

Document:-
A/CN.4/SR.2613

Compte rendu analytique de la 2613e séance

sujet:
<plusiers des sujets>

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
2000, vol. I

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

Organisation des travaux de la session

[Point 2 de l'ordre du jour]

5. Le PRÉSIDENT propose de suspendre la séance pour permettre au bureau élargi de se réunir afin d'examiner l'organisation des travaux de la session.

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

Nomination à des sièges devenus vacants (article 11 du statut) [A/CN.4/502 et Add.1 et 2]

[Point 1 de l'ordre du jour]

6. Le PRÉSIDENT annonce que, sur la recommandation du bureau élargi, la Commission doit dès à présent pourvoir deux sièges devenus vacants. Conformément à la pratique établie, il suspend la séance afin de tenir ces élections en séance privée.

La séance est suspendue à 16 h 45; elle est reprise à 17 heures.

7. Le PRÉSIDENT annonce que la Commission a élu M. Kamil Idris au siège laissé vacant à la suite du décès de Doudou Thiam et M. Djamchid Momtaz au siège devenu vacant à la suite de l'élection de M. Awn Al-Khasawneh à la CIJ. Au nom de la Commission, il les en informera et les invitera à prendre place au sein de la Commission.

Organisation des travaux de la session (suite)

[Point 2 de l'ordre du jour]

8. M. PELLET tient à renouveler sa désapprobation du fait que la CDI débute ses travaux un 1^{er} mai, jour où l'on célèbre une fête laïque et internationale reconnue partout ailleurs qu'en Suisse et à l'ONU. Cela est anormal dans la mesure où l'on impose à l'ONU des jours fériés qui n'ont rien à voir avec elle. Il s'élève aussi contre le fait qu'on lui ait remis un badge où figure le sigle anglais ILC, ce qui est une pratique inadmissible dans une organisation internationale sise dans un pays francophone, la Suisse.

La séance est levée à 17 h 10.

2613^e SÉANCE

Mardi 2 mai 2000, à 10 h 10

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby,

M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Illueca, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka.

Organisation des travaux de la session (suite)

[Point 2 de l'ordre du jour]

1. Le PRÉSIDENT rappelle qu'à sa séance précédente la Commission a adopté son programme de travail pour les deux semaines suivantes. Il invite les membres qui souhaiteraient participer au Comité de rédaction ou au Groupe de planification d'en informer les présidents respectifs de ces deux organes, MM. Gaja et Kamto. Le Comité de rédaction s'occupera dans un premier temps des projets d'articles sur la responsabilité des États.

Responsabilité des États¹ (A/CN.4/504, sect. A, A/CN.4/507 et Add.1 à 4², A/CN.4/L.600)

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

2. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), présentant son troisième rapport sur la responsabilité des États (A/CN.4/507 et Add.1 à 4), dit qu'une réunion informelle qui a eu lieu au début de l'année à Cambridge (Royaume-Uni) lui a permis d'avancer dans l'examen d'un certain nombre de questions, et il en sait gré aux participants. L'Association de droit international a mis sur pied un groupe d'étude sur la responsabilité des États dont le premier rapport est à présent disponible. Ce groupe était composé d'un certain nombre de juristes éminents, dont l'ancien rapporteur spécial sur le sujet, M. Gaetano Arangio-Ruiz.

3. Le troisième rapport marque le début du réexamen par la Commission de la deuxième partie du projet d'articles et comprendra deux nouvelles tranches. La première traitera du contenu exact de la réparation, de la restitution et de l'indemnisation, l'accent étant mis en particulier sur la question de savoir si les articles relatifs à l'indemnisation devraient être plus détaillés compte tenu des critiques formulées par les gouvernements. La deuxième portera sur ce qu'on peut appeler « les conséquences de la responsabilité », sur la possibilité que plusieurs États et pas seulement un État soient lésés et sur toutes les questions qui se sont posées à l'issue de l'examen des deux premières tranches du rapport. Le Rapporteur spécial réaffirme sa volonté et, il l'espère, celle de la Commis-

¹ Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), chap. III, sect. D, p. 62.

² Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

sion, d'achever la deuxième lecture du projet d'articles à la cinquante-troisième session, en 2001. À cette fin, le Comité de rédaction pourrait établir un texte, en laissant de côté la question du règlement des différends, avant la fin de la session en cours, de sorte que la Commission puisse procéder au toilettage de l'ensemble du texte et du commentaire à sa prochaine session : programme certes ambitieux, mais néanmoins réalisable.

4. Dans la section A du chapitre premier du rapport, il est fait mention de quatre questions laissées en suspens qui se rapportent à la première partie : la responsabilité des États pour violation d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble (art. 19), la formulation d'un article sur l'épuisement des recours internes (art. 22) ainsi que d'un article sur les contre-mesures (art. 30), et l'inclusion éventuelle d'une autre circonstance excluant l'illégalité, à savoir l'exception d'inexécution. Ces quatre questions se rapportent aussi à la deuxième partie et ne pourront être réglées tant qu'il n'aura pas été pris de décision sur certains aspects de la deuxième partie. Dans un certain nombre de cas, notamment au paragraphe 4 de l'article 42, des éléments de la première partie sont repris dans la deuxième partie. Cela est inutile et amène à se demander si les principes posés dans la première partie relatifs à la violation d'obligations internationales sont applicables aux obligations internationales énoncées dans la deuxième partie. Il faut supposer cependant qu'ils le sont.

5. Le rapport traite de deux questions étroitement liées entre elles : le contenu du chapitre premier de la deuxième partie (Principes généraux) et la structure et l'approche globales du reste du projet d'articles. Outre les principes généraux, la deuxième partie contient des dispositions sur les droits de l'État lésé, les contre-mesures et les conséquences des crimes internationaux. La troisième partie porte sur le règlement des différends. Il a été décidé provisoirement de ne pas établir de lien entre l'adoption de contre-mesures et le règlement des différends. Il faudrait donc laisser la troisième partie de côté pour l'instant. Une fois l'ensemble du projet adopté, on pourra examiner les questions du règlement des différends en général et de la forme que prendra le projet. Si celui-ci n'est pas soumis à l'Assemblée générale sous forme de convention, il ne sert manifestement à rien d'y insérer des dispositions sur le règlement des différends. Le Rapporteur spécial n'est pas certain que de telles dispositions soient acceptables, étant donné que le texte porte littéralement sur l'ensemble des obligations des États.

6. Les alinéas *b* et *c* du paragraphe 7 du rapport rendent compte des difficultés qu'il a rencontrées, en tant que juriste spécialiste de *common law*, lors de l'examen des éléments de la deuxième partie. En *common law*, ces éléments sont réputés faire partie du droit des recours et sont formulés en grande partie en termes de pouvoirs ou de fonctions des tribunaux. Le projet d'articles est, lui, formulé en termes d'obligations et de prérogatives des États concernés, conformément à l'approche traditionnellement adoptée en droit international, selon laquelle le règlement judiciaire est fonction du consentement des États. Selon cette approche, les articles devraient être formulés en termes de droits catégoriques, ou alors l'expression « le cas échéant » devrait être insérée dans tout le texte. Cette formulation maladroite a suscité des critiques des gouverne-

ments représentant diverses traditions juridiques au motif que les articles étaient soit trop rigides soit si vagues qu'ils manquaient de contenu. Il n'est pas possible de remédier au problème maintenant mais il faudra y songer lors des travaux de rédaction à venir.

7. Les paragraphes 8 et 9 du rapport énoncent les raisons pour lesquelles il convient d'améliorer la structure de la deuxième partie et contiennent des suggestions à cette fin. Le titre actuel « Contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale » n'est pas immédiatement compréhensible pour la majorité des juristes internationaux et pourrait être remplacé par la formule « Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État », qui est plus simple et conforme à la doctrine traditionnelle de la responsabilité des États en tant que conséquence juridique secondaire découlant d'une violation.

8. Le chapitre premier de la deuxième partie est intitulé « Principes généraux » mais n'en énonce aucun. Il faudrait donc en insérer quelques-uns, comme dans le chapitre premier de la première partie. Il faudrait aussi inclure un chapitre sur les trois formes de réparation : restitution, indemnisation et satisfaction. La cessation, qui figure actuellement dans le chapitre II de la deuxième partie, n'est pas une forme de réparation et devrait être traitée dans la première partie en tant que principe général, parallèlement à un principe général de réparation. Cela permettrait d'expliquer dans le chapitre II de la deuxième partie en quoi consistent la restitution, l'indemnisation et la satisfaction, sans nécessairement préciser comment choisir entre les trois. Selon la tradition établie par l'arrêt relatif à l'affaire de l'*Usine de Chorzów (compétence)*, l'obligation fondamentale de l'État auteur du fait illicite est traitée comme une obligation de réparer. Le contenu de ce principe général varie en fonction des circonstances ou de la faute concomitante de l'État victime. Le Rapporteur spécial se propose également d'examiner dans la deuxième tranche de son rapport la question des situations impliquant plusieurs États lésés ou plusieurs États responsables dans le cadre du même fait internationalement illicite.

9. Il faudrait envisager d'inclure deux autres parties. L'une d'elles, le Rapporteur spécial en est fermement convaincu, devrait être une quatrième partie contenant des dispositions générales et, notamment, la disposition relative à la *lex specialis*. Une autre proposition, plus controversée, serait d'établir une distinction entre les conséquences juridiques pour l'État responsable d'un fait internationalement illicite et l'invocation de ces conséquences par la victime principale de la violation ou, dans certaines circonstances, par d'autres États. Cette distinction dissiperait une partie de la confusion créée par l'article 40. Le Rapporteur spécial propose en conséquence d'insérer une deuxième partie *bis* qui serait intitulée « Mise en œuvre de la responsabilité des États ». Au tout début de ses travaux, le Rapporteur spécial Ago a eu la même idée, considérant que cette partie pourrait couvrir également la protection diplomatique, qu'il voyait comme un moyen permettant à un État d'invoquer la responsabilité d'un autre État pour le dommage causé à l'un de ses nationaux.

10. L'article 40 traite de la question générale de savoir qui est habilité à réagir en cas de violation mais il le fait

d'une manière qui est loin d'être satisfaisante. La Convention de Vienne sur le droit des traités (ci-après dénommée « Convention de Vienne de 1969 ») traite de la perte du droit d'invoquer un motif de mettre fin à un traité ou d'en suspendre l'application. Si l'on suit un raisonnement analogue, il est justifié d'inclure dans une deuxième partie *bis* un article sur la perte du droit d'invoquer la responsabilité. Encore une fois, les contre-mesures peuvent être considérées comme une forme d'invocation de la responsabilité. La raison pour laquelle elles sont prises contre un État est que celui-ci a refusé de reconnaître sa responsabilité et de mettre fin à son comportement illicite. Les contre-mesures relèvent par conséquent davantage de la mise en œuvre de la responsabilité que des formes de réparation. En outre, on peut dire que l'article 19 traite en général de la question de l'invocation d'une responsabilité envers la communauté internationale dans son ensemble.

11. Pour ces raisons, le Rapporteur spécial propose que les articles de fond dont il reste à traiter présentent la structure indiquée au paragraphe 10 de son rapport. Cette proposition n'est en aucun cas définitive et vise simplement à faciliter la discussion. L'article 40 mêle un grand nombre de questions et la structure proposée vise à les démêler.

12. En ce qui concerne la deuxième partie, qui serait intitulée « Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État », le Rapporteur spécial sait gré à M. Pellet des propositions qu'il a formulées à la réunion de Cambridge. Quatre principes généraux peuvent être énoncés dans un chapitre premier de la deuxième partie : le principe selon lequel un fait internationalement illicite entraîne des conséquences juridiques; le principe général de la réparation actuellement énoncé à l'article 42; la question de la cessation; et les questions soulevées dans le cadre de l'article 40.

13. Le paragraphe 1 de l'article 36 est une simple disposition introductive formelle sur la responsabilité internationale des États. Aucun gouvernement ne l'a jugée superflue, et comme M. Brownlie l'a fait observer, des articles de liaison sont parfois nécessaires. Le principe général de la réparation est en revanche une question plus complexe. Il est formulé dans l'ensemble du projet d'articles en tant que droit de l'État lésé. La France a suggéré de commencer par l'idée que toute responsabilité est la responsabilité d'un État auteur d'un fait illicite envers un État lésé³. Le Rapporteur spécial Ago était favorable à ce que l'on traite la responsabilité comme quelque chose découlant de la violation d'une obligation par un État et à ce que l'on n'envisage les conséquences de la responsabilité que lorsque l'obligation aurait été définie⁴. Autrement dit, la notion d'État lésé pourrait être introduite au tout début ou à la fin d'une construction logique alors que l'article 40 l'évoque en plein milieu, sans aucun raisonnement conséquent. Cela crée de graves problèmes.

14. En outre, dans le cadre de la responsabilité à l'égard de plusieurs États ou de la communauté internationale dans son ensemble, l'identification des droits d'un État lésé implique que cet État lésé soit le seul État impliqué.

La Commission a dit qu'elle ne « bilatéralisait » pas simplement les obligations multilatérales, mais c'est précisément ce qu'elle a fait, parce qu'elle n'a pas tenu sa promesse initiale et qu'il en résulte un texte totalement incohérent à cet égard. Le Rapporteur spécial se propose de l'arranger, non pas « à la manière française », mais « à la manière Ago », autrement dit, en maintenant le concept fondamental de responsabilité consacré dans le chapitre premier de la première partie et en le reprenant dans la deuxième partie, laissant les questions de l'invocation pour la troisième partie. En l'état actuel, le projet d'articles ne résout pas le problème qu'il a soulevé en traitant des obligations multilatérales à l'article 40 et en les attribuant individuellement à tel ou tel État, créant ainsi une situation intolérable. La victime principale d'une violation des droits de l'homme en vertu de l'article 40, tel qu'il est actuellement libellé, peut accepter une indemnisation et considérer l'affaire comme classée; néanmoins, d'autres États sont habilités à intervenir au moyen de contre-mesures. Comme un certain nombre de gouvernements l'ont déjà fait remarquer, cela ne peut pas être vrai. Le Rapporteur spécial propose de régler le problème en traitant des principes généraux dans la deuxième partie et du contenu de la réparation dans le chapitre II de celle-ci et de les formuler en termes d'obligation de l'État identifié dans la première partie, c'est-à-dire l'État responsable. Ce faisant, on ne perd rien en contenu et on gagne beaucoup en remettant à plus tard la question de savoir qui peut faire quoi par rapport à cet État. Que cela fasse l'objet d'une section ultérieure de la deuxième partie ou de la deuxième partie *bis* qu'il propose n'a guère d'importance. L'élément analytique est essentiel : il est nécessaire soit de commencer par l'idée que la responsabilité est engagée vis-à-vis d'un autre État soit de reprendre l'idée d'Ago que la responsabilité existe en droit eu égard à une violation, concept consacré dans les projets d'articles 1 et 3, et de la mener jusqu'au bout, du moins jusqu'aux conséquences immédiates de la violation. C'est ce qu'il faut faire à la fois pour l'obligation de réparation en général et pour l'obligation de cessation.

15. Le Rapporteur spécial a estimé que le principe général de la réparation devrait être formulé en tant qu'obligation de l'État ayant commis le fait internationalement illicite de réparer, sous une forme appropriée, les conséquences de ce fait. Un certain nombre de questions se posent pour ce qui est de donner effet à ce principe général, qui est naturellement déjà contenu dans l'énoncé d'un droit reconnu à un État lésé au paragraphe 1 de l'article 42. Le premier problème a trait au lien de causalité. Le Rapporteur spécial Arangio-Ruiz a eu des idées très arrêtées sur le sujet, qui sont exprimées dans le commentaire de l'article 42⁵; il a fait valoir que si les conséquences particulières d'un fait illicite découlent également d'autres circonstances et qu'il y a donc des causes concomitantes, l'État ne devrait être responsable de la perte que jusqu'à un certain point. Personnellement, Le Rapporteur spécial ne souscrit pas à ce point de vue. Un État est responsable des conséquences directes ou immédiates de son comportement. Certes, il est difficile de préciser quel adjectif doit être utilisé dans ce contexte. Les différents systèmes juridiques utilisent des termes différents mais ils font tous la

³ Voir *Annuaire... 1998*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/488 et Add.1 à 3.

⁴ Deuxième rapport (*Annuaire... 1970*, vol. II, doc. A/CN.4/233, par. 46, p. 206).

⁵ Voir le paragraphe 6 du commentaire de l'article 6 *bis*, *Annuaire... 1993*, vol. II (2^e partie), p. 61.

distinction entre les conséquences qui découlent directement d'un fait illicite et le sous-produit à long terme, les conséquences survenues par inadvertance, liées au comportement de l'homme en général.

16. Le Rapporteur spécial ne voit aucune raison de s'écarter de la tradition qui envisage ainsi la question du lien de causalité et il propose dans le projet d'article une formulation simple à cette fin, gardant à l'esprit la mise en garde lancée par un juriste, selon lequel la solution du problème réside non pas dans une formulation donnée mais uniquement dans l'application des règles particulières aux faits particuliers. Il est clair cependant que le caractère indirect ou direct du préjudice ou du dommage, comme on veut l'appeler, pose effectivement un problème. L'article doit être convenablement formulé et le commentaire modifié en conséquence. Il existe naturellement des cas dans lesquels il y aurait pour ainsi dire intervention du droit, qui dirait que seules certaines conséquences pourraient découler de types particuliers de violation et serait peut-être beaucoup plus sévère pour d'autres types de violation. Il faut incorporer ce concept dans l'article général.

17. Le paragraphe 3 de l'article 42 libellé comme suit : « En aucun cas la réparation n'a pour effet de priver une population de ses propres moyens de subsistance » a été inclus dans le projet parce que le précédent rapporteur spécial était préoccupé par les conséquences trop pénales pour les États auteurs de faits illicites. Cette préoccupation se reflète dans certaines des dispositions sur la restitution. Par exemple, lorsque la restitution est une charge trop lourde par rapport à l'avantage qu'en tirerait l'État lésé, il n'y a pas d'obligation de restitution. Il y a ainsi des moyens de résoudre le problème du caractère trop pénal de la réparation dans les articles pertinents. Le précédent rapporteur spécial a cependant estimé qu'il fallait aussi une disposition de caractère général. Le libellé du paragraphe 3 de l'article 42 a été vivement critiqué par les gouvernements. Un seul pays, l'Allemagne, l'a appuyé, pour des raisons historiquement compréhensibles. Ces critiques semblent justifiées. La situation de l'État responsable pourrait bien influencer sur la forme que pourrait revêtir la réparation, le moment où elle a lieu et ses modalités. De plus, dans les cas extrêmes comme dans l'affaire de l'*Indemnité russe*, un État pourrait être contraint de différer l'indemnisation jusqu'à ce qu'il soit en mesure de verser les sommes dues. Mais, mis à part le cas des réparations exigées à la fin de la première guerre mondiale, qui ont été un fiasco, il n'existe aucun précédent qui justifie de prévoir une garantie de ce genre. En outre, l'inclusion d'une telle garantie crée d'énormes problèmes. En principe, la réparation oblige un État à restituer quelque chose qui, par définition, ne constitue pas ses propres moyens de subsistance mais ceux d'un autre État, c'est-à-dire le territoire ou les biens d'un autre État. Les questions qui pourraient surgir pourraient être couvertes dans le cadre des modalités.

18. Pour ces raisons, le Rapporteur spécial propose de supprimer le paragraphe 3 de l'article 42 et de traiter des problèmes soulevés dans le contexte des formes spécifiques de réparation dans le chapitre II. Le principe général, tel qu'il est énoncé dans l'arrêt relatif à l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, est que l'État responsable doit réparer les conséquences de son fait illicite et, dans la mesure où il est implicitement entendu qu'il s'agit de dommages « directs et pas trop éloignés », il n'y a aucune raison de craindre

que cette obligation priverait cet État de ses propres moyens de subsistance. Il est réglé chaque année dans le contexte d'arrangements internationaux des problèmes d'endettement des États beaucoup plus importants que ceux qui sont liés aux réparations. Manifestement, le paragraphe 3 de l'article 42 crée plus de problèmes qu'il n'en résout.

19. Conformément au paragraphe 4 de l'article 42, l'État qui a commis le fait internationalement illicite ne peut invoquer les dispositions de son droit interne pour s'abstenir de réparer intégralement. Mais cette idée a déjà été exprimée à l'article 4 du projet et le Rapporteur spécial propose par conséquent, au paragraphe 119 de son rapport, d'énoncer un principe général dans le chapitre premier de la deuxième partie, soit aux paragraphes 1 et 2 de l'article 37 *bis*.

20. Le principe général de la cessation apparaît sous deux formes légèrement différentes au paragraphe 2 de l'article 36 et à l'article 41. Le Rapporteur spécial approuve l'idée sous-jacente au projet que ces deux formes sont liées entre elles et devraient figurer dans un seul article mais il penche pour une formulation légèrement différente.

21. La première question qui se pose est celle de la conséquence de la violation de l'obligation principale. Il n'y a pas d'obligation de cessation du comportement si l'obligation principale a cessé d'exister et, dans certaines circonstances, dont la plus manifeste est la violation substantielle d'un traité bilatéral dont l'autre État se sert pour mettre fin au traité, les questions de cessation ne se posent pas. Il faut l'indiquer sous forme d'une clause de sauvegarde, mais c'est un point important.

22. Pour ce qui est de la question plus positive de la cessation (art. 41), peu d'États se sont plaints de cette disposition. Mais certains auteurs ont émis l'avis que la cessation est réellement la conséquence de l'obligation principale, et non pas une conséquence secondaire de la violation, et n'a donc pas sa place dans le projet. Le Rapporteur spécial a essayé d'expliquer au paragraphe 50 de son rapport pourquoi il ne souscrit pas à ce point de vue. La question de la cessation ne peut se poser que s'il y a eu violation. Ce n'est peut-être pas tout à fait une conséquence secondaire au même titre que la réparation, mais c'est une conséquence d'une violation. En outre, il existe un lien entre la cessation et les autres conséquences de la violation, par exemple – mais pas seulement – pour ce qui est des contre-mesures. Deuxièmement, et c'est le plus important, dans la majorité des affaires mettant en jeu la responsabilité des États qui soulèvent des questions dans le contexte du projet d'articles, le souci premier de l'État n'est pas tant l'indemnisation qui découlerait de la violation que la cessation du fait illicite et le rétablissement de la relation juridique à laquelle la violation a porté atteinte. C'est pourquoi les réparations sous forme de déclarations ont joué un rôle aussi important dans les affaires mettant en cause la responsabilité des États. En n'incluant pas dans le projet une disposition relative à la cessation, on risque de donner une représentation erronée de la réalité de la responsabilité des États.

23. Reste la question du libellé. La France a proposé une formulation que le Rapporteur spécial a reproduite au

paragraphe 52 de son rapport. Aux fins de la discussion, il a suggéré un libellé quelque peu différent qui tient compte du fait que la question de la cessation ne peut se poser que si l'obligation principale existe toujours. C'est le texte de l'article 36 *bis* qui figure au paragraphe 119 de son rapport. Le principe général de la cessation doit être énoncé en premier parce que, logiquement, la cessation vient avant la réparation : il y aura des cas où une violation sera portée à l'attention de l'État responsable qui cessera immédiatement le comportement incriminé et l'affaire en restera là. Le Rapporteur spécial a formulé l'obligation de cessation par rapport au concept de fait illicite continu, maintenu à juste titre dans la première partie du projet.

24. La deuxième question à examiner est celle des assurances et garanties de non-répétition, que le Rapporteur spécial Arangio-Ruiz a traitées comme une sorte de conséquence *sui generis* de la violation, conscient que ce n'est pas exactement une question de réparation parce que, par définition, on parle de l'avenir et non du passé. L'idée de M. Arangio-Ruiz de distinguer les assurances et garanties de non-répétition des autres conséquences est extrêmement utile. Les conséquences d'un fait internationalement illicite sont essentiellement de deux types, celles qui sont tournées vers l'avenir et celles qui sont tournées vers le passé. La conséquence tournée vers l'avenir, c'est la cessation et les assurances et garanties de non-répétition, ce qui implique dans les deux cas, bien sûr, que l'obligation est maintenue. L'autre conséquence, c'est la réparation, c'est-à-dire le fait de remédier au dommage causé par la violation. C'est une façon cohérente d'aborder la question, et il est tout aussi approprié d'inclure les assurances et garanties dans un article portant sur la cessation. Après tout, un État qui cherche à obtenir la cessation veut avoir des assurances que la relation juridique à laquelle la violation a porté atteinte a été rétablie. Deux conditions doivent être réunies : premièrement, que la violation cesse et deuxièmement, s'il y a lieu, que des garanties de non-répétition soient données. La relation juridique est alors rétablie, sans préjudice des questions de réparation découlant de la violation.

25. Dans certains cas, les assurances et garanties exigées sont extrêmement rigoureuses alors que dans d'autres de simples promesses ou engagements sont jugés suffisants. Bien qu'il ait initialement critiqué cette imprécision, le Rapporteur spécial ne voit pas d'autre solution que d'utiliser le mot « appropriées » et d'inclure le membre de phrase : « d'offrir des assurances et des garanties de non-répétition ».

26. Il convient avec la France que les articles 37 et 39 sont des clauses de sauvegarde qui pourraient figurer dans une partie générale, mais pas dans l'article 38, qui traite d'autres conséquences d'une violation et devrait rester là où il est, si l'on veut qu'il ait un sens. L'article 38 signifie qu'il existe des règles précises, en droit conventionnel ou en droit international coutumier, qui régissent les conséquences d'une violation spécifique. Naturellement, ces règles s'appliquent mais dans le cadre du principe de la *lex specialis*; il n'est pas nécessaire que l'article 38 le précise. Une autre idée implicite dans l'article 38 est qu'il existe d'autres conséquences générales d'une violation au regard du droit international qui ne sont pas énoncées dans les dispositions de cette partie. La Sixième Commission dira probablement que, si au bout de 40 ans la Commission ne sait

toujours pas quelles sont ces conséquences, alors l'article 38 est peut-être inutile. Dans le commentaire, il est fait état de deux conséquences d'un fait illicite mais aucune n'a de rapport avec le sujet de la responsabilité. Si la Commission peut déterminer avec précision d'autres conséquences d'un fait internationalement illicite dans le cadre de la responsabilité des États, elle pourrait alors essayer d'indiquer en quoi elles consistent. Le seul argument en faveur du maintien de l'article 38 est le principe général de droit énoncé dans la maxime *ex injuria jus non oritur*, selon lequel lorsqu'un État a commis un fait illicite il ne peut invoquer ce fait pour se sortir d'une situation particulière. Ce principe général de droit peut avoir des conséquences dans différentes situations. La CIJ a cité ce principe dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* pour tirer une conséquence du fait que la Hongrie ne pouvait mettre fin à un traité bilatéral qui avait été violé. Les conséquences particulières que la Cour a tirées dans cette affaire entraient dans le cadre de l'extinction des traités plutôt que de la responsabilité, mais on peut concevoir que des obligations juridiques puissent naître dans des contextes spécifiques sous l'effet du principe *ex injuria jus non oritur*. Cela pourrait en conséquence être une raison de maintenir l'article 38 et de fournir une explication plus convaincante à son sujet dans le commentaire. Le Rapporteur spécial propose néanmoins de mettre provisoirement l'article 38 entre crochets, dans l'espoir que la Commission le supprimera une fois pour toutes.

27. En ce qui concerne l'article 40, on ne peut pas simplement définir l'expression « États lésés ». Il faut l'envisager dans le contexte du projet dans son ensemble pour déterminer quelles seront les conséquences de son inclusion. Tout État lésé a le droit d'obtenir restitution, indemnisation et satisfaction et de prendre des contre-mesures mais, curieusement, pas d'exiger la cessation; il y a toutefois des raisons de distinguer entre la cessation et la réparation dans les cas où une pluralité d'États sont lésés.

28. L'article 40 donne l'impression que l'on a avancé toute une série de concepts sans même chercher à déterminer comment ils sont liés entre eux. Ainsi, il paraît extraordinaire de dire que tous les États sont lésés par une violation d'une obligation relative aux droits de l'homme, puis d'ajouter les crimes internationaux à la fin. Les dispositions du paragraphe 3, comme l'a fait observer un État, sont totalement inutiles dans le contexte de l'article 40, car, en cas de crime international tel qu'il est défini, d'autres conditions prévues à l'article 40 auront déjà été satisfaites.

29. Il y a essentiellement deux manières d'envisager l'article 40. L'une d'elles, proposée par un ancien membre de la Commission, M. Balanda, est exposée dans une note relative au paragraphe 68 du rapport⁶. C'est une définition très simple et elle aurait pour effet de renvoyer aux règles primaires ou au fonctionnement général du droit international toutes les questions en rapport avec l'identification de personnes lésées. Cela aurait été une version assez

⁶ M. Balanda a présenté l'argumentation selon laquelle : « Plutôt que d'examiner tous les cas dans lesquels un État est considéré comme lésé, au risque d'oublier des hypothèses, la Commission pourrait définir l'État lésé comme étant celui qui a subi un préjudice matériel ou moral résultant d'un fait internationalement illicite imputable à un autre État. » (*Annuaire...* 1984, vol. I, 1867^e séance, par. 9, p. 321).

extrême de la distinction entre règles primaires et règles secondaires, mais qui serait défendable. L'autre solution aurait été d'essayer d'expliquer plus précisément comment fonctionne la responsabilité lorsque le dommage a été causé à une pluralité d'États ou à la communauté internationale dans son ensemble. Le problème est que l'article se situe malheureusement entre les deux. Le Rapporteur spécial propose ce qui est au fond la formule de M. Balanda pour les obligations bilatérales et une formule plus élaborée et plus argumentée pour les obligations multilatérales. S'agissant des obligations bilatérales, M. Balanda a eu absolument raison, et les dispositions assez compliquées qui figurent aux alinéas *a*, *b*, *c* et *d* du paragraphe 2 de l'article 40 sont inutiles; le droit international dira quand les obligations bilatérales sont applicables. La Commission pourrait simplement indiquer que, lorsqu'un État a une obligation à l'égard d'un autre État, cet autre État est alors lésé par la violation de cette obligation. Le véritable problème se pose dans le contexte des obligations multilatérales, pas tant de plusieurs obligations de même teneur à l'égard de plusieurs États que d'une obligation unique à l'égard d'un groupe d'États, de tous les États ou de la communauté internationale dans son ensemble. Cette catégorie fait l'objet des alinéas *e* et *f* du paragraphe 2 et du paragraphe 3 de l'article 40 sans qu'aucune distinction ne soit établie entre elles et les autres. C'est là qu'on n'a pas fait le tri entre les divers concepts.

30. La première chose à noter, c'est que jusqu'à une date récente on aurait eu des raisons crédibles d'affirmer que même si un groupe d'États pourrait en un sens être bénéficiaire d'obligations, en cas de violation de celles-ci, les conséquences sont toujours bilatérales. Si tel est le cas, alors l'approche proposée par M. Balanda pour la définition figurant dans l'article 40 est la bonne. Fait étonnant, même M. Ouchakov a adopté cette position⁷, bien que l'Union soviétique ait toujours appuyé la notion de crimes d'État. Mais, de l'avis du Rapporteur spécial, cette approche n'est plus possible, pour plusieurs raisons.

31. Premièrement, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la CIJ a déclaré catégoriquement qu'il existe des obligations envers la communauté internationale dans son ensemble. Il ne s'agit pas d'obligations envers un État particulier en tant que tel, même si cet État fait partie de la communauté internationale et est en droit d'invoquer la responsabilité. Ce sont plutôt des obligations envers une collectivité. Et le dilemme essentiel est que, même si ces obligations sont dues en un sens à une collectivité, il n'existe pas d'entité collective. Dans son opinion dissidente concernant l'avis consultatif dans l'affaire de la *Namibie*, le juge Fitzmaurice a fait observer que la communauté internationale dans son ensemble n'est pas une entité juridique distincte, et que nul n'est autorisé à agir en son nom à des fins générales. Aucun organe ne personnifie la communauté internationale au sens où, par exemple, l'Attorney-General personnifie l'intérêt général dans les systèmes de *common law*.

32. Ce qu'il faut, c'est trouver un équivalent dans le contexte où les États ne peuvent pas agir ou n'agissent pas effectivement de façon valable et collective. Pour ce faire, il faut distinguer tout d'abord entre la victime principale de

la violation et les intérêts juridiques d'autres États. C'est précisément ce qu'a fait la Cour dans l'avis consultatif dans l'affaire de la *Namibie*, immédiatement après avoir rendu son arrêt relatif à l'affaire de la *Barcelona Traction* : elle a fait observer que la violation en l'espèce, sur laquelle elle avait refusé de se prononcer en 1966, était une violation de l'obligation à l'égard du peuple du Sud-Ouest africain plutôt qu'à l'égard d'un État. Dans l'affaire du *Sud-Ouest africain (deuxième phase)*, la Cour a dit que, dans les circonstances, elle n'était pas prête à considérer que deux autres États africains étaient en droit d'invoquer la responsabilité de l'Afrique du Sud au sujet de cette violation. Toutefois, elle n'a pas dit qu'il leur était juridiquement impossible de le faire; elle a simplement dit que, sur la base de l'interprétation d'une disposition juridictionnelle datant de 1920, ce droit ne leur avait pas été accordé. Aussi déplorable que cela puisse être, la décision rendue dans cette affaire a simplement été une décision sur l'interprétation d'une disposition juridictionnelle particulière. Cela étant, et compte tenu du développement ultérieur du droit international, le point de droit que la Cour devait résoudre dans l'affaire du *Sud-Ouest africain (deuxième phase)* peut être mis totalement de côté. Ce qui ressort clairement de décisions ultérieures, c'est qu'il est possible de reconnaître que des États ont un intérêt juridique dans l'exécution, c'est-à-dire le droit d'invoquer la responsabilité, sans être eux-mêmes lésés par la violation. Ce n'est pas une simple distinction théorique et cela fait une énorme différence. Il est dit dans la première partie que l'illicéité est exclue lorsque le consentement a été valablement donné. Mais il est parfaitement clair que le consentement de l'Éthiopie et du Libéria ne pouvait exclure l'illicéité : ils agissaient pour ainsi dire dans l'intérêt général dans le cadre d'une violation; ce n'était pas leur droit qui était en jeu. Tout système cohérent de responsabilité des États qui va au-delà de la « formule Balanda », en cherchant à régler ces questions plutôt qu'en les renvoyant ailleurs, devra établir cette distinction.

33. Quant à la reformulation de l'article 40, la Commission devrait s'inspirer le plus possible de l'expérience juridique existante, et en premier lieu de l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969, qui constitue une tentative antérieure de la Commission, premièrement, pour distinguer entre les traités bilatéraux et multilatéraux du point de vue de leurs conséquences juridiques et, deuxièmement, pour déterminer, dans le domaine des traités multilatéraux, quelles conséquences pourrait avoir une violation. Au cours de cet exercice, la Commission s'est préoccupée, non pas des conséquences d'une violation dans le domaine de la responsabilité, mais des conséquences en termes d'octroi aux États individuellement du droit de réagir, par exemple en suspendant l'application d'un traité. La Convention de Vienne, qui a été adoptée avant l'arrêt relatif à la *Barcelona Traction*, opère une distinction entre deux types d'affaires : celles dans lesquelles un État partie particulier est spécialement atteint par une violation; et celles dans lesquelles la violation substantielle des dispositions par l'une des parties modifie radicalement la situation de chacune des parties quant à l'exécution de ses obligations – ce qu'on peut appeler les « obligations intégrales ».

34. L'article 60 de la Convention de Vienne de 1969 ne concerne que la violation substantielle – la violation qui

⁷ Voir *Annuaire...* 1985, vol. I, 1929^e séance, par. 47, p. 300.

donne lieu à l'extinction ou à la suspension de l'application d'un traité. La Commission se préoccupe à présent, non pas simplement de la violation substantielle, mais de toute violation. Il y a lieu de noter également que la violation d'une obligation intégrale en soi porte atteinte à tous les États parties. Il est clair que de telles obligations peuvent exister. Par exemple, en vertu d'un traité régional de désarmement, l'engagement pris par chaque État de ne pas acquérir d'armes particulières est subordonné au fait qu'aucun des autres États ne le fera. Si un État acquiert de telles armes, tous les autres États sont atteints *ipso facto*, pas spécialement mais également. La notion d'obligations intégrales établie par Fitzmaurice en tant que rapporteur spécial sur le droit des traités semble donc avoir son utilité.

35. Il faut aussi envisager dans le cadre de la formulation de l'article 40 la situation où tous les États parties à une obligation sont reconnus comme ayant un intérêt juridique. Selon la disposition pertinente de l'article 40, cela doit être expressément stipulé et être limité aux traités multilatéraux. Le Rapporteur spécial ne voit pas pourquoi il faudrait que ce soit expressément stipulé : il faut que ce soit clair mais cela pourrait être manifestement implicite. Il ne voit pas non plus pourquoi ce ne serait pas une obligation au regard du droit international général. Une règle générale du droit international – par exemple, le respect de la liberté de la haute mer – pourrait refléter exactement le même intérêt que la disposition équivalente de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

36. En conséquence, s'agissant des obligations bilatérales, il faudrait simplement une disposition unique établissant que, aux fins du projet d'articles, un État est lésé par le fait internationalement illicite d'un autre État s'il est individuellement le bénéficiaire de l'obligation violée. C'est en fait « l'approche Balanda » appliquée aux obligations bilatérales.

37. Il convient de noter au passage que, même lorsqu'il s'agit d'obligations normalement considérées comme bilatérales, d'autres États peuvent avoir un intérêt dans leur exécution. Par exemple, l'immunité diplomatique est normalement considérée comme une relation purement bilatérale entre l'État accréditant et l'État accréditaire et ces États sont tout à fait libres de modifier le contenu de la relation en abolissant les immunités de leurs diplomates s'ils le souhaitent. Il existe cependant des exemples d'autres États exprimant leur préoccupation devant de graves violations de l'immunité diplomatique. Il n'est donc pas nécessaire d'abolir le concept de violations purement bilatérales du droit international. On pourrait néanmoins faire observer dans le commentaire que, même dans le contexte d'une obligation bilatérale, la possibilité existe d'échanges diplomatiques informels dans l'intérêt de l'exécution.

38. Pour ce qui est des obligations multilatérales, auxquelles la Commission s'est attaquée dans le paragraphe 2 de l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969, la suspension de l'application des traités et la responsabilité des États sont naturellement deux choses très différentes. Toutefois, il serait très étrange qu'un État qui est spécialement atteint par une violation d'une obligation internationale à laquelle il est partie, ou qui est partie à une obligation intégrale violée, puisse suspendre l'exécution de l'obligation mais ne puisse pas en exiger l'exécution, à savoir la cessa-

tion de la violation. La responsabilité des États consiste à exiger l'exécution et à accepter les conséquences de la non-exécution. Par conséquent, l'article 40 devrait viser au moins les mêmes situations que le paragraphe 2 de l'article 60 de la Convention, étant entendu que la notion de violation « substantielle » est particulière à cette convention. On est ainsi fondé à adopter trois catégories distinctes d'obligations multilatérales. La première catégorie est celle énoncée dans l'arrêt relatif à la *Barcelona Traction*, à savoir les obligations envers la communauté internationale dans son ensemble. Malheureusement, les auteurs ont tendance à banaliser cette catégorie. En fait, une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble est une obligation unique à l'égard de cette communauté, non pas plusieurs obligations individuelles mineures envers des États particuliers. Si une obligation particulière est réputée dérogeable, comme c'est le cas entre deux États, on peut fortement en conclure qu'il ne s'agit pas d'une obligation *erga omnes*. Ces obligations constituent en fait une catégorie très restreinte.

39. La deuxième catégorie, que l'on confond souvent avec la première, est celle des obligations envers toutes les parties à un régime particulier, *erga omnes partes*. On en trouve certains exemples dans les obligations découlant du Traité sur l'Antarctique. Une revendication de souveraineté par l'un quelconque des États parties au Traité aura nécessairement des conséquences négatives pour les autres. Les obligations intégrales constituent une sous-catégorie des obligations *erga omnes partes*. Une obligation découlant d'un traité régional relatif aux droits de l'homme qui ne serait pas assez importante pour que la communauté internationale dans son ensemble en soit bénéficiaire est vraisemblablement une obligation *erga omnes partes*. Naturellement, la Commission n'a pas besoin de dire – comme le fait, ce qui le discrédite, l'article 40 – quelles obligations entrent dans cette catégorie. Elle doit simplement déterminer quelles sont les catégories, et les normes de droit international existantes peuvent considérablement l'aider à cet égard. Il y a également les obligations auxquelles certains ou plusieurs États sont parties mais dans l'exécution desquelles des États particuliers sont reconnus comme ayant un intérêt juridique : par exemple, dans les cas où un État particulier est spécialement atteint selon les termes de l'article 60 de la Convention. Le tableau 1 qui figure au paragraphe 107 du rapport donne des exemples de ces catégories.

40. La question de savoir comment distinguer entre les différents États atteints de différentes façons par une violation est examinée aux paragraphes 108 et suivants du rapport. La deuxième partie, sous sa forme actuelle, établit déjà cette distinction, quoique de manière imparfaite, puisqu'on n'y trouve pas l'expression « État lésé » à propos de la cessation. Il faut que les États montrent davantage leur intérêt pour la cessation, par rapport, par exemple, à l'indemnisation, étant donné que tous, en tant que parties au système, ont un intérêt dans l'exécution.

41. Un autre exemple, dans l'hypothèse où le projet traiterait des contre-mesures dans la deuxième partie ou la deuxième partie *bis* plutôt que dans la première partie, est celui d'un État qui est la victime particulière d'une violation. Il se pose de graves problèmes lorsque des contre-mesures sont prises par des États tiers alors que l'État victime ne voulait pas qu'elles soient prises, de même que,

dans le régime de la légitime défense collective, des difficultés surgissent lorsque des États tiers agissent pour défendre un État qui n'a pas demandé leur aide. Tout examen de ces questions démontre qu'une différenciation s'impose.

42. D'une manière générale, il convient de noter que la deuxième partie, et en particulier l'article 40, traite de la réaction des États face à des violations du droit international. La première partie, quant à elle, traite des violations d'obligations par des États. D'où la séparation établie entre les première et deuxième parties. Les obligations envisagées dans la première partie pourraient, par exemple, être des obligations envers une organisation internationale ou un individu, et les conséquences de leur violation ne sont pas traitées dans la deuxième partie. Il s'agit là simplement d'un corollaire de l'approche de la responsabilité adoptée par le Rapporteur spécial Ago selon lequel la Commission ne traiterait pas de la responsabilité internationale en tant que distincte de la responsabilité des États. En conséquence, le Rapporteur spécial propose une clause de sauvegarde indiquant que la deuxième partie est sans préjudice de tous droits découlant de la commission d'un fait internationalement illicite par un État et s'attachant à toute personne ou entité autre que l'État.

43. Quant à la question des réactions de la part des « États lésés » qui pourraient être acceptables, elle pourrait être abordée de la manière indiquée dans le tableau 2 qui figure au paragraphe 116 du rapport. Il faut reconnaître que lorsque la Commission s'occupe des obligations envers la communauté internationale, elle se retrouve carrément dans le domaine du développement progressif. Toutes les propositions que peut faire le Rapporteur spécial ont inévitablement un caractère indicatif.

44. Il est proposé dans le tableau 2 que, dans le contexte purement bilatéral, l'État lésé ait chacune des possibilités de réagir qui sont envisagées dans le texte actuel. Dans le cadre des obligations multilatérales, par analogie avec le paragraphe 2 de l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969, les États spécialement atteints seraient traités comme s'ils étaient dans la position des États lésés par la violation d'une obligation bilatérale. En ce qui concerne les autres catégories, lorsqu'un État est partie à une obligation *erga omnes*, ou à une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble, on peut raisonnablement considérer que tous ces États ont le droit d'exiger la cessation. La question qui se pose est celle de savoir dans quelle mesure ils peuvent aller plus loin et exiger les droits associés à la réparation. Le Rapporteur spécial suggère que, partant de l'hypothèse qu'ils ne sont pas plus atteints que tout autre État du groupe, ces États ne puissent individuellement exiger l'un quelconque de ces droits et ne puissent le faire qu'en accord avec les autres États du groupe – sauf dans le cas d'une obligation *erga omnes*, lorsque la violation est flagrante.

45. Cette tentative pour mettre de l'ordre dans un ensemble de dispositions désordonnées et quelque peu succinctes vise simplement à faciliter un examen logique des questions en jeu. Le texte existant répond à chacune des questions posées dans le tableau 2, mais les réponses sont loin d'être satisfaisantes. Un État partie à une obligation *erga omnes* peut-il exiger la restitution ? La réponse donnée dans le texte actuel est « oui », mais dans le commentaire

c'est « non ». Un État partie à une obligation *erga omnes partes*, quoique non atteint, peut-il exiger l'indemnisation ? La réponse est de nouveau « oui ». Un État partie peut-il prendre des contre-mesures ? La réponse est encore « oui ». Le Rapporteur spécial ne peut accepter ces réponses. La Commission a besoin de déterminer les cas dans lesquels une réponse affirmative est acceptable. Une telle approche serait conforme au droit international général dans des domaines analogues tels que la légitime défense collective, et permettrait aux États qui sont victimes de violations d'obligations *erga omnes* d'avoir une certaine maîtrise de la situation sans se retrouver isolés, comme ce serait le cas dans un contexte bilatéral. Cela implique que des aspects du problème actuellement évoqué dans les articles 19 et 51 à 53 seront résolus dans des dispositions ultérieures. Ce qui est clair, c'est qu'il ne faut pas, pour régler le problème, concentrer toute la notion de crime, et de multiples autres notions, dans l'article 40.

46. Le Rapporteur spécial se demande s'il est souhaitable encore d'appliquer la notion d'État lésé à tous les États mentionnés dans le tableau 2 comme étant habilités à réagir, ou s'il faut établir une distinction entre l'État lésé et d'autres États « ayant un intérêt juridique », formule qui a été utilisée par la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction* citée au paragraphe 97 du rapport. La question à débattre est celle de savoir s'il faut l'adopter. Se pose aussi la question de la place de l'article 40 ou de l'article 40 *bis*. Si l'on adopte une nouvelle partie sur l'invocation de la responsabilité, il serait logique d'y incorporer l'article 40 *bis*. Là encore, cela dépendra de la décision de la Commission d'opérer ou non cette distinction, mais rien n'empêche d'examiner les questions sous-jacentes associées à l'article 40 lui-même.

47. C'est pourquoi le Rapporteur spécial propose un nouveau titre pour la deuxième partie; le chapitre premier devrait en revanche conserver son titre actuel et comprendre trois articles : l'article 36, qui est un article introductif général, l'article 36 *bis* sur la cessation en tant que principe général, et l'article 37 *bis* sur la réparation en tant que principe général. En outre, le projet d'articles devrait comprendre une définition de « l'État lésé »; elle est donnée à l'article 40 *bis* mais pourrait figurer ailleurs dans le texte. Il n'est pas certain que l'article 38 soit nécessaire, mais il a été inclus aux fins de discussion. De la sorte, il y aurait un chapitre II traitant de la restitution, de l'indemnisation, de la satisfaction et des conséquences de la faute concomitante de l'État lésé ou de l'État concerné, et contenant toutes autres dispositions qui pourraient être jugées appropriées à la lumière du débat.

48. La présentation du sujet par le Rapporteur spécial a suscité des questions fondamentales à propos de la structure du projet dans son ensemble. Il ne semble pas que la Commission puisse parvenir à une conclusion motivée au sujet du nouveau schéma proposé sur la base des éléments dont elle dispose ni qu'un débat satisfaisant puisse avoir lieu sur l'opportunité d'une deuxième partie *bis* distincte. Le Rapporteur spécial propose de reporter l'examen de cette question. Étant donné qu'il ne fait aucun doute qu'ils devraient figurer dans la quatrième partie, les articles 37 et 39 peuvent être examinés dans ce contexte. Il est évident qu'il faut débattre de chacun des principes énoncés aux articles 36, 36 *bis*, 37 *bis* et 38 au même titre que

l'ensemble des questions liées à l'actuel article 40 et le texte proposé pour le remplacer; ils pourraient donc servir de base à la discussion sur le texte. Il appartient à la Commission de voir si elle préfère examiner ces questions séparément ou ensemble. Si elle décide de les examiner ensemble, il faudrait étudier d'abord les articles 36, 36 *bis*, 37 *bis* et 38 avant de passer aux questions associées à l'article 40, qui sont d'ordre structurel. Cette approche faciliterait peut-être un renvoi rapide au Comité de rédaction des quatre premiers articles ainsi que des titres de la partie et du chapitre. L'article 40 et ses implications pourraient être examinés ultérieurement.

49. M. PELLET dit que le troisième rapport est d'une richesse telle qu'il est difficile de s'arrêter sur des points particuliers et qu'il aurait préféré que le Rapporteur spécial fasse sa présentation en plusieurs parties dont chacune aurait certainement donné lieu à un débat fructueux. Le Rapporteur spécial a choisi de faire une présentation globale de ce qui ne correspond en fait qu'au chapitre premier de la deuxième partie du projet. M. Pellet limitera ses observations pour l'instant aux paragraphes 1 à 65 du rapport et aux projets d'articles 36 à 38. Bien qu'il appuie le rapport pour l'essentiel, il n'est pas d'accord avec le Rapporteur spécial sur certains points, et l'introduction en particulier appelle un certain nombre d'observations.

50. À l'alinéa *a* du paragraphe 2 du rapport, le Rapporteur spécial introduit la notion d'obligations *erga omnes* qu'il définit, comme il l'a fait dans sa présentation orale, comme des obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble, conformément à la formule retenue par la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Néanmoins, dans le cadre des obligations envers tous les États, il faut certainement opérer une distinction entre les obligations dues individuellement à tous les États composant la communauté internationale et celles qui sont dues à cette communauté internationale dans son ensemble. M. Pellet a le sentiment que le Rapporteur spécial a oublié la première catégorie et s'intéresse trop exclusivement aux obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble. Il est quelque peu préoccupé par cette insistance étant donné que, par exemple, le droit de passage inoffensif dans la mer territoriale est une obligation de chaque État envers tous les autres États et constitue effectivement une obligation *erga omnes*. Cela dit, ce n'est pas une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble. Il est important de tenir compte de cette catégorie quelque part. Si le Rapporteur spécial ne veut pas la qualifier d'obligation *erga omnes*, il doit lui trouver un autre nom. C'est néanmoins une obligation qui a sa place parmi les normes et obligations internationales et qui doit être distinguée des obligations envers la communauté internationale dans son ensemble.

51. En revanche, l'interdiction du génocide ou l'obligation de respecter les droits de l'homme fondamentaux constituent ce qu'une certaine doctrine appelle des « obligations intégrales » d'un État non pas envers d'autres États individuellement mais envers la communauté internationale dans son ensemble, et cette catégorie d'obligations est effectivement traitée de façon approfondie dans le rapport. Ce n'est que par rapport à cette deuxième catégorie d'obligations que se pose le problème du crime international commis par un État, brièvement

mentionné par le Rapporteur spécial à l'alinéa *a* du paragraphe 2 de son rapport.

52. M. Pellet convient que, comme le Rapporteur spécial l'a indiqué à l'alinéa *d* du paragraphe 9 de son rapport, la question du crime n'a sans doute pas d'importance en ce qui concerne le chapitre premier de la deuxième partie, telle qu'elle a été restructurée, du moins jusqu'à l'article 38 inclus. Néanmoins, le problème se posera inévitablement et devra être réglé lorsque l'article 40 sera abordé et lorsque les chapitres II et III de la deuxième partie seront examinés. La Commission n'a étudié la deuxième partie que tout à la fin de la première lecture. L'examen des articles 51 à 53, autrement dit les conséquences de la notion de crime sur la mise en œuvre de la responsabilité des États, a été entrepris séparément, et, de l'avis de M. Pellet, a été raté. D'ailleurs, plusieurs États ont souvent exprimé ce point de vue dans leurs observations. Il faut espérer que le Rapporteur spécial ne commettra pas la même erreur que la Commission. Avant d'examiner le chapitre II de la deuxième partie, la Commission devrait savoir s'il existe bien quelque chose qui ressemble à la notion de crime.

53. Il faut sans aucun doute vider l'abcès de l'article 19 et des articles 51 à 53 avant d'aborder sérieusement les chapitres II et III de la deuxième partie. Malgré les promesses du Rapporteur spécial que ce sera fait, M. Pellet n'est qu'à moitié rassuré. Tout en notant avec approbation qu'au paragraphe 59 le Rapporteur spécial reconnaît qu'en matière de garanties de non-répétition beaucoup dépend de « la nature de l'obligation et de la violation », il aurait préféré lire que des violations particulièrement graves d'obligations essentielles ne peuvent être traitées comme des violations ordinaires. Cela aurait permis de faire référence à ce que l'article 19 appelle un crime, sans donner à ce mot de connotation pénale, malgré le point de vue exprimé par le Rapporteur spécial à l'alinéa *d* du paragraphe 9 de son rapport. Le problème ne semble pas avoir été résolu par l'article 40 non plus, alors qu'il est capital que la Commission reconnaisse que les violations graves d'obligations essentielles doivent faire l'objet d'un régime spécial, pour qu'il puisse y avoir consensus.

54. M. Pellet se dit extrêmement séduit par la restructuration du projet qui est proposée et est convaincu en particulier de la nécessité de mettre de côté la troisième partie sur le règlement des différends. Rien ne serait plus néfaste que de faire dépendre les règles de fond sur la responsabilité des États de la très hypothétique acceptation par les États de procédures obligatoires de règlement des différends, comme c'est le cas actuellement pour les contre-mesures. L'attitude de la Commission donne à penser qu'elle croit qu'elle va réussir à « vendre » tout le projet aux États. La conscience de certains membres est soulagée par l'argument selon lequel il n'est pas important que le droit de prendre des contre-mesures soit mal réglé, parce qu'on peut toujours avoir recours au règlement des différends. Cette approche est dangereuse, parce qu'il n'est absolument pas certain que tout le projet sera accepté.

55. De même, le Rapporteur spécial a raison de proposer l'adjonction d'une quatrième partie – ou ce qui pourrait être une partie introductive – qui regrouperait l'ensemble des clauses « sans préjudice » ainsi que toutes

les définitions autres que celle de la responsabilité. Si une telle partie générale est établie, il faudrait y faire figurer toutes les dispositions qui concernent plus qu'une partie du projet. Par exemple, le Rapporteur spécial a dit deux choses très intéressantes à l'alinéa *a* du paragraphe 7, à savoir d'une part que l'article 42 (par. 4) et l'article 4 disent la même chose. M. Pellet n'en est pas absolument certain mais, si c'est le cas, il faudrait essayer de les réunir en une seule disposition dans la partie générale. D'autre part, toujours à l'alinéa *a* du paragraphe 7, le Rapporteur spécial dit que la force majeure peut être une circonstance excluant l'illicéité du non-paiement d'une indemnité à titre de réparation. Par la suite, dans les arguments très convaincants qu'il donne à propos du paragraphe 3 de l'article 42, le Rapporteur spécial laisse, semble-t-il, entendre que, sous sa forme actuelle, le projet est critiquable. M. Pellet en est d'accord, parce que la raison juridique ce n'est pas qu'une population ne doit pas être privée de ses moyens de subsistance mais qu'il y a là un état de nécessité et que cette raison particulière peut être rattachée à une cause juridique beaucoup plus générale qui exclut l'illicéité.

56. Si tel est le cas, ne faudrait-il pas déplacer les articles relatifs aux circonstances excluant l'illicéité dans une partie générale en même temps que l'on reverrait l'actuel article 35 ? C'est peut-être une solution un peu compliquée mais, si on ne le fait pas, il faudra sûrement indiquer quelque part, peut-être dans le chapitre premier, que les circonstances excluant l'illicéité s'appliquent en cas de non-respect des obligations énoncées dans la deuxième partie, et il faudrait indiquer explicitement que les règles relatives aux circonstances excluant l'illicéité s'appliquent aux obligations de réparer. Comme M. Pellet l'a dit dans le passé, les obligations découlant de la responsabilité des États sont des obligations internationales auxquelles s'appliquent les règles relatives à la responsabilité. D'une certaine façon, les règles de la première partie sont des règles primaires lorsqu'il s'agit d'appliquer les règles de la deuxième partie. Le Rapporteur spécial semble être d'accord pour considérer que dans certains cas les obligations découlant de la responsabilité peuvent ne pas être respectées, car il existe effectivement des circonstances dans lesquelles l'illicéité est exclue. Il est nécessaire de le dire dans le chapitre premier.

57. À cet égard, M. Pellet reprend une idée apparemment ardemment défendue par le Rapporteur spécial, qui relève à l'alinéa *b* du paragraphe 7 de son rapport que le projet est rédigé en termes de droits des victimes et non en termes d'obligations de l'État responsable. Les arguments du Rapporteur spécial sont très convaincants, mais M. Pellet voit aussi des arguments contraires. Le Rapporteur spécial a tout à fait raison de faire observer que dans un système aussi peu « juridictionnalisé » que le droit international il vaut mieux parler en termes d'obligations. Cela étant, deux questions sont un peu gênantes.

58. La première, et la moins importante, est que l'obligation restera virtuelle si aucun État lésé ou aucun membre de la communauté internationale dans son ensemble n'en réclame la mise en œuvre. Un État peut très bien avoir l'obligation de réparer mais il n'en découlera aucune conséquence si personne n'exige son exécution. Cela étant, c'est ainsi que fonctionne tout le système de la responsabilité internationale et cela ne gêne pas M. Pellet outre mesure. En revanche, il est plus gêné par le fait qu'il ne

soit fait nulle part expressément mention du dommage. Bien sûr, on peut dire que l'article 40 ou l'article 40 *bis* parle implicitement de dommage puisqu'il fait allusion aux victimes, mais ce n'est pas la même chose. Bien qu'il soit, en ce qui concerne l'engagement de la responsabilité, un fervent partisan de l'approche d'Ago qui exclut le dommage de la définition même de la responsabilité – approche confirmée par l'adoption des articles 1 et 3 –, M. Pellet estime que l'idée du dommage devrait être mentionnée lorsqu'il s'agit de tirer les conséquences de la responsabilité. Il paraît nécessaire d'avoir une disposition équivalant à l'article 3 de la première partie, qui pourrait se lire en substance comme suit : « Un fait internationalement illicite attribuable à un État entraîne une obligation de réparer lorsque *a*) ce fait internationalement illicite a causé un dommage, *b*) à un autre sujet du droit international ». Néanmoins, le Rapporteur spécial a dit qu'il souhaitait qu'il ne soit fait mention que du dommage causé à un État, pas à un autre sujet du droit international, auquel cas il faudra expliquer quelque part que le projet n'est pas simplement un projet sur la responsabilité des États mais un projet sur la responsabilité des États vis-à-vis des États. Ce n'est pas tout à fait évident actuellement. Il est essentiel de réintroduire la notion de dommage ailleurs dans le projet ainsi que dans l'article 40. Il faut qu'un dommage ait été causé et que quelqu'un ait été lésé mais ce sont deux choses très différentes. Il faut qu'il y ait une symétrie avec l'article 3. Une disposition, indispensable, sur ce sujet aurait peut-être davantage sa place dans la deuxième partie *bis* relative à la mise en œuvre de la responsabilité des États.

59. La division de l'actuelle deuxième partie du projet en deux parties distinctes est une idée excellente mais qui appelle tout de même quelques remarques. M. Pellet n'aime pas beaucoup le titre de la deuxième partie « Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite des États » car il s'applique aussi bien à la deuxième partie *bis*. « La mise en œuvre de la responsabilité des États » (deuxième partie *bis*), y compris le recours éventuel à des contre-mesures, est aussi une conséquence juridique d'un fait internationalement illicite. Un titre énumératif comme « Réparation et obligation d'exécution » serait peut-être préférable pour la deuxième partie.

60. Quant à la deuxième partie *bis*, elle aurait dû comporter des articles sur la protection diplomatique, sujet qui est au cœur de la mise en œuvre de la responsabilité en cas de dommage causé à une personne autre qu'un sujet de droit international, mais puisque la protection diplomatique constitue un sujet distinct, il n'est pas question de le réintégrer dans la deuxième partie *bis*. Cependant, M. Pellet invite instamment le Rapporteur spécial à envisager de proposer un projet de clause « sans préjudice » renvoyant à la protection diplomatique. Cette clause aurait naturellement sa place dans le chapitre premier de la deuxième partie *bis*.

La séance est levée à 13 heures.