

Document:-
A/CN.4/SR.2644

Compte rendu analytique de la 2644e séance

sujet:
Responsabilité des Etats

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>)*

dans leur droit d'utiliser les eaux. Des problèmes sérieux se poseront s'ils ne s'entendent pas sur la forme de réparation – l'un voulant par exemple la restitution, et les autres l'indemnisation. Les deux formes de réparation ne peuvent aller de pair. Si la restitution est proposée par l'État riverain d'amont au premier État riverain d'aval, c'est la restitution qui jouera automatiquement aussi pour l'État riverain d'aval suivant, que celui-ci préfère ou non cette forme de réparation. Dès lors, une disposition relative à l'incompatibilité des formes de réparation est nécessaire. Une solution consisterait à donner la priorité à la restitution, à moins que les États ne conviennent d'une autre forme. Une autre solution serait de s'appuyer sur un accord entre les États lésés, mais il resterait à savoir ce qu'il faudrait faire si les États lésés ne pouvaient s'entendre sur une forme commune de réparation. Cela équivaudrait-il à une renonciation au droit d'invoquer la responsabilité, exonérant ainsi l'État responsable ? Cette question doit être abordée.

67. M. Hafner appuie l'article 46 *sexies* dans la mesure où il ne définit pas une forme particulière de responsabilité commune, mais il convient avec M. Gaja que le problème est plus complexe et que l'affaire du *Détroit de Corfou* n'est pas l'exemple le mieux choisi. L'alinéa *a* du paragraphe 2 pourrait conduire à une interprétation *a contrario*, ce qui n'est certainement pas souhaitable. Pourquoi une telle règle serait-elle seulement applicable aux cas de pluralité d'États responsables, et non de façon générale ?

68. Dans l'ensemble, M. Hafner est d'avis que les projets d'articles devraient être renvoyés au Comité de rédaction.

69. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) souscrit entièrement à l'analyse que fait M. Hafner de la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux et des « accords mixtes » de l'Union européenne. Le traitement minutieux, dans la Convention, de la responsabilité solidaire est tout à fait inhabituel, et si le Rapporteur spécial l'a mentionné, c'est parce qu'il s'agit de la disposition la plus précise dans ce domaine, et non parce qu'il pense que cela reflète le droit international général. Il est vrai que le processus de déduction de principes généraux du droit international joue sur la base de l'analogie, mais l'on ne saurait sauter directement d'un système juridique national au droit international sans passer par l'étape intermédiaire nécessaire consistant à trouver une base commune dans les différents systèmes juridiques, d'où l'on peut déduire que telle ou telle chose constitue un principe général du droit. S'agissant des « accords mixtes », l'annexe IX de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer prescrit un traitement spécial dans un cas particulier, mais la situation juridique dans le cadre de tous les « accords mixtes » n'est pas la même, contrairement à l'opinion courante.

La séance est levée à 13 heures.

2644^e SÉANCE

Vendredi 21 juillet 2000, à 10 heures

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka.

Responsabilité des États¹ (suite) [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 (suite)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen des chapitres II et III du troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/507 et Add.1 à 4).

2. M. MOMTAZ regrette d'autant plus de n'avoir pas eu plus de temps pour examiner de manière approfondie le chapitre III qu'il traite pour la première fois de questions très délicates présentant une importance capitale pour la poursuite des travaux de la Commission. À titre de remarque générale, il estime qu'une nouvelle fois la distinction entre crime et délit établie par l'article 19 du projet d'articles adopté en première lecture plane sur un certain nombre des articles proposés. C'est le cas plus particulièrement de l'article 46 *quater* consacré à la perte du droit d'invoquer la responsabilité, ainsi que de l'article 46 *quinquies* relatif à la pluralité d'États lésés. Dans ces deux cas, les questions soulevées se posent sous un angle différent si l'on a affaire à la violation d'une règle fondamentale du droit international général. On trouve confirmation du bien-fondé de ce point de vue dans le paragraphe 233 du rapport où le Rapporteur spécial dit qu'« un État lésé ne peut de son propre chef libérer l'État responsable de ses obligations continues ». On peut en effet se demander si cette affirmation tend à insinuer qu'en cas de violation de règles fondamentales ou *erga omnes*, seul l'État lésé directement ne peut, puisque les intérêts de la communauté internationale dans son ensemble sont en cause, libérer de par sa seule volonté l'État responsable de ses obligations. Si la réponse à cette question est positive, on ne peut que constater une nouvelle fois que le refus du

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).

Rapporteur spécial de se préoccuper du débat sur la distinction de l'article 19 pose problème à la Commission.

3. S'agissant du contenu du chapitre III lui-même, M. Momtaz se demande, à propos du paragraphe 237, relatif à la forme que doit revêtir l'invocation de la responsabilité, si la réclamation de l'État lésé ne peut pas se faire dans le cadre des organes politiques d'une organisation internationale ou régionale saisie par cet État pour traiter le conflit qui l'oppose à l'État auteur du fait illicite. Dans certains cas, l'État lésé n'a nullement l'intention d'introduire une réclamation devant de tels organes, qui ne sont d'ailleurs pas compétents pour la recevoir. Il n'en demeure pas moins que les prises de position dans le cadre de tels organes, mettant en cause la responsabilité de l'État auteur du fait prétendument illicite, pourraient être considérées comme des modes d'invocation de responsabilité plutôt informels. La question s'était posée dans le cadre de l'affaire de l'*Incident aérien du 3 juillet 1988* sans que la CIJ ait eu à se prononcer sur cette question. Par contre, dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, toujours pendante devant la CIJ, le laps de temps assez long qui s'est écoulé entre la destruction des installations pétrolières de la République islamique d'Iran dans le golfe Persique et la saisine de la Cour par l'Iran n'a pas empêché la Cour de se déclarer compétente. Dans ces deux affaires, la République islamique d'Iran avait justement invoqué ses prises de position dans le cadre d'organes politiques d'instances internationales.

4. Pour ce qui est du paragraphe 241 du rapport, M. Momtaz est d'avis que la question de l'épuisement des voies de recours internes doit être considérée comme une règle relative à la recevabilité des réclamations dans le domaine de la protection diplomatique et que, quoi qu'il en soit, cette règle ne s'applique pas aux cas de violations massives et systématiques des droits de l'homme, y compris évidemment celles concernant les étrangers qui vivent sur le territoire de l'État auteur du fait internationalement illicite.

5. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) précise que le paragraphe 233 du rapport vise en réalité une distinction légèrement différente entre les normes impératives et les autres. Il est incontestable qu'en cas de violation continue d'une norme impérative, à moins que cette norme elle-même ne le prévoie, l'État lésé ne peut libérer l'État responsable de ses obligations continues car il s'agit d'une question qui revêt un intérêt plus général. De fait, ce paragraphe appelle l'attention sur les conséquences possibles de cette situation pour ce qui est des questions de restitution. S'agissant des questions relatives à l'article 19, le Rapporteur spécial précise qu'il tente de les appréhender depuis le début de son mandat et qu'il entend les aborder franchement dans le chapitre IV de son rapport.

6. M. LUKASHUK approuve l'intention du Rapporteur spécial d'examiner la question des violations flagrantes et graves des obligations envers la communauté internationale tout entière et espère qu'il pourra régler cette question extrêmement complexe avec l'aide de tous les membres de la Commission. À cet égard, un aspect extrêmement important est celui des contre-mesures en cas de violation des obligations envers la communauté internationale dans son ensemble. Une question un peu plus spécifique et concrète est celle soulevée par le paragraphe 232 du rapport,

dans lequel le Rapporteur spécial vise la liberté de l'État lésé de choisir entre les formes de réparation disponibles, sans toutefois mentionner le droit de l'État responsable à cet égard. Or, de l'avis de M. Lukashuk, la forme de la réparation doit toujours faire l'objet d'un accord entre les parties.

7. S'agissant des conditions formelles d'invocation de la responsabilité, M. Lukashuk pense qu'il convient de nuancer les conclusions que tire le Rapporteur spécial de l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire concernant *Certaines terres à phosphates à Nauru*. S'il est vrai que la Cour ne semble pas avoir attaché beaucoup d'importance aux formalités en l'espèce, elle a aussi expressément indiqué que cette approche était justifiée par le caractère spécifique et exceptionnel des relations entre l'Australie et Nauru. On ne saurait donc en tirer une règle générale et, dès lors, M. Lukashuk pense qu'au paragraphe 1 de l'article 46 *ter* il conviendrait de préciser que l'État lésé doit notifier « officiellement » sa réclamation. Cette précision semble d'autant plus justifiée qu'au paragraphe 238 du rapport le Rapporteur spécial indique qu'il paraît approprié d'exiger que la notification de la réclamation ait lieu par écrit.

8. Pour ce qui est de la question de l'épuisement des voies de recours internes, le paragraphe 241 du rapport vise le « standard minimal de traitement des étrangers », formule qu'emploie le Rapporteur spécial sans aucun préjugé mais qui a une connotation malheureuse au niveau international. C'est en effet une formule à laquelle se sont référées de grandes puissances pour exiger des autres pays qu'ils octroient à leurs ressortissants un régime juridique conforme aux normes qu'elles avaient elles-mêmes établies, c'est-à-dire un régime privilégié. Et il est vrai qu'une telle approche a suscité beaucoup de protestations. Étant donné que la Commission rencontrera sans doute de nouveau cette formule lors de l'examen du sujet de la protection diplomatique, M. Lukashuk pense que, dans le cadre du sujet à l'examen, il suffirait de viser les droits de l'homme généralement acceptés.

9. S'agissant du principe *non ultra petita*, M. Lukashuk pense qu'il ne limite pas la compétence de l'organe saisi de la réclamation d'accorder, en se fondant sur toutes les circonstances de l'affaire, une réparation qui serait supérieure à ce qui a été demandé. Ce serait bien sûr un cas exceptionnel mais il pourrait être envisagé, par exemple dans le cadre d'une action à laquelle seraient parties des pays en développement. C'est donc à juste titre que le Rapporteur spécial recommande de ne pas consacrer un article spécifique à ce principe.

10. Les projets d'articles 46 *quinquies* et 46 *sexies* relatifs aux cas de pluralité d'États répondent à la nécessité, dans le cadre des relations internationales contemporaines, d'envisager de plus en plus une approche multilatérale, et ces articles devraient certainement être renvoyés au Comité de rédaction. Dans les commentaires relatifs à ces articles, il est dit, au paragraphe 267, que le comportement d'un organe étatique ne perd pas cette qualité simplement parce qu'il est conforme à une décision d'une organisation internationale. On peut dès lors se demander si, dans le cas où le Conseil de sécurité prend une décision relative à des sanctions et où l'application de cette décision exige la suspension d'accords bilatéraux, l'État qui

refuse de s'acquitter des obligations que lui impose le traité, en exécution de la décision du Conseil, est néanmoins tenu pour responsable.

11. S'agissant du cas de la pluralité d'États lésés, M. Lukashuk approuve la teneur du paragraphe 279 du rapport, qui lui semble aller dans le sens des principes de droit reconnaissant à l'État qui a été le plus lésé le droit d'utiliser unilatéralement tout l'arsenal de défense disponible dans le cadre de contre-mesures. Ainsi, en cas de violation massive des droits de l'homme dans un État donné, tous les autres États pourraient bien sûr être considérés comme lésés, mais l'État dont les ressortissants ont été particulièrement lésés par suite de ces violations est notamment en droit d'exercer à leur égard sa protection diplomatique.

12. À propos de l'alinéa *b* de l'article 46 *quater*, M. Lukashuk juge trop subjectif le membre de phrase « et si les circonstances sont telles que l'État responsable pouvait raisonnablement croire que la réclamation ne serait plus maintenue » et que la première partie de l'alinéa *b* suffit pour régler le problème qui y est visé.

13. Pour ce qui est, enfin, de la relation entre les notions de responsabilité et d'opposabilité ou d'inopposabilité d'un acte illicite, il est posé en principe qu'il n'y a pas de relation directe entre l'opposabilité et la responsabilité. L'opposabilité n'est pas liée à une violation. De l'avis de M. Lukashuk, il faudra beaucoup d'efforts et beaucoup de temps pour régler cette question qui n'est même pas exprimée de façon claire dans la pratique juridique. Elle ne saurait donc être traitée que dans le commentaire.

14. En conclusion, M. Lukashuk appuie les projets d'articles proposés et leur renvoi au Comité de rédaction.

15. M. BROWNLIE dit que les questions visées dans le chapitre III ont fait l'objet d'un traitement très approfondi et que les quelques difficultés qui peuvent subsister relèvent du Comité de rédaction, auquel il convient de renvoyer dès que possible les projets d'articles. Ses remarques ne portent donc que sur quelques aspects techniques.

16. S'agissant tout d'abord du problème, posé au paragraphe 238 par le Rapporteur spécial, de savoir quelle doit être la forme minimum de notification de la réclamation en responsabilité d'un État à l'autre, de telle sorte que l'État responsable ait connaissance de l'allégation formulée à son encontre et qu'il soit en mesure d'y répondre, M. Brownlie juge trop restrictive la solution donnée à la dernière phrase de ce paragraphe. En outre, l'analogie établie, dans la note de bas de page, avec l'article 23 de la Convention de Vienne de 1969 relatif aux réserves n'est pas très concluante. Et le Rapporteur spécial n'étaye par aucune jurisprudence ni opinion doctrinale cette solution particulière. Sous l'angle pratique d'ailleurs, il n'est pas certain que les États communiquent toujours par écrit, d'autant plus que la notion d'« écrit » n'est pas définie. S'agit-il d'une note verbale, d'un procès-verbal officieux, mais simultané et fiable, d'entretiens entre deux diplomates, ou d'un compte rendu établi ultérieurement ? Dans l'affaire concernant *Certaines terres à phosphates à Nauru*, par exemple, dans laquelle étaient en cause des problèmes de renonciation et de délais, la CIJ, comme le Rapporteur spécial le souligne d'ailleurs dans ses commentaires, a adopté une approche générale relativement souple, en accueillant notamment une attestation sous ser-

ment du chef principal nauruan affirmant qu'à plusieurs reprises il avait soulevé la question des réclamations auprès des autorités australiennes. Sans prétendre offrir une solution au problème, M. Brownlie pense que le Comité de rédaction pourrait revoir la proposition du Rapporteur spécial, qui ne paraît pas refléter la pratique existante ni les critères adoptés par les juridictions internationales.

17. Le traitement du problème de la prescription, visé dans les paragraphes 257 et suivants du rapport, pourrait peut-être être amélioré dans le cadre du commentaire, bien qu'il ne soit pas non plus complètement réglé dans le projet d'article lui-même. Le problème tient au fait que l'inobservation d'un délai en soi n'est pas un motif d'irrecevabilité d'une réclamation mais que, sur ce point, les manuels de doctrine sont relativement paresseux et indiquent généralement qu'il existe un principe de prescription extinctive, position que le Rapporteur spécial a, à tort, repris à son compte. On peut certes admettre, en tant que principe général de droit comparé, qu'il existe une notion générale de prescription extinctive des actions. Mais, à l'analyse, cette notion se décompose en deux éléments : le premier élément est celui de la renonciation implicite qui se déduit de la conduite des parties, tandis que le second élément est le fait qu'en raison de l'ancienneté d'une réclamation l'État prétendument responsable est gravement désavantagé sous l'angle de la preuve et du caractère équitable de la procédure. Ces questions sont traitées dans les commentaires, mais la distinction n'est pas reflétée dans le projet d'article.

18. Il arrive aussi que, dans certains cas très rares, la prescription extinctive proprement dite joue effectivement lorsque, par exemple, un accord prévoit expressément qu'à l'expiration d'un certain nombre d'années toute réclamation sera expressément exclue, mais cela ne saurait être considéré comme faisant partie intégrante du droit international général et, d'ailleurs, les commentaires ne le disent pas.

19. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) craint que les membres de la Commission ne soient quelque peu déconcertés par le contraste entre l'article 46 *ter* proposé, où il est dit que l'État lésé doit simplement notifier sa réclamation à l'État responsable, et les commentaires correspondants, où il est spécifié que la notification doit être faite par écrit. Il doit dire qu'après avoir examiné les sources il est parvenu à la conclusion que prescrire une notification par écrit était trop catégorique. Il accepte donc la critique qui lui est faite, mais constate qu'un débat s'est engagé et que certains membres, comme M. Lukashuk, sont en faveur d'une notification écrite. Il lui semble que la formule « exiger la notification » (*to require notice*) est plus souple et en même temps plus équilibrée, puisqu'il y a certaines choses que l'État présumé responsable ne peut être censé savoir et dont il faut l'informer si l'on doit introduire une réclamation. Mais, dans d'autres situations, il serait évident qu'il existe une réclamation, et l'idée que quelqu'un doive se présenter pour l'exposer ne paraît pas très bonne. S'il existe une divergence entre ses commentaires et le projet d'article, c'est que le Rapporteur spécial a modifié le texte de ce dernier sans changer celui des commentaires, et il s'en excuse. Il reste que la Commission est saisie de la question par le biais des commentaires et que d'autres membres pourront peut-être

exprimer d'autres opinions à ce sujet. Pour sa part, le Rapporteur spécial préfère désormais la solution souple consistant à dire que la réclamation doit être notifiée, sans préciser qu'elle doit l'être par écrit.

20. M. LUKASHUK comprend les doutes et la position du Rapporteur spécial. C'est pourquoi il propose en guise de compromis d'adopter, au lieu de « doit notifier par écrit », la formule « doit notifier officiellement » (*shall officially notify*) dont il se satisferait.

21. M. DUGARD, intervenant sur les questions qui l'intéressent plus particulièrement, en tant que rapporteur spécial sur le sujet de la protection diplomatique, et donc sur le paragraphe 2 de l'article 46 *ter* dit que, dans l'ensemble, il est satisfait de cette disposition. Il rappelle que le projet d'article adopté en première lecture ne comprend aucune disposition sur la nationalité des réclamations, ce qui est parfaitement normal puisque la décision avait été prise d'abandonner le sujet et de se démarquer ainsi de l'approche du premier rapporteur spécial sur le sujet de la responsabilité des États, Francisco García Amador. Ayant parcouru les chapitres IV et V du troisième rapport, qui a été officiellement distribué, il remarque qu'au paragraphe 428 le Rapporteur spécial examine la question de l'inclusion d'une clause de sauvegarde relative à la protection diplomatique et à la nationalité des réclamations. Il constate avec satisfaction que celui-ci estime qu'il n'est pas besoin d'autre clause de sauvegarde que celle qui figure à l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 46 *ter*. Bien évidemment, l'ensemble de la question de la nationalité des réclamations sera traitée dans le rapport sur la protection diplomatique et beaucoup de temps lui a déjà été consacré dans la session en cours. On peut malgré tout relever que le libellé de la disposition proposée suscite quelques réserves : la double négation que l'on trouve dans le chapeau et l'alinéa *a* (« La responsabilité d'un État ne peut pas être invoquée ... si ... la réclamation n'est pas posée... ») n'est pas du meilleur effet, mais c'est là une question du ressort du Comité de rédaction.

22. Le problème du principe de l'épuisement des recours internes est plus difficile. On se souvient que l'article 22 adopté en première lecture comprend une disposition sur l'épuisement des recours internes, et que la question a été examinée lors de sessions antérieures. Cet article représente pour l'essentiel une idée personnelle de M. Ago, qui y a repris un argument qu'il avait défendu sans succès dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*. Incidemment, il serait intéressant de savoir si M. Ago avait dévoilé l'intérêt personnel qu'il avait dans cette affaire lorsque la question a été débattue à la Commission : pour M. Dugard, il est sain que les membres de la Commission indiquent clairement les affaires dans lesquelles ils ont un rôle de conseil afin que tous sachent quels sont leurs intérêts professionnels. En tout état de cause, M. Dugard estime que, si l'on inclut les dispositions de l'article 22, le Rapporteur spécial sur la protection diplomatique aura les mains liées. Pour être franc, il a l'esprit ouvert à cet égard et il ne penche fortement ni du côté de l'acception « matérielle » de ce principe ni du côté de son acception procédurale. Comme l'ancien rapporteur spécial García Amador, il trouve qu'il y a du bon dans les deux approches. Cela dépend beaucoup du contexte dans lequel la règle de l'épuisement des recours internes est invoquée. Il reste que M. Dugard voudrait pouvoir examiner cette question de manière plus approfondie.

Si le rapport sur la protection diplomatique doit en traiter, il ne serait pas approprié de le faire en détail dans les projets d'articles à l'étude.

23. C'est pourquoi M. Dugard approuve la façon dont la règle est traitée à l'article 46 *ter* : une simple référence, sans prise de position sur la démarche à adopter ni tentative d'entrer dans le vif du sujet. La Commission ayant décidé que la question devait être renvoyée au sujet de la protection diplomatique, on aurait tort d'aller plus loin. M. Hafner a suggéré que l'on pouvait se dispenser purement et simplement du paragraphe 2 de l'article 46 *ter*. Peut-être a-t-il fait cette proposition en pensant qu'une clause de sauvegarde serait incorporée dans la suite du projet. Pour sa part, M. Dugard estime que le paragraphe 2, en l'état actuel, serait préférable à une clause de sauvegarde et il est très satisfait de cette disposition.

24. M. HAFNER précise qu'il n'a pas proposé de supprimer entièrement le paragraphe 2 mais seulement de le contracter.

25. M. GAJA convient avec M. Hafner que le texte de cette disposition pourrait être plus court. Dans son état actuel, ce texte penche certainement du côté de la théorie procédurale puisqu'il suppose que la responsabilité est déjà engagée. Peut-être pourrait-on trouver une formulation plus vague. Les observations qu'a faites M. Dugard mettent M. Gaja dans l'embarras, car il se demande s'il ne devrait pas dévoiler qu'il a lui-même plaidé l'acception procédurale dans l'affaire *ELSI* après avoir écrit un livre qui défendait l'acception « matérielle ». Quant à l'allusion de M. Dugard aux intérêts de M. Ago, ce dernier n'a pas fait mystère de ce qu'il avait plaidé dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, qui, en tout état de cause, remonte à l'époque de la Société des Nations.

26. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) rappelle qu'il a traité en détail de l'article 22 dans son deuxième rapport sur la responsabilité des États³. Du débat qui s'est tenu à ce sujet, il est ressorti que la Commission souhaitait laisser ouvertes les deux possibilités. Dans certains cas, il est clair qu'il y a déjà eu violation et l'épuisement des recours internes est une condition de procédure préalable à laquelle on ne peut renoncer. Dans d'autres cas, le déni de justice est au cœur de la réclamation. Mais il peut y avoir des cas qui se situent entre les deux, si bien qu'une classification s'avère difficile.

27. La formulation de l'article 46 n'est pas censée en préjuger, mais il est clair qu'il ne s'agit pas ici de recevabilité d'une demande en justice. C'est une question de recevabilité des requêtes d'État à État, qui a donc sa place dans le projet d'articles. Mais elle devrait être présentée de telle manière que les questions de fond puissent être traitées dans le cadre du sujet de la protection diplomatique. Il faut aussi laisser ouverte la possibilité que la règle de l'épuisement des recours internes s'applique aux réclamations de particuliers concernant des violations des droits de l'homme relevant du droit international général, par opposition aux réclamations portant sur des violations massives. Il est significatif que les articles des traités relatifs aux droits de l'homme qui appliquent la règle de l'épuisement des recours internes renvoient au droit inter-

³ Voir 2614^e séance, note 5.

national général et n'appliquent pas simplement une règle extraite d'un autre contexte. L'idée sous-jacente est que la règle est d'application générale. Même si la position qu'il a prise dans son deuxième rapport est de considérer qu'il s'agit d'une règle de procédure, il pense que la Commission peut laisser cette question relativement ouverte.

28. M. DUGARD relève que M. Gaja a déclaré que l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 46 *ter* penche du côté de l'acception procédurale. Peut-être est-ce parce qu'il est placé dans un chapitre qui traite d'une manière générale des questions de procédure. M. Dugard partage l'avis de M. Gaja et du Rapporteur spécial selon lequel la Commission ne devrait pas trancher à ce stade entre l'acception « matérielle » et l'acception procédurale, ni adopter une position intermédiaire. Lorsque la question sera renvoyée au Comité de rédaction, il conviendra que celui-ci prête à ce fait une attention particulière pour veiller à ce que le champ des possibilités reste ouvert.

29. M. PELLET reconnaît que les projets d'articles que présente le Rapporteur spécial au paragraphe 284 de son troisième rapport sont extrêmement bienvenus.

30. Il est d'ailleurs intéressant de réfléchir à l'esprit dans lequel ces propositions sont formulées. Si on laisse de côté la « préhistoire » qui est constituée par la période García Amador, quatre rapporteurs spéciaux se sont succédé sur cet important sujet. Il y a eu d'abord Roberto Ago dont le génie unificateur et théorisateur – peut-être aussi l'esprit de revanche – a permis d'infléchir profondément la vision traditionnelle que l'on avait de la responsabilité internationale. Puis, après l'épisode de M. Riphagen, sans réelle influence du fait de l'abstraction et de la rigidité excessives adoptées par ce rapporteur spécial, l'approche plus moralisatrice et insuffisamment technicienne de M. Arango-Ruiz. Avec M. Crawford, c'est le pragmatisme qui l'emporte, dans le bon sens du terme, et – sauf sur la question du crime – sans qu'il parte d'a priori doctrinaux bien rigides. M. Pellet a l'impression que le Rapporteur spécial se soucie surtout de compléter le projet et de le rendre pleinement opérationnel, notamment en comblant les nombreuses lacunes qui marquaient surtout la deuxième partie de l'ancien projet. Le chapitre premier de la deuxième partie *bis* illustre avec bonheur cet excellent programme, même si M. Pellet reste perplexe quant à la curieuse terminologie utilisée par le Rapporteur spécial pour expliquer ses intentions, notamment au paragraphe 227 dans lequel il use et abuse du mot « secondaire » pour qualifier à la fois les conséquences du fait internationalement illicite (c'est tout simplement de la responsabilité qu'il s'agit, qui est la conséquence du fait internationalement illicite), les conséquences de la responsabilité elle-même (qui est, si l'on veut, une conséquence « tertiaire » du fait illicite) et peut-être même les conséquences procédurales, « quaternaires », du fait internationalement illicite.

31. Cela étant, le dessein est clair, même si le vocabulaire ne l'est pas : il s'agit bien ici de savoir, comme l'indique le titre du chapitre premier, à quelles conditions un État peut invoquer la responsabilité d'un autre État auquel un fait internationalement illicite peut être attribué. Il s'agit aussi, plus précisément, de savoir quelles conséquences l'État lésé peut tirer de la responsabilité. Pour M. Pellet, la première de ces conditions paraît être que l'État ait subi un préjudice, mais cela relève de la discus-

sion de l'article 40 *bis*, en tout cas au sens large, et l'occasion d'en reparler se présentera sûrement lors de l'examen du texte du Comité de rédaction.

32. Passant ensuite aux articles proposés par le Rapporteur spécial, M. Pellet fait observer que l'article 46 *ter* est celui qui paraît poser le plus de problèmes de principe, non pas tellement par ce qu'il dit mais par ce qu'il omet de dire. Comme on le sait, le Rapporteur spécial a proposé de modifier la rédaction des articles figurant dans la deuxième partie du projet en passant du droit des États lésés à l'obligation de l'État responsable ainsi qu'il le rappelle au paragraphe 232 de son rapport. Comme la majorité des membres de la Commission, M. Pellet a approuvé ce changement, mais cela était évidemment sous réserve que, dans la deuxième partie *bis*, les droits corrélatifs de l'État ou des États lésé(s) seraient clairement exposés, car c'est un peu cela l'esprit de la réorganisation que propose le Rapporteur spécial : dans la deuxième partie, on s'intéresse aux obligations du responsable, tandis que la deuxième partie *bis* met l'accent sur les droits (ou les obligations) de l'État lésé.

33. L'un des principaux problèmes qui se posent à cet égard est de savoir si et dans quelle mesure l'État lésé a le choix entre les différentes formes de réparation. Ce problème capital est abordé aux paragraphes 227, 231 (premier tiret), 232 et 233 du rapport (et il l'était déjà aux paragraphes 25 et 26). À cette question, le Rapporteur spécial répond de façon à la fois claire et catégorique que l'État lésé a le droit de choisir la forme de la réparation. Cette position a le mérite de la fermeté – peut-être même est-elle un peu trop catégorique – mais elle présente un grand inconvénient : malgré l'annonce faite au paragraphe 233, où le Rapporteur spécial dit qu'il faut que le choix soit « valable », elle n'est pas reprise à l'article 46 *ter*. Celui-ci ne porte en effet que sur la forme et la procédure (au sens large) et pas sur le contenu même de l'objet possible de la réclamation.

34. Il semble donc à M. Pellet qu'avant l'article 46 *ter* devrait figurer un autre article posant clairement le principe du choix appartenant à l'État lésé, sur lequel il lui a semblé d'ailleurs qu'il existait un large accord entre les membres de la Commission, à en juger par le débat sur les articles 43 et 44. Cet accord lui paraît porter seulement sur le principe du libre choix de l'État lésé entre la restitution et l'indemnisation. La Commission semblait convenir que l'État lésé pouvait exiger la restitution conformément aux dispositions de l'article 43, c'est-à-dire chaque fois que cela est possible et n'est pas hors de proportion avec la charge en résultant pour l'État responsable. La raison fondamentale de cela est que l'auteur du fait internationalement illicite ne doit pas se voir reconnaître la possibilité d'acheter une violation du droit international – ce qui serait d'ailleurs contraire au principe de l'égalité entre les États, car certains ont les moyens d'acheter une illicéité, d'autres pas. Il conviendrait d'ailleurs que cette explication figure quelque part dans le commentaire, car c'est la seule explication vraiment convaincante de ce droit de l'État lésé d'exiger la restitution plutôt que l'indemnisation. Mais il semble aussi à M. Pellet que les membres de la Commission étaient d'accord pour considérer que l'État lésé ne pouvait pas renoncer à la restitution (au moins, bien sûr, si elle est possible) en cas de crime ou, peut-être plus généralement, en cas de violation d'une

norme impérative du droit international général car, dans ce cas, le respect de l'obligation intéresse non pas le seul État lésé mais la communauté internationale dans son ensemble.

35. Se pose en outre le problème de la satisfaction : M. Pellet pense que rien n'empêche un État de renoncer à une restitution ou à une indemnisation au profit d'une simple satisfaction. Il lui semble d'ailleurs que le Rapporteur spécial l'admet, implicitement au moins, dans les développements qu'il consacre à la renonciation à la réparation. Mais, ici encore, rien n'est dit dans le projet d'article même. Et cela, malgré tout, ne va pas sans poser un autre problème : il semble acquis que l'État lésé a droit à une satisfaction si celle-ci est nécessaire pour assurer une réparation intégrale du préjudice. Mais peut-il exiger une forme déterminée de satisfaction ? L'article 46 *ter* (par. 1, al. b) semble l'envisager, mais l'article 45 est quant à lui très flou sur ce point. S'il n'y a pas de réponse claire à cette question, on peut peut-être se passer d'éclaircir cette difficulté dans le projet et se borner à signaler le problème dans le commentaire. Mais en tout cas, il ne faut pas la passer sous silence, comme c'est le cas actuellement puisque le rapport ne l'aborde pas sous cette forme.

36. En revanche, M. Pellet croit qu'il est indispensable de dire expressément, quelque part dans le projet d'articles cette fois – sans doute entre l'article 40 *bis* et l'article 46 *ter* –, que « l'État lésé est en droit d'exiger la restitution plutôt que l'indemnisation dans les conditions posées à l'article 43 », et il le propose donc formellement.

37. Une fois posé ce préalable de la maîtrise, sous certaines limites, de l'État lésé sur la forme de la réparation, l'article 46 *ter* ne suscite pas de très grandes difficultés même s'il pourrait sans doute être considérablement simplifié. En ce qui concerne le paragraphe 1, on pourrait se contenter du chapeau car les alinéas *a* et *b* posent des problèmes que d'autres membres de la Commission ont soulignés et ne sont d'ailleurs probablement pas complets. Quant à vouloir les compléter, on entrerait dans des détails qu'il vaut mieux laisser à la pratique diplomatique le soin de développer. Pour ce qui est du chapeau, M. Pellet propose deux modifications : en premier lieu, au lieu de « qui cherche à invoquer », on pourrait se borner à dire « qui invoque ». C'est en effet de cela qu'il s'agit; le mot « chercher » est ambigu et n'ajoute rien. En second lieu, « notifie » ferait aussi bien l'affaire que « doit notifier » et l'on arriverait à un libellé très simple mais suffisant, soit : « Un État lésé qui invoque la responsabilité d'un autre État en vertu du présent projet d'articles – M. Pellet pense qu'on pourrait aussi faire l'économie de cette formule – notifie sa réclamation à cet État ». En outre, comme MM. Brownlie et Simma, et pour les raisons qu'ils ont dites, il juge qu'il n'est pas nécessaire de préciser « par écrit » malgré ce qui est indiqué au paragraphe 238 du rapport et qui n'est d'ailleurs pas repris dans le texte. En effet, peu importe la forme : ce qui compte, c'est que l'État dont la responsabilité est invoquée sache qu'il y a un problème.

38. Quant au paragraphe 2, force est de reconnaître qu'il empiète sur la protection diplomatique, le sujet de M. Dugard. Il traite en effet de la nationalité de la personne privée qui a subi le dommage initial d'une part et de l'épuisement des recours internes d'autre part, c'est-à-dire, en fait, des deux conditions traditionnelles auxquelles la pro-

tection diplomatique est subordonnée. M. Pellet se demande donc s'il convient d'être aussi spécifique et si l'on ne ferait pas mieux de le renvoyer purement et simplement à la protection diplomatique. Cela pourrait être fait assez simplement mais probablement ailleurs que dans l'article 46 *ter*, sans doute en tête de l'article 40 *bis*, où l'on pourrait dire : « Sous réserve des règles applicables à la protection diplomatique, un État est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État... ». Une autre possibilité serait d'inclure dans la future quatrième partie une disposition qui indiquerait : « Le présent projet est sans préjudice des règles applicables à la protection diplomatique ». Une troisième possibilité serait de consacrer à la question un nouvel article 46 *ter* (*bis*) qui pourrait être libellé comme suit : « La responsabilité d'un État ne peut être invoquée en cas de dommage causé à un particulier par un fait internationalement illicite que si les conditions nécessaires à la mise en œuvre de la protection diplomatique sont remplies ». Quoi qu'il en soit, deux choses gênent M. Pellet dans l'actuel paragraphe 2 de l'article 46 *ter* : d'une part, il n'est pas très cohérent qu'il figure dans le même article que le paragraphe 1 qui concerne les conditions de forme de l'invocation de la responsabilité, ce qui est très différent et, d'autre part, il est trop spécifique et, en même temps, peut-être incomplet, puisque la Commission a décidé de dissocier la protection diplomatique de la responsabilité.

39. En ce qui concerne l'article 46 *quater*, rappelant que M. Simma a critiqué le mot *waiver* qui figure dans le texte anglais, M. Pellet dit qu'il n'a pas d'idée très arrêtée sur le mot qui conviendrait mais qu'il est assez sceptique sur *acquiescence*, qui risque de renvoyer non pas aux conséquences de la responsabilité mais à l'engagement de la responsabilité, un danger contre lequel le Rapporteur spécial met bien en garde au paragraphe 254 de son rapport. Le consentement à l'illicite est en effet différent de la renonciation à la réparation. En tout cas, le mot « renonciation » utilisé en français est parfait. Notant en outre que M. Hafner a critiqué l'expression « soit d'une autre manière non équivoque » qui figure à la fin de l'alinéa *a* de l'article 46 *quater*, M. Pellet dit qu'il la trouve tout à fait appropriée et fort bien justifiée au paragraphe 256 du rapport.

40. Pour ce qui est de l'alinéa *b*, M. Pellet dit qu'il lui trouve aussi presque toutes les vertus et, là encore, il ne peut pas suivre MM. Lukashuk et Simma dans leurs critiques de la formulation souple et appropriée de ce qui a bien l'air de renvoyer discrètement à l'estoppel *by conduct*, dont les conditions sont plus souples en droit international qu'en *common law* et qui ne se réfère pas exclusivement au comportement de l'un des protagonistes mais bien à l'interaction de leurs comportements en une sorte de jeu de miroir. Au même alinéa, le mot « lésion » devrait être remplacé par « préjudice ».

41. Bien que M. Pellet approuve l'article 46 *quater*, il estime néanmoins qu'il manque quelque chose qui mériterait un deuxième paragraphe ou un article distinct et auquel il a déjà fait allusion, à savoir le cas d'une renonciation partielle non pas au droit d'invoquer la responsabilité mais aux formes les plus affirmées de la réparation, à savoir la restitution et/ou l'indemnisation au profit de la seule satisfaction. Peut-être suffirait-il de dire : « L'État lésé peut renoncer partiellement à la réparation intégrale

qui est due », sous réserve de l'impossibilité de renoncer à la restitution si une règle de *jus cogens* est violée.

42. En ce qui concerne les articles 46 *quinquies* et *sexies*, M. Pellet dit qu'il partage l'opinion de MM. Hafner et Simma, qui ont tous deux insisté sur le fait que les problèmes posés par la pluralité d'États lésés et d'États responsables étaient plus complexes que ces deux articles ne le donnaient à penser, encore qu'il ait des hésitations à suivre M. Simma ou M. Lukashuk, qui semblent préconiser que la Commission aborde le cas de la pluralité d'États, qu'il s'agisse de la responsabilité active ou de la responsabilité passive, dans le cadre des organisations internationales. De toute façon, la Commission a décidé à tort ou à raison d'exclure tous les problèmes qui touchent de près ou de loin aux organisations internationales et M. Pellet estime qu'il vaut mieux à ce stade s'en tenir à cette décision, comme le maintient assez fermement le Rapporteur spécial aux paragraphes 276 (al. *a*) et 282 de son rapport. Cela étant, M. Pellet dit qu'il est en total accord avec le Rapporteur spécial, qui, au paragraphe 283 de son rapport, considère que les questions relatives à la pluralité d'États lésés et d'États responsables doivent, autant que faire se peut, être clarifiées dans le texte même du projet d'articles.

43. Passant à l'article 46 *sexies*, M. Pellet dit que sur le fond, et alors qu'il a eu l'occasion de plaider devant la CIJ plusieurs affaires dans lesquelles le problème se posait, il n'a pas d'idées très arrêtées, sauf une, à savoir que les analogies tirées du droit interne sont, en ce domaine, extrêmement hasardeuses. Cela étant, il n'est pas exact que, comme l'écrit le Rapporteur spécial de manière beaucoup trop catégorique au paragraphe 275 de son rapport, « les sources du droit international énumérées au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice n'incluent pas les analogies tirées des systèmes juridiques nationaux ». Pour M. Pellet, c'est précisément l'objet et la fonction des principes généraux de droit mentionnés à l'alinéa *c* de cette disposition qui renvoient aux principes communs aux États *in foro domestico*. Mais justement, en l'espèce, s'agissant des mécanismes de responsabilité conjointe ou solidaire, les systèmes nationaux divergent profondément, contrairement, là encore, à l'impression que peut donner le paragraphe 272 du rapport. Donc, pour une raison totalement différente de celle avancée par le Rapporteur spécial, M. Pellet rejoint ce dernier et ne croit pas qu'il y ait beaucoup à tirer d'une analogie avec les droits nationaux. Force est donc de se contenter du droit international et, sur ce point, le Rapporteur spécial montre très bien que la pratique est rare et pas absolument décisive. M. Pellet pense néanmoins que les quelques exemples qu'il a trouvés sont plutôt convaincants, à l'exception de celui de la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, qui fixe un régime conventionnel de responsabilité objective, donc pour des faits qui ne sont pas internationalement illicites, et cette convention, par conséquent, ne prouve absolument rien dans le domaine qui intéresse la Commission. Mais, pour le reste, les exemples donnés par le Rapporteur spécial, y compris celui de l'affaire du *Détroit de Corfou* dont quelques membres ont contesté la pertinence, paraissent montrer que le droit international penche pour la responsabilité solidaire, par opposition à la responsabilité conjointe. Cela signifie que si les faits internationalement illicites de plusieurs États ont contribué au même dommage, chacun de ces États est tenu à la réparation du préjudice

dans son ensemble, quitte à pouvoir se retourner contre les États coresponsables. Telle paraît être la conclusion à laquelle est arrivé le juge Shahabuddeen dans l'affaire concernant *Certaines terres à phosphates à Nauru* que cite le Rapporteur spécial au paragraphe 277 et à laquelle il semble se rallier, bien que la fin de ce paragraphe soit extrêmement sibylline. C'est d'ailleurs en effet le « scénario » qui concrètement a été retenu par les États en cause dans cette affaire. M. Pellet dit qu'il concède volontiers que ce n'est pas une conclusion absolument évidente au vu d'une pratique rare, mais c'est la plus vraisemblable et aussi la plus commode pour la victime. Ainsi, à défaut de coutume claire qu'elle puisse codifier, la Commission pourrait retenir ce principe au titre du développement progressif du droit international, qui n'est rien d'autre en effet que la consolidation de tendances qu'une analyse sans préjugé de la pratique permet de déceler. Pourtant, la rédaction de l'article 46 *sexies* est un peu étonnante : alors que le Rapporteur spécial s'est livré à cette analyse objective et semble en déduire la même conclusion que M. Pellet, le texte de l'article 46 *sexies* semble aller très exactement dans l'autre sens. Il est certain que « la responsabilité de chaque État [responsable d'un même fait illicite] doit être déterminée conformément au présent projet d'articles », mais ce n'est pas du tout de ce dont il s'agit en l'occurrence : la détermination de la responsabilité concerne en effet la première partie du projet et ce qui importe ici ce sont les conséquences de la responsabilité. Or le paragraphe 1 n'en parle pas, alors que le paragraphe 2 apporte des précisions ou des atténuations à un principe qui n'est pas posé dans le paragraphe 1. Pour M. Pellet, il faudrait concevoir ce paragraphe 1 assez différemment et dire, par exemple : « Lorsque deux ou plusieurs États sont responsables du même fait internationalement illicite, chacun d'eux est tenu » – ou, si l'on veut être prudent, « peut être tenu » – « de la réparation de l'entier dommage causé par ce fait ».

44. Une fois ce principe posé, le paragraphe 2 devient compréhensible. Le principe ne permet pas, en effet, à un État de recouvrer davantage que le dommage qu'il a subi (c'est l'alinéa *a* du paragraphe 2) et il est sans préjudice de la possibilité pour l'État ainsi tenu à l'ensemble de la réparation de se retourner vers ses coresponsables (c'est le sous-alinéa *ii* de l'alinéa *b*). Quant au sous-alinéa *i*, M. Pellet pense qu'il n'a pas sa place dans cet article et qu'il faudrait une disposition plus générale indiquant que toute la deuxième partie du projet d'articles est sans préjudice des règles de procédure et de compétence en vigueur devant les juridictions et les tribunaux internationaux.

45. Le libellé de ce paragraphe appelle par ailleurs quelques observations. À l'alinéa *a*, il ne semble pas opportun de mentionner les personnes ou entités autres que les États car, là encore, on retombe dans le droit de la protection diplomatique, voire dans les droits nationaux. M. Pellet se demande aussi s'il faut limiter cet alinéa *a* à l'indemnisation et il songe en particulier à la restitution d'une somme d'argent. « Réparation » serait peut-être plus compréhensif et certainement plus exact qu'« indemnisation ». Il considère enfin qu'au sous-alinéa *ii* de l'alinéa *b*, l'expression « exigence de contribution », qui traduit *requirement for contribution*, est propre à la *common law* et qu'il serait préférable de recourir à une expression moins orientée en disant tout simplement que le pagr-

phe 1 est sans préjudice de la possibilité pour l'État éventuellement appelé à verser l'intégralité de la réparation de se retourner contre les États coresponsables. Peut-être serait-il utile de préciser « en vue d'obtenir le recouvrement d'une somme proportionnelle à la contribution de chacun de ces États au fait illicite » ou « au dommage ».

46. En ce qui concerne l'article 46 *quinquies*, M. Pellet dit qu'il appelle moins d'observations, non parce qu'il ne semble poser aucun problème, mais faute d'éléments pour les résoudre. Tout bien considéré et faute de connaître la pratique pertinente (peut-être que l'affaire des *Forêts du Rhodope central* mise à part, il n'y en a pas), il paraît poser une règle de bon sens, d'ailleurs tellement évidente que l'on peut se demander s'il est bien nécessaire. Pour M. Pellet, il faut cependant répondre par l'affirmative à cette question, ne serait-ce que par symétrie avec l'indispensable article 46 *sexies*. Il se demande seulement si la Commission ne devrait pas trancher entre la position que prend le Rapporteur spécial au paragraphe 281 de son rapport, et qu'il aurait tendance à approuver, et celle de l'arbitre Uden dans l'affaire des *Forêts du Rhodope central*. Le Rapporteur spécial ne propose rien de spécifique, et le Comité de rédaction pourrait peut-être s'interroger sur ce point.

47. En conclusion, M. Pellet redit que, malgré certaines remarques critiques qu'il a formulées, dont les plus importantes concernent des lacunes persistantes, il considère que, dans leur esprit en tout cas, les articles proposés par le Rapporteur spécial sont d'une très grande utilité et constituent un « plus » indiscutable pour le projet. Ils devraient donc être examinés et complétés par le Comité de rédaction.

48. M. ROSENSTOCK croit se souvenir que M. Pellet était de ceux qui estimaient que l'on n'avait pas assez souligné que l'État lésé doit pouvoir choisir le mode de réparation et il se demande pourquoi dans ces conditions il veut supprimer l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 46 *ter*.

49. M. GALICKI pense, à la différence de M. Pellet, que c'est à bon droit que le Rapporteur spécial, au paragraphe 272 de son rapport, cite l'exemple de la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux et estime quant à lui qu'il faudrait aussi citer l'article VI de cette convention, qui réunit des éléments de responsabilité internationale (*liability*) et de responsabilité des États (*responsibility*).

50. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), se référant à l'observation de M. Rosenstock, dit qu'il avait bien l'intention, à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 46 *ter*, de souligner que l'État lésé avait le choix de la forme que devait prendre la réparation. Répondant à une observation faite par M. Pellet au sujet du paragraphe 1 de l'article 46 *sexies*, il indique que le mot « responsabilité » qui figure dans ce paragraphe renvoie à l'ensemble des première et deuxième parties du projet d'articles. Il lui semble que M. Pellet est d'accord avec lui sur le principe, sinon sur le libellé.

51. M. PELLET, répondant au Rapporteur spécial, précise que c'est le mot « déterminée » qui lui pose problème, car il renvoie à l'origine de la responsabilité.

52. Il dit qu'il est par ailleurs en total désaccord avec M. Galicki : il estime dangereux d'invoquer des conventions

qui posent des régimes spéciaux de responsabilité, car cela efface la distinction entre *liability* et *responsibility*.

53. Quant à l'observation de M. Rosenstock, tel qu'il est rédigé, l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 46 *ter* est une disposition de procédure : il signifie seulement que l'État doit notifier la forme de la réparation, mais il n'y est aucunement question du droit de l'État lésé de choisir la forme de cette réparation.

54. M. ECONOMIDES regrette de n'avoir pas eu suffisamment de temps pour étudier la version française du texte à l'examen parue avec retard. Ses observations sur les projets d'articles dont la Commission est saisie n'ont donc qu'un caractère tout à fait préliminaire.

55. L'article 46 *ter* ne semble pas couvrir le cas de l'État non lésé qui est cependant habilité à invoquer la responsabilité internationale d'un autre État. Comme ce cas se produit en particulier lorsqu'il est porté gravement atteinte aux intérêts fondamentaux de l'ensemble de la communauté internationale, il conviendrait d'en tenir compte, comme l'a conseillé M. Gaja. Pour ce qui est plus précisément de l'alinéa *b* du paragraphe 1, relatif à la forme que doit prendre la réparation, il faut rappeler que le droit de l'État lésé de choisir cette forme n'est pas absolu, surtout quand la restitution en nature est possible. Sinon, le principe qui veut que, sauf accord contraire entre les parties, la restitution ait la priorité sur la réparation n'aurait plus aucun sens. Ainsi, le choix de la forme de la réparation est conditionné par les dispositions de fond déjà adoptées en matière de restitution, d'indemnisation et de satisfaction. Ce n'est certainement pas l'article 46 *ter* qui doit régler cette question.

56. De surcroît, cet article n'est pas complet. Il y a beaucoup de choses que l'État lésé peut préciser dans sa réclamation en plus de la simple cessation, et que n'envisage pas le texte proposé. Si l'on doit maintenir cette disposition, il faudra préciser que l'énumération des éléments que doit contenir la réclamation est strictement indicative, et non limitative. D'autre part, la forme de la réparation est souvent déterminée à l'issue d'un travail de longue haleine et ne peut se définir immédiatement et unilatéralement. En réalité, le seul élément utile de l'article 46 *ter* est la notification écrite contenant la réclamation de l'État lésé. Il faut donc retenir cet élément dans une disposition spéciale sur le modèle proposé par M. Pellet ou alors évoquer dans le commentaire la question de la notification de la réclamation.

57. Le paragraphe 2 de l'article 46 *ter* devrait constituer une disposition tout à fait distincte qui pourrait être intitulée « Conditions pour l'exercice de la protection diplomatique ». Incidemment, M. Economides juge qu'il est naïf de parler au début de ce paragraphe de la responsabilité « invoquée en vertu du paragraphe 1 », puisque la responsabilité de l'État ne naît pas du paragraphe 1 mais bien du régime que l'ensemble du projet met en place. Le paragraphe 2 ne concerne donc pas la responsabilité directe entre États, puisqu'il envisage le cas de l'État qui prend fait et cause pour l'un de ses ressortissants, qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale. C'est une situation qu'il faut effectivement couvrir d'une manière ou d'une autre, et M. Economides proposera le texte suivant :

« Un État ne peut invoquer la responsabilité d'un autre État au titre de la protection diplomatique que :

a) Si sa demande est conforme aux règles en matière de nationalité des réclamations;

b) Si toutes les voies de recours interne effectives qui sont à la disposition de la personne ou de l'entité au profit de laquelle la protection diplomatique est exercée ont été épuisées. »

Si l'on ne veut pas entrer dans le détail, on peut retenir un texte plus sommaire encore, qui se lirait comme suit : « Un État ne peut invoquer la responsabilité d'un autre État au titre de la protection diplomatique lorsque les conditions de l'exercice de cette dernière ne sont pas remplies. »

58. Pour ce qui est de l'article 46 *quater*, M. Economides convient avec M. Simma que le terme « renonciation » n'est pas utilisé au paragraphe 2 dans son sens technique. En effet, s'il y a « acceptation sans condition d'une offre de réparation », il y a tout simplement règlement du litige, pas par voie de renonciation mais bien parce que la partie lésée a été satisfaite. D'autre part, le membre de phrase « soit d'une autre manière non équivoque » peut inclure la renonciation et d'autres modalités de perte du droit d'invoquer la responsabilité et mériterait donc d'être revu par le Comité de rédaction.

59. L'alinéa *b* de cet article est beaucoup plus problématique car il traite de la question très difficile de la prescription. Or, celle-ci, si elle est prévue, relève de règles primaires. L'introduire dans le projet par le biais d'une règle secondaire, c'est faire un saut que M. Economides qualifie de périlleux. D'abord, la règle du délai raisonnable ne convient pas à toutes les infractions : applicable aux délits, elle ne l'est pas aux crimes définis selon l'article 19. Dans le monde contemporain, on considère en effet que les violations les plus graves qui intéressent la communauté internationale dans son ensemble sont imprescriptibles. De surcroît, cette disposition est incomplète et elle ne dit pas clairement ce que l'on attend des États et est rédigée en termes trop vagues. Il faudrait en réalité la supprimer totalement.

60. L'article 46 *quinquies* au contraire paraît fort utile. Il est dommage qu'il ne donne pas une image complète des situations possibles : il envisage le cas d'un État lésé, de plusieurs États lésés, mais non celui dans lequel tous les États sont lésés par une violation très grave touchant aux intérêts de la communauté internationale dans son ensemble. Il y a là une faille, et M. Economides avoue ne pas savoir comment la combler.

61. En ce qui concerne l'article 46 *sexies*, il vaudrait mieux, comme M. Pellet l'a conseillé, le limiter à l'invoque de la responsabilité de chaque État, plutôt que de parler de la « détermination » de celle-ci, comme il est fait au paragraphe 1. La détermination de la responsabilité relève en effet d'une autre partie du projet. Il est également vrai que la clause *i* de l'alinéa *b* du paragraphe 2 n'est pas à sa place, au contraire du sous-alinéa *ii*. Cela dit, il faudra améliorer le libellé de ce dernier membre de phrase, surtout en français. Quant à l'alinéa *a* du même paragraphe, c'est une disposition utile mais il vaudrait mieux supprimer la mention « une personne ou une entité ». On dirait simplement dans le commentaire que, dans certains cas, ce

n'est pas l'État mais des institutions ou des personnes privées qui sont en cause.

62. M. ADDO dit que l'article 46 *ter* consacre une situation évidente : la seule façon d'invoquer la responsabilité d'un État est de lui notifier sa réclamation et de lui préciser le comportement requis pour assurer la cessation du fait illicite et la forme de la réparation. À ce propos, il conviendrait, comme on l'a déjà fait remarquer, de remplacer au paragraphe 1 les mots « devrait préciser » par « doit préciser », formule plus péremptoire. L'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article pose la règle de la nationalité de la réclamation, qui limite le droit à l'exercice de la protection diplomatique que le droit international reconnaît aux États. Ce droit est limité aussi par la règle de l'épuisement des recours internes, posée à l'alinéa *b*. Il ressort clairement de cet alinéa que, si les recours internes disponibles ne sont pas des recours effectifs, il ne sert à rien de les mettre en œuvre. Il en ressort également que lorsque des recours existent mais que les autorités de l'État d'origine font obstacle à leur utilisation, on peut considérer qu'il a été satisfait à la règle de l'épuisement des recours internes. C'est ce qu'a confirmé la CIJ, par exemple dans l'affaire de la *Barcelona Traction (exceptions préliminaires)*. Le libellé proposé par le Rapporteur spécial pour cet article est donc suffisant.

63. M. Addo approuve également l'article 46 *quater* proposé, étant entendu que le « délai raisonnable » dont il est question à l'alinéa *b* sera évalué au cas par cas et en fonction des circonstances de l'espèce. Les articles 46 *quinquies* et 46 *sexies* sont également acceptables. M. Addo est donc d'avis de renvoyer au Comité de rédaction le chapitre premier de la deuxième partie *bis* proposée par le Rapporteur spécial.

64. M. LUKASHUK, se référant au paragraphe 1 de l'article 46 *ter*, dit qu'il convient de conserver la forme verbale « devrait » et de ne pas la remplacer par « doit » qui traduit une obligation, comme le conseillent certains membres. Si l'on oblige en effet l'État lésé à préciser dès sa réclamation « la forme de la réparation », cela peut être interprété comme signifiant que l'État lésé qui, par exemple, ne prévoit pas l'indemnisation dans sa demande, ne peut plus par la suite y prétendre.

La séance est levée à 12 h 40.

2645^e SÉANCE

Mardi 25 juillet 2000, à 10 h 5

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M.