont les gardiens ultimes d'un traité et peuvent être disposées à approuver des procédures inhabituelles pour faire face à des problèmes particuliers). En tout cas, comme on l'a fait remarquer, «[t]he solution must be understood as dictated by pragmatic considerations. A party remains always¹¹⁵² at liberty to accede anew to the same treaty, this time by proposing certain reservations. As the result will remain the same whichever of these two alternative actions one might choose, it seemed simply more expedient to settle for the more rapid procedure ...»¹¹⁵³ (la solution doit être comprise comme étant dictée par des considérations pragmatiques. Une partie conserve toujours¹¹⁵² la liberté d'adhérer à nouveau au même traité, cette fois en proposant certaines réserves. Comme le résultat sera le même quelle que soit celle des deux branches de l'alternative que l'on choisirait, il a tout simplement semblé plus commode de s'en tenir à la procédure la plus rapide...).

¹¹⁵¹ D. W. Greig, «Reservations: Equity as a Balancing Factor?», *A.Y.I.L.*, 1995, p. 28 et 29.

¹¹⁵² L'auteur évoque un traité particulier: la Convention du 19 mars 1931 portant loi uniforme sur les chèques (voir par 10 du commentaire du présent projet de directive) dont l'article VIII prévoit expressément une possibilité de dénonciation; la pratique s'étend néanmoins à des traités qui ne comportent pas de clause de retrait (voir, par. 12 du commentaire du présent projet de directive).

¹¹⁵³ Frank Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, T.M.C. Asser Instituut, Swedish Institute of International Law, Studies in International Law, vol. 5, 1988, p. 43.

10) Dans un premier temps, fidèle à la grande prudence qui l'inspire en la matière depuis les années 50, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies s'en était tenu à la position selon laquelle: «[e]n vertu de la pratique internationale constante à laquelle [il] se conforme dans ses fonctions de dépositaire, une réserve ne peut être formulée qu'au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion», et il avait considéré en conséquence qu'une partie à la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale qui n'avait pas fait de réserves au moment de la ratification n'avait pas la possibilité d'en formuler une plus tard¹¹⁵⁴. Toutefois, deux ans plus tard, il a considérablement assoupli sa position dans une lettre à la Mission permanente de la France¹¹⁵⁵ auprès des Nations Unies, ce pays envisageant de dénoncer la Convention de 1931 portant loi uniforme sur les chèques pour y adhérer à nouveau avec de nouvelles réserves. Se fondant sur le «principe général d'après lequel les parties à un accord international peuvent, par décision unanime, modifier les dispositions d'un accord ou prendre telle mesure qu'elles jugent opportune concernant l'application ou l'interprétation de cet accord, le Conseiller juridique indique:

«En conséquence, il semble que votre gouvernement pourrait adresser au Secrétaire général, sous la signature du Ministre des affaires étrangères, une lettre communiquant le projet de réserve avec, le cas échéant, l'indication de la date à laquelle il est souhaité que celle-ci prenne effet. Le projet de réserve serait communiqué aux États intéressés (États parties, États contractants et États signataires) par le Secrétaire général et, en l'absence de toute objection des États parties, dans le délai de 90 jours à compter de ladite communication (délai traditionnellement retenu dans la pratique du Secrétaire général aux fins de l'acceptation tacite et qui correspond, en l'occurrence, au délai prévu par le troisième paragraphe de l'article premier de la Convention [de 1931] pour l'acceptation des réserves visées aux articles 9, 22, 27 et 30 de l'annexe II), la réserve serait considérée comme prenant effet à la date indiquée¹¹⁵⁶.»

11) Ainsi fut fait: le Gouvernement français adressa au Secrétaire général, le 7 février 1979, une lettre conforme à ces indications; le Secrétaire général la diffusa le 10 février et «[e]n l'absence

¹¹⁵⁴ Mémoire au Directeur de la Division des droits de l'homme, 5 avril 1976, *A.J.N.U.* 1976, p. 228.

¹¹⁵⁵ Précision donnée par Frank Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, T.M.C. Asser Instituut, Swedish Institute of International Law, Studies in International Law, vol. 5, 1988, p. 42.

¹¹⁵⁶ Lettre du 14 septembre 1978, *A.J.N.U.* 1978, p. 251 et 252.

d'objection de la part des États contractants dans les 90 jours à compter de la diffusion de cette communication ... la réserve a été considérée comme acceptée et a pris effet le 11 mai 1979¹¹⁵⁷».

12) Depuis lors, cette pratique semble être constamment suivie par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies dans l'exercice de ses fonctions de dépositaire¹¹⁵⁸. Elle a été formalisée dans un avis juridique du Secrétariat du 19 juin 1984 estimant qu'«une réserve peut toujours, à quelque moment qu'elle soit formulée, être acceptée par les parties à un traité par décision *unanime*, que le traité soit silencieux sur la question ou même qu'il contienne des dispositions en sens contraire» et ceci, que le traité comporte ou non des dispositions expresses quant au moment où des réserves peuvent être formulées¹¹⁵⁹.

13) Cette pratique n'est pas limitée aux traités dont le Secrétaire général est dépositaire. Dans l'avis juridique précité¹¹⁶⁰ de 1978, le Conseiller juridique des Nations Unies s'était référé à un précédent relatif à une réserve tardive à la Convention douanière du 6 octobre 1960 relative à l'importation temporaire des emballages déposée auprès du Secrétaire général du Conseil de coopération douanière et dont l'article 20 «dispose que chaque partie contractante pourra, au moment où elle signera et ratifiera la Convention, déclarer qu'elle ne se considère pas liée par son article 2. La Suisse, qui avait ratifié la Convention le 30 avril 1963, a formulé le 21 décembre 1965 une

¹¹⁵⁷ *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général ...* vol. II, p. 432, note 5; curieusement, le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne fit savoir expressément, le 20 février 1980, qu'il n'avait «aucune objection à formuler à ce sujet».

¹¹⁵⁸ Outre les exemples donnés par Giorgio Gaja, «Unruly Treaty Reservations», in *Le droit international à l'heure de sa codification – Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milan, Giuffrè, 1987, t. I, p. 311, voir notamment: la réserve de la Belgique (qui s'apparente d'ailleurs à une objection générale à des réserves formulées par d'autres parties) à la Convention de 1969 sur le droit des traités: alors que ce pays avait adhéré à la Convention le 1^{er} septembre 1992, «[l]e 18 février 1993, le Gouvernement belge a fait savoir au Secrétaire général que son instrument d'adhésion à la Convention aurait dû être assorti de ladite réserve. Aucune des Parties contractantes à la Convention n'ayant notifié d'objection au Secrétaire général, soit au dépôt lui-même, soit à la procédure envisagée, dans un délai de 90 jours à compter de la date de circulation (23 mars 1993), la réserve est considérée comme ayant été acceptée» (*Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général ...* vol. II, p. 285, note 9).

¹¹⁵⁹ Lettre adressée à une autorité gouvernementale d'un État Membre, *A.J.N.U.* 1984, p. 206; les italiques sont dans le texte original.

¹¹⁶⁰ Par. 10.

réserve qui a été soumise par le dépositaire aux États intéressés et considérée comme acceptée, en l'absence d'objection, avec effet rétroactif au 31 juillet 1963¹¹⁶¹».

14) Plusieurs États parties au Protocole de 1978 à la Convention internationale de 1973 sur la prévention de la pollution par les navires (MARPOL), entré en vigueur le 2 octobre 1983, ont aggravé leurs réserves antérieures¹¹⁶² ou ajouté de nouvelles réserves après l'expression de leur consentement à être lié¹¹⁶³. De même, des réserves tardives à certaines conventions du Conseil de l'Europe ont été formulées sans soulever d'objection¹¹⁶⁴.

¹¹⁶¹ Lettre à la Mission permanente d'un État Membre auprès de l'Organisation des Nations Unies, 14 septembre 1978, *A.J.N.U.* 1978, p. 251.

¹¹⁶² France (ratification le 25 septembre 1981; modification le 11 août 1982 – IMO, *Status of Multilateral Conventions and Instruments in Respect of Which the International Maritime Organization or its Secretary-General Performs Depositary or Other Functions as at 31 December 1999*, p. 77).

¹¹⁶³ Libéria (ratification le 28 octobre 1980, nouvelles réserves le 27 juillet 1983 objet d'un procès-verbal de rectification le 31 août 1983), *ibid.*, p. 81; Roumanie (adhésion le 8 mars 1993, rectifiée par la suite en l'absence d'objection pour inclure des réserves votées par le Parlement), *ibid.*, p. 83; États-Unis d'Amérique (ratification le 12 août 1980, réserves communiquées le 27 juillet 1983, objet d'un procès-verbal de rectification du 31 août 1983), *ibid.*, p. 86; dans le cas du Libéria et des États-Unis, le Gouvernement français fit savoir qu'étant donné leur nature il ne s'opposait pas à ces rectifications, mais qu'une telle décision ne saurait constituer un précédent.

¹¹⁶⁴ Voir par exemple: la réserve de la Grèce à la Convention européenne pour la répression du terrorisme du 27 janvier 1977 (ratification le 4 août 1988; rectification notifiée au Secrétaire général le 5 septembre 1988; la Grèce invoquait une erreur: lors du dépôt de l'instrument de ratification, la réserve figurant expressément dans la loi autorisant la ratification n'avait pas été transmise; site Internet: <http://conventions.coe.in/treaty/FR/cadreprincipal.htm>); celles du Portugal à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 (dépôt de l'instrument de ratification: 27 septembre 1994; entrée en vigueur de la Convention à l'égard du Portugal: 26 décembre 1994; notification des réserves et déclarations: 19 décembre 1996; ici encore, le Portugal invoquait une erreur du fait de la non-transmission des réserves contenues dans la résolution parlementaire et le décret présidentiel parus au Journal officiel de la République portugaise (site Internet: <http://conventions.coe.in/treaty/FR/cadreprincipal.htm>)); ou la «déclaration» des Pays-Bas du 14 octobre 1987 restreignant la portée de leur ratification (en date du 14 février 1969) de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 (site Internet: <http://conventions.coe.in/treaty/FR/cadreprincipal.htm>). Voir aussi l'exemple des réserves tardives de la Belgique et du Danemark à l'arrangement européen pour la protection des émissions de télévision donné par Giorgio Gaja («Unruly Treaty Reservations», in *Le droit international à l'heure de sa codification – Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milan, Giuffrè, 1987, t. I, p. 311).

15) Il ressort de ces exemples qu'il n'est pas exclu que des réserves tardives soient considérées comme valablement faites, en l'absence d'objection de la part des autres Parties contractantes consultées par le dépositaire. Mais ils montrent aussi qu'il s'est presque toujours agi de cas assez marginaux, soit que le retard avec lequel la réserve a été notifiée ait été minime, soit que cette notification ait été faite après la ratification mais avant l'entrée en vigueur du traité à l'égard de l'État auteur de la réserve¹¹⁶⁵, soit encore que l'on soit à la limite de la «rectification d'erreur matérielle», la réserve projetée ayant été dûment publiée dans les publications officielles, mais «oubliée» lors de l'instrument du dépôt de notification.

16) Une brochure publiée par le Conseil de l'Europe insiste sur le caractère exceptionnel des dérogations aux règles conventionnelles de formulation des réserves qui ont été admises au sein de cette organisation: «Accepting the belated formulation of reservations may create a dangerous precedent which could be invoked by other States in order to formulate new reservations or to widen the scope of existing ones. Such practice would jeopardize legal certainty and impair the uniform implementation of European treaties»¹¹⁶⁶ (Accepter la formulation tardive de réserves peut créer un précédent dangereux que d'autres États pourraient invoquer pour formuler des réserves nouvelles ou étendre la portée de celles qui ont déjà été faites. Une telle pratique menacerait la sécurité juridique et empêcherait la mise en œuvre uniforme des traités européens). Telles sont aussi les raisons pour lesquelles certains auteurs se montrent hésitants pour admettre l'existence d'une telle dérogation au principe de la limitation *ratione temporis* de la faculté de formuler des réserves¹¹⁶⁷.

17) Telles sont aussi les considérations pour lesquelles les membres de la Commission, unanimes, ont considéré qu'il convenait de se montrer particulièrement vigilant dans la consécration d'une pratique qui devait demeurer exceptionnelle et étroitement circonscrite. C'est pourquoi

¹¹⁶⁵ Giorgio Gaja cite à cet égard les deux réserves ajoutées le 26 octobre 1976 par la République fédérale d'Allemagne à son instrument de ratification (en date du 2 août 1976) de la Convention relative au statut des apatrides de 1954 (cf. *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général ...*, vol. I, p. 286, note 3).

¹¹⁶⁶ Jörg Polakiewicz, *Treaty-Making in the Council of Europe*, Strasbourg, 1999, p. 94.

¹¹⁶⁷ Cf. R.W. Edwards, Jr., «Reservations to Treaties», *Michigan Journal of International Law*, 1989, p. 383, ou R. Baratta, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, Milan, Giuffrè, 1999, p. 27, note 65.

la Commission a décidé de formuler négativement la règle posée par le projet de directive 2.3.1: le *principe est*, et doit demeurer, que la formulation tardive d'une réserve n'est pas licite; elle ne peut le devenir, à titre tout à fait exceptionnel, *que si aucune* des autres Parties contractantes «n'y fait objection¹¹⁶⁸».

18) D'un autre côté, le fait est que «[a]ll the instances of practice here recalled point to the existence of a rule that allows States to make reservations even after they have expressed their consent to be bound by a treaty, provided that other Contracting States acquiesce to the making of reservations at that stage»¹¹⁶⁹ (toutes les manifestations de la pratique rappelées ci-dessus établissent l'existence d'une règle permettant aux États de faire des réserves même après qu'ils ont exprimé leur consentement à être liés par un traité, à condition que les autres États contractants acquiescent à la formulation de réserves à ce stade). Et, à vrai dire, on imagine difficilement ce qui pourrait interdire à l'ensemble des États contractants de donner leur accord à une telle dérogation, que cet accord s'analyse en un amendement au traité ou en un accord collatéral, ou que l'on y voie la marque d'une «collectivisation» du contrôle exercé sur la licéité des réserves¹¹⁷⁰.

19) C'est cette exigence de l'unanimité, fût-elle passive, tacite¹¹⁷¹, qui rend l'exception au principe acceptable et qui limite les risques d'abus. Elle est un élément indissociable de cette dérogation, constatée dans la pratique contemporaine et conforme au rôle de «gardien» du traité que peuvent assumer collectivement les États parties¹¹⁷². Mais cette exigence n'a de sens et ne

¹¹⁶⁸ Sur les problèmes posés par cette dernière expression, voir , par. 23 du commentaire du présent projet de directive.

¹¹⁶⁹ Giorgio Gaja, «Unruly Treaty Reservations», in *Le droit international à l'heure de sa codification – Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milan, Giuffrè, 1987, t. I, p. 312.

¹¹⁷⁰ Ce «contrôle» doit, bien sûr, être combiné avec celui des «organes de contrôle», lorsqu'ils existent. Dans les affaires *Chrysostomos/Loizidou* le contrôle étatique sur la licéité *ratione temporis* des réserves (introduites par la Turquie par le biais de sa déclaration facultative d'acceptation des recours individuels) s'est effacé au profit des organes de la Convention européenne des droits de l'homme (voir les paragraphes 5 et 6 du commentaire du projet de directive 2.3.4).

¹¹⁷¹ Les projets de directives 2.3.2 et 2.3.3 précisent les modalités de l'acceptation de la formulation tardive d'une réserve.

¹¹⁷² Voir le paragraphe 9 du commentaire du présent projet de directive.

répond à ses objectifs que si une seule objection rend la réserve impossible, faute de quoi le principe même posé par la première phrase de l'article 19 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 se trouverait réduit à néant: n'importe quel État pourrait ajouter à tout moment une nouvelle réserve à son acceptation du traité car il se trouverait bien toujours un autre État contractant pour ne pas objecter à cette réserve et l'on se trouverait ramené à la situation qui est celle où se trouvent les États ou les organisations internationales au moment où ils deviennent parties et où, avec les seules limites posées aux articles 19 et 20, ils jouissent d'une large faculté de formuler des réserves.

20) Les prudences de la pratique, les explications données à plusieurs reprises par le Secrétaire général, rejoignent les considérations doctrinales et les préoccupations liées au maintien de la sécurité juridique pour justifier, sur ce point précis, une application stricte de la règle de l'unanimité – étant entendu que, contrairement à la règle traditionnelle (sauf en Amérique latine) applicable à toutes les réserves, cette unanimité concerne l'acceptation des (ou, au moins, l'absence de toute objection aux) réserves tardives. Mais elle n'a aucun effet sur la participation de l'État (ou de l'organisation internationale) réservataire au traité lui-même: en cas d'objection, il demeure lié conformément à l'expression initiale de son consentement; et il ne peut se délier (pour, éventuellement, redevenir partie en formulant à nouveau les réserves rejetées) que conformément soit aux dispositions du traité lui-même, soit aux règles générales codifiées par les articles 54 à 64 des Conventions de Vienne.

21) On peut, également, se demander s'il ne convient pas de distinguer entre, d'une part, une objection de principe à ce qu'une réserve tardive soit formulée et, d'autre part, une objection classique correspondant à celles qui peuvent être faites à une réserve en application de l'article 20, paragraphe 4 *b*, des Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Cette distinction paraît s'imposer car on voit mal pourquoi les États ou organisations internationales cocontractants n'auraient le choix qu'entre le tout ou rien: accepter et la réserve elle-même et sa tardiveté ou empêcher l'État ou l'organisation qui l'a formulée de la faire alors même qu'ils peuvent avoir pour cela des raisons jugées bonnes par leurs partenaires. Au surplus, faute de cette distinction, les États et organisations internationales non parties au moment de la formulation de la réserve tardive mais qui le deviendraient par la suite, par adhésion ou autrement, se trouveraient mis devant le fait accompli et, paradoxalement, ils ne pourraient pas objecter à une réserve formulée

tardivement alors qu'ils le peuvent, en vertu de l'article 20, paragraphe 5¹¹⁷³, s'agissant des réserves formulées au moment de l'expression de son consentement à être lié par l'État réservataire¹¹⁷⁴.

22) Il convient donc de considérer que le consentement unanime des autres Parties contractantes est exigé en ce qui concerne la *formulation tardive* de la réserve. En revanche, les règles usuelles relatives à l'acceptation et aux objections aux réserves, telles qu'elles sont codifiées par les articles 20 à 23 des Conventions de Vienne, devraient trouver à s'appliquer pour ce qui est du contenu même d'une réserve tardive à laquelle les autres parties doivent pouvoir objecter «normalement», point sur lequel la Commission se propose de revenir dans la section du Guide de la pratique consacrée aux objections aux réserves.

23) Étant donné cette possibilité, qui ne peut, intellectuellement au moins, être exclue (même si, à ce jour, elle ne semble pas avoir été utilisée en pratique¹¹⁷⁵), certains membres de la Commission se sont demandé s'il était approprié d'utiliser le mot «objection» dans le projet de directive 2.3.1 pour désigner l'opposition d'un État non pas à la réserve projetée, mais à sa formulation même¹¹⁷⁶. Toutefois, une majorité de membres a considéré qu'il n'était pas utile d'introduire formellement la distinction étant donné qu'en pratique les deux opérations sont confondues.

2.3.2 Acceptation de la formulation tardive d'une réserve

À moins que le traité n'en dispose autrement ou que la pratique bien établie suivie par le depositaire soit différente, la formulation tardive d'une réserve est réputée avoir été acceptée

¹¹⁷³ «... une réserve est réputée avoir été acceptée par un État ou une organisation internationale si ces derniers n'ont pas formulé d'objection à la réserve soit à l'expiration des 12 mois qui suivent la date à laquelle ils en ont reçu notification, *soit à la date à laquelle ils ont exprimé leur consentement à être liés par le traité, si celle-ci est postérieure*» (italiques ajoutées).

¹¹⁷⁴ Il serait tout aussi paradoxal d'admettre que les États ou organisations internationales devenant parties au traité après l'établissement de la réserve peuvent y faire objection en vertu de l'article 20, par. 4 *b*, alors que les parties originaires ne le pourraient pas.

¹¹⁷⁵ Mais il est arrivé que des réserves tardives soient expressément acceptées (pour un exemple, voir *supra*, note 1157).

¹¹⁷⁶ Dans ce cas, à la fin du projet de directive, l'expression «sauf si aucune des autres Parties contractantes *n'y fait objection*» aurait pu être remplacée par: «... si aucune des autres Parties contractantes *ne s'y oppose*».

par une Partie contractante si celle-ci n'a pas fait objection à cette formulation à l'expiration des 12 mois qui suivent la date à laquelle elle en a reçu notification.

Commentaire

- 1) Le projet de directive 2.3.2 a pour objet de préciser et de compléter le dernier membre de phrase du projet de directive 2.3.1 qui rejette toute possibilité de formulation tardive d'une réserve «sauf si aucune des Parties contractantes n'y fait objection».
- 2) Soucieux de limiter au maximum la pratique de la formulation tardive des réserves, certains membres de la Commission ont estimé que celle-ci devrait faire l'objet d'une acceptation expresse.
- 3) Selon l'opinion dominante, il est cependant apparu que, de même que l'acceptation des réserves formulées dans les délais peut être tacite¹¹⁷⁷, de même celle des réserves tardives doit pouvoir l'être (qu'il s'agisse du principe de leur formulation tardive ou de leur contenu); et pour les mêmes raisons: il paraît assez évident qu'exiger un consentement unanime exprès reviendrait à vider de toute substance la règle (au moins en formation) selon laquelle, à certaines conditions (qui doivent être strictes), les réserves tardives sont possibles car, en pratique, l'acceptation expresse des réserves, à quelque moment que ce soit, est fort rare. L'exigence d'une telle acceptation reviendrait, en fait, à exclure toute possibilité de formulation tardive d'une réserve: il n'est guère envisageable que tous les États contractants d'un traité à vocation universelle acceptent expressément, dans un délai raisonnable, une telle demande.
- 4) Au surplus, celle-ci remettrait en cause la pratique, maintenant bien établie, suivie tant par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, que par celui du Conseil de coopération douanière [Organisation mondiale des douanes (OMD)], de l'Organisation maritime internationale (OMI) ou du Conseil de l'Europe¹¹⁷⁸, qui ont tous considéré que certaines réserves

¹¹⁷⁷ Cf. l'article 20, par. 5, des Conventions de Vienne (dans le texte de 1986): «... à moins que le traité n'en dispose autrement, une réserve est réputée avoir été acceptée par un État ou une organisation internationale si ces derniers n'ont pas formulé d'objection à la réserve soit à l'expiration des 12 mois qui suivent la date à laquelle ils en ont reçu notification, soit à la date à laquelle ils ont exprimé leur consentement à être liés par le traité».

¹¹⁷⁸ Voir les paragraphes 10 à 14 du commentaire du projet de directive 2.3.1.

formulées tardivement étaient entrées en vigueur en l'absence d'objection de la part des autres Parties contractantes.

5) Reste cependant à savoir de combien de temps disposent les autres Parties contractantes pour s'opposer à la formulation tardive d'une réserve. Deux catégories de considérations s'opposent à cet égard. D'un côté, il convient de laisser aux autres États contractants le soin d'examiner la réserve projetée et d'y réagir. D'un autre côté, un long délai étend d'autant la période d'incertitude durant laquelle le sort de la réserve (et, donc, des relations conventionnelles) est entaché d'incertitude.

6) La pratique est incertaine à cet égard. Il semble que les Secrétaires généraux de l'OMI, du Conseil de l'Europe ou de l'OMD ont procédé de manière empirique et n'ont fixé aucun délai précis lorsqu'ils ont consulté les autres Parties contractantes¹¹⁷⁹. Il n'en est pas allé de même du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

7) Dans un premier temps, lorsque, à la fin des années 70, celui-ci a inauguré sa pratique actuelle, il a imparti aux parties un délai de 90 jours pour «objectionner», le cas échéant, à une réserve tardive. Toutefois, le choix de ce délai semble avoir été quelque peu circonstanciel: il se trouve qu'il coïncidait avec celui prévu par les dispositions pertinentes de la Convention de 1931 sur les chèques à laquelle la France prétendait faire une nouvelle réserve¹¹⁸⁰. Il n'en a pas moins été maintenu par la suite chaque fois qu'un État s'est prévalu de la possibilité de formuler une réserve nouvelle ou de modifier une réserve existante après l'entrée en vigueur à son égard d'un traité dont le Secrétaire général est dépositaire¹¹⁸¹.

8) À l'usage, ce délai de 90 jours s'est cependant révélé trop court: du fait des délais de transmission de la communication par les services du Conseiller juridique aux États, ceux-ci

¹¹⁷⁹ Il semble cependant que le Secrétaire général de l'OMI considère que, faute de réaction dans le délai d'un mois suivant la notification, la réserve devient effective (cf. *supra*, note 1163 et IMO, *Status of Multilateral Conventions and Instruments in Respect of Which the International Maritime Organization or its Secretary-General Performs Depositary or Other Functions as at 31 December 1999*, p. 81, s'agissant de la réserve du Libéria, et p. 86, de celle des États-Unis).

¹¹⁸⁰ Voir les paragraphes 10 et 11 du commentaire du projet de directive 2.3.1.

¹¹⁸¹ *Ibid.*, par. 12.

disposaient de très peu de temps pour examiner ces notifications et y réagir alors même que «de telles communications sont susceptibles de soulever des questions de droit complexes, et [que] les parties à un traité peuvent juger nécessaire de se consulter avant de décider s'il convient ou non d'y réagir et de quelle façon»¹¹⁸². Il est du reste significatif que, dans les quelques hypothèses où des parties ont réagi, ces réactions ont été formulées bien après le délai de 90 jours qui leur était théoriquement imparti¹¹⁸³. C'est pourquoi, à la suite d'une note verbale du Portugal faisant état, au nom de l'Union européenne, des difficultés liées au délai de 90 jours, le Secrétaire général a annoncé, par une circulaire adressée à l'ensemble des États Membres, un changement de sa pratique en la matière. Dorénavant,

«lorsqu'un État qui aura déjà exprimé son consentement à être lié par un traité formulera une réserve à ce traité, les autres parties disposeront d'un délai de 12 mois après que le Secrétaire général leur aura notifié la réserve pour lui faire savoir qu'elles y font objection»¹¹⁸⁴.

9) Pour prendre cette décision, qui s'appliquera aussi en cas de modification d'une réserve existante, «le Secrétaire général s'est inspiré du paragraphe 5 de l'article 20 de la Convention de Vienne, selon lequel les gouvernements ont 12 mois pour examiner une réserve formulée par un autre État et décider s'il convient ou non d'y réagir et de quelle façon»¹¹⁸⁵.

10) Certains membres de la Commission ont marqué quelques préoccupations au sujet de la longueur de ce délai, qui présente en effet l'inconvénient que, durant les 12 mois suivant la notification par le Secrétaire général¹¹⁸⁶, l'incertitude sur le sort de la réserve formulée est totale et il suffit qu'un seul État y objecte *in extremis* pour que celle-ci doive être réputée ne pas avoir été faite. Ces membres se sont dès lors demandé si une solution intermédiaire (six mois

¹¹⁸² Note du Conseiller juridique de l'ONU aux représentants permanents des États Membres auprès de l'Organisation des Nations Unies, 4 avril 2000 [LA 41 TR/221 (23-1)].

¹¹⁸³ Cf. la réaction de l'Allemagne à la réserve française à la Convention de 1931 sur les chèques, intervenue un an après la date de la communication française (voir le commentaire du projet de directive 2.3.1, note 1157).

¹¹⁸⁴ Voir *supra*, note 1182.

¹¹⁸⁵ *Ibid.*

¹¹⁸⁶ Et non la communication de l'État annonçant son intention de formuler une réserve tardive, ce qui peut sembler discutable car le sort de la réserve est lié à la célérité dont fera preuve le dépositaire.

par exemple) n'aurait pas été plus sage. Toutefois, compte tenu des dispositions de l'article 20, paragraphe 5, des Conventions de Vienne et de l'annonce récente de ses intentions par le Secrétaire général, la Commission a estimé qu'il était plus raisonnable d'aligner sa propre position sur celles-ci. De toute manière, ceci relève du développement progressif et non de la codification *stricto sensu*.

11) De même, étant donné les pratiques différentes suivies par d'autres organisations internationales comme dépositaires¹¹⁸⁷, la Commission a estimé qu'il serait sage de réserver la possibilité pour un dépositaire de maintenir sa pratique habituelle dès lors que celle-ci n'a pas suscité d'objection particulière. En pratique, ceci ne concerne guère que les organisations internationales dépositaires; toutefois, il a semblé à certains membres de la Commission qu'il n'était pas opportun d'exclure a priori une telle possibilité lorsque le dépositaire est un État ou un gouvernement.

12) La rédaction du projet de directive 2.3.2, qui s'efforce de ne pas remettre en cause la pratique effectivement suivie tout en la canalisant, s'inspire des dispositions du paragraphe 5 de l'article 20 de la Convention de Vienne de 1986¹¹⁸⁸ en les adaptant au cas particulier de la formulation tardive des réserves.

2.3.3 Objection à la formulation tardive d'une réserve

Si une Partie contractante à un traité fait objection à la formulation tardive d'une réserve, le traité entre ou demeure en vigueur à l'égard de l'État ou de l'organisation internationale qui l'a formulée sans que la réserve soit établie.

Commentaire

1) Le projet de directive 2.3.3 tire les conséquences de l'objection faite par un État ou une organisation internationale contractant à la formulation tardive d'une réserve: il résulte du projet de directive 2.3.1 que celle-ci est, en principe impossible et qu'une seule «objection» suffit à

¹¹⁸⁷ Voir le paragraphe 6 du commentaire du présent projet de directive.

¹¹⁸⁸ «... à moins que le traité n'en dispose autrement, une réserve est réputée avoir été acceptée par un État ou une organisation internationale si ces derniers n'ont pas formulé d'objection à la réserve soit à l'expiration des 12 mois qui suivent la date à laquelle ils en ont reçu notification...»

empêcher qu'elle produise quelque effet que ce soit. C'est ce qu'implique nécessairement l'expression «... sauf si *aucune* des autres Parties contractantes n'y fait objection».

2) Étant donné l'interprétation stricte que la Commission entend donner à cette règle¹¹⁸⁹, il lui a cependant paru utile d'en expliciter les conséquences – qui sont que les relations conventionnelles demeurent non affectées par la déclaration faite par l'État ou l'organisation internationale qui en est l'auteur et que cette déclaration ne peut être considérée comme une réserve, ce qu'entend signifier l'expression: «... sans que la réserve soit établie», empruntée à l'article 21, paragraphe 1, des Conventions de Vienne de 1969 et 1986¹¹⁹⁰.

3) En revanche, l'objection – que son auteur n'a pas à justifier – produit ses pleins effets dès lors qu'elle intervient dans le délai de 12 mois indiqué dans le projet de directive 2.3.2. C'est la raison pour laquelle la Commission utilise le verbe «faire» («... fait objection») s'agissant de l'objection, par opposition à «formuler» qui s'applique à la réserve prétendue.

4) La Commission a conscience qu'en incluant cette disposition dans la section du Guide de la pratique relative à la formulation tardive des réserves, elle semble s'écarter de la règle qu'elle s'est fixée de n'aborder dans le chapitre 2 de ce Guide que les questions de procédure, à l'exclusion des effets que des irrégularités entachant celle-ci pourraient produire. Il lui apparaît cependant que cette entorse apparente se justifie par le fait qu'en la présente occurrence une objection non seulement empêche la déclaration de l'auteur de la réserve prétendue de produire des effets, mais encore fait obstacle à ce qu'elle soit considérée comme une réserve.

5) Il convient donc de ne pas assimiler les «objections» dont il est question ici avec celles qui sont visées par les articles 20 à 23 des Conventions de Vienne: ces dernières empêchent une réserve véritable de produire tous ses effets dans les relations entre son auteur et l'État ou l'organisation internationale qui y objecte alors que l'«objection» à la formulation tardive d'une réserve «anéantit» celle-ci en tant que réserve. C'est pour éviter cette confusion que certains membres de la Commission avaient souhaité que l'on recoure à une terminologie différente

¹¹⁸⁹ Voir le commentaire du projet de directive 2.3.1, notamment les paragraphes 6, 16 et 17.

¹¹⁹⁰ «Une réserve établie à l'égard d'une autre partie conformément aux articles 19, 20 et 23...».

dans les projets de directives 2.3.1 à 2.3.3¹¹⁹¹. Toutefois une majorité de membres a estimé la distinction inutile¹¹⁹².

6) La Commission s'est également interrogée sur les modalités particulières qui devraient être suivies pour objecter à la formulation tardive d'une réserve à l'acte constitutif d'une organisation internationale. Aux termes de l'article 20, paragraphe 3, des Conventions de Vienne de 1969 et 1986:

«Lorsqu'un traité est un acte constitutif d'une organisation internationale et à moins qu'il n'en dispose autrement, une réserve exige l'acceptation de l'organe compétent de cette organisation.»

S'appliquant aux réserves formulées «dans les temps», cette règle s'applique a fortiori lorsque la formulation est tardive. Ceci paraît tellement évident qu'il n'a pas semblé utile de le préciser formellement dans un projet de directive – étant entendu que le principe posé dans cette disposition sera repris dans la section pertinente du Guide de la pratique.

2.3.4 Exclusion ou modification ultérieure des effets juridiques d'un traité par des procédés autres que les réserves

Une Partie contractante à un traité ne peut exclure ou modifier l'effet juridique de dispositions du traité par le biais:

- a) De l'interprétation d'une réserve faite antérieurement; ou
- b) D'une déclaration unilatérale ultérieure faite en vertu d'une clause facultative.

Commentaire

1) La Commission se propose de développer et de préciser les conséquences du principe posé par le projet de directive 2.3.1 lorsqu'elle examinera les problèmes relatifs aux effets et à la licéité des réserves (car les questions essentielles sont, évidemment, de savoir quelles conséquences produit d'une part la formulation tardive d'une réserve, d'autre part son éventuelle entrée en vigueur lorsqu'elle n'a suscité aucune objection). Il lui est cependant apparu qu'il convenait

¹¹⁹¹ Voir les paragraphes 21 à 23 du commentaire du projet de directive 2.3.1 et tout spécialement la note 1176.

¹¹⁹² Ibid., par. 23.

de renforcer le caractère strict de l'exclusion de principe des «réserves tardives» par l'adoption du projet de directive 2.3.4 dont l'objet est d'indiquer qu'une partie à un traité ne peut tourner cette interdiction par des procédés ayant le même objet que les réserves mais ne répondant pas à la définition de celles-ci, faute de quoi le «chapeau» de l'article 19 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986¹¹⁹³ serait vidé de toute portée concrète.

2) À cette fin, le projet de directive 2.3.4 vise tout particulièrement deux procédés: l'interprétation (extensive) de réserves antérieures d'une part, les déclarations faites en vertu d'une clause facultative figurant dans un traité, d'autre part. Le choix de ces deux procédés de «contournement» s'explique par le fait qu'ils ont, l'un et l'autre, été utilisés en pratique et que cette utilisation a donné lieu à une jurisprudence faisant autorité. On ne peut cependant exclure que des États ou des organisations internationales aient, à l'avenir, recours à d'autres procédés visant à tourner le principe posé par le projet de directive 2.3.1; il va de soi que le raisonnement qui fonde les interdictions expresses énoncées dans le projet de directive 2.3.4 devrait alors trouver à s'appliquer *mutatis mutandis*.

3) Le principe selon lequel une réserve ne peut être formulée après l'expression du consentement définitif à être lié a paru suffisamment établi à la Cour interaméricaine des droits de l'homme pour que celle-ci considère, dans son avis consultatif du 8 septembre 1983 relatif aux *Restrictions à la peine de mort*, qu'une fois faite¹¹⁹⁴, une réserve «échappe» à son auteur et ne peut être interprétée indépendamment du traité lui-même. La Cour ajoute:

«A contrary approach might ultimately lead to the conclusion that the State is the sole arbiter of the extent of its international obligations on all matters to which the reservation relates, including even all such matters which the State might subsequently declare that it intended the reservation to cover.»

¹¹⁹³ Pour le texte de cette disposition, voir le commentaire du projet de directive 2.3.1, note 1137. La Commission n'a pas jugé utile de reprendre formellement dans le Guide de la pratique la règle énoncée dans cette disposition: cela ferait double emploi avec la définition figurant dans les projets de directives 1.1 et 1.1.2.

¹¹⁹⁴ Le mot «faite» est, ici, probablement plus approprié que «formulée» puisque la CIDH considère (de façon peut-être discutable) que «a reservation becomes an integral part of the treaty» (une réserve devient partie intégrale du traité), ce qui ne se conçoit que si elle est «en vigueur».

*The latter result cannot be squared with the Vienna Convention, which provides that a reservation can be made only when signing, ratifying, accepting, approving or acceding to a treaty (Vienna Convention, Art. 19)*¹¹⁹⁵.

(Une approche contraire risquerait de conduire finalement à la conclusion qu'un État est seul juge de l'étendue de ses obligations internationales sur tous les points auxquels la réserve se rapporte, y compris même à tous les points que l'État pourrait déclarer ultérieurement être couverts par la réserve.

Ce dernier résultat ne peut être concilié avec la Convention de Vienne, qui dispose qu'une réserve ne peut être faite qu'à la signature, la ratification, l'acceptation, l'approbation du traité ou à l'adhésion (Convention de Vienne, art. 19).

- 4) Dans le même esprit, suite à l'affaire *Belilos*¹¹⁹⁶, le Gouvernement suisse a, dans un premier temps, modifié sa «déclaration interprétative» de 1974, considérée par la Cour de Strasbourg comme une réserve illicite, en assortissant sa nouvelle «déclaration» de certaines précisions¹¹⁹⁷. Critiquée en doctrine¹¹⁹⁸, la licéité de cette nouvelle déclaration a été contestée devant le Tribunal fédéral qui, par sa décision dans l'affaire *Élisabeth B. c. Conseil d'État du canton de Thurgovie* du 17 décembre 1992, l'a invalidée, en considérant qu'il s'agissait d'une réserve nouvelle¹¹⁹⁹ incompatible avec le paragraphe 1 de l'article 64 de la Convention

¹¹⁹⁵ Avis consultatif OC-3/83, par. 63 et 64. Sur l'interprétation de cet avis consultatif, voir Giorgio Gaja, «Unruly Treaty Reservations», in *Le droit international à l'heure de sa codification – Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milan, Giuffrè, 1987, t. I, p. 310.

¹¹⁹⁶ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 29 avril 1988, Série A, n° 132.

¹¹⁹⁷ Voir Conseil de l'Europe, CEDH, *Réserves et déclarations*, Série des traités européens (STE), n° 5, p. 17.

¹¹⁹⁸ Voir notamment G. Cohen-Jonathan, «Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme», *R.G.D.I.P.* 1989, p. 314. Voir aussi les autres références données par J.-F. Flauss, «Le contentieux de la validité des réserves à la CEDH devant le Tribunal fédéral suisse: *Requiem* pour la déclaration interprétative relative à l'article 6, par. 1», *R.U.D.H.* 1993, note 28, p. 300.

¹¹⁹⁹ Car la CEDH aurait annulé la «déclaration» de 1974 dans son ensemble: «La déclaration interprétative relative à l'article 6, par. 1, CEDH formulée par le Conseil fédéral lors de la ratification ne pouvait par conséquent développer ses effets dans le domaine du droit pénal ni dans celui du droit civil. Il en résulte que la déclaration interprétative de 1988 ne peut pas être considérée comme une restriction, une nouvelle formulation ou une précision de la réserve qui existait antérieurement. Elle représente bien plutôt une réserve formulée postérieurement», *Journal des Tribunaux*, 1995, p. 536; texte allemand in *EuGRZ* 1993, p. 72.

européenne des droits de l'homme¹²⁰⁰. *Mutatis mutandis*, la limitation apportée à la formulation de réserves par l'article 64 de la Convention de Rome est similaire à celle résultant de l'article 19 des Conventions de Vienne et l'on doit certainement considérer l'arrêt du Tribunal fédéral suisse comme une confirmation de l'interdiction de principe de réserves formulées après l'expression définitive du consentement à être lié, mais il va plus loin et établit en outre l'impossibilité de formuler une réserve nouvelle sous couvert de l'interprétation d'une réserve existante.

5) La décision de la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Chrysostomos et autres*, conduit à la même conclusion mais est riche d'un enseignement supplémentaire. Dans cette affaire, la Commission a estimé qu'il découlait «du clair libellé» de l'article 64, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme «qu'une Haute Partie contractante ne peut pas, en reconnaissant ultérieurement le droit de recours individuel, modifier notablement ses obligations découlant de la Convention aux fins de procédures relevant de l'article 25»¹²⁰¹. Ici encore, on peut interpréter la décision de la Commission européenne comme la confirmation de la règle résultant du paragraphe introductif de cette disposition, avec l'importante précision qu'un État ne peut tourner l'interdiction de réserves postérieures à la ratification en assortissant une déclaration faite en vertu d'une clause d'*opting in* (qui, par elle-même, ne constitue pas une réserve¹²⁰²) de conditions ou de limitations ayant des effets identiques à ceux d'une réserve, du moins lorsque la clause facultative en question ne le prévoit pas.

6) Bien que, dans l'arrêt *Loizidou* du 23 mars 1995, la Cour ne se soit pas montrée aussi précise, on peut voir dans le passage suivant la confirmation de cette position:

«La Cour note au surplus que l'article 64 de la Convention autorise les États à formuler des réserves au moment de la signature de la Convention ou du dépôt de leurs

¹²⁰⁰ «Tout État peut, au moment de la signature de la présente Convention ou du dépôt de son instrument de ratification, formuler une réserve au sujet d'une disposition particulière de la Convention, dans la mesure où une loi alors en vigueur sur son territoire n'est pas conforme à cette disposition. Les réserves de caractère général ne sont pas autorisées aux termes du présent article.»

¹²⁰¹ Décision du 4 mars 1991, *R.U.D.H.* 1991, p. 200, par. 15.

¹²⁰² Voir les projets de directives 1.4.6 et 1.4.7 et les commentaires y afférents; *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10)*, p. 221 à 235.

instruments de ratification. Ce pouvoir prévu à l'article 64 est toutefois limité, puisqu'il se trouve circonscrit à des dispositions particulières de la Convention...¹²⁰³».

- 7) Les décisions des Cours interaméricaine et européenne des droits de l'homme et du Tribunal fédéral suisse confirment la rigueur de la règle posée dans le paragraphe introductif de l'article 19 des Conventions de Vienne sur le droit des traités et dans le projet de directive 2.3.1 et en tirent des conséquences très directes et concrètes qu'explicite le projet de directive 2.3.4.
- 8) L'alinéa *b* de ce projet renvoie implicitement aux projets de directives 1.4.6 et, moins directement, 1.4.7, relatifs aux déclarations unilatérales faites en vertu d'une clause facultative ou opérant un choix entre les dispositions d'un traité que la Commission a clairement exclues du champ d'application du Guide de la pratique. Mais l'objet du projet de directive 2.3.4 n'est pas de réglementer ces procédés en tant que tels mais de rappeler qu'ils ne peuvent être utilisés pour tourner les règles relatives aux réserves elles-mêmes.
- 9) Des membres de la Commission ont émis des doutes au sujet de l'inclusion de ce projet de directive parce que certains des termes qui y étaient employés manquaient d'exactitude.

2.4.3 Moment auquel une déclaration interprétative peut être formulée

Sous réserve des dispositions des directives 1.2.1, 2.4.6 [2.4.7] et 2.4.7 [2.4.8], une déclaration interprétative peut être formulée à tout moment.

Commentaire

- 1) Il résulte *a contrario* de la directive 1.2, qui définit les déclarations interprétatives indépendamment de tout élément temporel¹²⁰⁴, qu'une déclaration interprétative «simple» (par opposition à une déclaration interprétative conditionnelle) peut, contrairement à une réserve, être formulée à tout moment. Il suffit donc de renvoyer aux commentaires dont la Commission

¹²⁰³ Publications de la Cour européenne des droits de l'homme, Série A, vol. 310, p. 28, par. 76.

¹²⁰⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, Supplément n° 10 (A/54/10)*, p. 180.

a assorti cette disposition¹²⁰⁵, dont le projet de directive 1.4.3 tire expressément la conséquence. Cette faculté n'est cependant pas absolue et comporte trois exceptions.

2) La première concerne l'hypothèse, relativement fréquente, des traités prévoyant expressément que des déclarations interprétatives s'y attachant ne peuvent être formulées qu'à un ou des moments spécifiés, comme c'est le cas, par exemple, de l'article 310 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer¹²⁰⁶. Il est clair que, dans un cas de ce genre, les Parties contractantes ne peuvent faire de déclarations interprétatives du type de celles envisagées par la disposition les prévoyant qu'au(x) moment(s) limitativement indiqué(s) dans le traité.

3) La Commission s'est demandé si cette exception, qui paraît, à vrai dire, évidente, devait être mentionnée dans le projet de directive 2.4.3. Il lui est cependant apparu que cette précision était superflue: le Guide de la pratique a un caractère exclusivement supplétif de volonté et il va de soi que les dispositions d'un traité doivent trouver à s'appliquer par priorité si elles contredisent les orientations figurant dans le Guide¹²⁰⁷. Toutefois, il a semblé opportun de réserver le cas, très particulier de la formulation tardive d'une déclaration interprétative, lorsqu'une disposition conventionnelle limite expressément la faculté de formuler une telle déclaration *ratione temporis*; cette hypothèse est envisagée par le projet de directive 2.4.6 auquel renvoie le projet de directive 2.4.3.

4) L'existence d'une disposition conventionnelle expresse limitant la faculté de formuler des déclarations interprétatives ne constitue pas la seule hypothèse dans laquelle un État ou une

¹²⁰⁵ Ibid., p. 189 à 193, par. 21 à 32 du commentaire.

¹²⁰⁶ «L'article 309 [excluant les réserves] n'interdit pas à un État, *au moment où il signe ou ratifie la Convention ou adhère à celle-ci*, de faire des déclarations, quels qu'en soient le libellé ou la dénomination, notamment en vue d'harmoniser ses lois et règlements avec la Convention, à condition que ces déclarations ne visent pas à exclure ou à modifier l'effet juridique des dispositions de la Convention dans leur application à cet État.» Voir aussi, par exemple, l'article 26, par. 2, de la Convention de Bâle du 22 mars 1989, sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination ou l'article 43 de l'Accord de New York du 4 août 1995 sur les stocks chevauchants.

¹²⁰⁷ La Commission a cependant dérogé à ce principe, dans de rares cas, lorsqu'elle a entendu mettre l'accent sur le caractère exceptionnel et dérogatoire des directives qu'elle proposait (voir notamment la directive 2.3.1 et le paragraphe 6 du commentaire de ce projet, *supra*).

organisation internationale se trouve empêché, *ratione temporis*, de formuler une déclaration interprétative. Il en va également ainsi lorsque cet État ou cette organisation a déjà formulé une interprétation sur laquelle ses partenaires se sont fondés ou étaient en droit de se fonder (*estoppel*). Dans ce cas, l'auteur de la déclaration initiale se trouve empêché de la modifier. Cette hypothèse sera envisagée dans le cadre des projets de directives relatifs à la modification des réserves et des déclarations interprétatives¹²⁰⁸.

5) La troisième exception concerne les déclarations interprétatives conditionnelles, qui, contrairement aux déclarations interprétatives simples, ne peuvent être formulées à tout moment, ainsi que le précise le projet de directive 1.2.1 relatif à la définition de ces instruments¹²⁰⁹, que mentionne expressément le projet de directive 2.4.3.

6) Celui-ci réserve également l'hypothèse envisagée par le projet de directive 2.4.7 relatif à la formulation tardive d'une déclaration interprétative conditionnelle.

7) Enfin, il a semblé aller de soi que seul pouvait être interprété un instrument existant et que, dès lors, il ne paraissait pas nécessaire de préciser que la déclaration ne pouvait intervenir qu'une fois le texte du traité définitivement adopté.

2.4.4 [2.4.5] Non-exigence de confirmation des déclarations interprétatives formulées lors de la signature d'un traité

Une déclaration interprétative faite lors de la signature d'un traité ne nécessite pas de confirmation ultérieure, lorsqu'un État ou une organisation internationale exprime son consentement à être lié par le traité.

¹²⁰⁸ Voir aussi le paragraphe 31 du commentaire du projet de directive 1.2, *Documents officiels de l'Assemblée générale, Supplément n° 10 (A/54/10)*, p. 193.

¹²⁰⁹ «Une déclaration unilatérale formulée par un État ou par une organisation internationale à la signature, à la ratification, à l'acte de confirmation formelle, à l'acceptation ou à l'approbation d'un traité ou à l'adhésion à celui-ci ou quand un État fait une notification de succession à un traité ... constitue une déclaration interprétative conditionnelle» (ibid., p. 194 – italiques ajoutées; voir les paragraphes 15 à 18 du commentaire de ce projet, ibid., p. 201 et 202).

Commentaire

- 1) La règle selon laquelle il n'est pas nécessaire de confirmer les déclarations interprétatives faites lors de la signature d'un traité découle, à vrai dire, inévitablement du principe consacré dans le projet de directive 2.4.3. Puisque, sauf exception, les déclarations interprétatives peuvent être faites à tout moment, il serait illogique et paradoxal d'exiger qu'elles soient confirmées lors de l'expression par un État ou une organisation internationale de son consentement définitif à être lié.
- 2) Sur ce point, il existe un contraste marqué entre les règles applicables aux réserves¹²¹⁰ et celles relatives aux déclarations interprétatives, puisque le principe est totalement inversé: les réserves formulées à la signature du traité doivent, en principe, être confirmées; pas les déclarations interprétatives.
- 3) Compte tenu du libellé très large du projet de directive 2.4.4, la transposition aux déclarations interprétatives du principe posé dans le projet de directive 2.2.2¹²¹¹, selon lequel il n'est pas nécessaire de confirmer une réserve formulée lors de la signature d'un traité non soumis à ratification (accord en forme simplifiée), n'aurait guère de sens: le principe énoncé dans le projet de directive 2.4.4 est applicable à toutes les catégories de traités, que ceux-ci entrent en vigueur du seul fait de leur signature ou qu'il soit soumis à ratification, approbation, acceptation, confirmation formelle ou adhésion.
- 4) Il reste qu'en pratique, l'opposition entre les règles applicables aux réserves d'un côté, aux déclarations interprétatives de l'autre, est moins tranchée qu'il y paraît:
 - D'une part, rien n'empêche un État ou une organisation internationale qui a fait une déclaration au moment de la signature de confirmer celle-ci lorsqu'il exprime son consentement définitif à être lié;

¹²¹⁰ Voir le projet de directive 2.2.1 et le commentaire y afférent.

¹²¹¹ Voir le commentaire relatif à ce projet.

- D'autre part, le principe posé dans le projet de directive 2.4.4 n'est pas applicable aux déclarations interprétatives conditionnelles, ainsi que le précise clairement le projet de directive 2.4.5.

2.4.5 [2.4.4] Confirmation formelle des déclarations interprétatives conditionnelles formulées lors de la signature d'un traité

Lorsqu'une déclaration interprétative conditionnelle est formulée lors de la signature d'un traité sous réserve de ratification, d'un acte de confirmation formelle, d'acceptation ou d'approbation, elle doit être confirmée formellement par l'État ou par l'organisation internationale qui en est l'auteur au moment où il exprime son consentement à être lié par le traité. En pareil cas, la déclaration interprétative sera réputée avoir été faite à la date à laquelle elle a été confirmée.

Commentaire

- 1) Le projet de directive 2.4.5 apporte une exception importante au principe posé dans le projet de directive 2.4.4 aux termes duquel une déclaration interprétative faite lors de la signature du traité ne doit pas être confirmée par son auteur. Cette règle ne saurait, en effet, s'appliquer aux déclarations interprétatives conditionnelles.
- 2) S'agissant de ces dernières, la Commission a noté, dans le commentaire du projet de directive 1.2, que si la déclaration interprétative conditionnelle avait été formulée à la signature du traité, elle devait «probablement» «être confirmée lors de l'expression du consentement définitif à être lié»¹²¹². Aucune raison logique ne paraît en effet plaider en faveur d'une solution différente pour les réserves d'une part et pour les déclarations interprétatives conditionnelles auxquelles les autres Parties doivent être mises en mesure de réagir le cas échéant.
- 3) En pratique, on constate du reste que, d'une manière générale, les États qui entendent subordonner leur participation à un traité à une interprétation spécifiée de celui-ci, confirment cette interprétation au moment de l'expression de leur consentement définitif à être liés,

¹²¹² *Documents officiels de l'Assemblée générale, Supplément n° 10 (A/54/10), note 346, p. 202.*

lorsqu'elle a été formulée à la signature ou à un moment quelconque antérieur des négociations¹²¹³.

4) Par dérogation au principe posé dans le projet de directive 2.4.4 pour les déclarations interprétatives «simples», il convient par conséquent de transposer aux déclarations interprétatives conditionnelles les règles relatives à la confirmation formelle des réserves formulées à la signature figurant dans le projet de directive 2.2.1.

2.4.6 [2.4.7] Formulation tardive d'une déclaration interprétative

Lorsqu'un traité dispose qu'une déclaration interprétative ne peut être faite qu'à des moments spécifiés, un État ou une organisation internationale ne peut pas formuler une déclaration interprétative relative à ce traité à un autre moment sauf si aucune des autres Parties contractantes n'y fait objection.

Commentaire

- 1) Le projet de directive 2.4.6 constitue le pendant, pour les déclarations interprétatives, du projet de directive 2.3.1 relatif aux réserves.
- 2) En dépit du principe énoncé dans le projet de directive 2.4.3, selon lequel les déclarations interprétatives peuvent être faites à tout moment après l'adoption du texte du traité, les déclarations interprétatives, de même que les réserves, peuvent être tardives. C'est évidemment

¹²¹³ Cf. la confirmation, par l'Allemagne et le Royaume-Uni, de leurs déclarations, formulées lors de leur signature de la Convention de Bâle de 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (Voir *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général – État au 31 décembre 1999*, vol. II, ST/LEG/SER.E/18 (vol. II), numéro de vente: F.00.V.2, p. 365 à 367); voir aussi la pratique suivie par Monaco lors de la signature puis de la ratification du Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques (*Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général – État au 31 décembre 1999*, vol. II, ST/LEG/SER.E/18 (vol. I), numéro de vente: F.00.V.2, p. 146), par l'Autriche s'agissant de la Convention européenne pour la protection du patrimoine archéologique du 6 mai 1959 (site Internet: <http://conventions.coe.in/treaty/FR/cadreprincipal.htm>) ou de la Communauté européenne en ce qui concerne la Convention d'Espoo de 1991 (*Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général – État au 31 décembre 1999*, vol. II, ST/LEG/SER.E/18 (vol. II), numéro de vente: F.00.V.2, p. 373). Voir aussi les déclarations de l'Italie ou du Royaume-Uni concernant la Convention de Rio de 1992 sur la diversité biologique (ibid., p. 389).

le cas pour les déclarations interprétatives conditionnelles, qui, comme les réserves elles-mêmes, ne peuvent être formulées (ou confirmées) qu'au moment de l'expression du consentement définitif à être lié ainsi que le précisent les projets de directives 1.2.1¹²¹⁴ et 2.4.5¹²¹⁵. Mais ce peut l'être aussi s'agissant des déclarations interprétatives simples, en particulier lorsque le traité lui-même fixe le délai dans lequel elles peuvent être faites¹²¹⁶. L'objet du projet de directive 2.4.6 est d'envisager cette hypothèse, expressément réservée par le projet de directive 2.4.3.

3) La Commission tient à souligner qu'il ne s'agit pas d'une hypothèse d'école. Ainsi par exemple, le Gouvernement égyptien, qui avait ratifié la Convention de Bâle du 22 mars 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination en 1993, sans assortir son instrument de ratification de déclarations particulières a formulé, le 31 janvier 1995, des déclarations interprétant certaines dispositions de ce traité¹²¹⁷, qui limitent cette possibilité au seul moment de l'expression par une Partie de son consentement à être liée¹²¹⁸. Certaines Parties à la Convention ayant contesté la recevabilité des déclarations égyptiennes soit parce que, selon elles, elles constituaient en réalité des réserves (interdites par le paragraphe 1 de l'article 26), soit du fait de leur tardiveté¹²¹⁹, le Secrétaire général des Nations Unies, dépositaire de la Convention de Bâle, «[c]onformément à la pratique suivie dans des cas analogues ... s'est proposé de recevoir en dépôt lesdites déclarations sauf objection de la part d'un État contractant, soit au dépôt lui-même soit à la procédure envisagée, dans un délai de 90

¹²¹⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, Supplément n° 10 (A/54/10)*, p. 194.

¹²¹⁵ Voir ci-dessus.

¹²¹⁶ Voir les paragraphes 2 et 3 du commentaire du projet de directive 2.4.3.

¹²¹⁷ Voir *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général – État au 31 décembre 1999*, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.00.V.2), p. 368 et 369.

¹²¹⁸ Aux termes de l'article 26, par. 2, de la Convention, un État ne peut, dans certaines limites, formuler de telles déclarations que «lorsqu'il signe, ratifie, accepte ou approuve, ou confirme la présente Convention ou y adhère».

¹²¹⁹ Voir les observations du Royaume-Uni, de la Finlande, de l'Italie, des Pays-Bas ou de la Suède (*Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général – État au 30 avril 1995* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.96.V.5, p. 931 et 932); l'édition 2000 de cette publication est incompréhensible).

jours à compter de la date de leur circulation»¹²²⁰. Puis, face aux objections reçues de certains États contractants¹²²¹, il s'est déclaré «de l'avis qu'il n'est pas en mesure de recevoir en dépôt les déclarations formulées par l'Égypte»¹²²² et s'est abstenu de les faire figurer dans la section relative aux «Déclarations» et ne les a reproduites que dans les «Notes», accompagnées des objections dont elles ont fait l'objet.

4) Il se déduit de cet exemple, qui n'a fait l'objet d'aucune protestation de la part des États parties à la Convention de Bâle, que, dans le cas particulier mais pas exceptionnel dans lequel un traité spécifie les moments auxquels des déclarations interprétatives peuvent être faites, il convient de suivre les mêmes règles que celles qui sont énoncées dans le projet de directive 2.3.1. Les commentaires relatifs à cette disposition sont donc transposables, *mutatis mutandis*, au projet de directive 2.4.6.

5) Il va de soi que les orientations fixées par les projets de directives 2.3.2 et 2.3.3¹²²³ sont également transposables aux acceptations de la formulation tardive des déclarations interprétatives et aux objections à une telle formulation. Toutefois, la Commission a considéré qu'il n'était pas utile d'alourdir le Guide de la pratique par l'inclusion de projets de directives exprès en ce sens.

2.4.7 [2.4.8] Formulation tardive d'une déclaration interprétative conditionnelle

Un État ou une organisation internationale ne peut pas formuler une déclaration interprétative conditionnelle relative à un traité après l'expression de son consentement à être lié par le traité sauf si aucune des autres Parties contractantes n'y fait objection.

Commentaire

1) Les considérations qui ont conduit la Commission à adopter le projet de directive 2.4.6 sont en tous points transposables au projet de directive 2.4.7.

¹²²⁰ Ibid., p. 931.

¹²²¹ Ibid., par. 328.

¹²²² *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général – État au 30 avril 1995...*, p. 932.

¹²²³ Voir ci-dessus.

- 2) Il résulte du projet de directive 1.2.1, qu'à l'image d'une réserve, une déclaration interprétative conditionnelle est «une déclaration unilatérale formulée par un État ou par une organisation internationale à la signature, à la ratification, à l'acte de confirmation formelle, à l'acceptation ou à l'approbation d'un traité ou à l'adhésion à celui-ci ou quand un État fait une notification de succession à un traité...»¹²²⁴. Toute déclaration interprétative conditionnelle qui n'est pas formulée à l'un de ces moments apparaît donc comme tardive et ne peut être envisagée que si toutes les Parties contractantes consentent, au moins tacitement, à ce qu'elle soit faite.
- 3) Les commentaires relatifs aux projets de directives 2.3.1 et 2.4.6 sont donc pleinement transposables au projet de directive 2.4.7.

¹²²⁴ Voir les paragraphes 15 à 18 du commentaire du projet de directive 1.2.1, *Documents officiels de l'Assemblée générale, Supplément n° 10 (A/54/10)*, p. 201 et 202.

CHAPITRE VII

Protection diplomatique

A. Introduction

158. À sa quarante-huitième session, en 1996, la Commission a inclu le sujet «Protection diplomatique» au nombre des trois sujets dont elle a jugé qu'ils se prêtaient à la codification et au développement progressif¹²²⁵. Cette même année, l'Assemblée générale, dans sa résolution 51/160 du 16 décembre 1996, a invité la Commission à examiner plus avant le sujet et à en indiquer la portée et le contenu en se fondant sur les commentaires et observations qui avaient été faits au cours du débat à la Sixième Commission, ainsi que sur les commentaires que les gouvernements pourraient souhaiter soumettre par écrit. À sa quarante-neuvième session, en 1997, la Commission, en application de cette résolution, a constitué, à sa 2477^e séance, un groupe de travail sur le sujet¹²²⁶. Le Groupe de travail a présenté un rapport au cours de ladite session, que la Commission a fait sien¹²²⁷. Le Groupe de travail s'est efforcé a) de préciser autant que possible

¹²²⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 10 (A/51/10)*, par. 249, et annexe II, Add.1.

¹²²⁶ *Ibid.*, cinquante-deuxième session, *Supplément n° 10 (A/52/10)*, chap. VIII.

¹²²⁷ *Ibid.*, par. 171.

la portée du sujet et b) de déterminer les questions à étudier dans le contexte du sujet. Il a présenté un schéma pour l'examen du sujet, que la Commission a recommandé au Rapporteur spécial de prendre pour base de travail pour établir son rapport préliminaire¹²²⁸.

159. À sa 2501^e séance, le 11 juillet 1997, la Commission a désigné M. Mohamed Bennouna Rapporteur spécial sur le sujet.

160. Au paragraphe 8 de sa résolution 52/156, l'Assemblée générale a approuvé la décision de la Commission d'inscrire à son ordre du jour le sujet intitulé «Protection diplomatique».

161. À sa cinquantième session, en 1998, la Commission était saisie du rapport préliminaire du Rapporteur spécial¹²²⁹. À la même session, la Commission a constitué un groupe de travail à composition non limitée chargé d'étudier les conclusions éventuelles qui pourraient être tirées de l'examen de la façon d'aborder le sujet¹²³⁰.

162. À sa cinquante et unième session, en 1999, la Commission a nommé M. Christopher John R. Dugard Rapporteur spécial sur le sujet¹²³¹, M. Bennouna ayant été élu juge au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

163. À sa cinquante-deuxième session, en 2000, la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/506 et Corr.1 et Add.1). Elle a reporté l'examen du document A/CN.4/506/Add.1 à la session suivante, faute de temps. Lors de la même session, la Commission a décidé que les projets d'articles 1^{er}, 3 et 6 feraient l'objet de consultations

¹²²⁸ Ibid., par. 189 et 190.

¹²²⁹ A/CN.4/484.

¹²³⁰ Les conclusions du Groupe de travail figurent dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 10 (A/53/10)*, par. 108.

¹²³¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/54/10)*, par. 19.

officieuses ouvertes à tous, sous la présidence du Rapporteur spécial¹²³². La Commission a ensuite décidé, à sa 2635^e séance, de renvoyer les projets d'articles 1^{er}, 3, et 5 à 8 ainsi que le rapport sur les consultations officieuses au Comité de rédaction.

B. Examen du sujet à la présente session

164. À la présente session, la Commission était saisie de la suite du premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/506/Add.1) ainsi que de son deuxième rapport (A/CN.4/514 et Corr.1 et 2 (espagnol seulement)). La Commission a examiné le document A/CN.4/506/Add.1 à sa 2680^e séance et à ses 2685^e à 2687^e séances, tenues respectivement le 25 mai et du 9 au 11 juillet 2001. La Commission a également examiné le deuxième rapport du Rapporteur spécial à ses 2688^e à 2690^e séances, tenues du 12 au 17 juillet 2001. Faute de temps, la Commission n'a pu examiner que les parties du deuxième rapport relatives aux projets d'articles 10 et 11, et a décidé de reporter l'examen du reste du document A/CN.4/514, concernant les projets d'articles 12 et 13, à la session suivante.

165. La Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction le projet d'article 9, à sa 2688^e séance tenue le 12 juillet 2001, ainsi que les projets d'articles 10 et 11, à sa 2690^e séance tenue le 17 juillet 2001.

166. À sa 2688^e séance, la Commission a décidé que le projet d'article 9 ferait l'objet de consultations officieuses ouvertes à tous, sous la présidence du Rapporteur spécial.

¹²³² Le rapport sur les consultations officieuses figure dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10)*, par. 495.

1. Article 9¹²³³

a) Présentation par le Rapporteur spécial

167. Le Rapporteur spécial, en présentant l'additif à son premier rapport (A/CN.4/506/Add.1), relatif au projet d'article 9 sur la continuité de la nationalité, a fait observer que si le droit de la protection diplomatique constituait un domaine où il existait un important corpus de pratique étatique, de jurisprudence et de doctrine, ces sources de droit semblaient aller dans différentes directions. Dans une large mesure, l'exercice incombant à la Commission consistait moins à formuler des règles nouvelles qu'à faire des choix entre plusieurs règles. La question de la continuité de la nationalité illustre bien cela.

168. Selon le point de vue traditionnel, un État ne pouvait exercer la protection diplomatique qu'en faveur d'une personne qui possédait la nationalité de cet État au moment de la survenance du dommage sur lequel se fondait la réclamation et qui avait continué de posséder cette nationalité jusques et y compris la date de la présentation de la réclamation. Cette conception traditionnelle était étayée par une pratique étatique et on la retrouvait dans de nombreux accords. Sa raison

¹²³³ L'article 9 est ainsi libellé:

Article 9

1. Si une personne lésée a changé de nationalité de bonne foi après avoir subi un dommage, le nouvel État de nationalité peut exercer la protection diplomatique à l'égard de cette personne pour ce dommage, à condition que l'État de nationalité d'origine n'ait pas exercé ou ne soit pas en train d'exercer la protection diplomatique à l'égard de cette personne à la date du changement de nationalité.
2. Cette règle s'applique dans le cas où la réclamation a été cédée de bonne foi à une personne ou à des personnes possédant la nationalité d'un autre État.
3. Ni le changement de nationalité de la personne lésée, ni la cession de la réclamation au national d'un autre État n'affectent le droit qu'a l'État de nationalité d'origine de présenter une réclamation en son nom propre pour le préjudice qu'il a subi dans ses intérêts généraux du fait du dommage causé à la personne lésée quand cette personne avait encore sa nationalité.
4. Le nouvel État de nationalité ne peut exercer sa protection diplomatique contre un État de nationalité antérieur à raison d'un dommage subi par une personne qui possédait alors la nationalité de ce dernier État.

d'être était notamment d'empêcher les particuliers de rechercher l'État offrant la protection la plus avantageuse, en empêchant ainsi les États puissants de se transformer en «agences de réclamation».

169. Or, la règle traditionnelle avait été critiquée pour plusieurs motifs: elle était difficilement conciliable avec la fiction de Vattel selon laquelle un préjudice causé à un particulier était un préjudice causé à l'État lui-même; plusieurs décisions judiciaires avaient remis en cause sa validité en tant que règle générale; son contenu était incertain en raison du flou qui entourait des notions clefs comme la «date du dommage» (*dies a quo*) et la date jusqu'à laquelle la nationalité devait avoir continué (*dies ad quem*); sa raison d'être n'était plus valable dès lors que les États étaient très prudents en matière d'attribution de leur nationalité, et que, comme la Cour l'avait révélé dans l'affaire *Nottebohm*¹²³⁴, un État requérant devait aussi démontrer l'existence d'un lien effectif avec le national au nom duquel il présentait une réclamation; la règle était injuste dans la mesure où elle pouvait aboutir à un déni de protection diplomatique à l'égard de personnes qui avaient changé de nationalité involontairement, soit pour cause de succession d'États soit pour d'autres raisons, comme un mariage ou une adoption; et elle ne tenait pas compte du fait que c'était en définitive l'individu qui était le bénéficiaire de la protection diplomatique. Étant donné ces critiques, il a semblé nécessaire que la Commission réexamine la conception traditionnelle et adopte une règle plus souple, qui intègre mieux l'idée que c'est en fin de compte l'individu qui est le bénéficiaire de la protection diplomatique.

170. Le Rapporteur spécial a en outre indiqué que l'on pouvait envisager un maintien de la règle en l'assortissant d'une dérogation en cas de changement involontaire de nationalité, mais que cela serait insuffisant. Il a donc proposé de renoncer à la règle traditionnelle en faveur d'une nouvelle approche selon laquelle un État pourrait présenter une réclamation au nom d'une personne qui avait acquis de bonne foi la nationalité de cet État après la date du dommage imputable à un État autre que l'État de nationalité précédent, pour autant que l'État de nationalité d'origine n'ait pas exercé ou ne soit pas en train d'exercer la protection diplomatique à raison de ce dommage. Plusieurs moyens de prévenir les risques d'abus étaient maintenus: maintien de la priorité accordée à l'État de nationalité d'origine; application de l'exigence de bonne foi concernant l'acquisition de la nationalité et de la condition d'un lien effectif entre l'État requérant et son national; et impossibilité d'exercer la protection diplomatique contre l'État de nationalité

¹²³⁴ *C.I.J. Recueil 1955*, p. 4.

antérieur à raison d'un dommage subi par une personne qui possédait alors la nationalité de cet État - ce qui permettait d'éviter les difficultés créées, notamment, par la loi Helms-Burton des États-Unis concernant les réclamations de Cubains naturalisés Américains contre le Gouvernement cubain à raison de faits survenus alors qu'ils étaient encore nationaux de Cuba. Le paragraphe 2 du projet d'article 9 étendait la nouvelle règle à la cession de réclamations.

b) Résumé du débat

171. Le Rapporteur spécial a été félicité pour son approche impartiale du sujet dans son rapport. Il a toutefois été observé qu'il s'était attelé à la tâche délicate de contester une règle établie du droit international coutumier. De fait, l'idée que la règle de la continuité de la nationalité faisait partie du droit international coutumier a été fortement appuyée par les membres de la Commission.

172. Certains membres ont également exprimé leur appui pour le maintien de la règle traditionnelle, dès lors notamment que les arguments en sa faveur, entre autres le souci d'éviter tout abus de la part de personnes ou d'États, restaient applicables. D'autres membres ont souligné que la principale raison d'être de la règle de la continuité n'était pas seulement le risque d'abus par la recherche de la protection la plus avantageuse, mais plutôt la conception de la protection diplomatique énoncée dans l'affaire des concessions *Mavrommatis*¹²³⁵, à savoir que l'État faisait en réalité valoir ses propres droits, ce qui supposait qu'au moment de la violation, la personne devait avoir la nationalité de l'État présentant la réclamation. De plus, la vigueur de la pratique étatique et l'absence de preuve de l'apparition d'un nouveau principe ou d'une nouvelle pratique militaient contre un changement de la règle.

173. Par ailleurs, il a été dit que si la Commission devait suivre la proposition du Rapporteur spécial, il faudrait ajouter une condition, à savoir que l'obligation était en vigueur, au moment de la violation, entre l'État défendeur et l'État présentant la réclamation au nom de la personne ayant par la suite acquis sa nationalité, car il était possible que l'État requérant allègue la violation d'une obligation qui se serait produite à un moment où cette obligation ne lui était pas due.

174. Inversement, certains ont appuyé la proposition du Rapporteur spécial concernant l'article 9. Tout en concédant qu'il existait une telle règle coutumière, ils ont mentionné les doutes qui

¹²³⁵ *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine, 1924, C.P.J.I., série A, n° 2.*

étaient apparus à propos de cette règle au cours du temps, comme cela ressortait de nombreuses décisions et des écrits de plusieurs auteurs. Il a été dit que même des règles bien établies pouvaient être changées lorsqu'elles n'étaient plus adaptées à l'évolution de la société internationale, et que la Commission resterait dans son rôle de développement progressif du droit international en proposant de tels changements. Dès lors, d'un point de vue pratique, il y avait un intérêt à assurer une évolution positive de l'institution pour que celle-ci protège mieux les intérêts des personnes et des citoyens. De même, l'idée que les États se laisseraient aisément abuser a été contestée, nombre d'entre eux s'étant dotés de procédures complexes d'attribution de leur nationalité.

175. Un aspect fondamental du débat a concerné la relation entre la protection diplomatique et la protection des personnes en droit international. Les membres favorables à la nouvelle approche proposée par le Rapporteur spécial ont souscrit à sa proposition selon laquelle la règle de la continuité de la nationalité n'avait plus d'utilité dans un monde où les droits individuels étaient reconnus par le droit international, en faisant observer que l'État qui exerçait la protection diplomatique ne faisait pas valoir ses propres droits mais cherchait au contraire à faire respecter les droits de la personne. On a même dit que, seule importait en fait la nationalité au moment de la réclamation.

176. D'autres membres ont estimé que la tendance générale, en droit international, à protéger les personnes ne justifiait pas que l'on change la règle de la continuité de la nationalité. Ils ont souligné que l'État qui exerçait cette protection devait certes prendre en considération les droits fondamentaux de la personne lésée, mais que la protection diplomatique n'était pas une institution de protection des droits de l'homme en soi. La protection diplomatique n'était pas non plus le meilleur mécanisme de protection des droits de l'homme, vu son caractère intrinsèquement discrétionnaire. Il a été également souligné que la protection diplomatique moderne, fondée en grande partie sur des traités, dépendait beaucoup des négociations entre États dans le cadre desquelles le rôle de l'État en tant que « législateur » d'une relation était indissociable de son rôle de garant ultime des droits en cause. Le problème était de savoir comment garantir les droits de l'individu et ceux de l'État sans compromettre l'équilibre délicat entre eux.

177. On s'est toutefois accordé à reconnaître que la règle devait être assouplie afin d'éviter certains résultats inéquitables. Tandis que les membres favorables à la proposition du Rapporteur spécial en ont déduit qu'il fallait réviser la règle elle-même, la plupart des membres ont exprimé leur

préférence pour un moyen terme consistant à maintenir la règle traditionnelle mais en l'assortissant de certaines exceptions pour les cas où la personne ne disposerait par ailleurs d'aucune possibilité d'obtenir la protection d'un État. Il a été proposé de prévoir comme dérogation fondamentale les cas de changements involontaires de nationalité de la personne protégée résultant d'une succession d'États, d'un mariage et d'une adoption. Il a été aussi suggéré d'étendre cette règle à d'autres cas où différentes nationalités intervenaient à la suite d'une cession de la réclamation résultant par exemple d'une succession et d'une subrogation. Il a également été proposé de prévoir d'autres exceptions pour les apatrides et pour les cas où il serait impossible d'appliquer la règle de la continuité en raison, par exemple, de la disparition de l'État de nationalité d'origine par suite de dissolution ou de démembrement. Des doutes ont néanmoins été exprimés, par exemple quant à la distinction entre les cas de changement de nationalité «involontaire» et «volontaire».

178. À propos du paragraphe 1 de l'article 9 proposé par le Rapporteur spécial, il a été suggéré de le reformuler pour énoncer la règle traditionnelle. Il a été dit en outre que la condition de bonne foi concernant le changement de nationalité était trop subjective et posait des problèmes, en particulier dans le cas de changement de nationalité de personnes morales, alors que l'exigence d'un lien «effectif», tel que consacrée dans l'affaire *Nottebohm*, serait une garantie suffisante contre les abus. Il a été par ailleurs proposé de préciser la notion de changement de nationalité en indiquant que cela supposait la perte de la nationalité d'origine, afin d'éviter d'éventuelles réclamations concurrentes. Il a été également observé que le libellé n'était pas satisfaisant car il ne précisait pas la loi applicable ni les conditions du changement de nationalité.

179. À propos du paragraphe 2, il a été proposé de faire une distinction entre les cessions de réclamations opérées entre personnes morales et celles opérées entre personnes physiques, et d'exclure les personnes morales du champ d'application des projets d'articles. Il a cependant été rappelé qu'à sa session précédente, la Commission avait estimé qu'elle pourrait ultérieurement réexaminer l'opportunité d'inclure dans les projets d'articles la protection des personnes morales¹²³⁶. Le Rapporteur spécial a confirmé que, selon lui, son mandat s'étendait au traitement des personnes morales, mais non à la protection accordée par des organisations internationales.

¹²³⁶ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10)*, par. 495.

Il a indiqué son intention d'élaborer des dispositions spécifiques sur la règle de la continuité de la nationalité et la cessibilité des réclamations dans le cas de personnes morales. Des doutes ont par ailleurs été exprimés sur le bien-fondé même de ces notions de nationalité et de cession des réclamations.

180. Il a été dit que la question de la cessibilité des réclamations devait être davantage approfondie que ce n'était le cas dans le rapport. Selon un avis, le paragraphe 2 devait être plus restrictif de telle sorte que la règle de la continuité ne soit écartée que dans les cas de cession involontaire de réclamations, par exemple de décès de la personne lésée et non dans le cas de cessions volontaires. Il a été également proposé de préciser l'expression «réclamation internationale».

181. À propos du paragraphe 3, il a été jugé inopportun de dissocier l'intérêt général de l'État qui présente la réclamation de celui de la personne lésée. De même, il a été affirmé que le paragraphe pouvait être source de confusion car il semblait concerner autant la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite que la protection diplomatique.

182. Le paragraphe 4 a été approuvé, mais il a été proposé de le reformuler en termes plus généraux. Il a été également souligné que cette disposition pouvait poser problème puisque, selon la législation interne de certains États, des nationaux ne pouvaient perdre leur nationalité. S'agissant de la loi Helms-Burton, il a été dit que le caractère éventuellement illicite de cette loi tenait peut-être davantage à son application extraterritoriale qu'à son incompatibilité avec la règle exprimée dans le paragraphe.

183. Il a été proposé que la Commission examine les autres questions ci-après relatives à la question de la nationalité des réclamations: 1) le cas des organisations internationales exerçant tant la protection fonctionnelle que la protection diplomatique pour un de leurs fonctionnaires (comme il est envisagé dans l'avis consultatif relatif à l'affaire de la *Réparation des dommages*¹²³⁷); 2) le droit de l'État de nationalité d'un navire ou d'un aéronef de présenter une réclamation au nom de l'équipage et éventuellement aussi des passagers, quelle que soit la

¹²³⁷ *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, Avis consultatif, C.I.J. Recueil, 1949, p. 174.*

nationalité des personnes concernées¹²³⁸; 3) le cas où un État exerce la protection diplomatique à l'égard d'un national d'un autre État, ce dernier ayant délégué au premier son droit de le faire, et 4) le cas où un État ou une organisation internationale administre ou contrôle un territoire.

c) Conclusions du Rapporteur spécial

184. Le Rapporteur spécial a réaffirmé son point de vue selon lequel la fiction juridique de Vattel d'après laquelle l'État protègeait son propre intérêt lorsqu'il agissait pour le compte de son ressortissant n'était pas le fondement de la règle de la continuité de la nationalité car elle impliquait que seul, l'État de nationalité au moment du dommage pouvait être l'État requérant, indépendamment de la question de savoir si la personne lésée possédait encore la nationalité de cet État au moment où la réclamation était présentée. Il a reconnu le caractère novateur de sa proposition d'article 9 et admis que si certains orateurs avaient exprimé leur appui à cette proposition, ils constituaient une minorité. Tous les membres s'étaient néanmoins accordés à reconnaître la nécessité d'un assouplissement et d'une modification sous une forme ou une autre. Cet objectif pourrait être atteint si l'on assortissait la règle d'exceptions raisonnables, en particulier dans le cas de succession d'États et de mariage. Le Comité de rédaction devrait aussi examiner si la naturalisation suivant une longue période de résidence pouvait constituer une exception à la règle. Le Rapporteur spécial a également rappelé que plusieurs critiques valables avaient été émises, concernant entre autres la notion de changement de nationalité de bonne foi et que, de l'avis de certains orateurs, la question de la cessibilité des réclamations avait été insuffisamment étudiée. Il a aussi noté la nécessité de revoir les questions du *dies a quo* et du *dies ad quem*.

¹²³⁸ Voir l'affaire du navire «Saiga» (n° 2) (*Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée*), Tribunal international du droit de la mer, arrêt du 1^{er} juillet 1999, par. 172.

2. Article 10¹²³⁹

a) Présentation par le Rapporteur spécial

185. Le Rapporteur spécial, en présentant le projet d'article 10 et la règle de l'épuisement des recours internes en général, a dit qu'il s'agissait incontestablement d'une règle coutumière du droit international, comme l'avait affirmé la Cour internationale de Justice dans les affaires *Interhandel*¹²⁴⁰ et *Elettronica Sicula (ELSI)*¹²⁴¹. Cette règle était fondée sur le respect dû à la souveraineté de l'État d'accueil et à ses organes judiciaires. Il a rappelé qu'un projet d'article sur l'épuisement des recours internes figurait dans le projet d'articles sur la responsabilité des États (projet d'article 22) tel qu'il avait été adopté en première lecture en 1996¹²⁴², mais que la Commission avait ensuite décidé de traiter la question dans le cadre du projet d'articles sur la protection diplomatique.

186. Le projet d'article 10 visait à établir le cadre dans lequel s'inscriraient les autres articles relatifs à l'épuisement des recours internes. Le paragraphe 1 posait le principe de la règle et de son application tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales. N'étaient cependant pas concernés les préjudices causés à des diplomates ou à des entreprises publiques accomplissant

¹²³⁹ Le projet d'article 10 est ainsi libellé:

Article 10

1. Un État ne peut formuler une réclamation internationale découlant d'un préjudice causé à un de ses nationaux, personne physique ou morale, avant que le national lésé ait, sous réserve de l'article 14, épuisé tous les recours juridiques internes disponibles dans l'État dont il est allégué qu'il est responsable du préjudice.

2. Par «recours juridiques internes» on entend les recours ouverts de droit aux personnes physiques ou morales devant les tribunaux ou autorités judiciaires ou administratifs ordinaires ou spéciaux.

A/CN.4/514, p.3

¹²⁴⁰ *C.I.J. Recueil 1959*, p. 6.

¹²⁴¹ *C.I.J. Recueil 1989*, p. 15.

¹²⁴² *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 10 (A/51/10)*, par. 65.

des *acta jure imperii* qui étaient censés être des préjudices causés directement à l'État, auxquels la règle d'épuisement des recours internes n'étaient donc pas applicable.

187. Le Rapporteur spécial a en outre observé qu'il n'était pas toujours possible de maintenir la distinction entre règles primaires et règles secondaires dans l'ensemble du projet d'articles sur la protection diplomatique. Cette distinction, importante pour le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, l'était cependant moins à l'égard de la protection diplomatique, en raison de la place prééminente de la notion de déni de justice dans la plupart des tentatives de codification de la règle de l'épuisement des recours internes. Alors que le Rapporteur spécial était auparavant d'avis que la question du déni de justice mettait en cause une règle primaire et ne devait pas être examinée, il était depuis lors parvenu à la conclusion que la Commission devait examiner la question.

188. Le paragraphe 2 traitait du contenu de la règle d'épuisement des recours internes. Tous les recours juridiques devaient être épuisés avant qu'une réclamation ne puisse être présentée à l'échelon international. La définition de l'expression «recours juridiques» était cependant délicate. À l'évidence, cette notion comprenait tous les recours judiciaires ouverts en droit interne ainsi que les recours administratifs ouverts en droit, mais elle ne comprenait pas les recours administratifs ayant un caractère discrétionnaire ou gracieux. Le Rapporteur spécial a en outre fait observer que la sentence rendue dans l'affaire *Ambatielos*¹²⁴³ avait soulevé des difficultés imposant au plaignant d'épuiser toutes les procédures disponibles devant les juridictions nationales. La décision constituait une mise en garde: un plaignant qui ne présentait pas sa cause de façon appropriée devant les juridictions internes ne pouvait espérer la faire réexaminer au niveau international. Le Rapporteur spécial a aussi mentionné le principe selon lequel l'étranger devait avoir présenté devant les juridictions internes tous les arguments qu'il entendait faire valoir au plan international. Enfin, il résultait du paragraphe 2 que, pour que la règle s'applique, les recours internes devaient être disponibles en théorie comme en pratique.

¹²⁴³ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, p. 120.

b) Résumé du débat

189. Il a été reconnu que la règle d'épuisement des recours internes était une règle bien établie du droit international coutumier. L'idée du Rapporteur spécial de traiter le sujet, non pas dans un long article, mais dans plusieurs articles, a été également appuyée; il a toutefois été suggéré que l'article 10 pourrait être reformulé sous la forme d'une définition synthétique de la règle qui serait suivie de dispositions plus détaillées. Il a été néanmoins observé que ces dispositions seraient limitées, l'application de la règle d'épuisement des recours internes dépendant beaucoup du contexte.

190. À propos du paragraphe 1, on a dit qu'il fallait préciser la notion de «réclamation internationale» et revoir plus attentivement l'expression «recours ... disponible». De plus, on a fait observer qu'il manquait le critère de l'efficacité qui constituait traditionnellement un élément de la règle. L'idée a été émise que, sans le qualificatif «efficace», la référence à «tous les» recours juridiques internes disponibles serait trop générale et imposerait une charge excessive à la personne lésée. Inversement, des doutes ont été émis quant à l'inclusion d'une condition d'«efficacité», un tel critère pouvant se révéler extrêmement subjectif et soulevant inévitablement la question du procès équitable, qui était assez controversée en droit international. Il a par ailleurs été proposé de supprimer l'expression «personne physique ou morale», étant entendu que les projets d'articles s'appliqueraient tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales, sauf indication expresse contraire.

191. S'agissant de la définition des «recours juridiques internes» au paragraphe 2, il a été observé que chaque État organisait ses recours conformément à ses propres règles de procédure et, dans de nombreux cas, à son droit constitutionnel. Il a été proposé d'indiquer dans le paragraphe l'objet des recours à épuiser: dans certains cas, les recours internes visaient à prévenir un préjudice tandis que dans d'autres, ils ne tendaient qu'à une réparation.

192. À propos du mot «juridiques», il a été dit qu'il pouvait couvrir toutes les institutions juridiques dont la personne était en droit d'attendre une décision, un jugement ou une décision administrative. Selon un autre avis, le mot «juridiques» était superflu. La position du Rapporteur spécial selon laquelle il convenait d'exclure du champ d'application de la règle d'épuisement des recours internes les recours extrajudiciaires ou discrétionnaires, a été appuyée, mais il a été

observé que ce qui importait était le résultat et non les moyens par lesquels on y parvenait. La question a été posée de savoir si le mot «internes» pouvait couvrir la saisine d'un mécanisme régional de protection des droits de l'homme, comme la Cour européenne des droits de l'homme.

193. Il a été dit que le Rapporteur spécial avait donné une interprétation trop étroite des «recours administratifs». Des explications ont été demandées à propos de la référence, au paragraphe 14 du rapport, à des recours administratifs devant un tribunal, nombre de ces recours ne relevant pas de tribunaux. Il a aussi été demandé si le recours à un médiateur serait considéré comme un «recours interne» administratif.

194. Des membres ont exprimé leur appui au point de vue du Rapporteur spécial selon lequel la distinction entre règles primaires et règles secondaires n'était pas nécessaire dans tous les cas, une adhésion stricte à cette distinction pouvant aboutir à l'exclusion du concept de déni de justice. Inversement, il a été dit qu'il n'était pas nécessaire de prévoir une disposition sur le déni de justice, car il s'agissait d'un exemple, entre autres, de cas dans lesquels les recours internes n'étaient pas «efficaces».

195. Des doutes ont été exprimés à propos de la «règle» énoncée dans la sentence arbitrale rendue dans l'affaire des *Finnish Ships*¹²⁴⁴, selon laquelle le plaignant devait formuler devant les tribunaux nationaux tous les moyens qu'il entendait faire valoir au niveau international. Il a été observé qu'il convenait d'appliquer la règle de façon souple pour tenir compte du fait que si un moyen pouvait suffire à étayer une demande au plan interne, il se pouvait qu'il ne soit pas suffisant au niveau international.

c) Conclusions du Rapporteur spécial

196. Le Rapporteur spécial a noté que l'article 10 avait été largement accepté par les membres qui s'étaient exprimés, mais que plusieurs propositions rédactionnelles avaient été faites qui seraient examinées par le Comité de rédaction. Il a admis les critiques concernant l'expression «personne physique ou morale». Il a également indiqué qu'il avait l'intention de traiter de la

¹²⁴⁴ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1484.

question de l'efficacité dans un article distinct. Il a toutefois reconnu qu'il serait quand même nécessaire d'indiquer à l'article 10 que le recours devait être disponible et efficace, afin de refléter le point de vue dominant en droit international. Certes, dans de nombreux cas, le critère de la disponibilité était suffisant, mais il existait des exemples de cas (comme dans l'affaire *Robert E. Brown*¹²⁴⁵) où il était nécessaire d'examiner l'efficacité du recours interne dans le cadre du système judiciaire de l'État défendeur, ce qui obligeait à s'interroger sur les normes en vigueur dans cet État.

197. Le Rapporteur spécial a en outre expliqué qu'il s'était efforcé, dans le paragraphe 2, d'élaborer une définition générale des recours internes pour indiquer que la personne devait épuiser toute la gamme des recours juridiques disponibles. Le point essentiel n'était pas le caractère ordinaire ou extraordinaire du recours juridique, mais la question de savoir s'il offrait la possibilité d'un moyen de réparation efficace.

198. Il a en outre relevé que la «règle» selon laquelle le plaideur étranger devait formuler dans le cadre de la procédure interne tous les moyens qu'il entendait faire valoir à l'échelon international avaient été critiquées, et il a admis qu'elle soulevait des difficultés. C'était pour cette raison qu'il ne l'avait pas fait figurer dans la disposition elle-même.

199. S'agissant du maintien de la distinction entre règles primaires et règles secondaires et de l'opportunité de prévoir une disposition sur le déni de justice, il a noté que différents points de vue avaient été exprimés à ce propos.

¹²⁴⁵ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI, p. 120.

3. Article 11¹²⁴⁶

a) Présentation par le Rapporteur spécial

200. Le Rapporteur spécial a expliqué que le projet d'article 11 traitait de la distinction entre réclamation «directes» et réclamations «indirectes» aux fins de la règle de l'épuisement des recours internes. Il était nécessaire d'inclure une telle disposition dans le projet d'articles afin d'indiquer clairement les cas entrant dans le champ d'application du projet. Le principe fondamental était que la règle ne s'appliquait que lorsqu'il y avait eu un préjudice subi par un national de l'État, c'est-à-dire lorsque ce dernier avait été «indirectement» lésé par l'intermédiaire d'un de ses nationaux. La règle ne s'appliquait pas en cas de dommage direct à l'État lui-même.

201. Deux critères étaient proposés afin de déterminer le type de préjudice en cause: 1) le critère de la prépondérance et 2) le critère de la condition *sine qua non*. De l'avis du Rapporteur spécial, il pouvait être suffisant de n'adopter que l'un des critères. Au regard du premier critère, la question était de savoir si le dommage avait été causé principalement au national de l'État auteur de la réclamation, auquel cas il s'agissait d'un préjudice indirect et la règle de l'épuisement des recours internes s'appliquait. Par contre, au regard du critère de la condition *sine qua non*, il fallait établir si la réclamation aurait été introduite si le national de l'État auteur de la réclamation n'avait pas subi de préjudice. Le Rapporteur spécial a fait observer que d'autres critères avaient été également proposés dans la doctrine, dont celui de l'«objet» du

¹²⁴⁶ L'article 11 est ainsi libellé:

Article 11

Les recours internes doivent être épuisés lorsqu'une réclamation internationale, ou une demande de jugement déclaratif liée à la réclamation, repose principalement sur un préjudice causé à un national et que la procédure judiciaire en question n'aurait pas été engagée en l'absence d'un tel préjudice. [Pour trancher ce point, on tiendra compte de facteurs tels que le remède recherché, la nature de la réclamation et l'objet du litige.]

litige, celui de la «nature de la réclamation», et celui de la nature de la réparation demandée. Par exemple, si un État ne réclamait qu'un jugement déclaratif, cela pourrait indiquer que le dommage était direct. Néanmoins, dans les cas où un État demandait un jugement déclaratif ainsi qu'une indemnisation du dommage causé à la personne, il appartiendrait à la Cour de décider quel était le facteur prépondérant. Il fallait en outre éviter qu'un État puisse demander un jugement déclaratif dans le seul but de se soustraire à l'application de la règle d'épuisement des recours internes. De l'avis du Rapporteur spécial, il fallait examiner les trois autres facteurs pour décider si la réclamation était «principalement» directe ou indirecte. En tant que tels, ces facteurs ne méritaient pas d'être mentionnés séparément dans le projet d'article. Le Rapporteur spécial les avait cependant laissés entre crochets, en vue d'obtenir des indications de la Commission quant à leur inclusion.

b) Résumé du débat

202. Il a été dit que le projet d'article 11, qui reflétait la pratique dominante, devait être appuyé, même s'il méritait plus ample réflexion. Il a été notamment proposé de fusionner les projets d'articles 10 et 11, ou de supprimer totalement le projet d'article 11, qui dépassait le cadre de la protection diplomatique.

203. Il a été observé que les termes «direct» et «indirect» pour qualifier le préjudice étaient trompeurs. Il a été fait référence à la distinction opérée dans la doctrine francophone entre «dommage médiat» et «dommage immédiat». Un dommage «immédiat» était subi directement par l'État. Un dommage «médiat» ou éloigné était subi par l'État dans la personne de ses nationaux.

204. Selon un avis, les principales difficultés de l'article tenaient à l'évaluation de la «prépondérance» en cas de réclamation mixte. Il a été en outre souligné que le critère de la prépondérance n'était parfois pas applicable parce que le dommage subi par l'État était équivalent à celui subi par la personne. On a également dit que les deux critères ne devaient pas être perçus comme cumulativement applicables et que le critère de la prépondérance ne devait pas être nécessairement appliqué avant celui de la condition *sine qua non*. Il a été en outre souligné que si l'on pouvait trouver quelque argument dans l'affaire *Elettronica Sicula (ELSI)* en faveur d'un critère subjectif, ce qui avait été jugé pertinent en l'espèce, comme dans

l'affaire *Interhandel*, était la question de savoir si, en substance, il y avait un seul et même différend, et s'il concernait un préjudice causé à un national.

205. S'agissant de la question du recours à un jugement déclaratoire, il a été observé qu'un État lésé avait le droit d'exiger la cessation de la violation de l'accord, sans être tenu à l'épuisement préalable des recours internes.

206. À propos de la liste de facteurs supplémentaires à prendre en considération, il a été dit qu'elle pouvait être supprimée car ce n'était pas une pratique établie d'inclure des exemples illustratifs dans un texte de codification. Selon un avis contraire, dès lors que la phrase entre crochets énonçait des critères, et non des exemples, et que toute décision en la matière était intrinsèquement subjective, il serait utile de conserver la phrase entre crochets.

c) Conclusions du Rapporteur spécial

207. Le Rapporteur spécial a rappelé que plusieurs propositions rédactionnelles avaient été faites et a en outre signalé d'autres questions qui devraient être examinées par le Comité de rédaction, notamment la possibilité de ne retenir que le critère de la prépondérance. Il a relevé une divergence d'opinion à propos des facteurs mentionnés entre crochets, et il a également pris note de la critique des termes «direct» et «indirect» pour qualifier le dommage. Il a souligné que si ces termes étaient employés dans son rapport, ils ne figuraient pas dans le projet d'article lui-même.

CHAPITRE VIII

Actes unilatéraux des États

A. Introduction

208. Dans son rapport sur les travaux de sa quarante-huitième session, en 1996, la Commission du droit international a proposé à l'Assemblée générale d'inscrire le droit des actes unilatéraux des États au nombre des sujets se prêtant à la codification et au développement progressif du droit international¹²⁴⁷.

209. Au paragraphe 13 de sa résolution 51/160, l'Assemblée générale a, notamment, invité la Commission du droit international à examiner plus avant le sujet «Actes unilatéraux des États» et à en indiquer la portée et le contenu.

210. À sa quarante-neuvième session, en 1997, la Commission a créé un groupe de travail sur ce sujet, qui a fait rapport à la Commission sur l'opportunité et la faisabilité d'une étude de ce sujet, sa portée et son contenu possibles, et sur un schéma pour l'étude du sujet. À la même session, la Commission a examiné et approuvé le rapport du Groupe de travail¹²⁴⁸.

211. Toujours à sa quarante-neuvième session, la Commission a nommé M. Victor Rodriguez-Cedeño Rapporteur spécial pour le sujet¹²⁴⁹.

212. Au paragraphe 8 de sa résolution 52/156, l'Assemblée générale a approuvé la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son ordre du jour.

213. À sa cinquantième session, en 1998, la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial sur le sujet¹²⁵⁰ et l'a examiné. Au terme de son débat, la Commission a décidé de convoquer à nouveau le Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États.

¹²⁴⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 10 (A/51/10)*, p. 258 et 259 et 365 à 367.

¹²⁴⁸ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 10 (A/52/10)*, p. 196 à 210 et 194.

¹²⁴⁹ *Ibid.*, par. 212 et 234.

¹²⁵⁰ A/CN.4/486.

214. Le Groupe de travail a fait rapport à la Commission sur les questions touchant la portée du sujet, son optique, la définition de l'acte unilatéral et les travaux futurs du Rapporteur spécial. À la même session, la Commission a examiné et approuvé le rapport du Groupe de travail¹²⁵¹.

215. À sa cinquante et unième session, en 1999, la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet¹²⁵² et l'a examiné. À l'issue du débat, la Commission a décidé de convoquer de nouveau le Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États.

216. Le Groupe de travail a fait rapport à la Commission sur: a) les éléments fondamentaux d'une définition opératoire des actes unilatéraux comme point de départ de la poursuite des travaux sur le sujet et le recensement de la pratique des États en la matière; b) la formulation de principes directeurs généraux à suivre pour effectuer ce recensement; et c) la direction dans laquelle le Rapporteur spécial devrait poursuivre ses travaux. À propos du point b) ci-dessus, le Groupe de travail a élaboré les principes directeurs en vue de la mise au point d'un questionnaire que le Secrétariat devait adresser aux États en consultation avec le Rapporteur spécial pour leur demander des renseignements sur leur pratique en la matière et de faire connaître leur position sur certains aspects de l'étude du sujet entreprise par la Commission.

217. À sa cinquante-deuxième session, en 2000, la Commission a examiné le troisième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet¹²⁵³ ainsi que le texte des réponses reçues des États¹²⁵⁴ au questionnaire sur le sujet qui leur avait été adressé le 30 septembre 1999. À sa 2633^e séance, le 7 juin 2000, la Commission a décidé de renvoyer les projets d'articles révisés 1 à 4 au Comité de rédaction et le projet d'article révisé 5 au Groupe de travail sur le sujet.

B. Examen du sujet à la présente session

218. À la présente session, la Commission était saisie du quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/519).

¹²⁵¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 10 (A/53/10)*, p. 192 à 201.

¹²⁵² A/CN.4/500 et Add.1.

¹²⁵³ A/CN.4/505.

¹²⁵⁴ A/CN.4/500 et Add.1.

219. La Commission a examiné le quatrième rapport du Rapporteur spécial à ses 2693^e, 2695^e et 2696^e séances les 20, 25 et 26 juillet 2001, respectivement.

1. Présentation par le Rapporteur spécial de son quatrième rapport

220. Le Rapporteur spécial a indiqué que son quatrième rapport traitait de deux questions fondamentales: l'élaboration des critères sur lesquels fonder la classification des actes unilatéraux et l'interprétation des actes unilatéraux, dans le contexte des règles applicables à tous les actes unilatéraux, indépendamment de leur contenu matériel.

221. Le Rapporteur spécial a indiqué qu'il s'était fondé pour établir son rapport sur un large éventail de travaux doctrinaux sur les observations des membres de la Commission et des gouvernements ainsi que sur la jurisprudence et des exemples de la pratique des États qui y étaient donnés. Il a été souligné qu'après une période initiale de scepticisme, la plupart des gouvernements avaient envisagé d'un œil plus favorable les travaux entrepris sur le sujet. En outre, le Rapporteur spécial a fait observer qu'il était important de parvenir à un accord sur la partie générale du sujet, en particulier en ce qui concerne sa structure, mais que, pour l'instant, il ne semblait pas possible ni opportun d'élaborer des projets d'articles sur des catégories particulières d'actes unilatéraux.

222. Le Rapporteur spécial a noté qu'il était demandé à la Commission de donner des orientations sur les questions relatives aux causes de nullité des actes unilatéraux, et à la détermination du moment où un acte unilatéral produit des effets juridiques, ce qui permettrait de déterminer le moment de son opposabilité ou de son exigibilité. Il a expliqué qu'il était fondamentalement important de distinguer le moment de la naissance de l'acte, à partir duquel il produit des effets juridiques tout en conservant son caractère unilatéral, du moment de sa matérialisation, à partir duquel il acquiert donc un aspect bilatéral sans jamais perdre son caractère strictement unilatéral.

223. En ce qui concerne la question du silence et de ses rapports avec les actes unilatéraux, le Rapporteur spécial a fait observer que le silence ne peut être défini en tant qu'acte juridique au sens qui intéresse la Commission.

224. Pour ce qui est des déclarations interprétatives, le Rapporteur spécial a indiqué qu'en général celles-ci étaient liées à un texte antérieur mais qu'à son avis, dans les cas où elles allaient plus loin que les obligations imposées par le traité, ces déclarations deviendraient des actes indépendants par lesquels un État pouvait assumer des engagements internationaux; ces déclarations interprétatives s'inscriraient alors parmi les actes unilatéraux entrant dans le champ du sujet.

225. En revanche, de l'avis du Rapporteur spécial, les contre-mesures ne pouvaient être envisagées dans le même contexte parce qu'il s'agit d'actes réactionnels d'un État, ce qui leur enlève le caractère autonome nécessaire, et parce qu'elles n'ont pas été expressément formulées avec l'intention de produire des effets juridiques.

226. Le Rapporteur spécial a indiqué que la classification des actes unilatéraux était une tâche difficile; un acte peut être qualifié de différentes manières et appartenir à une ou plusieurs catégories d'actes unilatéraux classiques. Il a proposé une classification fondée sur le critère des effets juridiques, de sorte qu'il existerait deux grandes catégories d'actes unilatéraux: les actes par lesquels l'État assume des obligations et les actes par lesquels l'État réaffirme un droit. Dans la première catégorie figurent notamment la promesse, la renonciation et même la reconnaissance, et dans la deuxième la protestation. Le Rapporteur spécial a également proposé que la Commission se concentre sur les actes relevant de la première catégorie précédemment indiquée.

227. S'agissant de l'interprétation des actes unilatéraux et des règles applicables en la matière, de l'avis du Rapporteur spécial, on peut valablement se référer aux règles d'interprétation énoncées dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités pour élaborer des règles d'interprétation applicables aux actes unilatéraux comme l'attestent certaines sentences arbitrales. Il a également affirmé que ces règles d'interprétation seraient communes à tous les actes unilatéraux. Il a noté à cet égard que la règle de l'interprétation de bonne foi et en relation avec le contexte dans lequel l'acte est intervenu serait certainement applicable aux actes unilatéraux. Aux fins de l'interprétation, le contexte comprendrait aussi le préambule d'une déclaration et les annexes. La pratique ultérieurement suivie pourrait aussi, d'après le Rapporteur spécial, jouer un rôle important dans l'interprétation des actes unilatéraux.

228. En revanche, le Rapporteur spécial a estimé que l'on ne pouvait pas faire appel à l'objet et au but d'un traité pour interpréter un acte unilatéral, dans la mesure où il s'agissait de termes qui s'appliquaient spécifiquement aux relations conventionnelles. Il était d'avis que l'on pouvait prendre en compte comme moyens complémentaires d'interprétation d'un acte les travaux préparatoires et les circonstances dans lesquelles l'acte unilatéral est intervenu. Quoiqu'ils soient difficiles à obtenir dans de nombreux cas, les travaux préparatoires pouvaient néanmoins servir utilement de moyens subsidiaires d'interprétation, ainsi qu'il ressortait de la jurisprudence citée dans le rapport. Les tribunaux internationaux avaient également recours aux circonstances comme moyens d'interprétation de l'intention de l'État qui formule un acte unilatéral.

229. Enfin, le Rapporteur spécial a indiqué que les deux projets d'articles qu'il proposait¹²⁵⁵, concernant l'un la règle générale d'interprétation et l'autre les moyens complémentaires d'interprétation, étaient fondés sur les dispositions de la Convention de Vienne qu'il avait cependant adaptées en fonction des spécificités de l'acte unilatéral.

¹²⁵⁵ Le projet d'article a) est libellé comme suit:

Règle générale d'interprétation

1. Un acte unilatéral doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes de la déclaration dans leur contexte et à la lumière de l'intention de l'État qui le formule.
2. Aux fins de l'interprétation d'un acte unilatéral, le contexte comprend, outre le texte, le préambule et les annexes.
3. Outre du contexte, il sera tenu compte de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application de l'acte et de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre l'État ou les États auteurs et l'État ou les États destinataires.

Le projet d'article b) est libellé comme suit:

Moyens complémentaires d'interprétation

Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles l'acte a été formulé, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article a), soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article a):

- a) Laisse le sens ambigu ou obscur; ou
- b) Conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

2. Résumé du débat

230. Certains membres ont réaffirmé l'importance du sujet et se sont déclarés satisfaits des références qui étaient faites dans le rapport à la doctrine et à la jurisprudence concernant les actes unilatéraux, tout en estimant que des informations factuelles supplémentaires sur les affaires citées seraient des plus utiles pour l'analyse de la validité juridique et des effets des actes unilatéraux.

231. Il a été dit qu'on pourrait porter plus d'attention à l'incidence des actes unilatéraux, encore que cela risque d'être assez compliqué, les juridictions ne se servant des actes unilatéraux que lorsqu'elles n'avaient pas grand-chose d'autre sur quoi s'appuyer.

232. Certains membres ont été d'avis que le sujet des actes unilatéraux ne se prêtait pas à la codification, eu égard en particulier aux difficultés que l'on rencontrait pour définir et classer ces actes. Ils ont estimé que l'accent mis sur l'autonomie des actes et le concept de l'«acte» continuaient à poser des difficultés; un membre préférait parler, à cet égard, de «matrice de comportement» de l'État, ce qui impliquait une réaction d'une sorte ou d'une autre de la part d'un autre État.

233. Il a été dit aussi que le fait de s'attarder sur des questions hautement théoriques liées au sujet à l'examen tendait à fragiliser encore la relative clarté qui avait été faite, et l'on a fait observer à ce propos qu'une approche plus pratique du sujet permettrait de progresser plus vite dans son étude.

234. En ce qui concerne le champ du sujet, on a fait observer qu'il demeurerait trop étroit et devrait être étendu aux actes unilatéraux non autonomes. On a, en outre, exprimé l'espoir que l'examen des questions de l'*estoppel*, en particulier sa relation avec la renonciation, et du silence pourrait se poursuivre plus avant. Cependant, un appui s'est exprimé aussi en faveur du maintien d'une définition restrictive des actes unilatéraux, comprenant les actes qui créent des droits et des obligations en tant que source de droit international.

235. L'attention a été appelée sur le fait que, dans certains cas, telle l'occupation effective, toute une série d'actes unilatéraux est nécessaire pour que des effets juridiques se produisent, alors que le quatrième rapport semblait n'envisager que les actes unilatéraux isolés. Des doutes ont

également été émis quant à l'opportunité de faire mention des déclarations interprétatives et des contre-mesures dans le contexte des actes unilatéraux.

236. Diverses vues ont été exprimées au sujet de la classification des actes unilatéraux proposée par le Rapporteur spécial. Selon un point de vue, il y avait des actes qui pourraient relever des deux catégories à la fois, par exemple une déclaration de neutralité aux termes de laquelle un État non seulement assumerait des obligations mais réaffirmerait aussi ses droits, ou une déclaration de guerre. Selon un autre point de vue, la seconde catégorie proposée, celle des actes unilatéraux par lesquels un État réaffirmait des droits, devait être élargie afin d'inclure les actes créant ou affirmant des droits. Selon un autre point de vue encore, la classification proposée suscitait de sérieux doutes, surtout pour ce qui était de la seconde catégorie, au sujet de laquelle la notion de réaffirmation des droits appelait des éclaircissements, par exemple sur le point de savoir si cette catégorie comprendrait la réaffirmation de droits sur des territoires. En outre, on a émis l'avis que la jurisprudence ne reflétait pas les catégories qui figurent généralement dans la doctrine.

237. On a aussi évoqué la possibilité de définir des critères additionnels de classement des actes unilatéraux, comme l'avaient suggéré certains États. Cela pourrait servir ensuite à proposer une série d'articles, élaborés sur la base de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et de la pratique des États; après quoi, le Rapporteur spécial pourrait envisager de rédiger séparément un ensemble de directives indiquant à quelle catégorie une règle générale serait ou ne serait pas applicable.

238. À l'inverse, l'avis a été exprimé que le classement n'avait pas tellement d'importance en soi et créait même inutilement une certaine confusion; il a été noté à cet égard que la jurisprudence en la matière s'attachait beaucoup plus à établir si l'acte avait par sa nature un effet obligatoire qu'à déterminer de quel type d'acte il s'agissait.

239. Des points de vue divergents se sont exprimés sur la proposition du Rapporteur spécial tendant à élaborer des articles relatifs à l'interprétation des actes unilatéraux. Selon l'un d'entre eux, il était prématuré de s'occuper de la question de l'interprétation: on pouvait attendre pour cela qu'un projet d'articles détaillé ait été établi.

240. On a relevé aussi que le terme «interprétation» était employé dans la section II du quatrième rapport dans deux sens différents: au sens de la méthodologie d'investigation servant à déterminer si un acte était unilatéral et, secondairement seulement, au sens habituel. Il a aussi été relevé que le rapport paraissait mélanger la définition des critères selon lesquels établir si un acte avait bien un caractère unilatéral et l'interprétation *stricto sensu* d'un acte unilatéral.

241. Certains membres, partageant l'avis du Rapporteur spécial, estimaient que les dispositions des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 pouvaient servir de base à l'élaboration de règles d'interprétation des actes unilatéraux, tandis que d'autres jugeaient ces dispositions trop générales pour pouvoir être de quelque utilité à cet égard. Les dispositions des Conventions de Vienne ne pouvaient être appliquées par analogie du fait de la nature assez particulière des actes unilatéraux: par exemple, les travaux préparatoires, dans le cas de tels actes, pouvaient s'étendre sur plusieurs décennies. Aussi ne devrait-on faire qu'un usage minimum des dispositions en question.

242. Il a été déclaré que, parmi les règles d'interprétation, on pourrait en élaborer une analogue à la règle fondamentale établie à propos des traités par le paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, qui disposerait qu'un acte doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte et à la lumière de son objet.

243. On a fait observer qu'il ne fallait pas omettre de faire mention de l'objet et du but de l'acte unilatéral aux fins de son interprétation. Il a été noté à ce propos que l'intention de l'État au moment de s'engager dans un acte unilatéral était pertinente dans deux cas: pour établir l'existence d'un acte unilatéral, question qui avait été au centre de l'affaire des *Essais nucléaires*, et pour déterminer comment l'acte devait être interprété, bien que l'on ne puisse pas toujours distinguer clairement entre les deux questions.

244. Il a été dit que les articles proposés contenaient certains éléments contradictoires dans la mesure où ils faisaient de l'intention un critère primordial mais plaçaient les principaux moyens d'établir cette intention, à savoir les travaux préparatoires et les circonstances de la formulation de l'acte unilatéral, parmi les moyens d'interprétation complémentaires. Certains doutes ont été exprimés quant à l'opportunité de donner à l'intention une importance prépondérante pour

l'interprétation des actes unilatéraux, l'approche adoptée par la Cour internationale de Justice, consistant à tenir dûment compte de l'intention sans interpréter les actes unilatéraux à la lumière de celle-ci, était jugée préférable. Les États autres que l'État auteur étaient en droit de se fonder sur l'acte en soi, et non sur l'intention qui pouvait être subjective et était, bien souvent, des plus incertaines. Toutefois, selon un point de vue, la volonté réelle de l'État auteur devait constituer le facteur décisif de l'interprétation des actes unilatéraux car, dans bien des cas, le contenu de l'acte unilatéral ne correspondait pas à la volonté réelle de l'État, étant adopté sous la pression d'autres États ou de l'opinion internationale et engageant l'État au-delà de ce qu'il considérait peut-être vraiment comme nécessaire. Il y avait aussi une dichotomie entre la volonté réelle et la volonté déclarée de l'État, ce qui militait en faveur d'une interprétation restrictive de l'acte unilatéral.

245. Il a été noté que le projet d'article premier sur les actes unilatéraux ne limitait pas ces actes à la forme écrite et que, si la définition en question était maintenue, les règles d'interprétation devraient être adaptées en conséquence car les dispositions de la Convention de Vienne de 1969 ne s'appliquaient qu'à des accords écrits. Il a aussi été indiqué qu'il convenait d'attacher plus d'importance à l'interprétation subjective dans le cas des actes unilatéraux que dans celui des traités.

246. Certains doutes ont été exprimés quant à la pertinence de la notion de préambule dans le cas d'actes unilatéraux. S'agissant du contexte comme moyen d'interprétation, il a été dit que cette notion devait s'entendre dans un sens plus large dans le cas d'actes unilatéraux que dans celui de traités.

247. Certains membres ont émis l'avis que la référence aux travaux préparatoires comme moyen complémentaire d'interprétation d'un acte unilatéral était acceptable, sous réserve que ces travaux soient raisonnablement accessibles à l'État en droit d'invoquer l'acte en question.

248. Plusieurs suggestions ont été faites à propos de la rédaction des deux projets d'article proposés. Plusieurs membres se sont déclarés en faveur de l'établissement par le Rapporteur spécial d'un rapport contenant le texte unifié des projets d'article qu'il avait proposés jusque là et le texte révisé des deux nouveaux projets d'article sur l'interprétation compte tenu des vues exprimées à la Commission.

3. Conclusions du Rapporteur spécial

249. Résumant le débat, le Rapporteur spécial a noté que, même s'il subsistait certains doutes liés à la complexité de l'étude du sujet, la plupart des membres étaient convaincus de l'importance des actes unilatéraux et estimaient que cette étude pouvait se poursuivre.

250. Sur la question de la classification des actes unilatéraux, le Rapporteur spécial a indiqué qu'il préférerait la proposition formulée dans son quatrième rapport, sans exclure cependant la possibilité d'une étude ultérieure des actes unilatéraux classiques qui étaient mentionnés dans la doctrine. La structure du projet d'articles devrait être fondée sur la classification des actes, pour laquelle le critère des effets juridiques paraissait valable; cela n'exclurait pas, cependant, une analyse des effets de chaque acte unilatéral.

251. Pour ce qui était de la pratique des États, le Rapporteur spécial était d'avis que la jurisprudence en rendait compte dans une certaine mesure mais il reconnaissait la nécessité d'obtenir à ce sujet des éléments d'information supplémentaires. Il a indiqué à ce propos que le Groupe de travail envisageait d'établir un questionnaire invitant les États à fournir des renseignements supplémentaires sur leur pratique en matière d'actes unilatéraux.

252. En ce qui concerne les règles d'interprétation des actes unilatéraux, le Rapporteur spécial a réaffirmé qu'à son avis ces règles devaient s'appliquer à toutes les catégories d'actes unilatéraux et pouvaient donc être placées dans la partie générale du projet d'articles. Il a admis qu'il fallait distinguer entre la volonté déclarée et la volonté réelle d'un État mais a souligné que le premier critère était beaucoup plus favorable à la certitude et à la sécurité juridiques des relations juridiques internationales.

253. Quant au fait que les travaux préparatoires n'étaient pas nécessairement accessibles à tous les États autres que l'État auteur, et que les autres États pouvaient ainsi se trouver défavorisés, le Rapporteur spécial a suggéré de considérer lesdits travaux préparatoires comme faisant partie des circonstances dans lesquelles l'acte unilatéral a eu lieu.

4. Groupe de travail

254. À sa 2695^e séance, le 25 juillet 2001, la Commission a créé un groupe de travail à composition non limitée. Le Groupe de travail des actes unilatéraux de l'État, présidé par le

Rapporteur spécial, s'est réuni deux fois, les 25 juillet et 1^{er} août 2001. La Commission, à sa 2701^e séance, le 3 août 2001, a pris note du rapport oral du Président du Groupe de travail. Sur la recommandation du Groupe de travail, la Commission a prié le Secrétariat d'adresser aux gouvernements un questionnaire les invitant à fournir des informations supplémentaires sur leur pratique en matière de formulation d'actes unilatéraux et d'interprétation de tels actes.

CHAPITRE IX

Autres décisions et autres décisions et conclusions de la Commission

A. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission

255. À sa 2676^e séance, le 15 mai 2001, la Commission a constitué un groupe de planification pour la durée de la session¹²⁵⁶.

256. Le Groupe de planification a tenu trois séances. Il était saisi de la section F «Autres décisions et conclusions de la Commission» du résumé thématique des débats tenu à la Sixième Commission de l'Assemblée générale lors de sa cinquante-cinquième session¹²⁵⁷.

257. À sa 2695^e séance, le 25 juillet 2001, la Commission a pris acte du rapport oral du Groupe de planification.

258. Le Groupe de planification a considéré une proposition concernant les élections à la Commission du droit international. Le Groupe de planification n'a pas été en mesure de prendre une décision sur cette proposition cette année étant d'avis que cette question méritait un examen approfondi.

259. Ayant pris note du paragraphe 8 de la résolution 55/152 de l'Assemblée générale et, aux fins d'une utilisation plus efficace du temps, la Commission, sur recommandation du Groupe de planification, a décidé de donner la priorité, au cours de la première semaine de la première

¹²⁵⁶ Pour la composition du Groupe de planification, voir par. 5 ci-dessus.

¹²⁵⁷ Document A/CN.4/513.

partie de sa cinquante-quatrième session, à la nomination de deux rapporteurs spéciaux sur deux des cinq sujets inclus dans son programme de travail à long terme¹²⁵⁸.

260. En réponse à la demande de l'Assemblée générale figurant au paragraphe 13 de sa résolution 55/152, la Commission a fait des efforts afin de mettre en œuvre des mesures d'économie en organisant son programme de travail de manière à ce qu'elle puisse allouer la première semaine de la deuxième partie de sa session au Groupe de travail sur les commentaires des projets d'articles sur la responsabilité des États. Le Groupe de travail, présidé par M. Melescanu, était composé de 12 membres seulement de la Commission et a procédé à un examen préliminaire utile des commentaires sur le sujet de la responsabilité des États.

B. Date et lieu de la cinquante-quatrième session

261. La Commission a décidé de tenir une session de 10 semaines scindée en deux parties, qui aura lieu à l'Office des Nations Unies à Genève du 6 mai au 7 juin et du 8 juillet au 9 août 2002.

C. Coopération avec d'autres organes

262. À sa 2698^e séance, le 30 juillet 2001, M. Guillaume, Président de la Cour internationale de Justice, a pris la parole devant la Commission et l'a informée des activités récentes de la Cour et des affaires dont celle-ci est actuellement saisie. Un échange de vues a suivi. La Commission juge cet échange de vues permanent avec la Cour très utile et très fructueux.

263. Le Comité juridique interaméricain a été représenté à la présente session de la Commission par M. Gerardo Trejos Salas. M. Trejos Salas a pris la parole devant la Commission à sa 2673^e séance, le 4 mai 2001, et sa déclaration est consignée dans le compte rendu analytique de cette séance.

264. Le Comité européen de coopération juridique et le Comité de conseillers juridiques sur le droit international public du Conseil de l'Europe étaient représentés à la présente session de la Commission par M. Rafael Benítez. M. Benítez a pris la parole devant la Commission à sa 2700^e séance, le 2 août 2001, et sa déclaration est consignée dans le compte rendu analytique de cette séance.

¹²⁵⁸ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10), par. 729.*

265. L'Organisation consultative juridique afro-asiatique était représentée à la présente session de la Commission par son Secrétaire général, M. Wafik Kamil. M. Kamil a pris la parole devant la Commission à sa 2702^e séance, le 6 août 2001, et sa déclaration est consignée dans le compte rendu analytique de cette séance.

266. Le 2 août 2001, un échange de vues informel sur des questions d'intérêt mutuel a eu lieu entre les membres de la Commission et des membres des services juridiques du Comité international de la Croix-Rouge.

D. Représentation à la cinquante-sixième session de l'Assemblée générale

267. La Commission a décidé qu'elle serait représentée à la cinquante-sixième session de l'Assemblée générale par son Président, M. Peter C. Kabatsi.

268. En outre, à sa 2710^e séance, le 10 août 2001, la Commission a prié M. James Crawford, Rapporteur spécial pour le sujet «Responsabilité des États» d'assister à la cinquante-sixième session, conformément aux dispositions du paragraphe 5 de la résolution 44/35 de l'Assemblée générale.

E. Séminaire de droit international

269. Conformément à la résolution 55/152 de l'Assemblée générale, la trente-septième session du Séminaire de droit international s'est tenue au Palais des Nations du 2 au 20 juillet 2001, durant la présente session de la Commission. Le Séminaire s'adresse à des étudiants en droit international de niveau avancé et à de jeunes professeurs et fonctionnaires nationaux se destinant à une carrière diplomatique ou universitaire ou à la fonction publique dans leur pays.

270. Vingt-quatre participants de nationalités différentes, la plupart de pays en développement, ont pu participer à la session¹²⁵⁹. Les participants au Séminaire ont observé les séances plénières

¹²⁵⁹ Ont participé à la trente-septième session du Séminaire de droit international: Mme Minerva Acosta (République dominicaine), Mme Simona Alexova (Bulgarie), Mme Uma Sekkar Balasighamani (Inde), M. Alvaro Henry Campos Solorzano (El Salvador), Mme Sandra Charris Rebellon (Colombie), M. José Luis Fernandez Valoni (Argentine), Mme Tatyana Friedrich (Brésil), Mme Elana Geddis (Nouvelle-Zélande), Mme Tira Greene (Trinité-et-Tobago), Mme Idil Isil Gul (Turquie), Mme Xiaomei Guo (Chine), M. Guy Martial Hangui (Cameroun), M. Lauri Mälksoo (Estonie), M. Zéphyrin Maniratanga

de la Commission, assisté à des conférences organisées spécialement à leur intention et participé aux travaux des groupes de travail chargés de questions spécifiques.

271. Le Séminaire a été ouvert par le deuxième Président adjoint de la Commission, M. Enrique Candiotti. M. Ulrich von Blumenthal, juriste hors classe à l'Office des Nations Unies à Genève, était chargé de l'administration, de l'organisation et du déroulement du Séminaire.

272. Les conférences suivantes ont été données par les membres de la Commission: M. Victor Rodriguez-Cedeño: «Actes unilatéraux des États»; M. Ian Brownlie: «Les travaux de la Cour internationale de Justice»; M. Gerhard Hafner: «La Cour pénale internationale»; M. Bruno Simma: «Les droits de l'homme et la Commission du droit international»; M. Pemmaraju S. Rao: «Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international»; M. James Crawford: «Responsabilité des États».

273. Des conférences ont également été données par M. Georges Abi-Saab: «Le mécanisme de règlement des différends de l'OMC comparé à d'autres juridictions»; et M. Arnold Pronto, juriste adjoint, Bureau des affaires juridiques: «Les travaux de la Commission du droit international». Une journée a été consacrée à la visite du Centre européen de recherches nucléaires (CERN) à l'initiative de son Conseiller juridique, M. Jean-Marie Dufour. Le débat a porté sur des questions juridiques relatives au CERN. Les participants au Séminaire ont eu l'occasion d'assister à l'ouverture du débat de haut niveau du Conseil économique et social et d'entendre la déclaration du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

274. Les participants au Séminaire ont été affectés à l'un des trois groupes de travail au sein desquels ils ont pu étudier des sujets spécifiques sous la direction de membres de la Commission comme suit: «Les ressources naturelles partagées» (M. Hafner); «Protection diplomatique des sociétés» (M. Dugard); et «Responsabilité des organisations internationales et des États

(Burundi), M. Yuri Marchenko (Biélorus), M. Ivon Mingashang (Congo), M. Duc Phan Huu (Viet Nam), M. Rajesh Poudyal (Népal), M. Phenyio Rakate (Afrique du Sud), Mme Marie-Gisèle Ranampy (Madagascar), M. Ilia Ratchkov (Russie), M. Nouhoum Sangare (Mali), M. Barita Saragih (Indonésie), M. Stephan Wittich (Autriche). Un comité de sélection, placé sous la présidence de M. Georges Abi-Saab (professeur honoraire à l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève), s'est réuni le 9 mai 2001 et après avoir examiné 108 demandes de participation au Séminaire, a retenu 24 candidats.

membres» (M. Gaja). Chaque groupe a présenté ses conclusions au Séminaire. Les participants ont aussi été affectés à d'autres groupes de travail ayant comme tâche la préparation des discussions après chaque conférence et la soumission des rapports sommaires écrits sur chaque conférence. Une collection des rapports a été compilée et distribuée aux participants.

275. Les participants ont aussi eu l'occasion d'utiliser les installations de la Bibliothèque du Palais des Nations.

276. La République et Canton de Genève a offert son hospitalité traditionnelle aux participants, avec une visite guidée des salles de l'Alabama et du Grand Conseil, suivie d'une réception.

277. M. Peter C. Kabatsi, Président de la Commission, M. Ulrich von Blumenthal, au nom de l'Office des Nations Unies à Genève, et M^{me} Elana Geddis (Nouvelle-Zélande), au nom des participants, ont pris la parole devant la Commission et les participants à la fin du Séminaire. Chaque participant s'est vu remettre un certificat attestant sa participation à la trente-septième session du Séminaire.

278. La Commission a noté avec une satisfaction particulière que les Gouvernements de l'Allemagne, de l'Autriche, de la Finlande, du Royaume-Uni et de la Suisse avaient versé des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale des Nations Unies pour le Séminaire de droit international. Cette année, des bourses intégrales (couvrant à la fois les frais de voyage et les frais de subsistance) ont été attribuées à 16 participants et des bourses partielles (ne couvrant que les frais de subsistance ou de voyage) à 6 participants.

279. Sur les 831 participants, représentant 150 nationalités, qui ont pris part au Séminaire depuis 1965, date de sa création, 483 ont bénéficié d'une bourse.

280. La Commission souligne l'importance qu'elle attache aux sessions du Séminaire, qui donnent à de jeunes juristes, notamment de pays en développement, la possibilité de se familiariser avec ses travaux et avec les activités des nombreuses organisations internationales qui ont leur siège à Genève. La Commission recommande à l'Assemblée générale de lancer un nouvel appel aux États pour qu'ils versent des contributions volontaires afin d'assurer au Séminaire de l'an 2002 la plus large participation possible. Il convient de souligner que, comme il y a de moins en moins de contributions, les organisateurs du Séminaire ont dû cette année

puiser dans la réserve du Fonds. Si cette situation perdure, il est à craindre que les ressources du Fonds ne permettent plus d'accorder autant de bourses.

281. La Commission a noté avec satisfaction qu'en 2001, un service d'interprétation intégral avait été mis à la disposition du Séminaire. Elle a exprimé l'espoir que le Séminaire bénéficierait du même service à sa prochaine session, malgré les contraintes financières.
