

Document:-  
**A/CN.4/SR.2616**

**Compte rendu analytique de la 2616e séance**

sujet:  
**<plusieurs 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>)*

Il se demande néanmoins s'il est nécessaire de faire des assurances et garanties de non-répétition une notion autonome. Tous les exemples cités pourraient en fait être liés soit à la satisfaction soit à l'exécution soit à la cessation. Personne n'a encore donné d'exemple concret de situation différente dans laquelle une garantie est effectivement due en vertu du droit international, comme le prévoit l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 36 *bis* proposé par le Rapporteur spécial.

68. M. Sreenivasa RAO dit qu'il a des notions à l'examen la même conception que M. Pellet. Il est clair qu'aucun État ne peut invoquer son droit interne pour se soustraire à ses obligations internationales. Une fois qu'un État a contracté une obligation, il doit l'exécuter effectivement par le biais de sa législation interne. Pour M. Sreenivasa Rao, il n'y a pas de désaccord entre M. Hafner et lui-même à cet égard. Les choses ne sont toutefois pas si simples. Adopter une nouvelle loi sur des normes en évolution, encore mal définies, ne veut rien dire si l'État n'a pas la capacité de lui donner effet. La situation est encore plus complexe lorsque le droit international coutumier, ou des normes internationales qui ne sont pas universellement acceptées, sont en jeu.

69. M. HAFNER dit que M. Pellet avait raison lorsqu'il l'a accusé de précipitation : il avait délibérément compressé ses arguments pour simplifier les choses. Bien entendu, certaines normes primaires obligent les États à adopter certaines dispositions législatives. D'autre part, d'autres normes primaires obligent les États à avoir un certain comportement. Dans de tels cas, il y a délit uniquement si la loi interne est appliquée et donc cette loi ne constitue pas elle-même, jusqu'à ce moment, une violation d'une obligation internationale. M. Hafner peut accepter qu'un article sur la satisfaction comprenne le droit de demander des assurances ou garanties de non-répétition, dès lors que cela est dit expressément dans le texte ou, à tout le moins, dans le commentaire. Il ne peut par contre accepter que l'État ne soit pas tenu de modifier sa législation, car si tel était le cas, le droit interne aurait pour cet État une force supérieure au droit international.

70. M. ROSENSTOCK dit que le fait qu'il soit difficile de fixer le montant des réparations dans un cas donné ne signifie pas que les règles soient invalides. Le projet d'article demande une « réparation intégrale » tout en reconnaissant que la réparation ne sera jamais vraiment intégrale dans un monde imparfait.

71. M. Sreenivasa RAO dit que M. Rosenstock et lui-même sont d'accord, bien qu'ils envisagent le problème sous des angles différents. Le verre est à moitié plein, mais il est aussi à moitié vide.

72. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) fait observer que les mots « réparation intégrale » figuraient dans le projet d'article 42 adopté en première lecture et qu'ils n'ont pas été critiqués par les gouvernements.

*La séance est levée à 13 heures.*

## 2616<sup>e</sup> SÉANCE

*Vendredi 5 mai 2000, à 10 h 5*

*Président : M. Chusei YAMADA*

*puis : M. Maurice KAMTO*

*Présents : M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Illueca, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukas-huk, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka.*

### **Responsabilité des États<sup>1</sup> (suite) [A/CN.4/504, sect. A, A/CN.4/507 et Add.1 à 4<sup>2</sup>, A/CN.4/L.600]**

[Point 3 de l'ordre du jour]

#### TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen des articles 36, 36 *bis*, 37 *bis* et 38 figurant au paragraphe 119 du troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/507 et Add.1 à 4).
2. M. TOMKA juge le rapport à l'étude éminemment intéressant et utile dans la perspective de l'examen en deuxième lecture de la deuxième partie du projet d'articles.
3. En particulier, M. Tomka souscrit à la nouvelle structure proposée par le Rapporteur spécial, notamment à la nouvelle deuxième partie *bis*, intitulée « Mise en œuvre de la responsabilité des États ». Cette démarche correspond en tous points à l'intention initiale de la Commission, et du rapporteur spécial d'alors, Roberto Ago, d'incorporer, éventuellement, après une première partie consacrée à l'origine de la responsabilité internationale et une deuxième partie consacrée au contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale, une troisième partie traitant du règlement des différends et de la mise en œuvre de la responsabilité internationale<sup>3</sup>.
4. M. Tomka se plaint à noter que le Rapporteur spécial entend déplacer les dispositions relatives aux contre-mesures incorporées actuellement dans la deuxième partie bien qu'elles n'aient aucun rapport ni avec le contenu

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

<sup>2</sup> Reproduit dans *Annuaire...* 2000, vol. II (1<sup>re</sup> partie).

<sup>3</sup> *Annuaire...* 1975, vol. II, doc. A/10010/Rev.1, par. 38 à 51, p. 60 à 64.

ni avec les formes de la responsabilité internationale : en effet, les contre-mesures constituent un instrument destiné à amener l'État qui a violé une obligation internationale à s'acquitter de sa nouvelle obligation de réparation, qui est au cœur même de la responsabilité. Les dispositions sur les contre-mesures relèvent donc de la partie traitant de la mise en œuvre de la responsabilité.

5. Quant à la proposition du Rapporteur spécial tendant à ajouter au projet d'articles une quatrième partie intitulée « Dispositions générales », qui reprendrait la teneur des articles actuels 37 (*Lex specialis*) et 39 (Relation avec la Charte des Nations Unies) adoptés en première lecture, elle appelle une analyse plus approfondie.

6. M. Tomka se dit convaincu par l'argument du Rapporteur spécial selon lequel les dispositions de la première partie s'appliquent à toutes les obligations internationales de l'État, c'est-à-dire y compris aux obligations nées en tant que conséquences d'un fait illicite antérieur. Aussi convient-il qu'il faut éviter de reprendre au paragraphe 4 de l'article 42 la teneur de l'article 4. Il rappelle à ce propos que, dans son commentaire sur le titre du chapitre premier (Principes généraux) de la première partie, la Commission a expressément déclaré que « le chapitre premier du projet, qui comporte quatre articles (art. 1 à 4), est consacré à certains principes de droit s'appliquant à l'ensemble du projet »<sup>4</sup>. C'est pourquoi il n'est pas favorable à la proposition faite par M. Pellet à la 2613<sup>e</sup> séance d'insérer dans la deuxième partie une disposition prévoyant que le chapitre V de la première partie s'applique aussi à la deuxième partie. Pareille insertion créerait inutilement des problèmes d'interprétation s'appuyant sur des arguments *a contrario*.

7. Passant au titre proposé par le Rapporteur spécial pour la deuxième partie (Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État), M. Tomka déclare qu'effectivement la responsabilité est une conséquence juridique d'un fait internationalement illicite. Dans ce sens, le titre légèrement différent suggéré par un membre de la Commission, à savoir « Conséquences juridiques de la responsabilité internationale », ne conviendrait pas.

8. En ce qui concerne l'article 36, M. Tomka considère que son intitulé « Contenu de la responsabilité internationale » ne correspond pas à la teneur de la disposition elle-même, peut-être parce que le Rapporteur spécial a proposé pour l'intitulé de la deuxième partie un libellé différent. Il appartiendra au Comité de rédaction de se pencher sur ce point. À propos de l'article 36 *bis*, M. Tomka souscrit à l'intention du Rapporteur spécial d'établir un lien plus étroit entre la validité continue de l'obligation violée, la cessation du fait internationalement illicite et les assurances et garanties de non-répétition. Il note cependant que ces trois notions, bien que proches dans une certaine mesure, sont distinctes, et il préférerait donc qu'elles soient développées dans des articles distincts. En tout état de cause, l'intitulé de l'article 36 *bis* (Cessation) ne recouvre pas ces trois notions. Il y a lieu de réaffirmer au paragraphe 1 que l'obligation internationale primaire, quoique transgressée, subsiste et doit être exécutée

par l'État considéré. Le libellé de l'alinéa *b* du paragraphe 2 proposé donne à penser que des assurances et garanties de non-répétition doivent être fournies dans tous les cas, mais il ressort du débat qu'elles ne sont importantes que dans certaines circonstances. Le Comité de rédaction devrait dûment tenir compte de ce point.

9. En ce qui concerne l'article 37 *bis* (Réparation), M. Tomka note que l'ancien texte correspondant (l'article 42 intitulé lui aussi « Réparation ») prévoit la réparation intégrale et qu'il n'a pas suscité de critiques de la part des gouvernements. Il ne serait donc pas judicieux d'abandonner cette notion. À cet égard, la Commission devrait se polariser moins sur la situation de l'État auteur que sur le préjudice subi par un État en raison d'un fait internationalement illicite d'un autre État. Enfin, en ce qui concerne l'article 38 (Conséquences diverses d'un fait internationalement illicite), M. Tomka est enclin à penser, comme le Rapporteur spécial, qu'il n'est nul besoin d'article spécifique dans ce sens. Généralement, les dispositions relatives à l'application des règles du droit international coutumier non énumérées dans un instrument figurent au préambule de cet instrument. C'est donc cette démarche qu'il faudra adopter si le projet d'articles revêt la forme d'une convention.

10. M. ADDO fait siennes la plupart des propositions formulées par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport. Il en est ainsi, notamment, de la proposition concernant l'insertion dans le projet d'articles d'une deuxième partie *bis* sur la mise en œuvre de la responsabilité d'un État et d'une quatrième partie consacrée aux dispositions générales, et la mise de côté, dans l'immédiat, de la troisième partie.

11. M. Addo souscrit sans difficulté aux articles 36 *bis* et 37 *bis*. Il existe différentes formes de réparation, et le choix qui sera opéré entre elles dépendra des faits de l'espèce. Il est à souligner à ce propos que la responsabilité d'un État peut être invoquée dès l'instant où l'État lésé montre qu'il y a eu commission d'un fait illicite, ou omission; il n'a pas à apporter la preuve du préjudice effectif. Il est indéniable qu'un État s'acquitte de la responsabilité qui lui incombe du fait de la violation d'une obligation internationale en réparant le préjudice causé. Le mot « réparation » est un mot générique qui rend compte des divers moyens dont un État dispose pour s'acquitter ou se dégager de cette responsabilité. Il englobe le droit à la cessation de la violation, le droit à la restitution en nature, le droit à indemnisation lorsque la restitution en nature n'est pas possible et le droit de recevoir satisfaction. Les articles 36 *bis* et 37 *bis*, reformulés par le Rapporteur spécial, visent toutes ces formes de réparation. De même que l'article 36, ils devraient être renvoyés au Comité de rédaction. En ce qui concerne l'article 38, M. Addo préfère le nouveau texte proposé par le Rapporteur spécial, mais il ne tient pas particulièrement à ce qu'il soit maintenu. Comme M. Lukashuk l'a fait observer à la séance précédente, cet article n'apporte rien quant au fond et pourrait être supprimé sans peine. S'il devait être maintenu, M. Addo ne l'appuierait que *ex abundanti cautela* et à condition qu'il soit placé dans la quatrième partie. M. Addo se réserve le droit d'intervenir ultérieurement sur l'article 40 *bis*.

<sup>4</sup> Pour le commentaire, voir *Annuaire... 1973*, vol. II, doc. A/9010/Rev.1, par. 58, p. 175.

12. M. ILLUECA relève que le troisième rapport est digne d'éloges et qu'il enrichit, outre les travaux de la Commission, le droit international en général. Il considère que les articles 36, 36 *bis*, 37 *bis* et 38 ont leur place dans le projet d'articles et qu'ils pourront être peaufinés par le Rapporteur spécial et le Comité de rédaction compte tenu des observations formulées à leur sujet.

13. Se référant brièvement au programme de travail ambitieux présenté par le Rapporteur spécial concernant les étapes de l'achèvement de l'examen en deuxième lecture du projet d'articles, M. Illueca note qu'il part du principe que la Commission a achevé à sa cinquante et unième session l'examen en deuxième lecture des projets d'articles de la première partie, dont la notion fondamentale n'a pour l'essentiel pas été remise en question, encore que la Commission ait réservé, pour y réfléchir davantage, un certain nombre de questions se rapportant à la première partie, comme celles de la responsabilité de l'État pour violation d'obligations *erga omnes* et la relation de la disposition correspondante avec l'article 19 tel qu'adopté en première lecture.

14. À propos précisément de l'article 19, intitulé « Crimes et délits internationaux », M. Illueca juge qu'il est la pièce maîtresse du projet d'articles, dont il commande la cohésion. La notion de crime international, née de la seconde guerre mondiale, renvoie à la responsabilité des États pour les faits internationalement illicites les plus graves. Et il existe un régime unique de responsabilité pour les faits internationalement illicites les plus graves, et un régime unique pour les autres faits illicites. Faute de tenir compte de cette réalité, la Commission ne pourra mener à terme l'exercice louable dans lequel elle s'est engagée en abordant le sujet.

15. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), résumant le débat sur les articles 36, 36 *bis*, 37 *bis* et 38, se plaît à noter que la Commission et le groupe de travail ont bien progressé dans leurs travaux – y compris sur le point que M. Illueca vient d'évoquer – même si un certain nombre de questions demeurent, qui seront tranchées en définitive lors de l'examen d'autres aspects du rapport.

16. Le Rapporteur spécial note avec satisfaction qu'il y a accord général aussi bien sur la stratégie consistant à formuler la deuxième partie, ou du moins les conséquences qui y sont énoncées, en termes d'obligations de l'État responsable, que sur la nécessité de traiter de ces obligations et de leur invocation par d'autres États, sinon dans des parties différentes, à tout le moins dans des chapitres différents d'une même partie. Il ressort aussi des travaux que les dispositions existantes, même si elles sont réorganisées, seront en substance maintenues, complétées par certains éléments, notamment un article sur les intérêts, envisagé par le rapporteur spécial précédent, M. Arangio-Ruiz, dans son deuxième rapport<sup>5</sup>.

17. S'agissant de la possibilité pour des entités autres que les États d'invoquer la responsabilité d'un État, sur laquelle M. Gaja s'est interrogé, le Rapporteur spécial souligne que la notion ouverte de responsabilité, énoncée dans la première partie, l'autorise. Il est évident que la respon-

sabilité d'un État vis-à-vis d'entités autres qu'un État s'inscrit dans le cadre de la responsabilité des États. Cela ne signifie pas pour autant que la Commission doive se pencher sur cette question : elle n'a pas à le faire, pour un certain nombre de raisons qui sont étrangères au domaine de la responsabilité des États en tant que tel, mais elle doit l'évoquer afin de garantir une cohésion entre la teneur de la première partie et celle des autres parties. Tel est l'objet de la clause de sauvegarde du paragraphe 3 de l'article 40 *bis* proposé. Il n'est pas souhaitable d'aller plus loin.

18. En ce qui concerne la difficulté d'établir une distinction entre les règles primaires et les règles secondaires que plusieurs membres de la Commission ont mise en avant, le Rapporteur spécial considère que la Commission n'a pas d'autre choix que de s'en tenir à la décision initiale qu'elle a prise et de maintenir cette distinction.

19. Passant aux différents articles qu'il a proposés, le Rapporteur spécial note que le débat qui s'est tenu sur le libellé du titre aussi bien de la deuxième partie que des différents articles a été utile. Il appartient maintenant au Comité de rédaction d'examiner toutes les propositions de forme qui ont été formulées à ce propos. Il semble généralement admis que les quatre articles en question peuvent être renvoyés au Comité de rédaction, qu'ils doivent être maintenus, quelque part dans le projet d'articles. À ce propos, le Rapporteur spécial dit avoir été persuadé de la nécessité de maintenir l'article 38, soit dans la quatrième partie, soit dans le préambule, selon les propositions que le Comité de rédaction fera sur ce point.

20. De même, il est généralement admis que l'article 36 *bis* devrait énoncer le principe général de la cessation, et l'article 37 *bis* celui de la réparation, de manière à assurer un équilibre au sein du chapitre premier. D'intéressantes observations de forme ont été faites, notamment par M. Brownlie, qui a souligné à propos de l'article 36 *bis* que le problème de la cessation, et surtout celui des assurances et garanties de non-répétition, se pose non seulement dans le cadre d'un fait illicite continu mais aussi dans celui d'une série de faits dont on pense qu'ils auront probablement un caractère de continuité, même si chacun d'entre eux est appréhendé individuellement. Il appartiendra au Comité de rédaction de voir si la référence, faite à l'alinéa *a* du paragraphe 2, à la poursuite du comportement illicite s'impose. L'alinéa *b* visant les assurances et garanties de non-répétition, il conviendrait peut-être de modifier en conséquence le titre actuel de l'article, soit « Cessation ». Quant au maintien de cet alinéa lui-même, des vues divergentes ont été exprimées; il ressort cependant du débat que la majorité des membres de la Commission y sont favorables. Et de fait, aucun gouvernement n'a proposé la suppression de l'article 46 (Assurances et garanties de non-répétition) tel qu'adopté en première lecture, même s'il a été suggéré de le déplacer. Répondant à l'observation de M. Pellet selon laquelle il n'existerait pour ainsi dire pas d'exemple de garanties de non-répétition données devant un tribunal, le Rapporteur spécial admet qu'il existe très peu d'exemples dans ce sens. Il fait observer cependant que la sentence arbitrale rendue par le Secrétaire général dans l'affaire du *Rainbow Warrior* renferme certains éléments qui peuvent être perçus comme entrant dans la catégorie d'assurances et garanties de non-répétition. Il est vrai que les assurances et garanties de non-répétition relèvent essentiellement des relations entre

<sup>5</sup> *Annuaire... 1989*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), doc. A/CN.4/425 et Add.1, p. 24 à 33 et 60.

États, mais il n'en est pas moins vrai que les tribunaux doivent veiller à leur application. En tout état de cause, fréquentes sont les assurances et garanties de non-répétition données par des gouvernements en réponse à une violation d'une obligation, même si le fait internationalement illicite n'est pas continu. Le Comité de rédaction pourrait remanier le libellé de l'alinéa, compte tenu de la proposition de la République tchèque<sup>6</sup> concernant le chapitre III visée au paragraphe 56 du troisième rapport et en faisant mention de la gravité du comportement illicite et de la probabilité de sa répétition, en s'inspirant de l'article correspondant adopté en première lecture.

21. L'article 37 *bis* a soulevé quelques difficultés, notamment en ce qui concerne l'expression « réparation intégrale ». M. Sreenivasa Rao s'est demandé si elle devait être conservée (2614<sup>e</sup> séance). Dans la mesure où celle-ci figurait dans le texte original de l'article et qu'elle n'a pas fait l'objet de critiques particulières de la part des gouvernements, il serait préférable de la conserver. Le Rapporteur spécial reconnaît toutefois que cela pose un problème d'équilibre. En effet, M. Sreenivasa Rao s'est surtout placé du point de vue de l'État responsable; mais il ne faut pas pour autant négliger, comme l'a rappelé M. Tomka, la position de l'État victime de l'acte internationalement illicite. Il est vrai que, dans des cas extrêmes, l'État responsable peut être effectivement réduit à la misère du fait de l'obligation de réparation intégrale. Des mesures de sauvegarde doivent donc être prévues pour faire face à ce genre de situation, sans que cela remette en cause le principe de la réparation intégrale. Par ailleurs, à propos des mots « élimine les conséquences », qui figurent au paragraphe 2 de l'article 37 *bis*, M. Kamto a fait observer à juste titre (*ibid.*) qu'on ne peut pas éliminer complètement les conséquences d'un fait internationalement illicite. D'ailleurs, la CPJI, dans son arrêt concernant l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, a indiqué que la réparation devait « autant que possible » effacer toutes les conséquences de l'acte illicite. Il appartiendra donc au Comité de rédaction de déterminer si cette expression peut être incluse pour qualifier le terme « intégrale » ou bien si la question doit être traitée dans le commentaire.

22. Le Rapporteur spécial note qu'un accord général s'est dégagé sur la notion de causalité qu'implique le concept de réparation et la nécessité par conséquent de l'exprimer. Là encore, il appartiendra au Comité de rédaction de décider si cette notion est correctement formulée au paragraphe 1 de l'article 37 *bis*.

23. S'agissant de l'article 38, les membres du Comité se prononcent très majoritairement en faveur de son maintien; toutefois, on observe certaines divergences quant à l'endroit du texte où il convient de le situer. Le Comité de rédaction verra s'il convient de l'intégrer dans la quatrième partie proposée.

24. En ce qui concerne l'article 40 *bis*, le Rapporteur spécial tient à préciser que l'objectif sous-jacent était de donner effet à la distinction entre les obligations en matière de cessation et de réparation de l'État responsable d'une part, et le droit des autres États d'invoquer cette res-

ponsabilité d'autre part. Il se félicite que l'on ait au moins déjà accepté cette distinction.

*M. Kamto prend la présidence.*

25. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que la Commission souhaite renvoyer les articles 36 à 38 au Comité de rédaction.

*Il en est ainsi décidé.*

26. Il invite les membres de la Commission à examiner l'article 40 *bis*.

27. M. SIMMA estime que le titre actuel de l'article 40 *bis*, « Droit pour un État d'invoquer la responsabilité d'un autre État » ne tient pas ses promesses, car il n'apporte pas de réponses claires à la question de savoir si un tel droit existe. Il semblerait plutôt que cet article introduise deux notions différentes : celle d'État lésé au paragraphe 1, et celle d'intérêt juridique au paragraphe 2. Ces deux concepts sont bien sûr liés d'une certaine manière, mais ils ne se correspondent pas vraiment comme ils le devraient dans le contexte de l'article 40 *bis*. En outre, les divergences d'interprétations de l'arrêt de la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction* laissent entrevoir d'épineux problèmes théoriques. L'interprétation que fait M. Simma de cet arrêt est différente de celle qu'en fait le Rapporteur spécial. M. Simma propose donc d'éviter de recourir à la notion de préjudice pour invoquer la responsabilité de l'État, dans la mesure où, selon lui, il est pratiquement impossible de « calibrer » ce préjudice en fonction du critère de proximité de la violation. Il suffit à cet égard de considérer les traités relatifs aux droits de l'homme; soit on considère, comme M. Arangio-Ruiz, que tous les États sont lésés, soit on considère qu'aucun ne l'est, ce qui enlèverait tout effet à ces traités. M. Simma suggère aussi d'éviter la notion d'intérêt juridique, et de parler directement, conformément au titre, du « droit d'invoquer » certaines conséquences juridiques. Il observe que la nouvelle rédaction de l'article proposée par le Rapporteur spécial est très proche de la sienne. Par ailleurs, il n'est pas opposé à des changements rédactionnels tels que ceux proposés par M. Economides, à savoir remplacer les mots « conséquences juridiques de la responsabilité d'un autre État » par « conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un autre État ». Son souci principal étant en effet de trouver à l'article 40 *bis* une structure opérationnelle acceptable.

28. M. BROWNLIE dit qu'il est globalement d'accord avec M. Simma sur le fond de l'article 40 *bis*. Il est essentiellement préoccupé par des problèmes connexes, notamment des questions de politique législative, que la Commission doit prendre en compte.

29. Tout d'abord, il considère que, quelle que soit la qualité rédactionnelle du projet d'articles proposé par la Commission, celui-ci suscitera toujours une opposition et la confusion, car il s'agit d'une question technique extrêmement complexe, qui ne peut pas reposer uniquement sur le droit coutumier. D'ailleurs, le résumé thématique des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa cinquante-quatrième session (A/CN.4/504 et Add.1) donne une idée de l'opposition que soulèvera l'article 40 *bis* ou une version analogue de ce texte. Dans les paragraphes de ce document consacrés à la ver-

<sup>6</sup> Voir 2613<sup>e</sup> séance, note 3.

sion initiale de l'article 40, un certain nombre de questions sont soulevées en ce qui concerne les obligations *erga omnes*. La réaction de la Sixième Commission est symptomatique et non pas excentrique.

30. D'autre part, la Commission doit également tenir compte des utilisateurs des documents, même provisoires, qu'elle produit. Ces derniers sont exploités non seulement par les tribunaux, mais aussi par des conseillers juridiques, qui ont rarement du temps à perdre et ne sont pas toujours des experts en droit international, ainsi que par des non-juristes. Il faut donc éviter d'accroître les risques de confusion en approfondissant exagérément la question.

31. Enfin, M. Brownlie pense qu'une définition raisonnable de l'État lésé est possible, mais que l'élaboration d'une définition exhaustive de cette notion soulève d'importantes difficultés techniques. Le Rapporteur spécial a établi à un moment donné une distinction entre obligations bilatérales et obligations multilatérales, observant cependant qu'en droit international général les obligations ont toujours un caractère bilatéral. Cette observation est fondée et doit donc être acceptée. Il a ensuite laissé entendre que la situation était différente dans le cas des obligations multilatérales. M. Brownlie n'est pas de cet avis. Il considère en effet que la différence résidera dans la difficulté à identifier les principes du droit international général, il est quelque peu tenté par le type de solution préconisée dans la Convention de Vienne de 1969 au sujet des obligations *erga omnes*, en ce sens qu'on pourrait faire un renvoi à l'évolution du droit coutumier.

32. M. Brownlie évoque, pour conclure, une préoccupation connexe, à savoir la nécessité de mener à bien la tâche entreprise. Citant la note relative à l'article 40 *bis* figurant au paragraphe 119 du rapport, il dit prendre ces mots très au sérieux et partager les préoccupations du Rapporteur spécial, mais la Commission peut certainement approfondir, dans un nouveau chapitre, les principes énoncés à l'article 40 *bis* mais cela risque de la tenir occupée pendant très longtemps.

33. M. GAJA dit que l'article 40 *bis* est fondé sur une distinction essentielle entre les obligations bilatérales ou multilatérales qui, dans un contexte spécifique, peuvent donner naissance à des relations bilatérales, d'une part, et les obligations *erga omnes*, d'autre part. Cette distinction est maintenant formulée de manière bien plus claire et cohérente qu'elle ne l'était dans la version initiale de l'article 40 adopté en première lecture. Elle est effectivement nécessaire, et doit apparaître quelque part dans le texte du projet d'articles. Des clarifications et des développements supplémentaires, qui pourraient être envisagés dans le cadre des dispositions générales, sont d'ailleurs possibles.

34. Certaines propositions intéressantes ont déjà été faites. Pour sa part, M. Gaja propose de diviser l'article 40 *bis* en fonction du type d'obligation dont il s'agit. Ainsi, dans une première partie, il serait question des violations d'obligations bilatérales ou multilatérales qui, dans un contexte précis, donnent naissance à des relations bilatérales. Un exemple classique est celui d'une violation de l'obligation qui découle de la liberté de navigation en haute mer. Il s'agit d'une obligation multilatérale, qu'elle figure dans un traité ou dans le droit international général. Mais, dans la circonstance particulière où un navire étranger serait

arrêté par un bâtiment de guerre d'un autre État, la violation n'affecterait qu'un seul État. Les autres États peuvent certes être concernés par le problème, mais un seul État est effectivement lésé.

35. Dans une seconde partie, on traiterait des obligations *erga omnes*. La violation de telles obligations affecte tous les États, mais, dans certaines circonstances, la violation affecte spécialement un ou plusieurs États.

36. La première partie de l'article 40 *bis*, soit l'actuel alinéa *a* du paragraphe 1, pourrait traiter du premier type de situation, tandis que la deuxième partie de l'article, qui comprendrait alors l'alinéa *b* du paragraphe 1 et le paragraphe 2 concernerait les obligations *erga omnes*, et il y serait dit d'emblée qu'en cas de violation de ces obligations, tous les États sont habilités à demander la cessation et à exiger des garanties et assurances de non-répétition.

37. Selon M. Gaja, il serait également possible d'envisager que tous les États demandent aussi réparation, sous réserve qu'une indemnisation soit éventuellement accordée au bénéficiaire final, qui peut être un autre État, un individu, voire la communauté internationale dans son ensemble. La Commission n'a pas à déterminer quel serait le bénéficiaire en question; comme l'a rappelé M. Sreenivasa Rao à la 2614<sup>e</sup> séance, c'est une question qui relève des règles primaires. S'agissant d'obligations *erga omnes*, il peut y avoir un bénéficiaire spécial, et seul ce bénéficiaire peut prétendre à une indemnisation. Si on suit le raisonnement du Rapporteur spécial, on ne devrait pas examiner en détail la situation des bénéficiaires autres que des États. Ainsi, lorsqu'un État a été agressé, l'ensemble de la communauté internationale est concerné. Tous les États peuvent exiger la cessation de l'agression ainsi que des assurances et garanties de non-répétition et peuvent également demander réparation, mais seul l'État agressé peut prétendre à une indemnisation. On pourrait dire que celui-ci a des droits supplémentaires. Cet État aurait aussi un rôle en ce qui concerne la mise en œuvre de la responsabilité. Quant au choix entre la restitution et l'indemnisation, il appartiendrait à l'État directement concerné. Cette question devrait être traitée dans la deuxième partie *bis* du projet d'articles relative à la mise en œuvre de la responsabilité. Dans les chapitres I et II de la deuxième partie, on ne peut que se référer aux obligations du point de vue de l'État responsable.

38. Selon la théorie des « trois cercles concentriques », selon l'expression d'Abi-Saab, le cercle le plus large est celui des normes qui imposent des obligations *erga omnes*. Le cercle médian concerne le *jus cogens*, c'est-à-dire les règles destinées à invalider ou à annuler un traité, si celui-ci comporte des dispositions violant des obligations *erga omnes*. Enfin, le dernier cercle, le plus étroit, comprend les normes qui imposent des obligations dont la violation constitue ce qu'on avait coutume d'appeler des « crimes d'État », c'est-à-dire des violations extrêmement graves de certaines obligations *erga omnes*. Quelle que soit la justesse de cette théorie, M. Gaja y fait allusion pour indiquer que, contrairement à ce que suggère le Rapporteur spécial, il ne pense pas que la Commission doive s'attarder sur le *jus cogens*. La différence fondamentale est celle qui apparaît dans les dispositions de l'article 40 *bis* entre obligations bilatérales et obligations *erga omnes*, que celles-ci soient ou non imposées par des normes

impératives. L'État qui est directement affecté par la violation d'une obligation *erga omnes* ne peut pas annuler cette obligation par voie d'accord, ou de consentement unilatéral. Il ne peut même pas supprimer les conséquences d'une violation par une clause de renonciation. Comme leur nom l'indique, les obligations *erga omnes* s'imposent à l'égard de tous les États, quelle que soit la situation. De l'avis de M. Gaja, la notion d'obligation *erga omnes* suffit aux fins de la Commission. Il reste à déterminer si, en cas de violation grave de certaines obligations *erga omnes*, des dispositions supplémentaires doivent être prévues dans la deuxième partie du projet ou ailleurs.

39. M. GOCO dit que ses observations sur l'article 40 *bis*, notamment sur la question de l'État lésé, constituent un commentaire provisoire sur lequel il se réserve le droit de revenir, notamment lors de la rédaction. Il félicite le Rapporteur spécial, qui présente très clairement cette question dans son rapport.

40. Ainsi qu'il ressort du résumé thématique, la Sixième Commission a formulé un certain nombre d'observations générales sur le sens de l'expression « État lésé ». Il a été notamment proposé que la disposition relative à l'« État lésé » comporte une définition claire de l'atteinte délictuelle au droit d'un État lésé, et mentionne explicitement le préjudice moral ou matériel subi par l'État en question. Pour d'autres délégations, il n'était pas nécessaire de mentionner le préjudice causé, dans la mesure où l'atteinte à un droit pouvait se traduire par un préjudice potentiel sans causer de préjudice effectif. On a appuyé la proposition de faire une distinction entre l'État ou les États lésés par un fait internationalement illicite et les autres États ayant un intérêt juridique dans l'exécution des obligations en question mais n'ayant pas subi de dommages quantifiables. Seul l'État spécifiquement lésé devait avoir le droit d'exiger réparation et d'être indemnisé, mais il ne pourrait exiger de réparation en l'absence de préjudice effectif. On a également fait observer que la liste des situations visées au paragraphe 2 de l'article 40 n'était pas exhaustive étant donné qu'elle ne mentionnait pas expressément la coutume bilatérale ou la violation des obligations découlant d'un fait unilatéral. Enfin, les violations de dispositions conventionnelles devaient d'abord être régies par les dispositions du traité lui-même; ce cas relevait donc du droit des traités, et non de la responsabilité des États.

41. M. Goco considère que les références faites au paragraphe 67 de son rapport par le Rapporteur spécial aux débats qui ont conduit à la formulation de la version initiale de l'article 40<sup>7</sup> sont très utiles. Quelques membres de la Commission avaient alors proposé une formule « assez souple pour couvrir toutes les situations »<sup>8</sup>. M. Goco approuve pleinement le Rapporteur spécial lorsque celui-ci indique que l'article 40 fonctionne comme une charnière pour l'ensemble du projet, comme le lien entre le régime des obligations, examiné dans la première partie, et celui des droits, qui fait l'objet de la deuxième partie.

42. Le paragraphe 1 de l'article 40 est très clair : il donne une définition générale de l'État lésé comme étant l'État

dont les droits sont violés par le fait internationalement illicite d'un autre État. On ne peut à cet égard manquer de faire un parallèle avec les dispositions du droit interne : que l'on se situe dans le domaine pénal ou simplement dans celui de l'atteinte – y compris non intentionnelle – aux droits d'autrui, la partie lésée est celle dont les droits ont été violés ou transgressés par une action ou une omission d'une autre partie. Cette action ou cette omission donne à la partie lésée le droit de recourir contre l'auteur de la violation ou de lui demander réparation. Les concepts sont toujours les mêmes : existence d'une action ou d'une omission portant atteinte aux droits d'une partie, responsabilité de l'auteur de cette action ou de cette omission et octroi d'une forme quelconque de réparation à la victime. On retrouve du reste les mots « action ou omission » dans l'article 3 de la première partie. Il n'était donc peut-être pas nécessaire de dresser une liste des différentes situations pouvant se présenter comme cela avait été fait dans le paragraphe 2 de la première version de l'article 40. Après tout, c'est à l'État lésé qu'il appartient de soulever la question de la violation de ses droits.

43. Cela explique d'ailleurs que les gouvernements se soient inquiétés, à propos de l'article 40, des chevauchements ou de l'incompatibilité possibles avec le droit des traités. Un pays a notamment fait valoir – à juste raison selon M. Goco – que la condition première à remplir pour pouvoir invoquer la responsabilité en droit international coutumier était qu'il existe un lien suffisant entre la violation et l'État revendiquant le statut d'« État lésé ».

44. La première version de l'article 40 était beaucoup trop dense et complexe. Fort heureusement, le Rapporteur spécial en a proposé, au paragraphe 119 de son rapport, une nouvelle version « allégée », beaucoup plus simple et beaucoup plus facile à comprendre et à appliquer. L'article 40 *bis*, intitulé « Droit pour un État d'invoquer la responsabilité d'un autre État », met l'accent sur l'obligation qui a été transgressée, obligation qui existe à l'égard de l'État lésé individuellement ou à l'égard de l'ensemble de la communauté internationale ou d'un groupe d'États dont l'État lésé fait partie. Dans cette nouvelle version, on envisage aussi – au paragraphe 2 – le cas d'un État qui a un intérêt juridique dans l'exécution d'une obligation internationale à laquelle il est tenu si le bénéficiaire de l'obligation est la communauté internationale dans son ensemble ou si l'obligation est établie aux fins de la protection d'intérêts collectifs. Enfin, le paragraphe 3 traite de la question des droits qui s'attachent directement à une personne ou à une entité autre qu'un État. Cette question devrait, incidemment, faire l'objet d'une disposition distincte.

45. La nouvelle formulation de l'article 40 constitue indéniablement une amélioration par rapport à l'ancienne version, avec tout le respect dû aux premiers rédacteurs. Il appartient maintenant au Comité de rédaction de l'améliorer encore, en veillant notamment à tenir compte des commentaires de la Sixième Commission et en s'attachant à trouver une formule suffisamment souple pour couvrir tous les cas de figure.

46. Les dispositions qui seront rédigées sur la question combien importante de la responsabilité des États doivent être claires et compréhensibles non seulement pour les juristes et les professeurs, mais aussi pour l'ensemble des

<sup>7</sup> Pour l'ancien article 5 proposé par le Rapporteur spécial Willem Riphagen dans son cinquième rapport, voir *Annuaire...* 1984, vol. II (1<sup>re</sup> partie), doc. A/CN.4/380, p. 2 et 3, et vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 355, p. 104.

<sup>8</sup> *Ibid.*, par. 367, p. 106.

lecteurs et en particulier les étudiants. M. Goco a été très frappé par la remarque d'un de ses étudiants à Manille qui lui a demandé si la complexité extrême des règles du droit international n'était pas en réalité voulue par les États qui avaient ainsi des excuses pour ne pas les appliquer. Cela doit être pour la Commission un sujet de réflexion.

47. M. HAFNER dit que la Commission peut aborder les problèmes posés par l'article 40 et 40 *bis* de deux manières : elle peut ou bien tenter de remonter jusqu'aux racines du droit international et des relations entre États ou bien se contenter d'essayer de trouver une formulation acceptable. Compte tenu des difficultés inhérentes aux deux exercices, il faudrait peut-être envisager une autre solution intermédiaire.

48. En dépit des progrès du multilatéralisme, on est encore aujourd'hui dans le système dit « westphalien » où il appartient à chaque État et non à un organe central de faire appliquer la loi. Si l'on s'en tient à cette conception, il n'est pas très difficile de rédiger un article prévoyant que c'est l'État lésé qui a le droit d'invoquer les conséquences du fait internationalement illicite. Mais encore faut-il définir ce que l'on entend par « État lésé ». Ainsi, par exemple, un État sans littoral peut-il s'estimer lésé si un État côtier étend sa zone économique exclusive ou ses droits sur le plateau continental au-delà de la distance admissible ? Saisie de cette question, la CIJ avait estimé, pour sa part, qu'en raison de sa situation géographique, un État sans littoral ne pouvait pas se considérer comme lésé par un tel comportement. M. Hafner ne partage pas cet avis : à son sens, l'intérêt d'un État ne saurait être apprécié sur la base de sa seule situation géographique. De surcroît, on assiste actuellement à une nouvelle évolution du droit international, découlant de l'apparition du droit des droits de l'homme et de la notion d'obligations non seulement à l'égard de tel ou tel État mais à l'égard de tous les États ou en général de l'humanité tout entière. L'époque n'est plus aux relations synallagmatiques entre des États individuellement identifiables mais au multilatéralisme. C'est pour tenter de répondre à ces nouvelles tendances que la CIJ fait désormais référence à des obligations *erga omnes*.

49. Dans sa tentative de définition des États habilités à invoquer la responsabilité internationale, la Commission doit elle aussi tenir compte de cette évolution et prévoir que les États qui ne sont pas directement lésés (ou qui ne le sont pas au sens propre) doivent néanmoins avoir le droit de réagir face à la violation de certaines normes du droit international. Trois cas de figure peuvent en effet se présenter : *a*) ou bien il n'y a pas, à proprement parler, d'État lésé (par exemple s'il s'agit d'une violation des droits de l'homme); *b*) ou bien tous les États peuvent s'estimer lésés (par exemple s'il y a eu atteinte à l'environnement ou violation d'une convention sur la protection de l'environnement); *c*) ou bien encore on a affaire à une violation fondamentale du droit international face à laquelle tout État doit pouvoir réagir, par exemple en cas d'agression. Le développement du multilatéralisme amène aussi à distinguer un quatrième cas de figure *d* dans lequel les obligations sont dues à plusieurs États à la fois mais ne sont « réalisées » que vis-à-vis d'un seul État (comme en matière de protection diplomatique). Dans l'hypothèse *b* susmentionnée, tout État qui est partie à une convention relative à la protection de l'environnement est normalement habilité à agir et à invoquer la responsabilité interna-

tionale si un autre État viole, par exemple, l'interdiction de produire des CFC (chlorofluorocarbones). Mais, dans l'hypothèse *d*, la question se pose de savoir si des États autres que l'État directement touché doivent être considérés comme juridiquement habilités à réclamer « dans l'abstrait » l'observation de la norme pertinente – en d'autres termes si leur intérêt juridique est suffisant pour leur donner le droit d'invoquer les conséquences de la responsabilité. On en trouve un écho dans l'Article 63 du Statut de la CIJ, qui traite du droit des États d'intervenir dans les procès concernant l'interprétation d'une convention à laquelle ils sont parties. On peut donc se demander si cela s'applique au droit d'invoquer la responsabilité. D'une manière générale, on peut dire qu'il existe actuellement une tendance à élargir le droit d'invoquer les conséquences de la responsabilité internationale, mais cela ne va pas jusqu'à conférer un tel droit à n'importe quel État et dans n'importe quelles circonstances.

50. Le problème étant ainsi posé, M. Hafner se propose d'examiner comment le Rapporteur spécial a tenté de le résoudre dans son article 40 *bis*. Ce nouveau texte, à la différence notable de l'ancienne version, ne fait plus de distinction entre les normes bilatérales et les normes multilatérales mais entre les obligations bilatérales et les obligations *erga omnes*, ce qui a des conséquences majeures sur la définition de l'État habilité à invoquer la responsabilité.

51. Le cas des obligations bilatérales est analysé aux paragraphes 99 à 105 du rapport, où le Rapporteur spécial indique qu'un État tiers peut avoir un intérêt à faire remarquer une violation donnée mais « qu'il n'y a pas lieu de réglementer cette démarche dans les projets d'articles ». M. Hafner est d'un avis contraire : si l'on veut donner à un État tiers la possibilité d'intervenir en cas de violation d'une obligation internationale due à un État particulier mais découlant d'un instrument multilatéral, il faut une norme positive (ce qui peut être utile dans l'hypothèse où, par exemple, la partie directement lésée n'est pas décidée à agir), créant une exception à la règle de la non-ingérence qui est celle de la doctrine classique.

52. Pour ce qui est de la violation des obligations *erga omnes*, dans le projet d'article 40 *bis*, le droit d'invoquer les conséquences de la responsabilité internationale n'appartient – a priori – qu'à deux catégories d'États : l'État directement affecté par la transgression de l'obligation et les États parties à une convention de portée mondiale. Si l'on s'en tient à cette définition, aucun État ne pourrait invoquer la responsabilité d'un autre État en cas de violation des droits de l'homme et, en cas d'atteinte à l'environnement qui ne porterait pas préjudice à un autre État, ce droit ne serait pas non plus systématique. Aussi le Rapporteur spécial a-t-il prévu, au paragraphe 2 de son projet d'article, que pourrait également être habilité à agir un État qui a un intérêt juridique dans l'exécution d'une obligation internationale (par laquelle il est lié) si le bénéficiaire de l'obligation est la communauté internationale dans son ensemble (*erga omnes*) ou si l'obligation est établie aux fins de la protection d'intérêts collectifs. Comme il n'est pas aisé de saisir le sens exact d'une obligation *erga omnes*, il faudra la définir dans le commentaire.

53. Il serait intéressant de savoir quelles sont les conséquences de la distinction faite entre ces deux groupes



d'États, ce qui ne ressort pas du libellé du projet d'article. Dans son rapport, le Rapporteur spécial explique que les États « intéressés » pourraient intervenir ou bien au nom de la victime (ce qui ne pose pas de problème) ou bien aux termes d'un accord entre les États parties par analogie avec l'article 60 (par. 2) de la Convention de Vienne de 1969. M. Hafner pense, comme M. Simma, que l'exigence d'un « accord préalable » risque de poser un problème. Si l'État « intéressé » est uniquement habilité à réclamer la cessation ou la restitution, l'existence de cet accord préalable ne s'impose pas, pourvu, cependant, que l'État victime ne considère pas qu'il y a eu empiètement sur ses propres prérogatives. Il en va différemment lorsqu'il s'agit de réclamer réparation ou satisfaction ou de prendre des contre-mesures. Dans ce cas, à moins que l'État « intéressé » agisse au nom de la victime, un accord semble indispensable pour éviter le désordre. À l'évidence, il n'a pas encore été possible de trouver une formulation répondant de manière satisfaisante à ces problèmes qui demandent impérativement à être réglés de façon claire.

54. En résumé, il est impossible de se prononcer de manière définitive sur l'article 40 *bis* tant qu'on ne connaîtra pas les conséquences de la distinction entre les deux catégories d'États envisagées. Enfin, comme l'a souligné M. Simma, qui a suggéré un nouveau libellé, le titre de l'article 40 *bis* proposé par le Rapporteur spécial ne correspond pas au contenu de cet article, et il faudrait établir un lien entre les deux. M. Hafner partage aussi l'opinion de M. Goco sur l'opportunité de faire du paragraphe 3 une disposition distincte.

55. M. PELLET dit que l'article 40 *bis*, tel que le conçoit le Rapporteur spécial, a pour fonction de déterminer quels sont les États qui peuvent mettre en mouvement la responsabilité internationale d'un État auquel un fait internationalement illicite peut être imputé. Cette approche a l'avantage d'être plus pragmatique que les théories générales des obligations en droit international développées par MM. Gaja et Hafner et répond, somme toute, aux questions posées par le Rapporteur spécial aux paragraphes 117 et 118 de son rapport. Cela étant, l'article 40 *bis* ainsi libellé devrait plutôt figurer en tête de la deuxième partie *bis* puisque celle-ci doit être consacrée à la mise en œuvre de la responsabilité d'un État et qu'il s'agit ici de savoir qui peut déclencher cette mise en œuvre. C'est du reste la solution qui a été préconisée par le Rapporteur spécial. Celui-ci a certainement eu raison de modifier à la fois le titre et la philosophie de l'article 40 adopté en première lecture qui était effectivement critiquable à de nombreux égards, mais il est dommage qu'il ne soit pas allé jusqu'au bout de sa démarche et n'ait pas pleinement tiré les conséquences logiques de son analyse critique. En fait, il semble être resté prisonnier de l'approche doctrinale du Rapporteur spécial Riphagen, dont M. Brownlie a dénoncé la trop grande complexité. La formulation proposée par M. Simma est meilleure, du moins au départ : il commence par définir au paragraphe 1 les cas dans lesquels un État peut invoquer la responsabilité d'un autre État pour un fait internationalement illicite. Malheureusement, il en revient ensuite à la question de savoir quel est le type d'obligation qui a été lésée. Or, le problème est en fait de déterminer quand un État a le droit de tirer les conséquences de la responsabilité internationale. La nature de l'obligation enfreinte n'a guère d'intérêt : ce qui importe, c'est la position de l'État qui veut agir par rapport à la violation.

56. Si, comme c'est logique, l'article 40 *bis* est placé en tête de la deuxième partie *bis*, les conséquences immédiates de la responsabilité auront été énumérées et définies dans la deuxième partie. En renvoyant les articles 36, 36 *bis* et 37 *bis* au Comité de rédaction, la Commission a dessiné les grandes lignes de ce que sera cette deuxième partie, même si l'on doit y rajouter – le Rapporteur spécial en est d'accord – des dispositions sur les intérêts en matière de réparation. M. Pellet continue de penser en effet qu'il faudra compliquer un peu les articles sur la réparation. Il faudra aussi, dans cette deuxième partie, faire figurer l'article 45 *bis* que le Rapporteur spécial a en tête sur la pluralité des auteurs de violations qui, de l'avis de M. Pellet, a beaucoup plus sa place dans la deuxième partie que dans la deuxième partie *bis*. Les conséquences de la responsabilité ne sont finalement pas très compliquées. Comme on l'a dit, ce sont l'exécution de l'obligation internationale violée (art. 36 *bis*, par. 1), la cessation du fait internationalement illicite (art. 36 *bis*, par. 2, al. a), peut-être aussi, si l'on y tient – mais le Rapporteur spécial n'en a toujours pas donné de véritables exemples –, les assurances et garanties de non-répétition (art. 36 *bis*, par. 2, al. b) et, enfin, mais ce n'est pas la moindre, la réparation sous l'une de ses trois formes ou par la combinaison de ses trois formes. Tout cela figurera déjà dans la deuxième partie. Ensuite arrivera l'article 40 où, logiquement, il faudra dire qui a le droit de demander la cessation, les assurances, etc. Les quatre conséquences prévues peuvent être regroupées très facilement. Il y a, d'une part, la réparation et, d'autre part, tout le reste : la demande de cessation, l'exécution et, peut-être, les garanties de non-répétition. Quant aux contre-mesures, mieux vaut attendre que le Rapporteur spécial ait établi son rapport pour en traiter.

57. Si l'on admet de raisonner de cette manière, donc de partir de ce qu'il y aura avant l'article 40, le seul problème que ce dernier doit régler est de savoir laquelle (ou lesquelles) de ces conséquences de la responsabilité peut (ou peuvent) être déclenchée(s) par un État selon sa position par rapport à l'obligation violée. C'est ce que le Rapporteur spécial s'efforce de faire au tableau 2 qui figure à la fin de son rapport. C'est aussi ce que l'article 40 *bis* prétend traduire en mots. Mais il le fait d'une manière qui semble très compliquée sans être très précise car on peut le lire dans tous les sens. On voit bien qu'il y a des différences, mais on ne voit pas ce qui peut être déclenché selon la situation indiquée. Le Rapporteur spécial s'intéresse encore une fois beaucoup plus à la théorie des obligations qu'au déclenchement du processus de la responsabilité. Il le fait d'une manière presque aussi compliquée que l'article de Riphagen, proposé en tant qu'article 5 dans son sixième rapport<sup>9</sup>, qui relevait d'un esprit en principe différent. Pour M. Pellet, il suffirait d'opérer une distinction simple, qui se dégage assez nettement à la lecture du rapport, entre, d'une part, les États lésés au sens propre du terme, ceux qui ont subi directement un dommage ou un préjudice et, d'autre part, les autres États que l'on peut appeler indirectement lésés ou qui, en tout cas, sont définis par l'arrêt rendu dans l'affaire de la *Barcelona Traction* comme ayant un intérêt juridique, donc les autres États intéressés.

<sup>9</sup> Voir *Annuaire...* 1985, vol. II (1<sup>re</sup> partie), doc. A/CN.4/389, p. 3.

58. Sur ce point, M. Pellet est d'accord avec le Rapporteur spécial. Ce sont plutôt les conséquences que ce dernier tire de ses raisonnements qui paraissent bizarres. Les choses sont claires : il y a d'une part les États qui ont le droit de tirer toutes les conséquences découlant de la responsabilité, les États lésés ou directement lésés, et puis il y a d'autres États qui ont le droit de tirer toutes les conséquences de la responsabilité, sauf la réparation. Aucun État ne peut demander pour lui-même une réparation pécuniaire pour un génocide qui se commet dans un autre État et qui concerne la population de cet État. Par contre, il est tout à fait évident – et c'est une grande vertu de la notion de crime – que tous les autres États ont certainement le droit et probablement l'obligation de réagir. Au minimum, ils ont le droit de demander la cessation, l'exécution de l'obligation violée et, le cas échéant, des garanties de non-répétition. En somme, l'État directement lésé – lui-même ou par le biais de ses ressortissants – a le droit de demander réparation. Les autres États ont le droit de déclencher les conséquences de la responsabilité, mais pas de demander réparation.

59. Il n'y a rien là de très compliqué, et c'est ce que M. Pellet essaie d'exprimer dans ses propositions d'articles 40-1 et 40-2 [ILC/(LII)/WG/SR/CRD.2]. La rédaction du texte qu'il propose, simple et plus fonctionnel à son avis que les textes soumis par le Rapporteur spécial et par M. Simma [ILC/(LII)/WG/SR/CRD.1], est améliorable et doit être complétée. Il faudrait sans doute définir quelque part ce qu'est un dommage ou un préjudice. Personnellement, M. Pellet préférerait que ce soit dans un projet d'article plutôt que dans le commentaire. Il faudrait aussi définir l'intérêt juridique. Cela pourrait être fait sans difficulté dans un projet d'article, car, à son avis, il suffirait de reprendre le paragraphe 2 proposé par le Rapporteur spécial et repris par M. Simma, quitte à lui apporter des modifications de forme. Pour sa part, M. Pellet a tout simplement reproduit le paragraphe 2 de l'article 40 *bis* à l'alinéa *b* de l'article 40-2 de sa propre proposition, avec une légère modification rédactionnelle. Il faudrait enfin conserver le paragraphe 3 que l'on trouve dans les projets du Rapporteur spécial et de M. Simma, et que M. Pellet reprend à l'article 40-X de sa propre proposition. M. Pellet convient cependant avec M. Hafner que le paragraphe 3 n'est pas à sa place dans l'article 40 *bis*. Il devrait en être détaché. Peut-être aussi pourrait-on en modifier la rédaction : « sans préjudice des conséquences découlant de la commission d'un fait internationalement illicite » serait préférable à « sans préjudice d'aucun droit découlant... ». En effet, les conséquences de la responsabilité ne sont pas seulement des droits mais aussi des obligations. Ainsi, dans le cas d'un crime comme le génocide, il paraît évident que les États intéressés, c'est-à-dire tous les États de la communauté internationale, ont non seulement le droit mais encore l'obligation de réagir, et il faut que cela apparaisse dans le paragraphe 3.

60. Pour récapituler, la proposition que fait M. Pellet consiste donc d'abord à scinder en trois articles l'article 40 *bis* qui, de toute façon, paraît vraiment trop copieux compte tenu du style des autres articles du projet, mais c'est là une modification de pure forme qu'il faudrait effectuer même si l'on retenait la proposition du Rapporteur spécial ou celle de M. Simma.

61. En deuxième lieu, M. Pellet propose de modifier profondément la rédaction du paragraphe 1 pour donner corps à la distinction – que fait le Rapporteur spécial lui-même – entre États lésés et États ayant un intérêt juridique. Ce serait à son avis une clarification utile permettant à cet article de remplir son office, à savoir déterminer qui peut déclencher les conséquences de la responsabilité, ce qui n'apparaît ni dans la proposition du Rapporteur spécial ni dans celle de M. Simma.

62. En troisième lieu, la proposition de M. Pellet revient aussi à faire réapparaître la notion de dommage ou de préjudice. L'existence d'un dommage est en effet indispensable pour justifier l'obligation de réparer, sinon le droit international deviendrait complètement immoral. Mais si ce qui autorise à exiger réparation est que l'on a subi un dommage, par contre, ce qui autorise et parfois oblige à réagir autrement qu'en demandant réparation peut être qu'une obligation *erga omnes* a été violée.

63. En quatrième lieu, enfin, la proposition de M. Pellet consiste également à demander au Rapporteur spécial, si possible, de définir cette notion de dommage, de préférence dans le projet. Cela étant, si le Rapporteur spécial le fait dans le commentaire, M. Pellet s'y résignera.

64. Cette proposition n'est pas fondamentalement différente de l'analyse du Rapporteur spécial, sauf dans le cas du paragraphe 1 de l'article 40 *bis* où le Rapporteur spécial dit tirer les conséquences de son rapport. M. Pellet s'est inspiré du rapport du Rapporteur spécial pour proposer un texte qu'il croit plus clair. Il tient cependant à réaffirmer son accord avec la philosophie générale sous-jacente aux paragraphes 66 à 118 de ce rapport, sans préjudice de ses réactions futures à ce que le Rapporteur spécial proposera en ce qui concerne les violations graves d'obligations essentielles pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale des États dans son ensemble, alias les crimes visés à l'article 19 du projet d'articles. Le Rapporteur spécial a cependant tout à fait raison de dire que, pour ce qui est de savoir qui peut déclencher les conséquences de la responsabilité, peu importe qu'un crime ait été commis ou non dès lors qu'une obligation à l'égard de la communauté internationale est violée. C'est pourquoi il n'est guère besoin, selon M. Pellet, de réintroduire la notion de crime dans cet article.

65. M. SIMMA, se réservant de revenir ultérieurement plus en détail sur la proposition de M. Pellet, pense que l'on aurait tort de voir dans celle-ci une approche beaucoup plus simple et élégante du sujet. Il lui semble que l'article 40-1 *bis*, qui, certes, n'occupe pas beaucoup de place dans cette proposition, présente le risque d'ouvrir la boîte de Pandore. Si l'on s'attelait réellement à une définition de termes « dommage » ou « préjudice », sans doute l'élégance et la simplicité de la démarche de M. Pellet s'en ressentiraient. Sans aller jusqu'à évacuer la notion de dommage de l'ensemble du projet, peut-être serait-ce une bonne idée que d'éviter de faire du dommage un élément constitutif du fait internationalement illicite. Il serait beaucoup plus facile de traiter de cette notion dans le cadre de la réparation, puisque la réparation présuppose le dommage, que dans celui de la qualité pour agir.

66. Pour M. Simma, l'article 40-2 (Protection d'un intérêt juridique) de la proposition de M. Pellet procède de la même lecture erronée de l'arrêt rendu dans l'affaire de la *Barcelona Traction* que celle qu'en a faite le Rapporteur spécial, c'est-à-dire d'une interprétation trop étroite de la notion d'intérêt juridique. Tant de la proposition de M. Pellet que de celle du Rapporteur spécial, on retire l'impression que le fait d'avoir « un intérêt juridique » a quelque chose d'inférieur au fait d'être directement lésé. Or, ce n'est pas ainsi que M. Simma lit l'arrêt en question. Pour lui, les États ayant un intérêt juridique ont des droits qui ne sont pas inférieurs à ceux des États lésés, lesquels, selon les propositions de M. Pellet et du Rapporteur spécial, seraient seuls à avoir pleine qualité pour agir.

67. En ce qui concerne le paragraphe 2 de l'article 40-1 de la proposition de M. Pellet, accorder aux États ayant un intérêt juridique mais n'ayant pas subi de dommage les droits prévus à l'article 36 *bis* de la proposition du Rapporteur spécial est insuffisant. Il faudrait ajouter d'autres éléments que le Rapporteur spécial esquisse au tableau 2 figurant à la fin de son rapport, par exemple le droit d'agir au nom de la victime ou par accord avec les États parties, même si l'on doit reconnaître qu'il serait difficile d'arriver à des définitions précises de ces notions.

68. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) remercie les membres qui ont proposé de nouvelles versions de l'article 40 *bis*, où il discerne des traits communs à partir desquels le Comité de rédaction pourra commencer ses travaux. Sans malice de sa part, il fait observer à M. Pellet que seuls manquent dans sa proposition les trois éléments de la définition du dommage qu'il avait regroupés en un seul article. Il convient avec lui qu'on pourrait scinder cet article. Il a pourtant adopté une stratégie de désagrégation pour tenter de résoudre les problèmes de l'article 40 qui, lui, se caractérise par une stratégie d'agrégation. Peut-être n'est-il pas allé assez loin.

69. Si on lui demandait de définir le mot « dommage », le Rapporteur spécial dirait que c'est d'abord par définition ce que subit l'État partie à une obligation bilatérale qui est violée. C'est ensuite ce que subit l'État qui est spécialement atteint dans tout autre cas. C'est enfin ce que subit l'État atteint du seul fait qu'il est partie à une obligation intégrale et que ce type d'obligation est conçu pour toucher tous les États. Ainsi, M. Pellet et lui se retrouvent sur le fond.

70. Sans vouloir jouer les professeurs de troisième cycle, force est de constater que ces notions reposent sur des fondements théoriques. Ce que le Rapporteur spécial a tenté de faire en développant la notion de préjudice a été de se saisir du cas de l'obligation bilatérale et du cas prévu au paragraphe 2 de l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969. Il faut dire que la Commission a conçu ce paragraphe à un stade assez tardif de l'élaboration de cette convention. Elle l'a fabriqué de toutes pièces. Il n'y avait guère à ce sujet de textes sur lesquels s'appuyer. Le commentaire<sup>10</sup> ne donne pas beaucoup d'arguments en faveur de cette disposition, et pourtant elle a été largement acceptée. Il semble que l'on puisse s'inspirer de cet exemple. En tout état de cause, la théorie générale des obligations

occupe dans tout ceci une place bien plus importante que M. Pellet ne veut bien l'admettre.

71. Le Rapporteur spécial note que M. Simma a lui aussi offert d'utiles suggestions pour faire avancer la question; l'un des avantages de la solution qu'il propose, solution radicale, est qu'elle évite tout débat sur des notions telles que celles de préjudice et d'intérêt. Il a pour sa part tenté de rédiger l'article 40 *bis* dans la perspective de l'intérêt plutôt que dans celle du préjudice, mais il est arrivé à la conclusion que cela ne constituait pas une amélioration.

72. Il n'est pas impossible que tous les éléments de toutes les solutions proposées puissent être adoptés. Il y a un point essentiel sur lequel le Rapporteur spécial pense que tous les membres sont d'accord – et ce point ressort de l'arrêt de la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction* –, c'est qu'il y a une distinction à faire entre la situation, par exemple, des peuples du Sud-Ouest africain et de l'Éthiopie ou du Libéria. Une fois que l'on s'est mis d'accord là-dessus, on a fait beaucoup de chemin pour démêler les problèmes que l'article 40 avait embrouillés.

73. Le Rapporteur spécial se félicite de ces apports qu'il considère comme constructifs. Comme M. Brownlie, il pense que la CDI devra présenter à la Sixième Commission une proposition claire et suffisamment fondée sur les textes préexistants pour gagner quelque approbation. Jusqu'à présent, le bilan de la CDI elle-même n'a pas été si mauvais à cet égard et, grâce aux efforts des membres du Comité de rédaction, le problème pourrait être résolu. S'il ne l'est pas, et si l'on ne revient pas à l'article 40 original, il faudra se contenter d'une formulation beaucoup plus simple, ce qui serait regrettable. De même que la Commission a estimé qu'elle devait aller plus loin que le paragraphe 1 de l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969 pour ce qui est des traités multilatéraux, de même devrait-elle aller plus loin dans le domaine du droit de la responsabilité pour ce qui est des obligations multilatérales. Il est possible, dans le cadre du débat actuel, de faire cet important pas en avant.

74. M. HAFNER, dans la ligne de pensée de M. Simma et du Rapporteur spécial, demande à M. Pellet s'il ne faut pas tirer de l'interprétation du membre de phrase « un État qui a subi un dommage [matériel ou moral] » figurant au paragraphe 1 de l'article 40-1 qu'il a proposé une double conséquence. Premièrement, une violation d'une obligation internationale ne constitue pas en elle-même un dommage moral. Deuxièmement, dans une situation où il y a violation d'un accord bilatéral sur la protection d'une minorité, l'État protecteur de la minorité, même s'il ne peut être considéré comme ayant subi un dommage, doit être autorisé à prendre toutes les mesures qui découlent de la responsabilité de l'autre. Autrement dit, l'interprétation de cet article dépend pour beaucoup de la définition du dommage.

75. M. Sreenivasa RAO, se réservant de revenir ultérieurement sur le sujet, donne acte à M. Pellet de vouloir proposer une manière gérable de traiter les très difficiles notions qui sous-tendent la responsabilité. Mais si la réparation n'est pas ce qui est prévu à l'article 40 pour les États indirectement lésés qui ne disposent que d'un *locus standi* à demander le respect de l'obligation enfreinte,

<sup>10</sup> Voir le commentaire de l'article 57, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 276 à 278.

qu'apporte-t-on de plus qui n'existe pas déjà dans les instances actuelles des Nations Unies ? L'État non directement lésé ne peut s'adresser qu'à une instance multilatérale pour obtenir satisfaction. Il peut certes se livrer à un échange de notes diplomatiques, mais s'il veut obtenir des résultats, c'est vers les résolutions de l'ONU, le système de règlement des différends de l'OMC ou d'autres mécanismes qui n'ont pas d'autre objet qu'il se tourne. Si ces mécanismes ne sont pas utilisés, il faut inventer un nouveau rouage à cette fin. Sinon, on en sera réduit à voir un ensemble de réactions unilatérales, fortement désorientées, sélectives, se substituer à la défense de l'intérêt collectif. C'est là la difficulté fondamentale, et elle n'a pas été abordée.

### Organisation des travaux de la session (suite\*)

[Point 2 de l'ordre du jour]

76. Le PRÉSIDENT annonce la création d'un groupe de travail sur la 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), composé comme suit : M. Sreenivasa Rao (Président et Rapporteur spécial), M. Baena Soares, M. Galicki, M. Hafner, M. Kateka, M. Lukashuk, M. Rosenstock et M. Rodríguez Cedeño (membre de droit).

*La séance est levée à 13 heures.*

\* Reprise des débats de la 2613<sup>e</sup> séance.

## 2617<sup>e</sup> SÉANCE

*Mardi 9 mai 2000, à 10 h 5*

*Président* : M. Maurice KAMTO

*Présents* : M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Idris, M. Illueca, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Operti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka.

### Protection diplomatique (A/CN.4/506 et Add.1<sup>1</sup>)

[Point 6 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à présenter son premier rapport sur la protection diplomatique (A/CN.4/506 et Add.1), dans lequel il propose les projets d'articles 1 à 9, libellés comme suit :

#### *Article premier. – Champ d'application*

1. Aux fins des présents articles, on entend par protection diplomatique toute action engagée par un État contre un autre État à raison du préjudice causé à la personne ou aux biens de l'un des nationaux du premier État par un fait ou une omission internationalement illicite imputable au deuxième État.

2. Dans les circonstances exceptionnelles visées à l'article 8, la protection diplomatique peut s'étendre à des non-nationaux.

#### *Article 2*

Il est interdit de recourir à la menace ou à l'emploi de la force comme moyen de protection diplomatique, sauf pour sauver des nationaux lorsque :

a) L'État de protection n'a pas pu assurer la sécurité de ses nationaux par des moyens pacifiques;

b) L'État auteur du préjudice ne veut pas ou ne peut pas assurer la sécurité des nationaux de l'État de protection;

c) Les nationaux de l'État de protection sont exposés à un danger immédiat;

d) L'emploi de la force est proportionné aux circonstances;

e) L'emploi de la force est limité dans le temps et l'État de protection retire ses forces dès que les nationaux sont sauvés.

#### *Article 3*

L'État de nationalité a le droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'un de ses nationaux lésé par un autre État. Sous réserve de l'article 4, l'État de nationalité exerce ce droit à sa discrétion.

#### *Article 4*

1. À moins que la personne lésée ne puisse présenter une réclamation pour le préjudice subi devant une cour ou un tribunal international compétent, l'État dont elle a la nationalité a l'obligation juridique d'exercer, à la demande, la protection diplomatique à l'égard de cette personne si celle-ci en fait la demande si le préjudice est le résultat d'une violation grave d'une norme de *jus cogens* imputable à un autre État.

2. L'État de nationalité est déchargé de cette obligation lorsque :

a) L'exercice de la protection diplomatique mettrait sérieusement en danger ses intérêts supérieurs et/ou ceux de ses citoyens;

b) Un autre État exerce la protection diplomatique à l'égard de la personne lésée;

<sup>1</sup> Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1<sup>re</sup> partie).