

Document:-
A/CN.4/SR.2650

Compte rendu analytique de la 2650e 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>)*

ravant reconnus comme faisant partie du droit international général.

90. Les contre-mesures ont une multitude d'objets, non au sens juridique mais du point de vue du comportement politique des États. Elles sont utilisées pour amener un État à recourir à une procédure de règlement des différends, à titre de représailles, pour dissuader, pour amener un État à abandonner une politique, comme une forme de légitime défense (auquel cas les mesures conservatoires s'appliquent) ou en tant que mesures d'auto-assistance pour parvenir à un règlement. En dépit de la qualité du travail qu'a accompli le Rapporteur spécial, il n'en demeure pas moins que ni lui ni son prédécesseur n'ont produit de décision claire quant à savoir lequel de ces buts doit être légitimé dans le projet d'articles, même si les articles 47 et 48 donnent à penser qu'il s'agit de l'auto-assistance. Dans ce contexte, l'objet semble être d'amener la cessation et la réparation, mais de le faire sans aucune procédure de règlement pacifique.

91. M. Brownlie précise qu'il ne soulève pas la question du lien mais qu'il analyse simplement l'effet apparent des articles en question. Après tout, si aucune procédure de règlement pacifique n'intervient, le projet d'articles légitimera ce qui est, en dernière analyse, l'auto-assistance, même sans recours à la force. La démarche adoptée par le Rapporteur spécial est empirique, comme si le sujet était une bête sauvage qu'il s'agissait d'appriivoiser. Il existe toutefois un lien direct entre le choix des buts à légitimer et les questions techniques de proportionnalité et de « réversibilité » : ces dernières ne peuvent être traitées adéquatement si le contexte n'est pas clair. C'est pour cette raison que M. Brownlie estime que, même au stade actuel de l'examen du sujet, il faudrait réfléchir davantage aux buts légitimes d'une telle forme d'auto-assistance. Il ne s'agit pas simplement de nourrir le long débat sur le lien entre les contre-mesures et le règlement des différends, mais bien de savoir si une pression exercée pour aboutir à un règlement pacifique doit être légitimée. Peut-être est-ce là l'objectif de la Commission mais, si tel est le cas, il faut qu'elle le dise clairement; et pour M. Brownlie, cette clarté semble faire défaut.

La séance est levée à 13 heures.

2650^e SÉANCE

Mercredi 2 août 2000, à 10 heures

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M.

Operti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, 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 le Rapporteur spécial à présenter le chapitre IV de son troisième rapport (A/CN.4/507 et Add.1 à 4).

2. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) indique que le chapitre IV, dans sa partie consacrée à l'invocation de la responsabilité envers un groupe d'États ou envers la communauté internationale, traite de questions dont la Commission a déjà débattu en deuxième lecture dans le contexte de l'examen de son premier rapport³ en liaison avec l'article 19 de la première partie et au début de la session en cours dans le cadre de la discussion sur la deuxième partie de l'article 40 figurant dans le chapitre premier de son rapport. Le chapitre IV marque l'achèvement du processus d'analyse ainsi engagé. Les questions abordées sont de toute évidence éminemment controversées, et la Commission fait en l'occurrence essentiellement œuvre de codification, alors que le texte adopté en première lecture intégrait la notion très contestée de « crimes internationaux » tels que définis à l'article 19 et établissait à l'intention des États non directement lésés, par le truchement des articles 40 et 47 combinés, un régime de contre-mesures indéfendable en ce qu'il leur donnait le droit de prendre des contre-mesures dans le cas de toute violation des droits de l'homme individuels par exemple.

3. Le problème est qu'à ce stade la Commission se trouve engagée en un sens sur la voie du développement – reste à savoir s'il est progressif – du droit de la responsabilité des États, s'inscrivant qui plus est dans le cadre d'un exercice plus vaste de développement nullement progressif entrepris en première lecture. La question est de savoir comment elle doit procéder à partir de là. La Commission doit pouvoir d'ici à la fin de la session en cours, avec l'aide du Comité de rédaction, adopter un texte complet afin de disposer, à sa session suivante, des observations et de la Sixième Commission et des gouvernements pour parachever alors son travail. Elle doit s'attacher à trouver pour les propositions qui figurent dans le chapitre IV des formulations qui soient largement acceptables. Le Rapporteur spécial invite les membres de la Commission à limiter leurs interventions à ces propositions, en les priant d'éviter de rouvrir le débat vif sur l'article 19 tenu à la cinquantième session, mais qui a pu

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).

³ *Annuaire... 1998*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/490 et Add.1 à 7.

déboucher sur une décision dont le texte est reproduit au paragraphe 369 du troisième rapport et qui a permis et permettra d'avancer dans le sens indiqué au paragraphe 371 du rapport, c'est-à-dire dans le sens d'une « désintégration » de la notion de « crimes internationaux ». Il tient à préciser qu'en adoptant les projets d'articles à la session en cours, la Commission ne prendra pas de décision finale. Elle aura tout le temps d'y revenir à sa session suivante.

4. La reconnaissance de l'existence d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble étant désormais acquise, plusieurs questions restent à résoudre. Il y a lieu tout d'abord d'admettre que le droit de la responsabilité des États n'est pas la forme première de règlement des cas de violation évoqués à l'article 19. L'idée que face à un génocide ou à une invasion, par exemple, une réaction des États suffit à elle seule, sans avoir à être accompagnée d'une action coordonnée de la part de la communauté internationale, est un mythe, que le Rapporteur spécial explique au paragraphe 372 de son rapport. En réalité, les faits illicites qualifiés de crimes à l'article 19 renvoient principalement aux faits de gouvernements irresponsables, non démocratiques, et la population devrait demeurer à l'abri de toute sanction qui pourrait être prise à son encontre. Il est révélateur à cet égard qu'en partie à l'initiative de la Commission et en partie pour d'autres raisons, la communauté internationale commence, avec le Statut de Rome de la Cour pénale internationale adopté en 1998 mais qui n'est pas encore en vigueur, à admettre la notion de responsabilité individuelle dans le cas de ces crimes. Certes, les États encourent une responsabilité à raison de ces faits, mais cette responsabilité n'occupe qu'une place secondaire, que le chapitre IV tente de définir.

5. La Commission ayant approuvé dans son principe, au début de la session en cours, le droit pour tout État d'invoquer la responsabilité en cas de violation quelle qu'elle soit d'une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble, il reste à en déterminer l'étendue. Ce droit s'étend incontestablement au droit d'exiger la cessation du fait internationalement illicite; en corollaire, au droit de solliciter une déclaration de manquement; et au droit d'exiger la restitution pour le compte des victimes.

6. La question se pose alors de savoir si ce droit, compte tenu d'autres considérations, doit être assujéti à des limitations. Le Rapporteur spécial envisage à cet égard trois situations. Premièrement, lorsque la victime principale est l'État, qu'il soit l'objet d'une agression ou que sa population soit victime de crimes de guerre commis par un autre État, c'est à lui-même qu'il revient de réagir, la réaction éventuelle d'autres États venant tout simplement se greffer sur la sienne. Cela vaut aussi bien pour l'invocation de la responsabilité que pour les contre-mesures. Deuxièmement, dans le cas où il n'y a pas d'État lésé, c'est-à-dire normalement dans le cas où la population, ou un groupe de population, est victime, par exemple, d'un acte de génocide commis par son propre État, aucun État à l'évidence ne peut agir pour son compte. C'est à la communauté internationale qu'il appartiendrait de le faire, quelle que soit la position de l'État responsable, et d'exiger la cessation du fait illicite, satisfaction et restitution. Elle devrait pouvoir aussi demander réparation, mais le dispositif existant ne le permet pas. Il est manifeste que les États tiers ne sauraient demander réparation pour leur propre compte. Enfin, la

troisième situation est celle où il n'y a aucune victime, ou où tout le monde est victime. C'est le cas par exemple de la violation d'obligations en matière de protection de l'environnement, qui peut avoir des effets à long terme mais qui n'a pas d'effet spécifique – réchauffement de la planète, appauvrissement de la couche d'ozone, etc. Là, les États membres de la communauté internationale, en cette qualité même, devraient pouvoir demander la cessation du fait illicite et satisfaction; dans de nombreux cas, il serait difficile d'exiger la restitution en tant que telle.

7. La Commission peut-elle aller au-delà? Si elle entend élaborer un vrai « régime des crimes », elle devra à tout le moins prévoir les sanctions à imposer. La question des amendes est traitée aux paragraphes 380 et suivants du rapport. Le Rapporteur spécial y relate une affaire (*Commission des Communautés européennes c. République hellénique*) dans laquelle, pour la première fois de son histoire, la Cour de justice des Communautés européennes, juridiction à vocation européenne sinon internationale, a imposé une astreinte à un pays membre pour violation continue du droit européen. Il analyse cette procédure aux paragraphes 383 à 385 du rapport, pour en dégager des enseignements au niveau international. Lorsque le droit international ne permet pas d'établir des procédures collectives, il vise dans un premier temps des procédures individuelles. Il en va ainsi, dans un certain sens, des contre-mesures. Deux cas sont à envisager dans ce contexte. Premièrement, lorsque l'État victime lui-même a le droit de prendre des contre-mesures en réaction à la violation d'une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble, ou d'ailleurs de toute obligation multilatérale, les autres États parties à l'obligation devraient pouvoir l'aider à les prendre, à sa demande et dans les limites des moyens que lui-même pourrait mettre en œuvre à cette fin. Cette procédure s'apparente à celle de la légitime défense collective. L'autre cas, plus complexe, est celui de contre-mesures collectives prises en réaction à des violations lorsqu'il n'y a pas d'État victime. La pratique en la matière est limitée, mais elle n'en existe pas moins. Elle est analysée aux paragraphes 391 et suivants du rapport; les conclusions sont, quant à elles, exposées au paragraphe 396, auquel le Rapporteur spécial renvoie les membres de la Commission. La pratique est manifestement embryonnaire, rien moins qu'universelle et controversée. De plus, jusqu'à une époque récente, elle n'était étayée par aucune *opinio juris*. La Commission pourrait, dans ces conditions, être tentée de se contenter d'adopter une clause de sauvegarde, en s'en remettant à l'avenir pour tout développement du droit dans ce domaine. Telle était, à la cinquantième session, la position que le Rapporteur spécial lui-même avait adoptée à titre provisoire. Mais il considère maintenant que la Commission n'a pas à être prudente, à moins que la Sixième Commission ne le lui demande. Il serait bon qu'elle lui soumette – c'est le moins qu'elle puisse faire – la proposition exposée aux paragraphes 401 et suivants du rapport, à savoir : les États parties à une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble devraient avoir le droit de prendre des contre-mesures collectives en réaction à des violations flagrantes et bien établies de cette obligation.

8. Après avoir analysé aux paragraphes 407 et suivants les conséquences juridiques supplémentaires découlant de la commission d'un « crime » en vertu de la deuxième

partie, telle qu'adoptée en première lecture, le Rapporteur spécial considère qu'elles n'ont pas leur place, pour les raisons mêmes qu'il a exposées dans le rapport. En revanche, il est possible à tout le moins de soutenir qu'en cas de violation grave d'une obligation envers la communauté internationale et s'il n'y a pas d'État lésé, les autres États membres de la communauté internationale devraient pouvoir exiger de l'État responsable des dommages-intérêts punitifs au nom des victimes naturelles. C'est là un développement progressif du droit international en la matière. C'est dans cet esprit que le Rapporteur spécial propose au paragraphe 412 de son rapport une nouvelle version de l'article 53, avec un paragraphe supplémentaire dans une formulation moins dramatique, sans le mot crime, et ménageant l'évolution du droit pénal en la matière : il s'agit de l'article 51, « Conséquences des violations graves d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble », qui constitue l'article unique d'un nouveau chapitre III intitulé « Violations graves d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble ».

9. En outre, le Rapporteur spécial renvoie à la note relative au paragraphe 413 dans laquelle figurent des éléments qui pourraient être incorporés dans l'article 40 *bis*. Il propose aussi deux articles sur les contre-mesures, l'article 50 A « Contre-mesures au nom d'un État lésé » et l'article 50 B « Contre-mesures en cas de violations graves d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble ».

10. Le Rapporteur spécial souligne que le texte que la Commission soumettra à la Sixième Commission doit être, dans toute la mesure possible, un texte de consensus. La Commission ne saurait se présenter divisée sur des notions aussi controversées que celle de « crimes internationaux », sauf à condamner l'ensemble du projet d'articles. Dans ce sens, la démarche qu'il propose, compte tenu de la décision déjà mentionnée adoptée par la Commission à sa cinquantième session, aussi ambitieuse soit-elle, est la seule possible en l'état actuel des choses. S'agissant de la quatrième partie du projet d'articles, relative aux dispositions générales, la Commission est convenue qu'elle devait contenir une disposition sur la *lex specialis*, et tel était l'objet de l'article 37 adopté en première lecture. Le Rapporteur spécial indique qu'il a remanié cet article 37 car il ne suffit pas qu'il existe un texte, par exemple un traité, qui traite de la matière en cause, il faut aussi que ce texte en traite de telle manière que l'on puisse dire, en l'interprétant, qu'il vise à exclure toute autre conséquence.

11. La deuxième clause de sauvegarde, déjà acceptée à la cinquantième session, a été reprise telle quelle à l'article 50 A.

12. La troisième clause de sauvegarde concerne la relation du projet d'articles avec la Charte des Nations Unies et l'article 39 qui en traitait a été vivement critiqué, notamment par le précédent rapporteur spécial. Le Rapporteur spécial indique que c'est parce qu'il estime que ces critiques étaient justifiées qu'il propose pour cet article un texte beaucoup plus simple et qui ressemble moins à un amendement déguisé de la Charte.

13. Il fallait enfin une clause de sauvegarde concernant le droit des traités, qui précise en outre que le projet d'arti-

cles sur la responsabilité des États ne préjuge pas de l'existence ou du contenu d'une obligation primaire mais traite uniquement des conséquences des violations. C'est pourquoi le Rapporteur spécial s'est efforcé de formuler l'article 50 B en termes généraux, de manière qu'il s'applique au droit international coutumier comme au droit des traités.

14. Ce sont les seules clauses de sauvegarde nécessaires au stade actuel. Pour la raison indiquée au paragraphe 428, une clause de sauvegarde n'est pas nécessaire pour la protection diplomatique, et la relation entre ce domaine et la responsabilité des États pourra être définie dans le commentaire. Il en va de même des questions de nullité et de non-reconnaissance. Il n'est pas non plus besoin de mentionner la non-rétroactivité, et, enfin, une disposition relative aux définitions n'est pas non plus nécessaire en l'espèce.

15. En conclusion, le Rapporteur spécial recommande que les projets d'articles qu'il propose soient ajoutés au projet d'articles sur la responsabilité des États de telle manière que si, par miracle ou par accident, le Comité de rédaction pouvait en achever l'examen à la session en cours, ils puissent être examinés à la Sixième Commission à la prochaine session de l'Assemblée générale et par la Commission elle-même à sa cinquante-troisième session.

16. M. KATEKA dit que la présentation que le Rapporteur spécial a faite était extrêmement instructive et qu'il faut espérer avec lui que la Commission parviendra à un consensus sur les questions à l'examen.

17. L'expression « contre-mesures collectives » est trompeuse; il s'agit en réalité des mesures prises par un État ou un groupe d'États en réaction à une violation d'obligations collectives et l'emploi d'une autre expression permettrait de lever la confusion. Bien qu'étant opposé aux contre-mesures, M. Kateka dit qu'il peut concevoir que des contre-mesures « collectives » puissent être utilisées dans une situation où des États d'égale puissance sont en cause, car si les embrassades d'une personne de même taille ne sont pas dangereuses, celles d'un géant peuvent vous étouffer. M. Kateka peut donc envisager que des contre-mesures soient prises dans un contexte régional. Par exemple, les pays de la région des Grands Lacs en Afrique ont pris des contre-mesures contre un État de la région qui violait les droits de l'homme pour amener celui-ci à s'asseoir à la table de négociations pour régler des problèmes de gouvernance. Bien qu'il ait fallu beaucoup de temps, un « traité de "paix" » doit être bientôt signé. Un autre exemple, peut-être plus délicat, est celui des mesures prises par l'Union européenne contre l'Autriche. Qu'elles aient l'effet désiré ou non, M. Kateka aimerait connaître l'avis du Rapporteur spécial à cet égard. Mais il n'est pas sûr que la Commission puisse élaborer des dispositions tenant compte de ces situations intervenant dans un contexte régional.

18. Lorsqu'il examine la pratique des États, le Rapporteur spécial cite plusieurs exemples de contre-mesures collectives, dont le premier concerne un État se livrant à un génocide. Cela illustre le dilemme que posent ces contre-mesures et qui tient à leur connotation politique, d'autant plus qu'elles ne sont pas appliquées uniformé-

ment. La situation dans l'ex-Yougoslavie et les massacres qui se sont produits en 1994 au Rwanda en sont de tristes exemples. Dans le cadre de son analyse, le Rapporteur spécial conclut qu'il faut limiter le cercle des États ayant le droit de recourir à des contre-mesures collectives; pour M. Kateka, ce droit doit être limité à un groupe d'États également liés d'une région particulière.

19. En ce qui concerne l'article 51, relatif aux conséquences des violations graves d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble, le Rapporteur spécial s'est efforcé de résoudre la controverse qu'ont suscitée l'article 19 et l'article 53 connexe adoptés en première lecture. Au paragraphe 374 de son rapport, il propose de prendre en considération « les quelques normes qui sont généralement acceptées comme étant d'application universelle, non susceptibles de dérogation ». Il cite le *dictum* de la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction* mais ajoute qu'il est « inutile (et d'ailleurs inopportun) que le projet d'articles cite des exemples de telles normes ». Sur ce point, M. Kateka n'est pas d'accord avec le Rapporteur spécial. Certains des exemples que donne ce dernier figurent en effet déjà à l'article 19, ils ne sont qu'indicatifs et ne visent pas l'exhaustivité. Ils devraient donc être conservés. Les exemples cités par le Rapporteur spécial sont l'interdiction de l'usage de la force dans les relations internationales, l'interdiction du génocide et de l'esclavage, le droit à l'autodétermination, et les droits de l'homme et obligations du droit humanitaire qui ne sont pas susceptibles de dérogation. Il laisse judicieusement de côté les questions controversées comme celles de l'agression ou de la pollution massive. Néanmoins, des exemples de violations graves au sujet desquelles il existe un accord général devraient figurer dans le projet d'articles. Le Rapporteur spécial a évité d'utiliser les expressions latines *erga omnes* et *jus cogens* et il faut s'en féliciter. Quoi qu'il en soit, reléguer les exemples dans le commentaire constituerait une injustice à l'égard de ceux qui, comme M. Kateka, sont de fervents partisans de l'article 19.

20. Au paragraphe 2 de l'article 51, le Rapporteur spécial prévoit « des dommages-intérêts punitifs » mais place l'expression entre crochets. Il fait de même à l'alinéa *c* de la disposition, figurant dans la note relative au paragraphe 413, qu'il propose d'ajouter à l'article 40 *bis*. Il semblerait que ces crochets soient motivés par l'opinion énoncée par le Rapporteur spécial au paragraphe 380 de son rapport, à savoir que « les dommages-intérêts punitifs n'existent pas en droit international », mais pour M. Kateka la Commission devrait supprimer les crochets. Même si les dommages et intérêts punitifs doivent être utilisés au bénéfice des victimes de la violation, il s'agit d'un bon point de départ sur la voie de la reconnaissance de l'existence de crimes.

21. Il est à noter qu'à l'article 51 le Rapporteur spécial a repris la terminologie utilisée à l'article 53 adopté en première lecture en remplaçant le mot « crime » par « violation grave » ou « violation ». À cet égard, M. Kateka ne comprend pas ce que veut dire le Rapporteur spécial lorsqu'il écrit, au paragraphe 412 : « Dans la mesure où le chapitre III proposé se suffit à lui-même et puisque l'article 19 adopté en première lecture ne jouait aucun rôle particulier dans la première partie, cet article peut lui-même être supprimé si le chapitre III est adopté ».

22. L'article 50 A, relatif aux contre-mesures au nom d'un État lésé, suscite les mêmes réserves que la situation dans laquelle un État en « invite » un autre dans l'exercice de la légitime défense. Il en va de même de l'intervention suite à une « invitation » dans les situations de crise humanitaire. Il faut être très prudent à cet égard et lorsqu'un État n'est pas directement lésé il faut, comme indiqué au paragraphe 402 du rapport, limiter sa possibilité d'intervenir. Or l'article 50 A ne le fait pas vraiment et il pourrait donner lieu à des abus. Le Comité de rédaction devrait l'examiner de près.

23. L'article 50 B présente le même inconvénient que l'article 50 A. La faculté d'intervenir au titre des contre-mesures inquiète les petits États. Il n'existe pas de mécanisme en la matière et la Commission n'en a pas prévu. De toute façon, même les institutions de sécurité collective qui existent connaissent des problèmes et on peut douter qu'il en aille différemment des contre-mesures. On pourra certes essayer d'obtenir la cessation en exerçant une pression sur l'État auteur du fait illicite en recourant à ces dispositions, mais il n'est pas certain qu'elles soient, sur ce point, assez explicites.

24. Pour ce qui est de la quatrième partie, relative aux dispositions générales, M. Kateka appuie le nouveau libellé proposé par le Rapporteur spécial pour les articles en question, en particulier l'article 37, relatif à la *lex specialis*, et l'article 39, sur la relation des articles sur la responsabilité avec la Charte des Nations Unies. L'article A est une clause de sauvegarde de la responsabilité des organisations internationales, un sujet que la Commission pourrait étudier à l'avenir si elle accepte le rapport du Groupe de travail sur le programme de travail à long terme.

25. M. HAFNER, se référant à l'observation de M. Kateka au sujet de ce qu'il a appelé les « mesures prises par l'Union européenne contre l'Autriche », souligne en premier lieu qu'il ne s'agissait pas de mesures prises par l'Union européenne mais de mesures prises par 14 membres de l'Union européenne et, deuxièmement, que ces mesures ne relèvent pas des projets d'articles parce que l'Autriche ne s'était rendue coupable d'aucune violation et donc que la responsabilité des États n'était pas en cause. Il ne s'agissait pas de contre-mesures ni de sanctions, mais de mesures qui doivent être jugées en elles-mêmes, au regard du droit de l'Union européenne et du droit international général.

26. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'il souscrit totalement aux observations de M. Hafner.

27. Pour ce qui est de l'avant-dernière phrase du paragraphe 412 du rapport évoquée par M. Kateka, le Rapporteur spécial indique qu'elle signifie que s'il faut une disposition équivalant à l'article 19, elle doit figurer dans le chapitre III. L'article 19 ne joue absolument aucun rôle dans la première partie du projet et n'y a pas sa place. Si la Commission décide de donner des exemples des violations visées à l'article 50, elle doit le faire dans le chapitre III et non dans la première partie du projet.

28. M. SIMMA dit qu'il est satisfait, au moins en principe, des résultats auxquels aboutit le Rapporteur spécial dans le chapitre IV de son rapport, à savoir les projets d'articles proposés, mais qu'il juge l'analyse des problè-

mes singulièrement hétérogène, trop détaillée pour certaines questions secondaires – les développements consacrés à l'affaire *Commission des Communautés européennes c. République hellénique* en est un exemple –, alors que d'autres sont à peine traitées, comme celles qui font l'objet de l'article 51. En outre, il est curieux que les dispositions visant à répondre aux critiques adressées à l'article 40 figurent dans la note relative au paragraphe 413. M. Simma espère que cela ne nuira pas à l'acceptation des projets d'article et que les commentaires que le Rapporteur spécial va élaborer traiteront de manière systématique et approfondie les questions passées sous silence, compte tenu en particulier de l'abondance de la doctrine, que le Rapporteur spécial ne mentionne d'ailleurs pas dans ses notes.

29. Pour ce qui est du compromis historique auquel la Commission est parvenue à la cinquantième session et qui est reproduit au paragraphe 369 du rapport à l'examen, on peut estimer qu'un exposé systématique par le Rapporteur spécial en ce qui concerne les obligations *erga omnes* et les normes impératives constituerait un substitut satisfaisant à l'article 19. M. Simma regrette l'absence d'un tel exposé, mais le résultat final est acceptable, tout juste il est vrai. Fort heureusement, le champ d'application du régime ainsi défini sera très limité, car de nombreux régimes spéciaux en vigueur lui confèrent un caractère supplétif. C'est ainsi que le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies définit le régime applicable à l'agression ainsi qu'aux violations massives des droits de l'homme, puisque le Conseil de sécurité considère désormais qu'elles menacent la paix internationale. Il existe en outre des régimes conventionnels à ce sujet, comme celui de la Convention de Lomé (Quatrième Convention ACP-CEE) qui subordonne l'exécution de leurs obligations par les États de l'Union européenne au respect des droits de l'homme. Il existe aussi un régime autonome en ce qui concerne le commerce international et des régimes spéciaux en matière d'environnement.

30. Chacun est mal à l'aise s'agissant de conférer aux États qui ne sont pas directement lésés par une violation la faculté de recourir à des contre-mesures, mais ce malaise n'est que la continuation de celui que suscitent les contre-mesures en général. D'une part, la Commission a peur de créer un monstre, mais d'autre part elle ne peut laisser impunies les violations graves du droit international. L'exercice risque de revêtir un caractère artificiel, notamment pour ce qui est des violations « sans victime ». Comme exemple de telles violations, le Rapporteur spécial a évoqué le réchauffement de la planète, mais pour M. Simma l'idée que les États puissent lutter contre le réchauffement de la planète par des contre-mesures est tout simplement comique.

31. En revanche, il faut se réjouir que les contre-mesures collectives soient assujetties aux limitations que le Comité de rédaction est en train de définir. En outre, seules les violations graves, manifestes et bien établies pourront faire l'objet de ce type de contre-mesure. Troisièmement, la pratique des États révèle que les États non directement lésés sont loin d'abuser des contre-mesures en cas de violation des droits de l'homme et autres obligations *erga omnes*, et qu'au contraire ils ne se préoccupent guère de ces violations et qu'en la matière la sélectivité est généra-

lisée. Il faut de toute façon être très prudent lorsqu'on met des obligations à la charge d'États tiers comme le fait l'article 51. Qui plus est, laisser à la « communauté internationale organisée », c'est-à-dire à l'ONU, le soin de réagir aux violations des obligations *erga omnes* confine au cynisme.

32. Par ailleurs, il faudrait dûment souligner dans le commentaire que, lorsque cela est possible, la décision de prendre des contre-mesures collectives doit elle aussi être collective.

33. La Commission doit avoir à l'esprit qu'elle est en train d'élaborer un régime de contre-mesures n'impliquant pas l'emploi de la force qui permette d'éviter les situations dans lesquelles les États affirment avoir épuisé tous les moyens d'action pacifique et adoptent l'attitude qui a été celle du Royaume-Uni dans le cadre des mesures collectives prises contre la Yougoslavie en 1998⁴. Si la Commission définit un régime viable de contre-mesures collectives pacifiques, les États seront moins incités à emprunter une autre voie, comme celle, regrettable, qui a été suivie au Kosovo.

34. L'étude de la pratique des contre-mesures collectives qui figure dans le rapport est extrêmement intéressante, mais peut-être le Rapporteur spécial aurait-il pu aussi évoquer les lois adoptées dans les années 1970 par les États-Unis, qui subordonnent l'assistance militaire, économique et technique à un certain comportement en matière de droits de l'homme. Certaines des lois en question prévoient même la prise en considération des constatations du Comité international de la Croix-Rouge pour apprécier ce comportement, et la Commission pourrait réfléchir à une telle procédure. Par ailleurs, les développements consacrés aux astreintes de la Communauté européenne sont trop longs et amènent d'ailleurs à se demander, si l'on songe qu'il a fallu 40 ans à une institution aussi fortement intégrée que la Communauté européenne pour arriver au Traité de Maastricht qui prévoit de telles sanctions, combien de décennies il faudra à la communauté internationale pour se doter d'un régime de contre-mesures digne de ce nom. S'agissant des dommages-intérêts punitifs, il faut prévoir une procédure de coordination des demandes des États.

35. En ce qui concerne les dispositions que le Rapporteur spécial propose d'ajouter à l'article 40 *bis* dans la note relative au paragraphe 413 de son rapport, M. Simma estime qu'elles devraient figurer dans un article distinct. À l'alinéa *a*, il conviendrait de mentionner les garanties de non-répétition, qui sont mentionnées à plusieurs reprises dans les paragraphes correspondants du rapport.

36. L'article 50 A devrait, en ce qui concerne les États tiers, mentionner la gravité de la violation, car, en l'état, ce texte semble permettre la fourniture d'une assistance à l'État lésé quelle que soit la gravité de la violation.

37. Pour ce qui est de l'article 50 B, son titre est trop général et, tel que libellé, englobe tout aussi bien les situa-

⁴ Voir "United Kingdom materials on international law 1998", textes réunis sous la direction de G. Marston, *The British Year Book of International Law*, 1998, vol. 69, p. 580 et 581.

tions envisagées à l'article 50 A. Le paragraphe 1 comporte une erreur; c'est en effet l'article 51 qui devrait y être visé. En outre, on ne retrouve pas dans le texte de cet article les catégories définies aux paragraphes 377 à 379 du rapport.

38. En ce qui concerne l'article 51, la Commission doit décider une fois pour toutes comment qualifier les violations : il s'agit des violations « graves et manifestes » dans le projet d'article, alors que dans le texte du rapport elles sont qualifiées de « graves et flagrantes », parfois de « bien établies ». Le Rapporteur spécial a, en présentant son rapport, parlé de violations « bien établies » et M. Simma souhaiterait que l'on utilise cette expression ou l'expression « établies de manière fiable », largement utilisée en matière de droits de l'homme et qui a l'avantage de renvoyer à l'appréciation d'une tierce partie objective. Le libellé du paragraphe 1 pourrait en outre être plus proche de celui du paragraphe 2 de l'article 19 adopté en première lecture.

39. L'obligation énoncée à l'alinéa *a* du paragraphe 3 est bien établie en pratique et ne soulève aucune difficulté. L'alinéa *b* pose par contre un problème théorique, certes mineur, à savoir celui de sa relation avec l'article 27. En revanche, l'alinéa *c*, relatif à l'obligation de coopérer, est probablement la disposition la plus problématique de toutes celles à l'examen. Si l'on songe à une situation comme celle du Kosovo à la fin de 1997 et au début de 1998, un État qui souhaite jouer un rôle de leader dans l'application de contre-mesures peut demander à d'autres États de coopérer. Or, rien n'indique à qui l'obligation de coopérer est due : est-elle due à la communauté internationale, à la victime ou à l'État qui sollicite la coopération ? Quoi qu'il en soit, la Commission ne peut énoncer à la charge de tous les États une obligation de coopérer sur une demande de l'État qui prend l'initiative.

40. Au paragraphe 4, la référence aux conséquences pénales n'est pas claire : vise-t-elle la responsabilité pénale individuelle ou renvoie-t-elle à la notion absurde de responsabilité pénale directe de l'État ? Il faudra enfin se demander si les conditions procédurales définies à l'article 48 peuvent toutes s'appliquer aux contre-mesures collectives.

41. Pour ce qui est des dispositions générales proposées, l'expression « dans la mesure » figurant à l'article 37 devrait être supprimée car elle est logiquement incompatible avec l'adjectif « exclusivement » : il n'y a pas de degré dans l'exclusivité. Quant au nouveau libellé de l'article 39, il est nettement meilleur que celui adopté en première lecture.

42. M. LUKASHUK émet des doutes à propos du paragraphe 2 de l'article 50 B. Ce paragraphe, où il est question de la coopération entre les États, fixe une règle qui a le caractère d'un principe général, représentant le droit « souple ». Il répond néanmoins au principe de coopération, qui est l'un des principes fondamentaux du droit international. Cette disposition revêt donc une importance particulière dans le domaine des contre-mesures collectives. Pour M. Lukashuk, il est impératif de la maintenir dans le projet.

43. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA remercie M. Simma d'avoir attiré l'attention de la Commission sur une anomalie de construction de l'article 51 à l'examen. Cet article en effet parle de deux choses : le paragraphe 1 a pour objet la « violation d'une obligation internationale », c'est-à-dire ce que recouvre le titre du chapitre III de la première partie; les paragraphes 2 à 4 correspondent bien à l'intitulé de l'article, c'est-à-dire à ce type de violation qui se mesure à l'aune de la gravité et qui entraîne certaines conséquences, et ces conséquences elles-mêmes. Il faudrait faire justice à la Commission et aux efforts qu'elle a entrepris pour établir une distinction à partir de cette notion de gravité entre « crimes » et « délits », selon la terminologie de Roberto Ago⁵. On a longtemps épilogué sur cette dénomination binaire, pour découvrir à présent qu'elle a causé beaucoup plus de problèmes que la chose qu'elle désignait. Dans le texte à l'examen, cette dénomination a disparu, même si son objet est conservé, ce qui est une bonne chose. Ainsi, le paragraphe 1 de l'article 51 retient le contenu de l'ancien paragraphe 2 de l'article 19, même s'il le fait sans le dire.

44. Pour que la distinction soit bien mise en valeur dans la construction proposée par le Rapporteur spécial, il serait peut-être nécessaire, dans un souci élémentaire de symétrie, de scinder l'article 51 en deux. Le paragraphe 1 constituerait un article spécifique, portant par exemple pour titre : « Violation grave et manifeste d'une obligation due à la communauté internationale dans son ensemble », intégré dans la première partie après l'article 25 du chapitre III, justement intitulé « Violation d'une obligation internationale ». Dans la deuxième partie, on trouverait symétriquement les conséquences de cette disposition spécifique, à savoir les paragraphes 2 et 3 de l'article 51. Cette configuration répondrait aux préoccupations qui animent depuis longtemps la Commission.

45. M. SIMMA convient avec M. Pambou-Tchivounda qu'il y a une certaine asymétrie entre le régime applicable aux violations que l'on peut appeler « normales » et celui qui s'applique aux violations des obligations *erga omnes*. Aussi propose-t-il d'enrichir le chapitre III, qu'il juge bien succinct avec sa disposition unique sur la violation grave des obligations fondamentales à l'égard de la communauté internationale. On y prévoirait un article sur les violations en général, puis les recours offerts à l'État lésé, puis les contre-mesures à la disposition de l'État lésé, puis le régime applicable aux obligations à l'égard de la communauté internationale, puis le contenu de la note relative au paragraphe 413, puis les articles 50 A et 50 B, et, à la fin, l'article 51. Cela constitue un régime respectable et applicable à un domaine très important.

46. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'il accepterait volontiers de scinder l'article 51 et d'y incorporer de nouveaux éléments. Mais il s'oppose fermement à ce qu'il figure dans la première partie, où il ne remplirait absolument aucune fonction. De surcroît, si on l'y inclut, il faudra examiner les règles d'attribution de la responsabilité applicables à ce type de violation. Sa place est donc

⁵ Voir cinquième rapport, *Annuaire... 1976*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/291 et Add.1 et 2, par. 117, p. 41.

bien au chapitre III. Quant à la construction proposée par M. Simma, il n'a rien à y redire.

47. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA précise son idée. Il lui semble qu'il faudrait que l'on sache à la fin de la première partie s'il n'y a qu'un seul type de violation ou s'il y en a plusieurs. En effet, on risque de ne pas comprendre pourquoi, dans la deuxième partie, au niveau des conséquences du fait illicite, il y aurait plusieurs régimes.

48. M. TOMKA dit partager l'avis du Rapporteur spécial. La première partie devrait à ses yeux porter sur les violations du droit international en tant que telles, sans distinction. La différenciation se ferait au niveau des conséquences découlant de la violation : il y aurait d'abord les conséquences « normales », puis les conséquences des « violations graves d'obligations à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble ». Pour enrichir le chapitre III, la solution pourrait consister à faire du paragraphe 1 de l'article 51 proposé un article distinct, qui serait suivi, dans un autre article, des paragraphes 2, 3 et 4.

49. M. GAJA dit que la note relative au paragraphe 413 donne une indication sur ce que peuvent demander les États autres que l'État lésé en cas de violation d'une obligation internationale intéressant la communauté internationale dans son ensemble. Le Rapporteur spécial a rappelé, et cela ressort clairement du texte du nouveau paragraphe proposé dans cette note, que les États non lésés peuvent réclamer, dans la situation particulière envisagée, la restitution dans l'intérêt de la personne ou de l'entité lésée et demander aussi des dommages-intérêts pour les victimes de la violation, mais cela seulement en cas de violation grave et manifeste d'une obligation *erga omnes*. Par exemple, en cas de violation grave et manifeste des droits de l'homme, il est possible de réclamer une indemnisation à l'État qui en est l'auteur. Mais si elle n'est pas grave et manifeste, que se passe-t-il ? En pratique, on pouvait dire qu'il n'y a pas obligation d'indemniser parce que l'obligation de l'État responsable restera simplement théorique. Aucun État ne pourra demander que soit respectée cette obligation. Il en est de même dans d'autres cas aussi, par exemple celui de la pollution des océans. Dans certains cas, même quand il y a un État lésé, les dommages peuvent toucher d'autres États. Peut-être faut-il prévoir cette éventualité et envisager la possibilité de réclamer alors davantage que ce que l'État lésé lui-même est en droit de revendiquer.

50. M. Gaja pense aussi que la distinction faite d'une manière générale au paragraphe 374 du rapport entre les droits de l'homme auxquels il est possible de déroger et ceux qui sont intangibles n'est pas entièrement pertinente. S'il y a obligation en droit international coutumier à l'égard des droits de l'homme, il n'est pas très important de savoir lequel de ces droits est violé, en tout cas du point de vue de l'obligation de réparation.

51. En conclusion sur ce point, M. Gaja est d'avis que le paragraphe proposé dans une note relative au paragraphe 413 n'est que partiellement satisfaisant et qu'il faudrait y ajouter quelque chose. Il conviendrait d'y faire place à la possibilité que tout État puisse demander réparation, même si ce n'est pas à son profit, s'il n'y a pas d'État lésé.

52. Abordant ensuite la question du crime international, M. Gaja rappelle que l'idée de placer l'article 19 dans la première partie avait une raison logique, qui ressortait clairement du cinquième rapport de Roberto Ago⁶ et des délibérations de la Commission. Dans la conception d'origine, les crimes internationaux des États n'étaient pas considérés comme des violations graves d'obligations qui feraient naître les conséquences ordinaires des faits illicites, plus quelques conséquences supplémentaires. L'idée d'origine était qu'il y aurait deux séries de conséquences. Il fallait donc prévoir quelque chose sur les crimes dans la première partie. Mais la Commission s'est progressivement orientée vers l'idée que les crimes internationaux sont fondamentalement des faits illicites auxquels sont rattachées des conséquences supplémentaires. Il n'y a alors aucune raison de parler de crimes internationaux dans la première partie.

53. L'article 51 proposé ne semble pas ajouter grand-chose à ce qui était issu de l'examen en première lecture. Ce qu'il y a essentiellement de nouveau, c'est le paragraphe 2, c'est-à-dire l'idée des dommages-intérêts punitifs. M. Gaja n'a rien à dire contre cet effort de développement progressif du droit international, mais il a des doutes quant à la mise en application dans la pratique de ce principe. Comment un État va-t-il obtenir des dommages-intérêts punitifs ? Il faudrait prévoir la possibilité d'un recours institutionnalisé permettant de répondre aux crimes internationaux des États.

54. M. Gaja partage l'avis de M. Simma au sujet du paragraphe 3 de cet article. L'alinéa *b* devrait être lu en parallèle avec l'article 27. Celui-ci couvre déjà le contenu de l'alinéa. Il est vrai que l'article 27 traite de la Commission du fait illicite et l'alinéa du maintien du fait illicite. Mais, d'une façon ou d'une autre, c'est toujours concourir au fait illicite, et si prêter aide ou assistance a pour conséquence d'engager la responsabilité internationale, on ne voit pas comment les États peuvent dire qu'en cas de violation grave ou manifeste d'une obligation internationale ils n'auraient pas le même type d'obligation que celui qu'implique l'article 27. L'alinéa *b* ne fait pas de mal, mais il faudrait y prévoir au moins un renvoi à l'article 27.

55. M. Gaja souscrit aussi dans une certaine mesure aux observations de M. Simma concernant l'alinéa *c* selon lequel les États sont tenus de coopérer pour appliquer les mesures visant à mettre fin à la violation. Cela revient à dire, ce qui va trop loin, que les États sont obligés de coopérer dans l'application de contre-mesures, même quand celles-ci sont prises unilatéralement par un État. On comprend la nécessité de la coopération, mais elle ne devrait pas s'exprimer en ces termes. Il faudrait au moins reformuler cet alinéa.

56. Puisque l'article 51 ne dit pas grand-chose, M. Gaja propose d'ajouter un élément aux conséquences des violations graves et manifestes d'obligations internationales à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble. Il se réfère à cet égard aux limitations imposées par le droit international en ce qui concerne l'attribution à des individus des conséquences juridiques de comporte-

⁶ Ibid.

ments qu'ils ont eus en agissant en tant qu'organes d'État. La règle fondamentale veut qu'un État ne peut pas considérer ces comportements comme des conduites individuelles, mais comme des conduites d'État, sauf dans certains cas, notamment celui des crimes internationaux commis par des individus. Si un chef d'État fait commettre à cet État un génocide, il ne peut pas prétendre que son acte individuel était un fait de l'État et le droit international permet de réprimer son comportement. Cependant, les violations des obligations qu'ont les États à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble n'impliquent pas toutes que les individus agissant pour l'État commettent un crime international. Il ne serait donc pas raisonnable de définir comme crime international de l'individu toutes les conduites qui amènent l'État à commettre une violation grave et manifeste d'une obligation envers la communauté internationale. La proposition de M. Gaja aurait une portée beaucoup plus limitée. Elle permettrait simplement de donner aux États la possibilité de dissocier l'individu de l'État de telle sorte que l'individu dont le comportement a entraîné une violation grave et manifeste d'une obligation de cet État à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble ne puisse, comme moyen de défense dans une action pénale ou civile, arguer du fait qu'il a agi en tant qu'agent de cet État. L'insertion d'une disposition en ce sens permettrait d'ajouter un élément dans les relations entre États qui aurait un effet dissuasif.

57. En ce qui concerne le paragraphe 4 de l'article 51, M. Gaja pense qu'il est sage de réserver pour l'avenir les conséquences supplémentaires que des violations pourraient entraîner, que les développements futurs du droit requièrent une réponse institutionnelle ou non. Il se peut que ces développements portent sur la catégorie des violations graves et manifestes en général, comme le laisse entendre le rapport. Mais ce qui est plus probable, c'est qu'ils concerneront des violations spécifiques. Ainsi, on verra peut-être un système se développer pour un type de violation et pas pour un autre. Il serait utile d'indiquer que l'on n'envisage pas seulement un développement général, mais aussi un développement spécifique qui ressortirait, techniquement parlant, à la *lex specialis*, car c'est sans doute la forme qu'il prendra. La communauté internationale réagira vis-à-vis de certaines de ces violations et pas nécessairement d'autres, que l'on pourrait considérer comme tout aussi graves, mais qui peuvent appeler des réponses différentes pour lesquelles la société internationale n'est pas encore prête.

58. La dernière partie de l'intervention de M. Gaja concerne les contre-mesures. Il souscrit à l'évaluation de la pratique des États en la matière dans le cas de violations d'obligations intéressant l'ensemble de la communauté internationale. Cependant, la conclusion à laquelle elle aboutit et le texte des articles 50 A et 50 B ne correspondent pas exactement à ce que cette pratique semble indiquer. Dans la plupart des cas mentionnés, et probablement dans tous les cas, le seul but des contre-mesures est de faire cesser un fait prétendument illicite. Rien n'indique que les États utilisent les contre-mesures collectives pour obtenir réparation. Même si des États sont en droit de demander réparation, la pratique semble justifier l'adoption de contre-mesures uniquement en relation avec la cessation. Il n'y a donc pas un parallélisme parfait, ce qui est tout à fait

compréhensible, et il faut aussi le voir sous un jour positif, à savoir que la Commission n'essaie pas d'étendre les contre-mesures à toutes les utilisations auxquelles elles pourraient servir. Elles ne devraient donc être considérées comme admissibles que dans la mesure où le but recherché est la cessation. Cela présente aussi un autre avantage en ce sens qu'il n'est pas nécessaire d'obtenir le consentement de l'État lésé, s'il y en a un. Comme le Rapporteur spécial l'a rappelé, dans ce cas, l'État lésé n'a aucune possibilité d'admettre une dérogation à l'obligation. Un autre État peut demander la cessation. Ainsi, dans le cas de l'occupation militaire d'une partie du territoire d'un État, même si cet État, pour une raison ou pour une autre, n'émet pas de protestation, les autres États peuvent encore insister pour qu'il soit mis fin à l'occupation militaire; il serait alors raisonnable qu'ils utilisent des contre-mesures pour provoquer cette cessation.

59. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) répond qu'il est effectivement possible qu'il y ait un chevauchement entre l'alinéa b du paragraphe 3 de l'article 51 et l'article 27 du chapitre IV de la première partie. Dans l'article 27, l'accent est mis sur la commission du fait illicite alors que dans l'alinéa à l'examen il est mis sur le maintien de la situation créée par le fait illicite. Cette différence, qui remonte évidemment à l'examen en première lecture, change-t-elle quelque chose? On peut en effet présumer que, dans beaucoup de cas, l'obligation primaire, qui est évidemment une obligation continue, sera violée dans le contexte du maintien de la situation. Mais on peut imaginer que les choses ne se passent pas ainsi. Par exemple, lorsqu'un comportement équivalant à un crime contre l'humanité qui a conduit une population à fuir dans un autre État cesse, la question se pose de savoir si la population doit être autorisée à retourner dans ses foyers. Le fait de ne pas la laisser rentrer chez elle est-il en soi un crime contre l'humanité? On peut imaginer que l'article 51 trouve à s'appliquer dans un contexte comme celui-ci. C'est pour cette raison qu'il est un peu difficile de limiter les contre-mesures collectives à la cessation. Il peut y avoir des situations de restitution, après qu'a cessé le fait illicite, qui sont analogues à la cessation et il n'est pas certain que l'on puisse faire une nette distinction entre les deux. Le Rapporteur spécial se déclare tout à fait d'accord avec la façon dont M. Gaja envisage la situation, à savoir que dans tous les cas c'est la cessation qui est visée. D'ailleurs, le régime de pénalités prévu par le droit communautaire européen, tel qu'il est actuellement appliqué, est axé essentiellement sur la cessation. Qu'il doive ou non y être limité est une question à examiner. Pour sa part, le Rapporteur spécial n'aurait aucun mal à accepter des limitations plus strictes évidemment, mais il y a un problème en cas de restitution qui fait suite par exemple à un crime contre l'humanité lorsque le crime a cessé et que le gouvernement qui l'a commis n'est peut-être plus en place mais qu'il subsiste des conséquences, à savoir des millions de personnes déplacées. La légitimation de ces conséquences peut revenir, assez curieusement, à une légitimation *ex post facto* du crime. Il n'est pas certain que cette situation soit couverte par le chapitre IV de la première partie.

60. Se pose aussi le problème de la « transparence » de l'État, notion que M. Gaja a essayé de concrétiser en disant que, dans le cas des violations graves, l'individu

n'a pas le droit d'arguer de son statut d'agent de l'État au cours des poursuites individuelles qui peuvent s'ensuivre. Le Rapporteur spécial croit comprendre que la disposition qu'il propose ne consiste pas à créer quelque nouvelle infraction pénale. Il s'agit en fait de l'invalidation de l'argument de l'immunité, question qui a hanté l'affaire du *Rainbow Warrior*, sans jamais apparaître au grand jour.

61. Pour sa part, le Rapporteur spécial pense d'abord que cette question relève non pas de la responsabilité des États, mais plutôt de la responsabilité des individus. Il se dit ensuite peu convaincu par l'idée que l'État devient « transparent » uniquement dans des circonstances exceptionnelles. Pour lui, en matière de violations du droit international, l'État est toujours transparent, c'est-à-dire qu'il a toujours à répondre de ses actes, et l'individu, qu'il ait ou non une fonction officielle, a toujours à répondre des siens. Il est, d'une manière générale, mal avisé d'essayer de lier l'un à l'autre.

62. Le seul exemple historique du principe de la transparence de l'État est donné par la catégorie des « organisations criminelles » définie dans l'article 9 du Statut du Tribunal de Nuremberg⁷, devant lequel il y avait une procédure distincte pour qualifier certaines organisations de criminelles en elles-mêmes. Des individus ont alors été considérés comme des criminels en raison de leur appartenance à ces organisations, bien que la procédure ait comporté une deuxième phase au cours de laquelle les accusés pouvaient faire valoir des circonstances atténuantes en ce qui concernait leur appartenance à ces organisations. Il y a deux choses à dire sur cette expérience historique : d'abord qu'elle n'a jamais été répétée puisqu'on ne trouve la figure de la « culpabilité par association » dans aucun texte postérieur; ensuite que le principe n'a été appliqué ni à l'État allemand ni au Gouvernement allemand, il n'a visé que des organisations, comme les SS.

63. Pour le Rapporteur spécial, vouloir trouver un lien entre le domaine de la responsabilité de l'État et le domaine de la responsabilité individuelle revient à politiser le statut pénal de l'individu. La règle actuelle du droit international qui rend l'individu, y compris celui qui occupe une charge publique, responsable de crimes au regard du droit international quelle que soit sa qualité officielle est en elle-même une règle sur la transparence, qui s'applique quelle que soit la catégorie dans laquelle entre l'acte dont il s'agit, et indépendamment du point de savoir si cet acte est imputé à l'État.

64. M. GAJA admet que, dans le cas d'un crime international imputable à des individus, la règle de la transparence n'a pas à être énoncée car elle découle des principes généraux. Il peut cependant y avoir aussi des problèmes de responsabilité civile ou des cas dans lesquels, en l'état du droit international, telle ou telle activité n'est pas réputée criminelle. Sa proposition vise donc, non pas à traiter la question de la responsabilité des individus, mais à prévoir une disposition qui ne régirait que les relations entre États

mais qui aurait également un effet dissuasif sur les individus.

65. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) concède que ce problème est réel et plane notamment sur l'affaire Pinochet. La question est toutefois de savoir si, en droit, cela relève de la responsabilité. À son avis, l'argument vaut dans le contexte de l'immunité mais on peut se demander si, par principe, la Commission doit s'engager dans ce domaine. Il note à cet égard l'extrême conservatisme manifesté par la Commission à sa cinquante et unième session pour traiter cette question dans le domaine de l'immunité. Enfin, il se demande si le texte n'est pas déjà assez surchargé. Il engage toutefois M. Gaja à ne pas retirer sa proposition qui pourrait recevoir l'appui d'autres membres de la Commission.

66. M. DUGARD tient tout d'abord, en tant que rapporteur spécial sur le sujet de la protection diplomatique, à appuyer l'approche adoptée par le Rapporteur spécial, au paragraphe 428 (al. b) de son rapport, à l'égard de la protection diplomatique. S'agissant en deuxième lieu de la rétroactivité, il estime que, si la Commission prévoit d'adopter les projets d'articles sous la forme d'une déclaration, elle devrait passer sous silence la question de la rétroactivité, en espérant que les projets d'articles seront interprétés comme étant déclaratoires du droit existant et ayant donc un effet rétroactif. Pour ce qui est de l'idée, exprimée au paragraphe 396, que, s'agissant des réactions à des violations d'obligations collectives, la pratique est dominée par les pays occidentaux, il tient à préciser, exemples à l'appui, que cette pratique n'est pas limitée à ces États. Ainsi, le boycottage pétrolier des pays arabes de 1973-1974 a été interprété comme une réaction à l'occupation illicite par Israël de la Cisjordanie et de Jérusalem et à l'appui apporté par les États occidentaux à cette occupation⁸. L'autre exemple est celui de la réaction des États africains à l'apartheid en Afrique du Sud et au régime minoritaire en Rhodésie qui, certes, ne s'est pas traduite par la violation de traités, mais a pris la forme d'atteintes au droit international coutumier, les États, notamment voisins, permettant aux mouvements de libération d'établir des bases sur leur territoire et d'opérer à partir de celui-ci. Il y a là un exemple de réaction, de la part d'États africains, à la violation d'obligations collectives relatives aux droits de l'homme et à l'autodétermination.

67. Pour M. Dugard, la décision rendue en 1966 par la CIJ dans les affaires du *Sud-Ouest africain* avait constitué un recul majeur du droit international, la Cour ayant affirmé que les États ne peuvent agir que lorsque leurs intérêts nationaux sont en jeu. La Cour a quelque peu redressé sa position dans l'affaire de la *Barcelona Traction* bien que, dans l'affaire du *Timor oriental*, elle ait semblé revenir, en fait sinon en droit, à sa position antérieure. M. Dugard se félicite donc tout particulièrement de la dénonciation audacieuse, par le Rapporteur spécial, dans l'article 50 B ainsi que dans plusieurs paragraphes du rapport, du principe énoncé par la Cour en 1966. Il tire aussi quelque fierté d'être associé au rejet de ce principe.

⁷ Accord de Londres du 8 août 1945 concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe, créant le Tribunal militaire international de Nuremberg (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 82, n° II-251, p. 291).

⁸ Voir en particulier I. F. I. Shihata, "Destination embargo of Arab oil: its legality under international law", *American Journal of International Law*, vol. 68, n° 4 (octobre 1974), p. 591.

68. M. Dugard relève par ailleurs que par politesse ou, peut-être, esprit de compromis les membres de la Commission évitent d'aborder la question de l'article 19, et rappelle qu'à la cinquantième session la question du maintien éventuel de l'article 19 dans le projet avait fait ressortir un partage pratiquement égal des vues des membres de la Commission. Le chapitre IV du rapport apparaît donc comme un brillant exercice de compromis qui donne aux partisans de l'article 19 de quoi s'occuper avec les notions de *jus cogens* et d'obligations *erga omnes*, et qui satisfait les adversaires de l'article 19 en abandonnant le mot « crime ». M. Dugard n'est toutefois pas pleinement satisfait de la manière dont l'exercice a été conduit. Certes, l'article 19 lui-même devrait disparaître, mais, à son avis, le concept de crime international ne devrait pas être totalement éliminé. Il serait, par exemple, possible de viser ce concept en ajoutant, à la fin du paragraphe 1 de l'article 51, une phrase disant qu'un tel fait, résultant de la violation grave et systématique par un État d'une obligation internationale essentielle pour la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la communauté internationale, constitue un crime. Le libellé de cette phrase serait en grande partie inspiré de celui de l'article 19 auquel il ajouterait le concept de violation grave et systématique d'une violation internationale que vise le Rapporteur spécial aux paragraphes 404 et 405 de son rapport. Aucun autre changement ne serait apporté à l'article 51. M. Dugard admet toutefois que cette idée peut se heurter à plusieurs objections. Comme l'a souligné le Rapporteur spécial, si la Commission adopte la notion de crime international, il lui incombera de traiter la question de manière plus systématique, notamment de définir des règles particulières relatives aux faits justificatifs et à la régularité de la procédure, et aussi d'étudier la question des peines. En outre, certains membres peuvent juger tout simplement inacceptable la présence du mot « crime » dans le projet d'articles.

69. En revanche, on peut trouver certains avantages à une telle démarche. Tout d'abord, cette solution serait certainement préférable au maintien de l'article 19 qui, de l'avis quasi général, est particulièrement mal rédigé en ce qu'il énumère un certain nombre d'exemples alors qu'il n'est pas normal de légiférer par voie d'exemples. Un autre avantage tiendrait au maintien du mot « crime », car la Commission doit être consciente du fait, que cela lui plaise ou non, que le concept de crime d'État fait désormais partie de la terminologie et de l'idiome du droit international. Abandonner totalement le concept pourrait être perçu par beaucoup, peut-être même à la Sixième Commission, comme une régression. Le Rapporteur spécial lui-même, au paragraphe 391 de son rapport, cite un exemple dans lequel les États-Unis ont qualifié le comportement du Gouvernement ougandais de crime international de génocide, en visant expressément l'État lui-même. Chacun sait par ailleurs que, s'agissant de l'Afrique du Sud à l'époque de l'apartheid, la communauté internationale a à plusieurs reprises condamné l'apartheid comme un crime international en qualifiant l'État de criminel. Or cette position, outre les conséquences politiques qu'elle a certainement eues, a aussi entraîné des effets de droit en conférant une licéité, ou un semblant de licéité, à l'utilisation de la force par des mouvements de libération nationale. En outre, de l'avis de M. Dugard, il faut relativiser le contenu des termes, et il ne voit pas pourquoi le comportement décrit par le Rapporteur spécial au paragraphe 372 comme constitutif de

« violations graves d'obligations fondamentales » ne serait pas qualifié de crime. D'ailleurs, les exemples de réaction des États dans de tels cas indiquent des variations quant à la qualification de l'action des États. Ainsi, lorsque le Gouvernement néerlandais a décidé de suspendre son aide au Suriname, il a déclaré qu'il s'agissait d'un cas de changement fondamental des circonstances⁹. D'autres États ont qualifié l'action de contre-mesures collectives en réaction à de graves violations d'obligations fondamentales. Enfin, M. Dugard fait observer qu'il est déjà question, au paragraphe 2 de l'article 51, de « dommages-intérêts punitifs » et, au paragraphe 3 du même article, du concept de non-reconnaissance, deux notions qui ont en quelque sorte une connotation criminelle. Dès lors, si la Commission tient à maintenir le mot « crime », tout simplement parce qu'il est devenu partie intégrante de la terminologie du droit international, elle peut le faire très facilement dans l'article 51, sans réintroduire l'article 19. Cela, plus que le compromis proposé par le Rapporteur spécial, pourrait satisfaire les défenseurs de l'article 19.

70. M. Dugard est cependant conscient que, si la Commission s'engage sur cette voie, elle ne sera pas en mesure d'achever les projets d'articles durant le quinquennat en cours. Le Rapporteur spécial a lancé un vibrant appel au compromis sur cette question et il est incontestable que l'absence d'un compromis aurait de graves conséquences pour les projets d'articles et, peut-être aussi, pour la réputation de la Commission. Le compromis proposé par le Rapporteur spécial étant remarquable, M. Dugard serait donc prêt à l'accepter, à condition que la Commission ne paraisse pas renoncer purement et simplement au concept de crime international. M. Dugard est d'avis qu'il y a place pour la notion de crime international dans l'ordre international contemporain mais que cette place n'est peut-être pas dans le projet d'articles sur la responsabilité des États. C'est pourquoi il invite instamment la Commission, si elle abandonne l'article 19, à inscrire à son programme de travail à long terme une étude sur la notion de crime international. Il serait au demeurant sage que la Commission fasse cette proposition au moment où elle renvoie le projet d'articles à la Sixième Commission, pour ne pas laisser croire qu'elle a renoncé à un concept important et désormais profondément ancré dans le droit international.

71. En conclusion, M. Dugard se dit prêt à accepter le compromis dans les conditions qu'il a indiquées.

72. M. ROSENSTOCK dit qu'il ne voudrait pas, par son silence, accréditer l'idée que l'expression « crimes internationaux des États » fait désormais partie intégrante de la terminologie du droit international. Il pense au contraire qu'il s'agit d'une idée aberrante dont il ne comprend pas comment elle a pu germer dans les travaux de la Commission et qui, à aucun moment au cours de la décennie écoulée, n'a recueilli l'appui de la moitié au moins de ses membres. Il ne pense pas non plus qu'il soit raisonnable d'escompter, en tant que prix à payer pour l'adoption des propositions de législation avancées par le Rapporteur spécial, l'acceptation de la notion de crime. La Commission devrait se demander si elle entend ou non, et dans

⁹ Voir *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XV, 1984, p. 321.

l'affirmative à quel prix et dans quelle mesure, mettre en péril tout ce qui a été fait sur le sujet de la responsabilité des États, dans un élan d'irréflexion. Les propositions du Rapporteur spécial sont intéressantes, elles méritent d'être examinées et la Commission doit assurément les renvoyer à l'Assemblée générale, s'agissant d'une première lecture, afin d'obtenir des réactions et des indications quant à la volonté de poursuivre les travaux dans le sens proposé si un appui se manifeste. M. Rosenstock pense toutefois que si la Commission va au-delà, elle prendra le risque immense de mettre en péril tout l'exercice qu'elle a accompli. Les déclarations qualifiant certains comportements de « criminels » sont essentiellement de caractère politique et en aucun cas, dans ce contexte, la notion de crime n'est entendue dans un sens juridique.

73. M. HAFNER pense au contraire que l'expression « crimes internationaux des États » est acceptée dans la terminologie du droit international, mais qu'elle n'est pas entendue par tous de la même façon. En l'état actuel du droit, il en existe au moins trois interprétations différentes, ce qui rend très délicat de traiter de cette question.

74. M. ECONOMIDES dit qu'à son avis l'article 19 constituait une disposition essentielle du projet, qui avait d'autant plus de valeur qu'elle représentait aussi le développement progressif du droit. La Commission est saisie d'une autre proposition, qui est le résultat d'un effort énorme du Rapporteur spécial pour tenter de trouver une base de consensus. M. Economides n'est toutefois pas convaincu que l'équilibre idéal ait été trouvé. M. Dugard a fait une proposition réaliste qu'il convient d'examiner avec beaucoup d'attention pour pouvoir parvenir à une solution équilibrée. Peut-être d'autres propositions seront-elles faites pour parvenir à un compromis plus satisfaisant, mais M. Economides ne peut accepter la position a priori négative prise par M. Rosenstock. Certes, le travail accompli pendant de longues années doit être sauvegardé, mais ce ne doit pas être aux dépens d'une partie de la Commission.

75. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit tout d'abord qu'au paragraphe 4 de l'article 51 le mot « pénales » doit être entendu dans toutes les connotations possibles, car la Commission ne saurait exclure les éventualités résultant de décennies de développement du droit international.

76. S'agissant de la présentation du projet d'articles à la Sixième Commission, il serait souhaitable, d'une part que celle-ci soit saisie d'un texte de synthèse lui permettant de voir comment les différents articles s'articulent les uns avec les autres et, d'autre part, que, dans son rapport à l'Assemblée générale sur les travaux de sa session en cours, la Commission distingue les aspects du rapport qui ont fait l'objet de commentaires substantiels des gouvernements et représentent l'aboutissement d'un travail de nombreuses années de ceux qui ont un caractère essentiellement nouveau.

77. M. SIMMA précise que, lorsqu'il dit que le texte de l'article 51 devrait être rapproché de celui de l'article 19, il ne s'agit pas de celui-ci en bloc, mais seulement du paragraphe 2 de cet article, à savoir la description des obligations que vise l'article 19, et qu'il n'a certainement pas

l'intention de proposer que le mot « crime » soit ajouté à l'occasion de cet exercice.

78. M. BROWNLIE rappelle que l'exercice entrepris par la Commission consiste d'abord à codifier la responsabilité des États, qui constitue un pan du droit coutumier établi de longue date et qui survivra quelle que soit l'issue des travaux de la Commission. En outre, la Commission a l'ambition d'édifier un système d'ordre public multilatéral, et cela par des moyens purement normatifs. Pour cette raison, entre autres, il importe que la Commission s'attache à étudier la pratique des États. Cela permet par exemple de constater que la pratique des sanctions multilatérales n'est pas le seul fait des États occidentaux.

79. S'agissant de l'article 19, il n'approuve pas l'approche consistant à dire que le fait, pour la Commission, d'écarter l'article 19 reviendrait en quelque sorte à renoncer au concept de crime international. Certains des membres de la Commission ont au contraire le sentiment que l'article 19 exprime une version affaiblie du concept de crime international qui, en outre, n'est pas placé là où il faudrait. C'est un article inapproprié qui, de toutes façons, ne relève pas du projet.

80. Pour le moment, le souci de la Commission doit être de transmettre à la Sixième Commission un projet de synthèse en vue d'obtenir des informations en retour.

81. En ce qui concerne des aspects plus spécifiques du rapport, M. Brownlie dit tout d'abord que les références à la pratique des États pourraient être étoffées et rééquilibrées. S'agissant ensuite de la terminologie, il pense que le concept de contre-mesures collectives risque d'être source de malentendus, ne serait-ce qu'en raison de la tentation d'établir un lien avec les contre-mesures bilatérales. Or, les contre-mesures collectives sont essentiellement des sanctions collectives et elles sont souvent parallèles plutôt que collectives. Malgré la difficulté de trouver un terme de remplacement, il préférerait l'expression « sanctions multilatérales ».

82. Pour ce qui est de l'obligation de non-reconnaissance, visée à l'article 51, il est inexact de dire, comme le fait le Rapporteur spécial, que cette notion relève du développement progressif. Là encore, la Commission doit scrupuleusement veiller à faire le lien entre ses travaux et ce qui existe depuis des décennies. En l'occurrence, ce principe a été affirmé par l'Assemblée de la Société des Nations au début des années 1930, ce qui devrait être relaté dans le commentaire. Le rapport devrait d'ailleurs au moins évoquer le problème de la nullité, car la non-reconnaissance, outre qu'elle est parfois une sanction politique, constitue dans un contexte plus juridique une réaction à la nullité d'un acte.

83. S'agissant enfin de l'expression « violation grave et manifeste d'une obligation » visée à l'article 51, M. Brownlie ne pense pas qu'elle soit aussi objective qu'elle le paraît, les violations commises par des membres permanents du Conseil de sécurité tendant, en général, à ne pas être perçues comme manifestes.

La séance est levée à 13 h 10.