A/CN.4/SER.A/1986/Add.1 (Part 1)

ANNUAIRE DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

1986

Volume II
Première partie

Documents de la trente-huitième session

NATIONS UNIES

ANNUAIRE DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

1986

Volume II
Première partie

Documents de la trente-huitième session

NATIONS UNIES
New York, 1988

NOTE

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

Le titre *Annuaire de la Commission du droit international* s'abrège en *Annuaire...*, suivi de la mention de l'année (par exemple *Annuaire... 1980*).

Pour chaque session de la Commission du droit international, l'*Annuaire* comprend deux volumes:

Volume I: comptes rendus analytiques des séances de la session;
Volume II (1re partie): rapports des rapporteurs spéciaux et autres documents examinés au cours de la session;
Volume II (2e partie): rapport de la Commission à l'Assemblée générale.

Les références à ces ouvrages et les extraits qui en sont donnés se rapportent au texte définitif des volumes de l'*Annuaire* paraissant sous forme de publications des Nations Unies.

*
* *

Les rapports des rapporteurs spéciaux et autres documents examinés par la Commission au cours de sa trente-huitième session, parus initialement sous forme reprographiée, sont reproduits dans le présent volume compte tenu des rectificatifs publiés par le Secrétariat et avec les modifications de forme qu'exige la présentation définitive des textes.

A/CN.4/SER.A/1986/Add.1 (Part 1)

PUBLICATION DES NATIONS UNIES

Numéro de vente : F.87.V.8 (Part I)

ISBN 92-1-233176-9
ISSN 0497-9877

01900P

TABLE DES MATIÈRES

Pages

Abréviations et sigles iv

Note concernant les citations iv

Responsabilité des Etats (point 2 de l'ordre du jour)

Document A/CN.4/397 et Add.1. — Septième rapport sur la responsabilité des Etats, par M. Willem Riphagen, rapporteur spécial 1

Immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (point 3 de l'ordre du jour)

Document A/CN.4/396. — Huitième rapport sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, par M. Sompong Sucharitkul, rapporteur spécial 21

Statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique non accompagnée par un courrier diplomatique (point 4 de l'ordre du jour)

Document A/CN.4/400. — Septième rapport sur le statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique non accompagnée par un courrier diplomatique, par M. Alexander Yankov, rapporteur spécial 39

Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (point 5 de l'ordre du jour)

Document A/CN.4/398. — Quatrième rapport sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, par M. Doudou Thiam, rapporteur spécial..... 53

Droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (point 6 de l'ordre du jour)

Document A/CN.4/399 et Add.1 et 2. — Deuxième rapport sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, par M. Stephen C. McCaffrey, rapporteur spécial..... 89

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (point 7 de l'ordre du jour)

Document A/CN.4/402. — Deuxième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, par M. Julio Barboza, rapporteur spécial 149

Relations entre les Etats et les organisations internationales (deuxième partie du sujet) [point 8 de l'ordre du jour]

Document A/CN.4/401. — Troisième rapport sur les relations entre les Etats et les organisations internationales (deuxième partie du sujet), par M. Leonardo Díaz González, rapporteur spécial 167

Répertoire des documents de la trentième-huitième session 173

ABRÉVIATIONS ET SIGLES

AIEA	Agence internationale de l'énergie atomique
Banque mondiale	Banque internationale pour la reconstruction et le développement
CEE	Commission économique pour l'Europe
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CIJ	Cour internationale de Justice
CPJI	Cour permanente de justice internationale
FAO	Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture
ILA	Association de droit international
OACI	Organisation de l'aviation civile internationale
OEA	Organisation des Etats américains
OIT	Organisation internationale du Travail
OMCI	Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime
OMI	Organisation maritime internationale
OMS	Organisation mondiale de la santé
PNUD	Programme des Nations Unies pour le développement
SDN	Société des Nations
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture

*
* *

C.I.J. Recueil	CIJ, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*
C.P.J.I. série A	CPJI, *Recueil des avis consultatifs* (n°s 1-18, jusqu'en 1930 incl.)
C.P.J.I. série A/B	CPJI, *Arrêts, ordonnances et avis consultatifs* (n°s 40-80, à partir de 1931)

NOTE CONCERNANT LES CITATIONS

Dans les citations, les mots ou passages en italique suivis d'un astérique ne figurent pas en italique dans le texte original.

Sauf indication contraire, les citations extraites d'ouvrages en langue étrangère sont des traductions du Secrétariat.

RESPONSABILITÉ DES ÉTATS

[Point 2 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/397 ET ADD.1*

Septième rapport sur la responsabilité des Etats, par M. Willem Riphagen, rapporteur spécial

[Original: anglais]
[4 mars et 23 avril 1986]

TABLE DES MATIÈRES

		Pages
Note		2
Sections		
I.	MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE ET RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS (TROISIÈME PARTIE DU PROJET D'ARTICLES)	2
A.	Texte des articles et de l'annexe de la troisième partie du projet	2
B.	Commentaires des articles et de l'annexe de la troisième partie du projet	3
	Commentaire général	3
	Article premier Commentaire	4
	Article 2 Commentaire	4
	Article 3 Commentaire	5
	Article 4 Commentaire	5
	Article 5 Commentaire	5
	Annexe Commentaire	6
II.	PRÉPARATION DE LA DEUXIÈME LECTURE DE LA PREMIÈRE PARTIE DU PROJET D'ARTICLES (art. 1 à 35)	7
		Paragraphes
A.	Introduction 1-6	7
B.	Observations écrites des gouvernements	7
	Article premier. — Responsabilité de l'Etat pour ses faits internationalement illicites	7
	Article 2. — Possibilité que tout Etat soit considéré comme ayant commis un fait internationalement illicite	8
	Article 3. — Eléments du fait internationalement illicite de l'Etat	8
	Article 6. — Non-pertinence de la position de l'organe dans le cadre de l'organisation de l'Etat	9
	Article 7. — Attribution à l'Etat du comportement d'autres entités habilitées à l'exercice de prérogatives de la puissance publique	9
	Article 8. — Attribution à l'Etat du comportement de personnes agissant en fait pour le compte de l'Etat	10
	Article 10. — Attribution à l'Etat du comportement d'organes agissant en dépassement de leur compétence ou en contradiction avec les instructions concernant leur activité	11
	Article 11. — Comportement de personnes n'agissant pas pour le compte de l'Etat	12
	Article 12. — Comportement d'organes d'un autre Etat, *et*	
	Article 13. — Comportement d'organes d'une organisation internationale	12
	Article 14. — Comportement d'organes d'un mouvement insurrectionnel, *et*	
	Article 15. — Attribution à l'Etat du fait d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement d'un Etat ou qui aboutit à la création d'un nouvel Etat	13

* Incorporant les documents A/CN.4/397/Corr.2 et A/CN.4/397/Add.1/Corr.1.

Pages

Article 17. — Non-pertinence de l'origine de l'obligation internationale violée 14
Article 18. — Condition que l'obligation internationale soit en vigueur à l'égard de l'Etat 14
Article 20. — Violation d'une obligation internationale requérant d'adopter un comportement spécifiquement déterminé,
Article 21. — Violation d'une obligation internationale requérant d'assurer un résultat déterminé,
Article 23. — Violation d'une obligation internationale requérant de prévenir un événement donné,
Article 24. — Moment et durée de la violation d'une obligation internationale réalisée par un fait de l'Etat ne s'étendant pas dans le temps,
Article 25. — Moment et durée de la violation d'une obligation internationale réalisée par un fait de l'Etat s'étendant dans le temps, *et*
Article 26. — Moment et durée de la violation d'une obligation internationale de prévenir un événement donné 16
Article 22. — Epuisement des recours internes 19

NOTE

Conventions multilatérales mentionnées dans le présent rapport :

	Sources
Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969), dénommée ci-après « Convention de Vienne de 1969 »	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.
Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982)	*Documents officiels de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer,* vol. XVII (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.84.V.3), p. 157, doc. A/CONF.62/122.

I. — Mise en œuvre de la responsabilité internationale et règlement des différends (troisième partie du projet d'articles)

A. — Texte des articles et de l'annexe de la troisième partie du projet

Article premier

Un Etat qui désire invoquer l'article 6 de la deuxième partie des présents articles doit notifier sa prétention à l'Etat dont il est allégué qu'il a commis le fait internationalement illicite. La notification doit indiquer les mesures exigées et en donner les raisons.

Article 2

1. Si, après un délai qui, sauf en cas d'urgence particulière, ne saurait être inférieur à une période de trois mois à compter de la réception de la notification prescrite à l'article premier, l'Etat réclamant désire invoquer l'article 8 ou l'article 9 de la deuxième partie des présents articles, il doit notifier à l'Etat, dont il est allégué qu'il a commis le fait internationalement illicite, son intention de suspendre l'exécution de ses obligations à l'égard de cet Etat. La notification doit indiquer les mesures envisagées.

2. Si les obligations dont l'exécution doit être suspendue sont énoncées dans un traité multilatéral, la notification prescrite au paragraphe 1 doit être communiquée à tous les Etats parties à ce traité multilatéral.

3. Le fait qu'un Etat n'ait pas adressé la notification prescrite à l'article premier ne l'empêche pas de faire la notification prescrite dans le présent article en réponse à un autre Etat qui demande l'exécution des obligations visées dans cette notification.

Article 3

1. Si contre des mesures prises ou envisagées en vertu de l'article 8 ou de l'article 9 de la deuxième partie des présents articles une objection a été soulevée par l'Etat dont il est allégué qu'il a commis le fait internationalement illicite ou par un autre Etat qui se prétend lésé du fait de la suspension de l'exécution des obligations considérées, les Etats intéressés devront rechercher une solution par les moyens indiqués à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies.

2. Rien dans le paragraphe qui précède ne porte atteinte aux droits ou obligations des Etats découlant de toute disposition en vigueur entre eux concernant le règlement des différends.

Article 4

Si, dans les douze mois qui ont suivi la date à laquelle l'objection a été soulevée, il n'a pas été possible de parvenir à une solution conformément au paragraphe 1 de l'article 3, les procédures ci-après seront appliquées :

***a*) Toute partie à un différend concernant l'application ou l'interprétation de l'alinéa *b* de l'article 12 de la deuxième partie des présents articles peut, par une requête, le soumettre à la décision de la Cour internationale de Justice;**

***b*) Toute partie à un différend concernant les droits et obligations supplémentaires visés à l'article 14 de la deuxième partie des présents articles peut, par une requête, le soumettre à la décision de la Cour internationale de Justice;**

***c*) Toute partie à un différend concernant l'application ou l'interprétation des articles 9 à 13 de la deuxième partie des présents articles peut mettre en œuvre la procédure indiquée à l'annexe de la troisième partie des présents articles en adressant une demande à cet effet au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.**

Article 5

Les dispositions de la troisième partie des présents articles n'admettent aucune réserve à l'exception d'une réserve excluant l'application de l'alinéa *c* de l'article 4 aux différends relatifs à des mesures prises ou envisagées en vertu de l'article 9 de la deuxième partie des présents articles par un Etat se prétendant lésé, lorsque le droit qui aurait été enfreint par la mesure considérée découle exclusivement d'un traité conclu avant l'entrée en vigueur des présents articles. Une telle réserve ne portera pas atteinte aux droits et obligations des Etats en vertu de tels traités ou de toutes dispositions en vigueur, autres que les présents articles, liant ces Etats en ce qui concerne le règlement des différends.

ANNEXE

1. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies dresse et tient une liste de conciliateurs composée de juristes qualifiés. A cette fin, tout Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies ou partie aux présents articles est invité à désigner deux conciliateurs, et les noms des personnes ainsi désignées composeront la liste. La désignation des conciliateurs, y compris ceux qui sont désignés pour remplir une vacance fortuite, est faite pour une période de cinq ans renouvelable. A l'expiration de la période pour laquelle ils auront été désignés, les conciliateurs continueront à exercer les fonctions pour lesquelles ils auront été choisis conformément au paragraphe suivant.

2. Lorsqu'une demande est soumise au Secrétaire général conformément à l'alinéa *c* de l'article 4 de la troisième partie des présents articles, le Secrétaire général porte le différend devant une commission de conciliation composée comme suit :

L'Etat ou les Etats constituant une des parties au différend nomment :

***a*) un conciliateur de la nationalité de cet Etat ou de l'un de ces Etats, choisi ou non sur la liste visée au paragraphe 1; et**

***b*) un conciliateur n'ayant pas la nationalité de cet Etat ou de l'un de ces Etats, choisi sur la liste.**

L'Etat ou les Etats constituant l'autre partie au différend nomment deux conciliateurs de la même manière.

Les quatre conciliateurs choisis par les parties doivent être nommés dans un délai de soixante jours à compter de la date à laquelle le Secrétaire général reçoit la demande.

Dans les soixante jours qui suivent la dernière nomination, les quatre conciliateurs en nomment un cinquième, choisi sur la liste, qui sera président.

Si la nomination du président ou de l'un quelconque des autres conciliateurs n'intervient pas dans le délai prescrit ci-dessus pour cette nomination, elle sera faite par le Secrétaire général dans les soixante jours qui suivent l'expiration de ce délai. Le Secrétaire général peut désigner comme président soit l'une des personnes inscrites sur la liste, soit un des membres de la Commission du droit international. L'un quelconque des délais dans lesquels les nominations doivent être faites peut être prorogé par accord des parties au différend.

Toute vacance doit être remplie de la façon spécifiée pour la nomination initiale.

3. Le fait pour une ou plusieurs parties de ne pas se soumettre à la procédure ne constitue pas un obstacle à la procédure.

4. En cas de contestation sur le point de savoir si une commission de conciliation constituée en vertu de la présente annexe est compétente, cette commission décide.

5. La commission de conciliation arrête elle-même sa procédure. La commission, avec le consentement des parties au différend, peut inviter tout Etat à lui soumettre ses vues oralement ou par écrit. Les décisions et les recommandations de la commission sont adoptées à la majorité des voix de ses cinq membres.

6. La commission peut signaler à l'attention des parties au différend toute mesure susceptible de faciliter un règlement amiable.

7. La commission entend les parties, examine les plaintes et les objections, et fait des propositions aux parties en vue de les aider à parvenir à un règlement amiable du différend.

8. La commission fait rapport dans les douze mois qui suivent sa constitution. Son rapport est déposé auprès du Secrétaire général et communiqué aux parties au différend. Le rapport de la commission, y compris toutes conclusions y figurant sur les faits ou sur les points de droit, ne lie pas les parties et n'est rien de plus que l'énoncé de recommandations soumises à l'examen des parties en vue de faciliter un règlement amiable du différend.

9. Les honoraires et les frais de la commission sont à la charge des parties au différend.

B. — Commentaires des articles et de l'annexe de la troisième partie du projet[1]

Commentaire général

1) Dans tout système juridique se pose la question de savoir ce qui doit arriver lorsque, concrètement, ses règles primaires de comportement ne sont pas observées. La réponse évidente est simplement qu'en pareil cas il doit y avoir un moyen de faire appliquer les règles primaires, un moyen d'arriver à une situation de fait aussi proche que possible de celle qui aurait résulté de l'observation volontaire de ces règles. L'un des moyens est de créer cette situation de fait; un autre consiste à obtenir l'observation volontaire par la menace des conséquences défavorables qu'entraînerait l'inobservation.

2) Le système juridique international comporte des limites intrinsèques à l'exécution forcée des règles primaires qui lient des Etats souverains et territorialement distincts. En l'absence d'un pouvoir central ayant sa propre infrastructure, il faut des techniques plus subtiles pour atteindre le résultat souhaité. Les nouvelles relations juridiques qu'un fait internationalement illicite crée entre des Etats constituent l'une de ces techniques. Cependant, une certaine forme d'« organisation » reste nécessaire; substituer un ensemble de relations juridiques à un autre n'aboutit qu'à poser le même problème, celui de l'exécution de cet autre ensemble de règles. De plus, l'ensemble « secondaire » des droits et obligations tend inévitablement à s'écarter encore davantage du résultat souhaité, tel qu'il est exprimé dans les règles primaires. Cela apparaît en particulier lorsque l'absence d'« organisation » conduit à admettre une réponse isolée à un fait (présumé) illicite sur le plan international, c'est-à-dire des mesures de réciprocité, de représailles et même parfois d'autodéfense et de punition.

3) En outre, l'existence même d'un fait internationalement illicite dépend d'un ensemble de faits et d'un ensemble de règles primaires; sur ces deux points, il peut fort bien y avoir une véritable divergence d'opinions entre les Etats intéressés dans un cas concret.

4) L'Etat A, qui allègue être lésé par un fait internationalement illicite commis par l'Etat B, peut être amené à prendre des mesures qui, en soi, ne sont pas conformes à ses obligations primaires envers l'Etat B. L'Etat B, niant avoir commis un fait internationalement illicite, peut alors, de son côté, se dire lésé par un fait internationalement illicite de l'Etat A, et prendre lui-même des mesures qui, en soi, ne sont pas conformes à ses obliga-

[1] La première partie du projet d'articles (Origine de la responsabilité internationale), dont les articles 1 à 35 ont été adoptés en première lecture, figure dans *Annuaire... 1980*, vol. II (2e partie), p. 29 et suiv.; la deuxième partie du projet d'articles (Contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale), dont les articles 1 à 5 ont été adoptés provisoirement par la Commission, et les articles 6 à 16, renvoyés au Comité de rédaction, figurent dans *Annuaire... 1985*, vol. II (2e partie), p. 24 (art. 1 à 5), et p. 20 et 21, note 66 (art. 6 à 16).

tions. Ces mesures peuvent à leur tour provoquer des contre-mesures, et ainsi de suite. Les anciennes relations juridiques primaires risquent ainsi de se trouver, en fait, complètement anéanties par une telle escalade.

5) Seule une certaine forme d'« organisation », de procédure obligatoire de règlement des différends par une tierce partie peut aider à arrêter cette escalade.

6) Quelquefois, en créant des règles primaires qui les lient, les Etats envisagent aussi des situations (ou les allégations) d'inobservation de ces règles et prévoient un mécanisme pour aviser à ces situations, peut-être sous la forme d'une procédure obligatoire de règlement des différends par une tierce partie aboutissant à une décision définitive et obligatoire dans des cas concrets; il leur arrive même de prévoir un mécanisme pour aviser au cas où cette décision définitive et obligatoire ne serait pas exécutée. Le plus souvent cependant, un tel mécanisme n'est pas établi ni d'ailleurs exclu *a priori.*

7) Les présents articles de la troisième partie visent à fixer un minimum de règles et de procédures supplétives devant être appliquées quand les Etats intéressés n'ont pas accepté expressément d'autres mécanismes (cf. art. 2 de la deuxième partie). Ils s'inspirent des mécanismes prévus dans la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités et dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982.

Article premier

Un Etat qui désire invoquer l'article 6 de la deuxième partie des présents articles doit notifier sa prétention à l'Etat dont il est allégué qu'il a commis le fait internationalement illicite. La notification doit indiquer les mesures exigées et en donner les raisons.

Commentaire

1) Lorsqu'un fait internationalement illicite est allégué, il est évident que l'Etat ou les Etats qui se prétendent lésés exigent tout d'abord une réparation au sens large du terme, c'est-à-dire les mesures que l'Etat présumé auteur doit prendre pour rétablir une situation aussi proche que possible de celle qui aurait existé si la règle primaire avait été respectée, y compris, le cas échéant, des mesures destinées à prévenir le renouvellement du fait (v. art. 6 de la deuxième partie).

2) La notification visée à l'article 1er doit indiquer les faits allégués et les règles qui n'auraient pas été observées.

3) Voir la procédure de notification prévue au paragraphe 1 de l'article 65 de la Convention de Vienne de 1969.

Article 2

1. Si, après un délai qui, sauf en cas d'urgence particulière, ne saurait être inférieur à une période de trois mois à compter de la réception de la notification prescrite à l'article premier, l'Etat réclamant désire invoquer l'article 8 ou l'article 9 de la deuxième partie des présents articles, il doit notifier à l'Etat, dont il est allégué qu'il a commis le fait internationalement illicite, son intention de suspendre l'exécution de ses obligations à l'égard de cet Etat. La notification doit indiquer les mesures envisagées.

2. Si les obligations dont l'exécution doit être suspendue sont énoncées dans un traité multilatéral, la notification prescrite au paragraphe 1 doit être communiquée à tous les Etats parties à ce traité multilatéral.

3. Le fait qu'un Etat n'ait pas adressé la notification prescrite à l'article 1 ne l'empêche pas de faire la notification prescrite dans le présent article en réponse à un autre Etat qui demande l'exécution des obligations visées dans cette notification.

Commentaire

1) Il convient, en principe, de donner à l'Etat présumé auteur un certain temps pour examiner la situation et réagir à la notification soit en soulevant des objections, soit en se déclarant prêt à prendre les mesures exigées.

2) Il peut cependant y avoir des cas d'urgence particulière où l'Etat lésé doit protéger immédiatement ses intérêts, éventuellement en prenant sur son territoire des mesures qui, en soi, ne sont pas conformes avec ses obligations internationales (cf. aussi art. 10, par. 2, al. *a*, de la deuxième partie). Toutefois, en pareil cas, une autre notification est requise (par. 1).

3) Ces mesures peuvent toucher aux intérêts d'Etats tiers, notamment si les obligations dont l'exécution doit être suspendue par l'Etat lésé sont énoncées dans un traité multilatéral (cf. art. 10 à 13 de la deuxième partie). Il convient que ces Etats tiers soient informés pour pouvoir soulever des objections (par. 2).

4) Le paragraphe 3 s'inspire du paragraphe 5 de l'article 65 de la Convention de Vienne de 1969. Il se peut qu'une mesure immédiate prise par un Etat, dont les intérêts sont atteints par le fait d'un autre Etat, soit d'abord considérée par le premier Etat comme une mesure de rétorsion (c'est-à-dire comme un acte qui n'est pas interdit en soi par le droit international). Si toutefois le deuxième Etat considère cette mesure comme un fait internationalement illicite, le premier Etat doit avoir la possibilité d'invoquer l'article 8 ou l'article 9 de la deuxième partie.

Article 3

1. Si contre des mesures prises ou envisagées en vertu de l'article 8 ou de l'article 9 de la deuxième partie des présents articles une objection a été soulevée par l'Etat dont il est allégué qu'il a commis le fait internationalement illicite ou par un autre Etat qui se prétend lésé du fait de la suspension de l'exécution des obligations considérées, les Etats intéressés devront rechercher une solution par les moyens indiqués à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies.

2. Rien dans le paragraphe qui précède ne porte atteinte aux droits ou obligations des Etats découlant de toute disposition en vigueur entre eux concernant le règlement des différends.

Commentaire

Une notification et une objection à une notification créent entre les Etats un différend qui devrait être réglé par des moyens pacifiques. Les paragraphes 1 et 2 de l'article 3 reprennent pour l'essentiel les paragraphes 3 et 4 de l'article 65 de la Convention de Vienne de 1969.

Article 4

Si, dans les douze mois qui ont suivi la date à laquelle l'objection a été soulevée, il n'a pas été possible de parvenir à une solution conformément au paragraphe 1 de l'article 3, les procédures ci-après seront appliquées :

***a*) Toute partie à un différend concernant l'application ou l'interprétation de l'alinéa *b* de l'article 12 de la deuxième partie des présents articles peut, par une requête, le soumettre à la décision de la Cour internationale de Justice;**

***b*) Toute partie à un différend concernant les droits et obligations supplémentaires visés à l'article 14 de la deuxième partie des présents articles peut, par une requête, le soumettre à la décision de la Cour internationale de Justice;**

***c*) Toute partie à un différend concernant l'application ou l'interprétation des articles 9 à 13 de la deuxième partie des présents articles peut mettre en œuvre la procédure indiquée à l'annexe de la troisième partie des présents articles en adressant une demande à cet effet au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.**

Commentaire

1) L'article 4 s'inspire de l'article 66 de la Convention de Vienne de 1969 et fait, en conséquence, une distinction entre les types de règles de droit international dont l'application et l'interprétation sont en cause dans un différend.

2) L'alinéa *a* de l'article 4 traite de l'exception de *jus cogens* au regard de l'application de l'alinéa *b* de l'article 12 de la deuxième partie. Le propre d'une règle de *jus cogens* international est qu'elle ne peut être écartée qu'au profit d'une autre règle de *jus cogens* international (normalement ultérieure mais éventuellement contemporaine, comme dans l'hypothèse où la règle de *jus cogens* prévoit, dans le cas où elle est violée par un ou plusieurs Etats, sa propre suspension en tant que telle à l'égard des autres Etats). La situation dans laquelle un fait internationalement illicite commis par un Etat est invoqué par un autre Etat pour justifier des mesures de réciprocité ou de représailles, qui sont en soi contraires à une règle de *jus cogens* international, est comparable à la situation dans laquelle un Etat invoque un traité pour justifier des actes conformes à ses obligations en vertu du traité, mais contraires à une règle impérative du droit international général. La suprématie de cette dernière règle rend toutefois nécessaire d'établir sa nature particulière; s'il y a divergence d'opinions sur ce point entre des Etats, c'est « l'organe judiciaire principal des Nations Unies » qui est le plus qualifié pour trancher la question.

3) Bien qu'une conduite non conforme à une règle de *jus cogens* international ne constitue pas nécessairement un crime international, il y a un lien évident entre les deux notions du seul fait que toutes deux impliquent la protection d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale et aussi la reconnaissance par l'ensemble de cette communauté qu'une telle protection exige une règle particulière qui l'emporte sur les autres règles internationales de conduite et entraîne certaines conséquences juridiques supplémentaires en cas de violation. C'est pourquoi, l'alinéa *b* de l'article 4 prévoit la même procédure de règlement définitif et obligatoire par la CIJ que l'alinéa *a*. Il ne se réfère pas à l'article 15 de la deuxième partie (conséquences juridiques supplémentaires de l'agression) parce que l'acte d'agression (allégué) et l'exception connexe de légitime défense doivent d'abord être traités conformément aux dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies. La question de savoir si la CIJ a un rôle à jouer dans ce domaine, et le cas échéant, dans quelle mesure et comment, relève de l'interprétation et de l'application de la Charte elle-même.

4) L'alinéa *c* de l'article 4 traite des cas où l'organisation d'une procédure de conciliation obligatoire vise principalement à empêcher le conflit de s'aggraver. Lorsqu'une objection a été soulevée contre une notification des mesures (envisagées) de réciprocité ou de représailles, et qu'aucune solution n'est possible par d'autres moyens pacifiques, l'intervention d'une tierce partie peut, même si elle n'aboutit pas à des décisions obligatoires, aider à rétablir autant que possible les relations juridiques initiales entre les Etats intéressés.

Article 5

Les dispositions de la troisième partie des présents articles n'admettent aucune réserve à l'exception d'une réserve excluant l'application de l'alinéa *c* de l'article 4 aux différends relatifs à des mesures prises ou envisagées en vertu de l'article 9 de la deuxième partie des présents articles par un Etat se prétendant lésé, lorsque le droit qui aurait été enfreint par la mesure considérée découle exclusivement d'un traité conclu avant l'entrée en vigueur des présents articles. Une telle réserve ne portera pas atteinte aux droits et obligations des Etats en vertu de tels traités ou de toutes dispositions en vigueur, autres que les présents articles, liant ces Etats en ce qui concerne le règlement des différends.

Commentaire

1) L'article 5 s'inspire de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 en ce qu'il reconnaît l'interaction et, par conséquent, le lien juridique qu'il y a entre le droit positif et les mécanismes internationaux destinés à régler les difficultés que leur application soulève inévitablement dans des cas concrets.

2) Cependant, les dispositions de la troisième partie restent des règles supplétives. Lorsqu'ils créent une règle primaire de conduite — ou, du moins, avant que la question de l'exécution effective ne donne lieu à controverses —, les Etats peuvent prévoir expressément un autre moyen de régler les controverses de cette nature qui pourraient se produire. Ils pourraient, en particulier, au moment de créer une règle de droit internatio-

nal, envisager que les éventuelles controverses touchant à son application soient réglées exclusivement par voie de consensus à la suite d'une négociation. Encore qu'une telle attitude porterait atteinte au caractère juridique de la règle elle-même et des droits et obligations qui en résultent, il est incontestable que les articles de la troisième partie (comme d'autres articles sur la mise en œuvre proposés par la CDI et/ou adoptés à des conférences des Nations Unies à propos d'autres sujets) contiennent un élément de développement progressif du droit international. Cette orientation apparaît d'ailleurs dans les autres parties des présents articles qui, dans une certaine mesure, s'écartent de l'« unilatéralisme » (admissibilité illimitée des contre-mesures) et du « bilatéralisme » (relations n'existant qu'entre l'Etat auteur et l'Etat directement touché), qui caractérisent les règles anciennes du droit international.

3) Il semble néanmoins qu'il y ait lieu d'admettre une réserve, celle qui a trait aux conséquences juridiques, prévues à l'alinéa *c* de l'article 4 de la troisième partie, de la violation d'un droit créé par un traité conclu avant la date d'entrée en vigueur des présents articles.

ANNEXE

1. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies dresse et tient une liste de conciliateurs composée de juristes qualifiés. A cette fin, tout Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies ou partie aux présents articles est invité à désigner deux conciliateurs, et les noms des personnes ainsi désignées composeront la liste. La désignation des conciliateurs, y compris ceux qui sont désignés pour remplir une vacance fortuite, est faite pour une période de cinq ans renouvelable. A l'expiration de la période pour laquelle ils auront été désignés, les conciliateurs continueront à exercer les fonctions pour lesquelles ils auront été choisis conformément au paragraphe suivant.

2. Lorsqu'une demande est soumise au Secrétaire général conformément à l'alinéa *c* de l'article 4 de la troisième partie des présents articles, le Secrétaire général porte le différend devant une commission de conciliation composée comme suit :

L'Etat ou les Etats constituant une des parties au différend nomment :

***a*) un conciliateur de la nationalité de cet Etat ou de l'un de ces Etats, choisi ou non sur la liste visée au paragraphe 1; et**

***b*) un conciliateur n'ayant pas la nationalité de cet Etat ou de l'un de ces Etats, choisi sur la liste.**

L'Etat ou les Etats constituant l'autre partie au différend nomment deux conciliateurs de la même manière.

Les quatre conciliateurs choisis par les parties doivent être nommés dans un délai de soixante jours à compter de la date à laquelle le Secrétaire général reçoit la demande.

Dans les soixante jours qui suivent la dernière nomination, les quatre conciliateurs en nomment un cinquième, choisi sur la liste, qui sera président.

Si la nomination du président ou de l'un quelconque des autres conciliateurs n'intervient pas dans le délai prescrit ci-dessus pour cette nomination, elle sera faite par le Secrétaire général dans les soixante jours qui suivent l'expiration de ce délai. Le Secrétaire général peut désigner comme président soit l'une des personnes inscrites sur la liste, soit un des membres de la Commission du droit international. L'un quelconque des délais dans lesquels les nominations doivent être faites peut être prorogé par accord des parties au différend.

Toute vacance doit être remplie de la façon spécifiée pour la nomination initiale.

3. Le fait pour une ou plusieurs parties de ne pas se soumettre à la procédure ne constitue pas un obstacle à la procédure.

4. En cas de contestation sur le point de savoir si une commission de conciliation constituée en vertu de la présente annexe est compétente, cette commission décide.

5. La commission de conciliation arrête elle-même sa procédure. La commission, avec le consentement des parties au différend, peut inviter tout Etat à lui soumettre ses vues oralement ou par écrit. Les décisions et les recommandations de la commission sont adoptées à la majorité des voix de ses cinq membres.

6. La commission peut signaler à l'attention des parties au différend toute mesure susceptible de faciliter un règlement amiable.

7. La commission entend les parties, examine les plaintes et les objections, et fait des propositions aux parties en vue de les aider à parvenir à un règlement amiable du différend.

8. La commission fait rapport dans les douze mois qui suivent sa constitution. Son rapport est déposé auprès du Secrétaire général et communiqué aux parties au différend. Le rapport de la commission, y compris toutes conclusions y figurant sur les faits ou sur les points de droit, ne lie pas les parties et n'est rien de plus que l'énoncé de recommandations soumises à l'examen des parties en vue de faciliter un règlement amiable du différend.

9. Les honoraires et les frais de la commission sont à la charge des parties au différend.

Commentaire

1) Les paragraphes 1 et 2 de l'annexe reproduisent *mutatis mutandis* les paragraphes 1 et 2 de l'annexe de la Convention de Vienne de 1969. Les paragraphes 3 et 4 reprennent les articles 12 et 13 de l'annexe V de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982; le texte s'inspire de la notion de procédure de conciliation obligatoire.

2) Les paragraphes 5, 6, 7 et 8 sont repris des paragraphes 3 (en remplaçant la référence à « toute partie au traité » par une référence à « tout Etat »), 4, 5 et 6 de l'annexe de la Convention de Vienne de 1969. Le paragraphe 9 reproduit l'article 9 de l'annexe V de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. S'agissant de la responsabilité des Etats, cette règle semble préférable à celle contenue au paragraphe 7 de l'annexe de la Convention de Vienne de 1969, qui, dans le contexte de procédures apparemment moins fréquentes relatives à la validité d'un traité, met les dépenses à la charge de l'ONU.

II. — Préparation de la deuxième lecture de la première partie du projet d'articles (art. 1 à 35)

A. — Introduction

1. Dans leurs commentaires écrits et oraux sur les articles 1 à 35 de la première partie du projet d'articles, plusieurs gouvernements ont fait remarquer que leurs observations étaient provisoires et présentées sous réserve du contenu des deuxième et troisième parties du projet, dont ils n'avaient pas encore connaissance. Il est donc à prévoir que certains gouvernements au moins présenteront ultérieurement des commentaires écrits ou oraux sur ces articles à la lumière de l'ensemble du projet d'articles sur la responsabilité des Etats.

2. Il paraît néanmoins utile qu'après avoir adopté provisoirement les projets d'articles des deuxième et troisième parties la Commission commence la deuxième lecture de la première partie en tenant compte des commentaires et observations déjà reçus des gouvernements et peut-être aussi des publications consacrées aux travaux de la Commission dans ce domaine.

3. Il paraît souhaitable, à ce stade, de se concentrer sur les critiques qui ont été faites à propos de dispositions particulières d'articles 1 à 26 (chapitres I à III de la première partie du projet). En effet, tout l'historique des débats de la Sixième Commission de l'Assemblée générale sur les rapports successifs de la CDI portant sur le sujet donne l'impression que la Sixième Commission a, dans l'ensemble, approuvé la manière dont la CDI a abordé le sujet, ainsi que les divers projets d'articles qu'elle a adoptés provisoirement.

4. En conséquence, la présente section ne traitera pas des arguments avancés quelquefois par ceux qui mettent en doute la possibilité d'aboutir à un développement progressif et à une codification des règles du droit international sur la responsabilité des Etats, susceptibles d'être généralement acceptés sous la forme d'une convention des Nations Unies sur la responsabilité des Etats ou sous une autre forme.

5. Bien entendu, la Commission devra, au dernier stade de ses travaux sur le sujet, décider de ce qu'il convient de recommander à l'Assemblée générale pour la suite à donner à ces travaux, mais il semble d'ores et déjà que leur présentation sous forme de projet d'articles ne soit pas remise en question.

6. Dans la présente section, on s'attachera donc à résumer, concernant les articles des chapitres I à III de la première partie du projet, les suggestions qui ont été présentées en vue de leur amélioration — ou, le cas échéant, de leur suppression — dans les observations écrites reçues jusqu'à présent des gouvernements[2].

B. — Observations écrites des gouvernements

Article premier. — Responsabilité de l'Etat pour ses faits internationalement illicites

Tout fait internationalement illicite d'un Etat engage sa responsabilité internationale.

Annuaire... 1980, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/328 et Add.1 à 4 :

	Pages	*Paragraphes*
Autriche		
Article 1	89	26
Article 3	89	32-33
Article 7	89	28-30, 34
Article 8	89-90	36
Article 13	90	37
Article 14	90	38
Article 18	90	39
Article 22	90	42
Article 23	90	44
Canada		
Article 7	91	2
Article 8	91	2-3
Article 18	91	4
Articles 20, 21 et 23	92	6
Article 22	92	7
Articles 24 à 26	92	8
Chili		
Article 10	95	14
Article 18	96	23
Mali		
Article 18	98	1
Article 22	98	3
Article 23	98	4
Pays-Bas		
Article 8	100	7
Article 10	100	8
Article 18	100	9
Articles 21 et 23	100	11
Article 22	100	12
Yougoslavie		
Article 6	103	11
Article 8	103	13-14
Article 10	103	12
Article 18	103	17

Annuaire... 1981, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/342 et Add.1 à 4 :

	Pages	*Paragraphes*
Allemagne, République fédérale d'		
Article 2	74	
Article 6	74	
Article 11	75	
Articles 12 et 13	74	
Article 17	75	
Article 20	76	
Article 22	76	
Mongolie		
Article 7	77	3
Suède		
Article 18	79	
Tchécoslovaquie		
Article 3	80	3
Article 7	80	5
Articles 14 et 15	80	6

Annuaire... 1982, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/542 et Add.1 à 3:

	Pages	*Paragraphes*
Espagne		
Article 22	19	3

[2] Les observations écrites des gouvernements sur les articles de la première partie du projet, dont il est fait mention dans la présente section, ont été publiées comme suit :

1) L'Autriche donne à entendre que le texte de l'article 1er devrait indiquer plus clairement que « la responsabilité internationale n'est pas limitée aux faits internationalement illicites ». Elle note à ce sujet des remarques « apparemment contradictoires » dans le commentaire de la Commission relatif aux articles 1 et 2, en se référant notamment aux circonstances excluant l'illicéité.

2) De l'avis de l'actuel Rapporteur spécial, le texte de l'article 1er peut rester inchangé. La relation entre l'article 1er, de l'article 3, le chapitre II, le chapitre III et le chapitre V (en particulier l'article 35) ressort assez clairement des textes eux-mêmes. Il est vrai que l'article 35 est simplement une clause de sauvegarde, mais cela ne signifie pas que les « questions qui pourraient se poser à propos de l'indemnisation des dommages causés par ce fait » (c'est-à-dire par un fait dont l'illicéité est exclue par les dispositions — non limitatives — des autres articles du chapitre V) relèvent nécessairement du sujet de la « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international ». Cela paraît même exclu, puisqu'il a été suggéré de limiter en fait la portée de ce dernier sujet aux questions d'environnement. La question de savoir si les projets d'articles sur la responsabilité des Etats devraient, en quelque sorte, combler la lacune laissée par l'article 35 est tout autre, et la Commission ne s'est pas encore prononcée à ce sujet.

Article 2. — Possibilité que tout Etat soit considéré comme ayant commis un fait internationalement illicite

Tout Etat est susceptible d'être considéré comme ayant commis un fait internationalement illicite engageant sa responsabilité internationale.

1) La République fédérale d'Allemagne croit que le contenu de l'article 2 va de soi et suggère de le supprimer ou du moins d'en incorporer le contenu juridique dans l'article 1er.

2) De l'avis de l'actuel Rapporteur spécial, cette dernière suggestion pourrait être acceptée. En effet, les articles 1 et 2 contiennent la même règle juridique envisagée de deux points de vue différents : celui de l'Etat lésé et celui de l'Etat auteur. Aucun changement de rédaction ne semble nécessaire : l'article 2 pourrait simplement devenir le paragraphe 2 de l'article 1er.

3) Les observations de l'Autriche se rapportent à la position des Etats membres d'un Etat fédéral, il vaut donc mieux en traiter à propos de l'article 7.

Article 3. — Eléments du fait internationalement illicite de l'Etat

Il y a fait internationalement illicite de l'Etat lorsque

***a*) un comportement consistant en une action ou en une omission est attribuable d'après le droit international à l'Etat; et**

***b*) ce comportement constitue une violation d'une obligation internationale de l'Etat.**

1) L'Autriche se demande si l'on a eu raison de ne pas faire figurer la « faute » au nombre des éléments subjectifs et de ne pas inclure le « dommage » ou le « préjudice » dans les éléments objectifs du fait internationalement illicite.

2) La Tchécoslovaquie soulève la même question ainsi que celle de l'absence de référence à « l'existence d'un lien de causalité ».

3) Dans leurs observations écrites, ces deux gouvernements réservent leur position; leur avis définitif dépendra du texte complet du projet d'articles.

4) De l'avis du présent Rapporteur spécial, l'article 3 pourrait rester inchangé. Les éléments tant *subjectifs* qu'*objectifs* d'un fait internationalement illicite reposent inévitablement sur l'interprétation de la règle primaire en cause. Bien plus, un rapport juridique entre Etats, étant un rapport juridique entre des entités juridiques, exige que les notions juridiques soient traduites en faits (y compris le fait du lien de causalité) et *vice versa*, si l'on veut finalement aboutir au résultat désiré des règles primaires, qui est une situation de fait. Dans ce sens, les « abstractions » et les « fictions » (nées les unes et les autres de la séparation de ce qui est pertinent de ce qui ne l'est pas) entrent nécessairement dans la composition des règles juridiques primaires. Etant appelés à s'appliquer indépendamment de l'origine et du contenu des règles primaires en cause, les présents articles sur la responsabilité des Etats ne peuvent que s'élever à un plus haut niveau d'abstraction et de fiction.

5) Par conséquent, l'article 3 réduit à deux les éléments d'un fait internationalement illicite : la possibilité d'attribuer un comportement humain à l'Etat et la violation d'une obligation internationale. Un troisième élément — l'absence de « circonstances excluant l'illicéité » — a été ajouté au chapitre V, cependant qu'un quatrième élément — la condition que l'obligation internationale soit en vigueur à l'égard de l'Etat au moment où le fait a été accompli — a été ajouté à l'article 18 et développé dans les articles 24 à 26.

6) L'actuel Rapporteur spécial pense que le système des projets d'articles tient compte, d'une manière ou d'une autre, des trois éléments supplémentaires auxquels se réfèrent l'Autriche et la Tchécoslovaquie (c'est-à-dire la *faute*, le *lien de causalité* et le *dommage*).

7) La *faute* peut en réalité être assimilée à la « violation d'une obligation internationale » au sens de l'article 16 lorsque la règle primaire n'exige de l'Etat qu'un comportement qui peut être raisonnablement requis de lui. Cela est particulièrement vrai lorsque le comportement consiste en une omission (dans le cas d'une obligation de diligence). Pour déterminer dans quelle mesure il en est ainsi, il faut interpréter la règle primaire elle-même, compte tenu en particulier de son objet et de son but. Bien entendu, les circonstances excluant l'illicéité peuvent aussi jouer un rôle quand il s'agit de déterminer s'il y a faute de la part de l'Etat. D'autre part, l'élément d'imputabilité d'un comportement humain à l'Etat comporte un élément de faute de la part de l'Etat. Les articles le reconnaissent puisqu'ils admettent la possibilité d'attribuer à l'Etat le comportement de personnes qui sont des organes de l'Etat, mais agissent en dehors de leur compétence ou au mépris de leurs instructions, qu'ils admettent la possibilité d'attribuer à l'Etat le comportement de personnes qui ne sont pas des organes de l'Etat mais agissent « en fait pour le compte de l'Etat », et qu'ils admettent en outre qu'un « comportement qui est en rapport avec celui des personnes ou

groupes de personnes n'agissant pas pour le compte de l'Etat » peut engager la responsabilité de l'Etat.

8) Le *dommage*, en tant qu'élément possible d'un fait internationalement illicite, fait aussi appel à (l'interprétation de) la règle primaire en cause. Comme dans le cas de la faute, les articles 20, 21 et 23 de la première partie du projet sont ici pertinents. De même, mais en sens opposé, l'article 35 est pertinent. En outre, il va de soi qu'une compensation (pécuniaire) ne peut être réclamée que s'il y a dommage (cf. aussi art. 6 de la deuxième partie).

9) Enfin, un *lien de causalité* en tant qu'élément possible du fait internationalement illicite est un lien entre une action ou omission et une situation de fait qui peut être qualifiée de « dommage ». Il est encore plus évident ici que l'interprétation de la règle primaire est en cause. Il existe en droit international des obligations qui, en soi, exigent un comportement spécifiquement déterminé, indépendamment des conséquences de fait que peut avoir un comportement non conforme à celui requis par l'obligation (comme le reconnaît l'article 20).

Article 6. — Non-pertinence de la position de l'organe dans le cadre de l'organisation de l'Etat

Le comportement d'un organe de l'Etat est considéré comme un fait de cet Etat d'après le droit international, que cet organe appartienne au pouvoir constituant, législatif, judiciaire ou autre, que ses fonctions aient un caractère international ou interne, et que sa position dans le cadre de l'organisation de l'Etat soit supérieure ou subordonnée.

1) La Yougoslavie et la République fédérale d'Allemagne suggèrent de supprimer l'article 6 parce que son contenu n'est plus contesté aujourd'hui.

2) L'actuel Rapporteur spécial estime qu'il serait utile de conserver l'article 6 tel quel. C'est un fait que, dans un Etat moderne, le pouvoir est décentralisé du point de vue fonctionnel, et que les organes de l'Etat sont souvent plus ou moins indépendants les uns des autres. En ce sens, considérer l'Etat comme une entité en quelque sorte monolithique équivaut à créer une fiction juridique. Il s'agit néanmoins d'un outil essentiel du droit international; c'est pourquoi l'article 6 — comme son homologue territorial, l'article 7 — mérite une place dans le présent projet d'articles. D'autre part, il faut noter à ce sujet que les règles du droit international reconnaissent quelquefois la décentralisation fonctionnelle du pouvoir dans l'Etat et la position relative des organes de l'Etat. Les articles 21 (par. 2) et 22 le montrent bien (cf. aussi art. 18, par. 5).

Article 7. — Attribution à l'Etat du comportement d'autres entités habilitées à l'exercice de prérogatives de la puissance publique

1. Est aussi considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'un organe d'une collectivité publique territoriale de cet Etat, pour autant que, en l'occurrence, il ait agi en cette qualité.

2. Est également considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'un organe d'une entité qui ne fait pas partie de la structure même de l'Etat ou d'une collectivité publique territoriale, mais qui est habilitée par le droit interne de cet Etat à exercer les prérogatives de la puissance publique, pour autant que, en l'occurrence, cet organe ait agi en cette qualité.

Paragraphe 1

1) L'Autriche se réfère aux questions qui se posent dans le cas des Etats membres d'un Etat fédéral qui ont gardé, dans certaines limites, une quelconque personnalité internationale.

2) On se souviendra que la Commission a traité de cette question d'abord dans le commentaire (par. 10 et 11) de l'article 7[3], puis dans le commentaire (par. 18) de l'article 28[4]. Elle est arrivée à la conclusion suivante : *a*) « Quant aux cas [...] où les Etats fédérés gardent une personnalité internationale propre, [...] il paraît évident que les comportements de leurs organes sont [...] attribuables à l'Etat fédéral là où ces comportements constituent la violation d'obligations internationales de ce dernier[5].»; *b*) « Au cas où [...] les agissements des organes d'un Etat fédéré constituent la violation d'une obligation internationale dont le titulaire est l'Etat fédéré, ces agissements sont attribuables à ce dernier et non à l'Etat fédéral[6]. »; et *c*) « L'Etat fédéral doit répondre des faits internationalement illicites attribuables à l'Etat membre, s'ils ont été commis dans un domaine d'activité soumis à un pouvoir de contrôle ou de direction de l'Etat fédéral[7] » (en vertu du paragraphe 1 de l'article 28).

3) Il est à noter que, dans ses observations écrites, l'Autriche se réfère à une question tout à fait différente et donne à entendre « qu'un fait internationalement illicite commis par un Etat membre d'une union fédérale peut avoir des conséquences pour l'Etat fédéral, par exemple s'il entraîne l'obligation d'une réparation financière et que l'Etat membre n'a pas d'autonomie financière ».

4) De l'avis de l'actuel Rapporteur spécial, la Commission devrait réexaminer la question. La position de la Commission, telle qu'elle est exposée au paragraphe 2 ci-dessus, semble reposer sur une séparation stricte entre l'Etat membre qui, ayant gardé « une personnalité internationale propre », peut avoir ses propres obligations internationales, dont la violation par lui engage sa propre responsabilité internationale, et l'Etat fédéral, qui est en quelque sorte un Etat « tiers » à l'égard de la relation juridique entre l'Etat membre et un autre Etat et n'est donc responsable vis-à-vis de ce dernier que si le fait internationalement illicite de l'Etat membre a été « commis dans un domaine d'activité soumis à un pouvoir de contrôle ou de direction de l'Etat fédéral ». D'autre part, même si l'Etat membre a gardé « une personnalité internationale propre », il est considéré comme une « collectivité publique territoriale de l'Etat » (c'est-à-dire de l'Etat fédéral), et le comportement de ses organes est donc considéré comme un fait de l'Etat fédéral, que l'Etat membre ait agi ou non, d'après la Constitution de l'Etat fédéral, dans la sphère de sa propre « autonomie » (c'est-à-dire, dans un domaine d'activité non soumis à un pouvoir de contrôle ou de direction de l'Etat fédéral, autrement dit, sans que sa

[3] *Annuaire... 1974*, vol. II (1re partie), p. 291, doc. A/9610/Rev.1.

[4] *Annuaire... 1979*, vol. II (2e partie), p. 110.

[5] Par. 10 du commentaire de l'article 7 (v. *supra* note 3).

[6] *Idem.*

[7] Par. 18 du commentaire de l'article 28 (v. *supra* note 4).

« position » soit « subordonnée » au sens de l'article 6).

5) Le manque de symétrie est évident, mais il ne s'ensuit pas nécessairement que l'ensemble constitué par les articles 6, 7 (par. 1) et 28 (par. 1) soit inadapté au cas des unions fédérales. Il semble plutôt que, quel que soit le degré de « personnalité internationale » conservé par l'Etat membre, le territoire de cette collectivité publique territoriale fait en même temps partie du territoire de l'Etat fédéral. Cet aspect prend toute son importance lorsque l'on considère la question des nouveaux droits de l'Etat lésé. Si l'on admet que ces nouveaux droits comprennent le droit de l'Etat lésé de demander réparation *lato sensu* (en vertu du projet d'article 6 de la deuxième partie) et, dans certaines circonstances, son droit de suspendre l'exécution de ses obligations envers l'Etat auteur (en vertu des projets d'articles 8 et 9 de la deuxième partie), on peut se demander si la distinction qui est à la base du paragraphe 1 de l'article 28 est réaliste. Comme l'Autriche l'a noté (v. *supra* par. 3), l'Etat membre qui n'a pas commis le fait internationalement illicite « dans un domaine d'activité dans lequel cet Etat est soumis au pouvoir de direction ou de contrôle » de l'Etat fédéral peut simplement ne pas avoir lui-même les moyens (financiers ou autres) de remplir ses nouvelles obligations en vertu du projet d'article 6 de la deuxième partie. De plus, l'Etat membre peut ne pas être dans une situation qui lui permette de ne suspendre l'exécution des obligations qu'envers lui seul. Enfin, et cela est peut-être même plus important, toute mesure, même de simple rétorsion, prise par l'Etat lésé ne peut manquer d'affecter aussi les intérêts de l'Etat fédéral dans son ensemble.

6) La Commission pourrait donc envisager de simplifier les choses en mettant les Etats membres d'un Etat fédéral (pour autant, bien entendu, qu'il s'agisse d'un Etat) exactement sur le même pied que toute autre collectivité publique territoriale de l'Etat. Après tout, le fait qu'un Etat membre d'un Etat fédéral ait gardé (ce qui est en soi une notion plus historique que juridique) une certaine personnalité internationale a nécessairement un caractère assez limité du seul fait de la personnalité internationale pleine et entière de l'Etat fédéral.

7) Le présent Rapporteur spécial propose en conséquence : *a*) d'ajouter au paragraphe 1 de l'article 7, après les mots « de cet Etat », les mots « que cette collectivité ait ou non le pouvoir, d'après le droit interne dudit Etat, d'être sujette à des obligations internationales »; et *b*) d'éliminer, dans les commentaires des articles 7 et 28, toute référence à la situation des Etats membres d'un Etat fédéral, qui gardent un certain degré de personnalité internationale.

8) Cela signifierait, en substance, que, en ce qui concerne les règles (secondaires) de la responsabilité des Etats, les obligations internationales (primaires) d'un Etat membre d'un Etat fédéral sont assimilées aux obligations internationales de l'Etat fédéral (même si, pour leur contenu, elles se limitent bien entendu à l'Etat membre).

9) Les observations de la Tchécoslovaquie et de la Mongolie se rapportent aux points traités dans les paragraphes précédents.

Paragraphe 2

1) De l'avis du Canada, il y aurait lieu de définir de manière plus restrictive les conditions dans lesquelles un Etat peut être tenu responsable du comportement d'une entité qui ne fait pas partie de la structure même de l'Etat.

2) La Mongolie est d'avis que ces dispositions « ne doivent en aucun cas ni en aucune circonstance être considérées comme un motif pour attribuer à l'Etat des actes d'entités ne faisant pas partie de la structure même de l'Etat ».

3) De l'avis de l'actuel Rapporteur spécial, le paragraphe 2 de l'article 7 devrait rester inchangé; il constitue un maillon nécessaire dans la chaîne qui relie les articles 5, 6, 7 et 8. Comme la Commission le dit dans le commentaire (par. 18) de l'article 7 :

> [...] La justification de l'attribution à l'Etat, d'après le droit international, du comportement d'un organe de l'une ou de l'autre des entités ici envisagées réside toujours, en dernière analyse, dans le fait que le droit interne de l'Etat a conféré à l'entité en question l'exercice de certaines prérogatives de la puissance publique. [. . .][8].

En effet, l'Etat ne peut agir que par l'intermédiaire d'individus, et la manière dont il « organise » ces individus aux fins de l'exercice de la puissance publique n'influe pas sur sa responsabilité en droit international. A cet égard, le mode d'organisation le plus formel, dont traite l'article 5, peut être opposé au mode d'organisation le moins formel, visé à l'article 8.

4) Il ne semble pas non plus nécessaire ni souhaitable d'essayer de définir l'expression « prérogatives de la puissance publique ». Bien que les fonctions ou le rôle de l'Etat dans une société donnée varient, bien entendu, d'un Etat à l'autre, il est possible de distinguer nettement, en droit, l'exercice de la puissance publique des autres activités de l'Etat. De plus, dans les cas relevant du paragraphe 2 de l'article 7, il est facile de répondre à la question de savoir si le droit interne de l'Etat intéressé a ou non habilité une entité donnée à exercer des prérogatives de la puissance publique en comparant la nature des pouvoirs conférés à la nature des pouvoirs retenus par les organes de l'Etat (au sens de l'article 5) ou par les organes d'une collectivité publique territoriale (au sens du paragraphe 1 de l'article 7).

Article 8. — Attribution à l'Etat du comportement de personnes agissant en fait pour le compte de l'Etat

Est aussi considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes si

***a*) il est établi que cette personne ou ce groupe de personnes agissait en fait pour le compte de cet Etat; ou**

***b*) cette personne ou ce groupe de personnes se trouvait exercer en fait des prérogatives de la puissance publique en cas de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui justifiaient l'exercice de ces prérogatives.**

1) L'Autriche suggère de rédiger l'alinéa *a*, de telle sorte qu'il ne soit applicable qu'aux cas dans lesquels « il y a effectivement exercice de prérogatives de la puissance publique » ou, au moins, « qu'il ne s'applique pas aux transactions de droit privé ».

[8] *Annuaire... 1974*, vol. II (1re partie), p. 293, doc. A/9610/Rev.1.

2) De l'avis des Pays-Bas, on pourrait supprimer l'alinéa *a* si les mots « en cas de carence des autorités officielles » étaient supprimés à l'alinéa *b*.

3) Selon le Canada, « il y aurait lieu de définir de manière plus restrictive les conditions dans lesquelles un Etat peut être tenu responsable pour de tels actes » (c'est-à-dire pour les actes décrits à l'alinéa *b*).

4) La Yougoslavie estime que, du point de vue logique, l'article 8 devrait figurer après les articles 9 et 10, et elle suggère d'introduire dans le projet d'articles une clause définissant notamment une « entité habilitée à exercer les prérogatives de la puissance publique ».

5) De l'avis de l'actuel Rapporteur spécial, il y a de bonnes raisons de traiter dans des articles distincts les cas visés à l'alinéa *a* et ceux qui sont visés à l'alinéa *b*. Comme la Commission le fait observer dans le commentaire (par. 1) de l'article 8[9], il y a une distinction nette entre les deux groupes de cas selon que l'initiative appartient ou non à l'Etat. A cet égard, les cas visés à l'alinéa *a* de l'article 8 se situent entre la situation envisagée au paragraphe 2 de l'article 7 et celle envisagée au paragraphe 1 de l'article 11, alors que les cas visés à l'alinéa *b* de l'article 8 se situent plutôt entre la situation envisagée au paragraphe 2 de l'article 7 et celle envisagée à l'article 14; ce sont les gradations allant du pouvoir légal au pouvoir illégal.

6) L'alinéa *a* traite des agents officieux des entités d'Etat *lato sensu*. Il va de soi que le droit international ne peut admettre que l'on ait recours à de tels agents dans le but d'échapper à la responsabilité que l'Etat aurait encourue si le même comportement avait été celui d'un agent officiel. En utilisant un agent officieux, l'entité d'Etat, elle-même, commettrait au moins un fait connexe, au sens du paragraphe 2 de l'article 11. De même, il semble clair que dans de telles situations, les éléments objectifs et subjectifs du fait internationalement illicite sont inextricablement mêlés (comme c'est aussi le cas à l'article 27).

7) C'est pourquoi il est particulièrement difficile de formuler la règle en fonction du seul critère de l'« imputabilité ».

8) Bien qu'on puisse faire valoir à bon droit que les mots « agissait en fait pour le compte de cet Etat » soient assez vagues, on ne peut guère parler, à l'alinéa *a*, de l'« exercice effectif de prérogatives de la puissance publique », parce que ces termes impliquent une justification *prima facie* de cet exercice, du moins d'après le droit interne de l'Etat intéressé. Il serait plus difficile encore de combiner les alinéas *a* et *b* en une seule règle, comme le suggèrent les Pays-Bas, ne serait-ce que parce que la « carence des autorités officielles » est un élément essentiel dans les cas visés à l'alinéa *b*.

9) La Commission pourrait cependant envisager une autre solution qui consisterait à combiner la règle visée à l'alinéa *a* de l'article 8 avec celle prévue au paragraphe 1 de l'article 11, sous la forme d'une exception. Le paragraphe 1 de l'article 11 pourrait être alors ainsi conçu :

« 1. Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes n'agissant pas en tant qu'organe d'un Etat, d'une collectivité publique territoriale ou d'une entité habilitée à exercer les prérogatives de la puissance publique n'est pas considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international, sauf s'il est établi que cette personne ou ce groupe de personnes agissait de concert et à l'instigation d'un tel organe. »

Les mots « de concert et à l'instigation » sont tirés du commentaire (par. 5) de l'article 8[10]. Tout en traitant encore les cas visés à l'alinéa *a* de l'article 8 sous l'angle de la possibilité d'attribution, cette solution indiquerait peut-être mieux que ce n'est pas tant le fait que les personnes agissent pour le compte de l'Etat qui crée cette possibilité, c'est plutôt le fait que ces personnes n'étant que de simples agents *de facto* de l'Etat n'empêche pas l'Etat d'être responsable d'un fait internationalement illicite commis par ailleurs.

10) Si cette solution était adoptée, l'article 8 se limiterait à l'actuel alinéa *b*. Il s'agit ici, comme on l'a noté plus haut, d'une situation entièrement différente en ce sens que l'initiative appartient aux individus intéressés et non aux organes de l'Etat. Bien que les gouvernements n'aient pas encore présenté d'observations écrites au sujet de l'alinéa *b* de l'article 8, l'actuel Rapporteur spécial se permet de suggérer à la Commission de revoir s'il convient de maintenir le dernier membre de phrase : « et dans des circonstances qui justifiaient l'exercice de ces prérogatives ».

11) L'actuel Rapporteur spécial pense que ces mots ne sont pas nécessaires pour distinguer la situation envisagée à l'alinéa *b* de celle du « mouvement insurrectionnel », visée à l'article 14. D'autre part, du simple fait que, « en cas de carence des autorités officielles », une personne ou un groupe de personnes se substitue, de sa propre initiative, à ces autorités, son comportement — qui revient en fait à exercer des prérogatives de la puissance publique — est assimilé, au regard du droit international, au comportement des autorités officielles. De toute façon, c'est au regard du droit interne de l'Etat qu'il convient plutôt d'apprécier si les circonstances justifient ou non leur intervention. Il ne convient pas, semble-t-il, d'alourdir par de telles considérations l'application de règles de droit international relatives à la responsabilité des Etats.

12) Incidemment, en combinant l'alinéa *a* de l'article 8 et le paragraphe 1 de l'article 11, on donnerait suite en partie à la proposition de la Yougoslavie (v. *supra* par. 4) sur l'ordre à suivre dans la présentation des articles. Pour la définition des « prérogatives de la puissance publique », on peut se référer au paragraphe 4 du commentaire ci-dessus relatif au paragraphe 2 de l'article 7.

Article 10. — Attribution à l'Etat du comportement d'organes agissant en dépassement de leur compétence ou en contradiction avec les instructions concernant leur activité

Le comportement d'un organe de l'Etat, d'une collectivité publique territoriale ou d'une entité habilitée à l'exercice de prérogatives de la puissance publique, ledit organe ayant agi en cette qualité, est consi-

[9] *Ibid.*, p. 294.

[10] *Ibid.*, p. 295.

déré comme un fait de l'Etat d'après le droit international même si, en l'occurrence, l'organe a dépassé sa compétence selon le droit interne ou a contrevenu aux instructions concernant son activité.

1) Le Chili suggère de rédiger l'article 10 comme suit :

« Est également considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'un organe ou d'une entité, selon le cas, qui a dépassé sa compétence selon le droit interne ou a contrevenu aux instructions concernant son activité. »

2) Les Pays-Bas et la Yougoslavie font observer que l'article 10 devrait aussi s'appliquer à l'organe mentionné à l'article 9.

3) De l'avis de l'actuel Rapporteur spécial, le présent texte de l'article 10 est suffisamment clair pour être compris comme se référant à « une entité habilitée à l'exercice de prérogatives de la puissance publique » dans les situations visées tant au paragraphe 2 de l'article 7 qu'à l'article 10.

4) La suggestion du Chili pose le problème de la distinction entre le comportement d'un organe « agissant en cette qualité » et le comportement de la même personne agissant à titre individuel. Dans le commentaire (par. 29) de l'article 10[11], la Commission indique avoir introduit le membre de phrase « ledit organe ayant agi en cette qualité » — lequel ne figure pas dans le texte suggéré par le Chili — « pour indiquer que les comportements visés sont uniquement les actions et omissions accomplies par des organes dans l'exercice de leurs fonctions officielles, et non pas les actions et omissions accomplies par les individus ayant le statut d'organes dans le cadre de leur vie privée ». D'autre part, dans ce même commentaire, la Commission a examiné et rejeté toute restriction à la règle de la responsabilité des Etats énoncée à l'article 10, par exemple la condition que la personne intéressée ait du moins agi dans le cadre de sa « compétence générale » ou de sa « compétence apparente » ou qu'elle ait employé « les moyens de la fonction » (par. 22 à 25)[12], tout en reconnaissant par ailleurs (par. 26)[13] « qu'il n'est pas toujours aisé d'établir dans un cas concret si la personne a agi en qualité d'organe ou en tant que particulier ».

5) De l'avis du présent Rapporteur spécial, la distinction entre le comportement d'une personne « agissant dans le cadre de l'accomplissement de sa fonction d'Etat » et le comportement de cette personne « dans sa vie privée » est à la fois assez artificielle et, dans la pratique, souvent difficile à faire. Il n'y a qu'un être humain qui agit et, dans bien des cas, lui-même ne sait probablement pas au juste si, lorsqu'il accomplit ou s'abstient d'accomplir certains actes, son mobile est de servir les intérêts de l'Etat ou de donner libre cours à ses préventions personnelles. D'autre part, pour la victime de son comportement, la distinction est sans aucune pertinence et c'est la question de la preuve qui devient capitale (cf. par. 18 du commentaire de l'article 10[14]). Par conséquent, la rédaction correcte de l'article 10 dépend de la direction dans laquelle on veut orienter le droit sur la responsabilité des Etats par rapport au développement des règles primaires du droit international. Il paraît clair que les Etats hésitent à prendre le risque d'être tenus responsables d'actes de leurs organes — c'est-à-dire d'individus — inspirés par une prévention personnelle généralement interdite par le droit interne. Mais il y a au moins *culpa in eligendo* de la part de l'Etat et, par ailleurs, la protection efficace des intérêts des Etats lésés en droit international exige qu'on n'impose pas à ces Etats la tâche de prouver qu'une personne qui est un organe d'un autre Etat a réellement agi en l'occurrence « pour le compte » de cet Etat.

6) Tout bien pesé, l'actuel Rapporteur spécial est d'avis qu'en maintenant les mots « ledit organe ayant agi en cette qualité » à l'article 10 on risque de créer (involontairement) l'incertitude dans les relations internationales, car l'interprétation de ces mots pourrait conduire à invoquer l'argument — logique en soi — que l'organe, lorsqu'il « a contrevenu aux instructions concernant son activité » et à plus forte raison lorsqu'il « a dépassé sa compétence selon le droit interne », n'a pas agi en tant qu'« organe de l'Etat ». Le Rapporteur spécial propose, par conséquent, de suivre la suggestion du Chili (*supra* par. 1) pour la rédaction de l'article 10. Cela permettrait aussi de combiner l'alinéa *a* de l'article 8 et le paragraphe 1 de l'article 11 comme il a été proposé (cf. *supra* par. 9 du commentaire de l'article 8).

Article 11. — Comportement de personnes n'agissant pas pour le compte de l'Etat

1. N'est pas considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes n'agissant pas pour le compte de l'Etat.

2. Le paragraphe 1 est sans préjudice de l'attribution à l'Etat de tout autre comportement qui est en rapport avec celui des personnes ou groupes de personnes visés audit paragraphe et qui doit être considéré comme un fait de l'Etat en vertu des articles 5 à 10.

1) La République fédérale d'Allemagne indique que « le contenu de l'article 11 pourrait être incorporé à l'article 8 ».

2) L'actuel Rapporteur spécial souscrit quant au fond à cette proposition mais préférerait la méthode inverse proposée ci-dessus, au paragraphe 9 du commentaire de l'article 8.

Article 12. — Comportement d'organes d'un autre Etat

1. N'est pas considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement adopté sur son territoire ou sur tout autre territoire soumis à sa juridiction par un organe d'un autre Etat agissant en cette qualité.

2. Le paragraphe 1 est sans préjudice de l'attribution à un Etat de tout autre comportement qui est en rapport avec celui envisagé audit paragraphe et qui doit être considéré comme un fait de cet Etat en vertu des articles 5 à 10.

Article 13. — Comportement d'organes d'une organisation internationale

N'est pas considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'un organe, d'une organisation internationale agissant en cette qualité du seul fait que ledit comportement a été

[11] *Annuaire... 1975*, vol. II, p. 75, doc. A/10010/Rev.1.

[12] *Ibid.*, p. 72 à 75.

[13] *Ibid.*, p. 74 et 75.

[14] *Ibid.*, p. 72.

adopté sur le territoire de cet Etat ou sur tout autre territoire soumis à sa juridiction.

1) Selon la République fédérale d'Allemagne, « le contenu juridique des articles 12 et 13 paraît évident et ces dispositions pourraient être supprimées sans inconvénient ».

2) L'actuel Rapporteur spécial est d'avis qu'il convient de garder ces articles. En temps de paix, un organe d'un Etat agissant en cette qualité sur le territoire d'un autre Etat ne peut le faire qu'avec le consentement de cet autre Etat. Il paraît utile de prévoir, même implicitement, qu'un tel consentement, en soi, ne rend pas l'autre Etat responsable du comportement de l'organe en question. Il convient, pour des raisons analogues, de maintenir l'article 13.

3) L'Autriche fait observer, à propos de l'article 13, qu'il est douteux « que la décision de la Commission de ne pas inclure dans cet article un deuxième paragraphe correspondant aux dispositions des articles 11, 12 et 14 ait résolu la question de façon satisfaisante ».

4) L'actuel Rapporteur spécial estime que les raisons, invoquées par la Commission dans le commentaire (par. 13) de l'article 13[15], pour ne pas introduire de clause correspondant au paragraphe 2 des articles 11, 12 et 14 ne sont pas particulièrement convaincantes. S'il est vrai que, comme il a été dit plus haut, le simple consentement de l'Etat territorial à ce que des organes d'une organisation internationale exercent des activités sur son territoire ne rend pas cet Etat responsable du comportement de cette organisation, la situation n'est pas fondamentalement différente de celle qu'envisage l'article 12. La Commission elle-même reconnaît, dans le même paragraphe du commentaire précité, que

> [...] si l'Etat territorial s'associait à l'accomplissement par un organe de l'organisation d'une action constituant un fait internationalement illicite ou si, devant l'accomplissement de cette action, il ne réagissait pas dans les formes appropriées, il pourrait engager sa responsabilité internationale du fait de son propre comportement, comportement qui, en vertu des articles 5 à 10 du projet, lui serait toujours attribuable.

Les organisations internationales ayant généralement moins de pouvoir qu'un Etat, il paraît en fait plus probable que si cette organisation internationale commet un quelconque fait internationalement illicite, c'est qu'elle a reçu ou pourrait recevoir une certaine forme de soutien de la part de l'Etat territorial.

5) L'actuel Rapporteur spécial ne pense pas, contrairement à la Commission, que la formulation de la clause « poserait dans le cas de l'article 13 des problèmes particuliers dépassant la portée du présent projet ». Après tout, la clause se borne à rappeler que si, d'une part, la simple présence de l'organe d'un Etat étranger ou d'une organisation internationale sur le territoire d'un Etat ne suffit pas à engager la responsabilité de ce dernier, il se peut fort bien, d'autre part, que la situation de fait donne aussi lieu à un fait internationalement illicite de cet Etat territorial.

[15] *Ibid.*, p. 97.

6) Il est donc proposé d'ajouter à l'article 13 un second paragraphe rédigé comme le paragraphe 2 de l'article 12.

Article 14. — Comportement d'organes d'un mouvement insurrectionnel

1. N'est pas considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'un organe d'un mouvement insurrectionnel établi sur le territoire de cet Etat ou sur tout autre territoire sous son administration.

2. Le paragraphe 1 est sans préjudice de l'attribution à un Etat de tout autre comportement qui est en rapport avec celui de l'organe du mouvement insurrectionnel et qui doit être considéré comme un fait de cet Etat en vertu des articles 5 à 10.

3. De même, le paragraphe 1 est sans préjudice de l'attribution du comportement de l'organe du mouvement insurrectionnel à ce mouvement dans tous les cas où une telle attribution peut se faire d'après le droit international.

Article 15. — Attribution à l'Etat du fait d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement d'un Etat ou qui aboutit à la création d'un nouvel Etat

1. Le fait d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement d'un Etat est considéré comme un fait de cet Etat. Toutefois, une telle attribution est sans préjudice de l'attribution à cet Etat d'un comportement qui aurait auparavant été considéré comme un fait de l'Etat en vertu des articles 5 à 10.

2. Le fait d'un mouvement insurrectionnel dont l'action aboutit à la création d'un nouvel Etat sur une partie du territoire d'un Etat préexistant ou sur un territoire sous son administration est considéré comme un fait de ce nouvel Etat.

1) L'Autriche est d'avis qu'« on ne voit pas clairement si le paragraphe 1 de l'article 14 s'applique au cas d'un mouvement insurrectionnel, reconnu par des Etats étrangers comme gouvernement *de facto*, qui ne parvient pas à s'établir selon l'une des manières prévues à l'article 15, mais dont au contraire les autorités centrales finissent par avoir raison ».

2) Selon l'actuel Rapporteur spécial, les articles 14 et 15 et les commentaires y relatifs sont suffisamment clairs sur ce point : que le mouvement insurrectionnel soit ou non reconnu par des Etats étrangers, son comportement n'est pas attribuable à l'Etat sur le territoire duquel il est établi.

3) La Tchécoslovaquie estime qu'il conviendrait que « la Commission accorde à la définition [de l'expression « mouvement insurrectionnel »] l'attention qu'elle mérite », et elle se réfère à ce sujet aux Protocoles additionnels de 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949.

4) L'actuel Rapporteur spécial rappelle que dans le commentaire (par. 29) de l'article 14[16], ainsi que dans le commentaire (par. 22) de l'article 15[17], la Commission a marqué que, dans son esprit, l'expression « mouvement insurrectionnel » était une expression neutre qui s'appliquait également aux mouvements de libération nationale. Aux fins des présents articles 14 et 15, il ne semble pas nécessaire de distinguer entre les deux types de mouvement. Cependant, si la Commission souhaitait, au

[16] *Ibid.*, p. 106.

[17] *Ibid.*, p. 113.

stade final, introduire dans l'ensemble des articles une définition des expressions (y compris l'expression « mouvement insurrectionnel »), il conviendrait, semble-t-il, dans ce contexte, de mentionner expressément les mouvements de libération nationale.

Article 17. — Non-pertinence de l'origine de l'obligation internationale violée

1. Le fait d'un Etat qui constitue une violation d'une obligation internationale est un fait internationalement illicite quelle que soit l'origine, coutumière, conventionnelle ou autre, de cette obligation.

2. L'origine de l'obligation internationale violée par un Etat est sans effet sur la responsabilité internationale engagée par le fait internationalement illicite de cet Etat.

1) La République fédérale d'Allemagne estime qu'il conviendrait d'envisager la possibilité d'introduire au paragraphe 1 de l'article 17 la notion contenue au paragraphe 1 de l'article 19, en ajoutant les mots « et quel que soit l'objet de l'obligation violée ».

2) L'actuel Rapporteur spécial serait porté à accepter cette suggestion, mais il pense qu'une décision à cet effet ne peut être prise qu'après l'examen de l'article 19 en deuxième lecture.

Article 18. — Condition que l'obligation internationale soit en vigueur à l'égard de l'Etat

1. Le fait de l'Etat qui n'est pas conforme à ce qui est requis de lui par une obligation internationale ne constitue une violation de cette obligation que si ce fait a été accompli à un moment où l'obligation était en vigueur à l'égard de cet Etat.

2. Toutefois, le fait de l'Etat qui, au moment où il a été accompli, n'était pas conforme à ce qui était requis de lui par une obligation internationale en vigueur à l'égard de cet Etat n'est plus considéré comme un fait internationalement illicite si, par la suite, un tel fait est devenu obligatoire en vertu d'une norme impérative du droit international général.

3. Si le fait de l'Etat qui n'est pas conforme à ce qui est requis de lui par une obligation internationale a un caractère de continuité, il n'y a violation de cette obligation qu'en regard de la période durant laquelle le fait se déroule pendant que l'obligation est en vigueur à l'égard de cet Etat.

4. Si le fait de l'Etat qui n'est pas conforme à ce qui est requis de lui par une obligation internationale est composé d'une série d'actions ou omissions relatives à des cas distincts, il y a violation de cette obligation si un tel fait peut être considéré comme constitué par les actions ou omissions accomplies pendant la période durant laquelle l'obligation est en vigueur à l'égard de cet Etat.

5. Si le fait de l'Etat qui n'est pas conforme à ce qui est requis de lui par une obligation internationale est un fait complexe constitué d'actions ou omissions du même organe ou d'organes différents de l'Etat par rapport à un même cas, il y a violation de cette obligation si le fait complexe non conforme à celle-ci commence par une action ou omission accomplie pendant la période durant laquelle l'obligation est en vigueur à l'égard de cet Etat, même si ce fait est complété après cette période.

1) Concernant le paragraphe 2 de l'article 18, l'Autriche est d'avis que « Les mots « n'est plus considéré comme un fait internationalement illicite si, par la suite » ne sont pas assez précis pour empêcher que ne se produisent les situations que, selon le commentaire, la Commission voulait justement écarter ».

2) Le Canada estime qu'« il convient de restreindre au maximum l'application » de la notion de rétroactivité, telle qu'est acceptée au paragraphe 2 de l'article 18.

3) Le Chili propose, concernant le paragraphe 2 de l'article 18, « d'indiquer que cette disposition ne serait applicable qu'entre le moment où l'infraction est commise et celui où il est fait appel aux mécanismes destinés à donner effet à la responsabilité internationale qui en découle ».

4) Selon les Pays-Bas : « On peut aussi reprocher au paragraphe 2 de l'article 18 tel qu'il est actuellement rédigé de ne pas indiquer assez clairement que c'est la norme primaire impérative du droit elle-même qui lui donne son effet : effet rétroactif ou effet immédiat. »

5) La Yougoslavie suggère d'« inclure [dans le paragraphe 2 de l'article 18] certains éléments du commentaire [de ce paragraphe], afin de rendre les dispositions proposées plus claires à la lecture du texte même ».

6) La Suède est d'avis que le paragraphe 2 de l'article 18 n'est « pas compatible avec les articles 64 et 71 de la Convention de Vienne sur le droit des traités » et observe : « On peut [...] avancer que le paragraphe 2 de l'article 18 traite de l'existence ou de l'inexistence d'une obligation [...] et que, par conséquent, il ne devrait pas figurer dans un instrument juridique visant à codifier uniquement des règles secondaires. »

7) Le Mali signale la relation existant entre l'article 18 et les articles 24 à 26, et propose en conséquence « de mettre en valeur cette liaison soit par un rapprochement des articles soit en indiquant des références ».

8) La Suède émet des doutes au sujet des paragraphes 4 et 5 de l'article 18, jugeant qu'« ils sont difficiles à comprendre et traitent de problèmes que le simple bon sens permettrait vraisemblablement de résoudre ».

9) De l'avis de l'actuel Rapporteur spécial, il est clair que le paragraphe 2 de l'article 18 traite d'une question dite de droit intertemporel (c'est-à-dire du conflit entre des règles primaires dans le temps). De telles questions se posent dans tout système juridique. En fait, chaque fois qu'une règle est établie, il appartient en tout premier lieu à ses auteurs d'indiquer la portée qu'ils entendent lui donner, notamment de préciser son effet par rapport à d'autres règles primaires, passées, présentes et futures.

10) Dans le système juridique international, on peut partir de l'idée qu'il existe, qu'il a probablement existé, et qu'en principe il continuera d'exister certaines règles de *jus cogens* international, expressément définies à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 comme « une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle *aucune dérogation** n'est permise et qui *ne peut être modifiée** que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ».

11) En ce qui concerne l'effet d'une norme de *jus cogens* international par rapport aux normes établies par les traités, la Convention de Vienne de 1969 contient des dispositions particulières aux articles 53 (première phrase), 64, 71 et 66 (al. *a*). Toutes ces dispositions et la définition du *jus cogens* lui-même sont tournées vers l'avenir, en ce sens qu'elles indiquent quelles sont les

relations juridiques entre Etats depuis le moment où une norme de *jus cogens* entre en vigueur jusqu'au moment où une norme ultérieure de *jus cogens* la modifie.

12) Il va de soi que « la communauté internationale dans son ensemble » n'est elle-même tenue ni par la définition ni par les autres dispositions de la Convention de Vienne de 1969 relatives au *jus cogens*. Il est concevable, par exemple, que cette communauté, tout en acceptant et reconnaissant une certaine norme, déroge expressément à la stipulation *in fine* de l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 71, en décidant que cette norme ne porte pas atteinte à tels ou tels droits, obligations ou situations juridiques nés de l'exécution d'un traité donné avant qu'il ait pris fin du fait de l'entrée en vigueur de ladite norme.

13) La même observation vaut pour le paragraphe 2 de l'article 18 du présent projet d'articles sur la responsabilité des Etats. Il est concevable, par exemple, qu'en créant une norme de *jus cogens* international, la communauté internationale dans son ensemble décide expressément que cette norme n'aura pas l'effet rétroactif prévu au paragraphe 2 de l'article 18. En ce sens, l'observation des Pays-Bas (*supra* par. 4) est tout à fait pertinente, bien que, de l'avis de l'actuel Rapporteur spécial, elle ne rende pas nécessaire une modification du libellé de cet article.

14) D'autre part, il convient de rappeler que, en vertu du paragraphe 2 de l'article 18 du projet, l'effet rétroactif d'une norme de *jus cogens* est relativement limité. On pourrait même dire que, dans un certain sens, il n'y a pas d'effet rétroactif, puisque ce paragraphe vise plutôt le cas d'une procédure de règlement d'un différend entre Etats, engagée après l'entrée en vigueur d'une norme de *jus cogens*. Pour le règlement d'un tel différend, la norme de *jus cogens* sera prise en compte dans la mesure où le comportement requis (et pas seulement admis) par cette norme « n'est plus considéré », à compter de son entrée en vigueur, « comme un fait internationalement illicite ». Dans le commentaire (par. 18) de l'article 18[18], la Commission a indiqué tout à fait clairement que « le fait de l'Etat n'est pas rétroactivement considéré comme licite *ab initio*, mais uniquement à partir du moment où la nouvelle règle de *jus cogens* est entrée en vigueur ». Ce qui est peut-être moins clair, c'est que l'application de la règle intertemporelle du paragraphe 2 de l'article 18 soulève la question du moment et de la durée d'une violation d'une obligation internationale, question traitée aux paragraphes 3, 4 et 5 de l'article 18 et aux articles 24, 25 et 26.

15) La conséquence normale (voir toutefois *supra* par. 12 et 13) découlant du fait que la norme de *jus cogens* prescrit un certain comportement est que, dès l'entrée en vigueur de cette norme, le comportement requis ne constitue plus une violation d'une obligation internationale. L'effet rétroactif du paragraphe 2 de l'article 18 tient alors à ce que, même si le comportement nouvellement requis a eu lieu avant l'entrée en vigueur de la norme pertinente de *jus cogens*, ce comportement n'est plus considéré comme un fait internationalement illicite après cette entrée en vigueur. Si on suit tout le raisonnement de la Commission sur ce sujet, à savoir qu'un fait internationalement illicite crée de nouvelles relations juridiques dès le moment où il se produit, l'analogie semble possible avec un traité qui crée — ou dont l'exécution crée — un nouveau rapport juridique entre Etats. On est dès lors enclin à chercher un principe d'action à l'alinéa *b in fine* du paragraphe 2 de l'article 71 de la Convention de Vienne de 1969. Cette règle s'inspire de la distinction bien connue entre la « création » d'une situation juridique et sa « manifestation continue » qui avait été faite par l'arbitre Max Huber dans l'affaire de l'*Ile de Palmas (Miangas)*[19]. Outre la difficulté intrinsèque, souvent signalée, que comporte une telle distinction[20], une autre difficulté tient à ce que certaines des conséquences juridiques découlant d'un fait internationalement illicite, conformément aux articles de la deuxième partie du projet, ne sont pas en soi en conflit avec la [nouvelle] règle de *jus cogens*. Ainsi, s'il est clair que l'Etat lésé par la violation d'une obligation internationale commise avant l'entrée en vigueur d'une norme de *jus cogens* ne peut prétendre, après cette entrée en vigueur, à une exécution tardive de l'obligation, le substitut à l'exécution consistant dans le paiement d'une somme d'argent, cela n'est certainement pas en soi en conflit avec la norme de *jus cogens*. Néanmoins, un tribunal international qui décide, après l'entrée en vigueur de la norme de *jus cogens*, qu'une telle prétention est valable, considère nécessairement à ce moment-là que le comportement passé constitue un fait internationalement illicite. De plus, si les Etats en cause parviennent à un accord, en vertu duquel l'Etat, qui a commis dans le passé le fait alors internationalement illicite, verse une somme d'argent à titre de réparation à l'Etat qui a alors été lésé, on peut présumer qu'un tel accord n'est pas nul *ab initio*, même s'il a été conclu après l'entrée en vigueur de la [nouvelle] norme de *jus cogens*.

16) En fait, il semble que l'intention, au paragraphe 2 de l'article 18, soit plutôt de signifier que, après l'entrée en vigueur d'une norme de *jus cogens*, les Etats sont tenus — pour reprendre les termes du paragraphe 1, al. *a*, de l'article 71 de la Convention de Vienne de 1969 — « d'éliminer [...] les conséquences » — dans ce contexte, les conséquences juridiques au sens de l'article 1er de la deuxième partie du projet — d'un fait désormais requis par cette norme, étant entendu que les conséquences juridiques, déjà « accomplies » avant l'entrée en vigueur de ladite norme (telles qu'un règlement intervenu par voie de négociations ou autrement), demeurent.

17) Mais la Commission semble aller moins loin dans son commentaire en ce qu'elle fait une distinction entre la période qui précède l'entrée en vigueur de la norme de *jus cogens* et celle qui suit cette entrée en vigueur, indépendamment de la date de règlement des réclamations de l'Etat lésé, le fait internationalement illicite à l'ori-

[18] *Annuaire... 1976*, vol. II (2e partie), p. 85.

[19] Sentence arbitrale du 4 avril 1928, voir Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 829.

[20] Voir p. ex. P. Tavernier : *Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles en droit international public*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1970.

gine le demeurant jusqu'à la date d'entrée en vigueur de la norme de *jus cogens*. Cela s'explique probablement par l'idée qu'un règlement prend habituellement du temps et que l'Etat originellement auteur de la violation ne doit pas profiter du revirement ultérieur d'opinion de « la communauté internationale des Etats dans son ensemble » quant au caractère illicite d'un certain comportement, en retardant le règlement de la réclamation originelle.

18) L'actuel Rapporteur spécial estime que tout dépend de l'objet et du but de la norme particulière de *jus cogens* en cause. En soi, il semble peu vraisemblable, sur le plan international, qu'un comportement, qui était considéré comme illicite, devienne soudain non seulement autorisé, mais même considéré comme obligatoire. Il semble beaucoup plus probable qu'il existe un stade intermédiaire (de gestation, en quelque sorte), pendant lequel le caractère initialement illicite devient contestable. Après tout, c'est le règlement d'un conflit entre les exigences d'une réglementation des relations entre Etats en tant que tels et les intérêts de l'humanité dans son ensemble qui constitue le plus souvent la raison d'être de l'apparition d'une norme de *jus cogens* international. En conséquence, une règle supplétive de droit intertemporel dans ce domaine devrait peut-être, sans toucher aux réclamations déjà réglées, réserver la possibilité d'indemniser le préjudice causé par un fait, qui était considéré auparavant comme internationalement illicite et qui est devenu ensuite obligatoire.

19) De cette façon, l'effet normal de l'apparition d'une norme de *jus cogens* international, rendant tel ou tel comportement obligatoire, ressortirait plutôt à une « circonstance excluant l'illicéité » de ce comportement spécifique dans le passé sans toutefois — par analogie avec l'article 35 de la première partie du projet — préjuger les « questions qui pourraient se poser à propos de l'indemnisation des dommages causés par ce fait ».

20) Avec cette réserve, le libellé de la règle actuellement énoncée au paragraphe 2 de l'article 18 pourrait semble-t-il — sans préjudice de sa place dans le projet définitif — être maintenu, étant entendu toutefois que le commentaire devrait être modifié. En fait, le commentaire actuel est — comme l'ont relevé l'Autriche (v. *supra* par. 1) et la Yougoslavie (v. *supra* par. 5) dans leurs observations écrites — imparfaitement reflété dans le texte lui-même.

21) La réserve suggérée au paragraphe 19 ci-dessus irait dans le sens des observations écrites du Canada (v. *supra* par. 2).

22) La proposition faite par le Chili dans ses observations écrites (v. *supra* par. 3) ne permettrait pas, de l'avis de l'actuel Rapporteur spécial, de résoudre le problème. Il y a en fait trois dates pertinentes : *a*) la date où l'infraction est commise; *b*) la date de l'entrée en vigueur de la norme de *jus cogens* international; et *c*) la date où il est fait appel aux mécanismes destinés à donner effet à la responsabilité internationale qui en découle. Si, chronologiquement, la date *c* est antérieure à la date *b*, il n'y a apparemment pas de problème; normalement, on ne peut présumer que l'établissement d'une règle de *jus cogens* international vise à remettre en cause le règlement de la réclamation initiale, ni même un règlement dont la procédure est officiellement engagée. Il va de soi qu'il n'y a pas non plus de problème si la date *a* est postérieure à la date *b*. Le seul cas où le problème se pose est celui où les dates *a* et *b* sont antérieures à la date *c*.

23) Les observations écrites de la Suède (v. *supra* par. 6) paraissent en soi tout à fait pertinentes. Certes, le paragraphe 2 de l'article 18 du projet vise à définir l'effet — dans le temps — de règles primaires particulières. Mais une telle définition semble inévitable dans le cadre du projet d'articles sur la responsabilité des Etats. Dès lors que la notion de *jus cogens* international a été acceptée, on ne peut ignorer son incidence sur les règles de la responsabilité des Etats. D'ailleurs, la Commission a reconnu la place particulière du *jus cogens* dans différents autres contextes de la responsabilité des Etats.

24) Les observations écrites du Mali (v. *supra* par. 7) sont tout à fait pertinentes (cf. *supra* par. 14) et posent la question de la place du paragraphe 2 de l'article 18 du projet et de la réserve qu'il est proposé d'y apporter (cf. *supra* par. 19) dans le texte définitif du projet d'articles. Le présent Rapporteur spécial est pleinement convaincu qu'il existe une relation étroite entre les paragraphes 1, 3, 4 et 5 de l'article 18 et les articles 24 à 26 du projet. L'effet de l'obligation et la détermination juridique du moment et de la durée de sa violation sont certainement deux faces de la même médaille. Ce rapprochement pourrait conduire en définitive la Commission à placer l'article 19, d'importance primordiale, immédiatement après l'article 17, et le paragraphe 2 de l'article 18, assorti de la réserve proposée, immédiatement après l'article 26, comme visant un aspect particulier du problème intertemporel.

25) Les doutes émis par la Suède (v. *supra* par. 8) ne portent que sur les paragraphes 4 et 5 de l'article 18; apparemment, les paragraphes 1 et 3 y échappent. De l'avis de l'actuel Rapporteur spécial, les paragraphes 1, 3, 4 et 5 de l'article 18 doivent être interprétés compte tenu des articles 24 à 26, lesquels sont eux-mêmes liés aux articles 20, 21 et 23, en ce qu'ils introduisent une typologie des obligations et des faits de l'Etat correspondants. C'est pourquoi, il est proposé d'examiner ensemble les observations écrites relatives à ces différentes dispositions.

Article 20. — Violation d'une obligation internationale requérant d'adopter un comportement spécifiquement déterminé

Il y a violation par un Etat d'une obligation internationale le requérant d'adopter un comportement spécifiquement déterminé lorsque le comportement de cet Etat n'est pas conforme à celui requis de lui par cette obligation.

Article 21. — Violation d'une obligation internationale requérant d'assurer un résultat déterminé

1. Il y a violation par un Etat d'une obligation internationale le requérant d'assurer, par un moyen de son choix, un résultat déterminé si, par le comportement adopté, l'Etat n'assure pas le résultat requis de lui par cette obligation.

2. Lorsqu'un comportement de l'Etat a créé une situation non conforme au résultat requis de lui par une obligation internationale, mais qu'il ressort de l'obligation que ce résultat ou un résultat équivalent peut néanmoins être acquis par un comportement ultérieur de

l'Etat, il n'y a violation de l'obligation que si l'Etat manque aussi par son comportement ultérieur à assurer le résultat requis de lui par cette obligation.

Article 23. — Violation d'une obligation internationale requérant de prévenir un événement donné

Lorsque le résultat requis d'un Etat par une obligation internationale est de prévenir, par un moyen de son choix, la survenance d'un événement donné, il n'y a violation de cette obligation que si, par le comportement adopté, l'Etat n'assure pas ce résultat.

Article 24. — Moment et durée de la violation d'une obligation internationale réalisée par un fait de l'Etat ne s'étendant pas dans le temps

La violation d'une obligation internationale par un fait de l'Etat ne s'étendant pas dans le temps se produit au moment où ce fait est accompli. La perpétration de cette violation ne s'étend pas au-delà dudit moment, même si les effets du fait de l'Etat se prolongent dans le temps.

Article 25. — Moment et durée de la violation d'une obligation internationale réalisée par un fait de l'Etat s'étendant dans le temps

1. La violation d'une obligation internationale par un fait de l'Etat ayant un caractère de continuité se produit au moment où ce fait commence. Toutefois, le temps de perpétration de la violation s'étend sur la période entière durant laquelle ce fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale.

2. La violation d'une obligation internationale par un fait de l'Etat composé d'une série d'actions ou omissions relatives à des cas distincts se produit au moment de la réalisation de celle des actions ou omissions de la série qui établit l'existence du fait composé. Toutefois, le temps de perpétration de la violation s'étend sur la période entière à partir de la première des actions ou omissions dont l'ensemble constitue le fait composé non conforme à l'obligation internationale et autant que ces actions ou omissions se répètent.

3. La violation d'une obligation internationale par un fait de l'Etat complexe, constitué par une succession d'actions ou omissions émanant des mêmes ou de différents organes étatiques intervenant dans une même affaire, se produit au moment de la réalisation du dernier élément constitutif dudit fait complexe. Toutefois, le temps de perpétration de la violation s'étend sur la période entière allant du comportement qui a amorcé la violation à celui qui l'a parachevée.

Article 26. — Moment et durée de la violation d'une obligation internationale de prévenir un événement donné

La violation d'une obligation internationale requérant de l'Etat de prévenir un événement donné se produit au moment où l'événement commence. Toutefois, le temps de perpétration de la violation s'étend sur la période entière durant laquelle l'événement continue.

1) Le Canada estime qu'il conviendrait de revoir les articles 20, 21 et 23 « en vue de s'assurer que la distinction qu'ils établissent est nécessaire et praticable ».

2) La République fédérale d'Allemagne estime que les articles 20 à 26 « revêtent un caractère très abstrait et théorique », et qu'il est en particulier nécessaire « de clarifier la relation » entre l'article 20 et l'article 23.

3) L'Autriche relève, à propos de l'article 23, que les expressions restrictives qui figurent dans le commentaire sont absentes dans le texte même de l'article.

4) Les Pays-Bas sont d'avis que la différence entre la règle énoncée au paragraphe 1 de l'article 21 et celle qui est énoncée à l'article 23 est « trop mince pour justifier un traitement distinct ».

5) De l'avis du Mali, l'article 23 « semble trop catégorique dans sa formulation actuelle » et, par ailleurs, le rapport entre cet article et le paragraphe 1 de l'article 21 doit être précisé.

6) Selon le Canada, il convient de se demander à propos des articles 24, 25 et 26 « si les détails et la complexité des règles que posent ces trois projets d'articles sont justifiés ».

7) De l'avis de l'actuel Rapporteur spécial, il y a deux raisons principales pour lesquelles la Commission a décidé d'établir une typologie des obligations et de leurs violations. L'une d'elles est liée à l'article 22, relatif à l'épuisement des recours internes, et sera étudiée sous cette rubrique. L'autre est le *facteur temps* (moment et durée) et ses incidences d'ordre juridique pour un certain nombre de questions qui se posent dans le contexte des deuxième et troisième parties du projet d'articles. Cette deuxième raison est exposée dans le commentaire (par. 5) de l'article 24[21]. Le facteur temps est naturellement aussi à prendre en compte en relation avec les limites de la durée pendant laquelle la règle de droit international imposant l'obligation qui a été violée est en vigueur (voir l'article 18).

8) Il convient de rappeler que les articles 3 (al. *b*) et 16 conçoivent l'élément objectif d'un acte internationalement illicite sous l'angle d'une « violation d'une obligation internationale de l'Etat ». De toute évidence, ce qui est requis d'un Etat par l'obligation internationale est une question qui a trait à [l'interprétation de] la règle primaire. On peut distinguer différents types d'exigences, mais il convient de déterminer jusqu'à quel point ces distinctions présentent de l'importance pour chacune des diverses questions indiquées dans le paragraphe précédent. Ainsi, comme on l'a déjà fait remarquer plus haut à propos du paragraphe 2 de l'article 18, l'effet d'une règle de droit international n'est pas nécessairement limité à des actes ou à des faits qui ont eu lieu ou à des situations qui ont commencé et cessé d'exister durant la période commençant avec l'entrée en vigueur de la règle et se terminant à l'expiration de cette règle.

9) La Commission a établi une distinction entre trois types d'exigences (l'adoption d'un comportement spécifiquement déterminé, le fait d'assurer un résultat déterminé et le fait de prévenir un événement donné), et quatre types de faits de l'Etat (fait ne s'étendant pas dans le temps; fait s'étendant dans le temps; fait composé; fait complexe). En réalité, pour ce qui est des articles de la première partie du projet adoptés en première lecture et des articles des deuxième et troisième parties adoptés en première lecture ou proposés, l'importance de ces distinctions est relativement limitée du point de vue juridique.

10) D'autre part, il existe nécessairement, en droit international, une grande variété d'obligations. En particulier, les obligations de comportement imposées par une règle de droit international sont normalement liées, de façon explicite ou implicite, à la protection d'intérêts particuliers d'un autre sujet de droit international, éven-

[21] *Annuaire... 1978*, vol. II (2e partie), p. 98.

tuellement par le biais « de l'objet et du but » de la règle[22]. La particularité du comportement, de même que la spécificité du résultat requis, n'a souvent pas un caractère propre. D'où, par exemple, les objections suscitées par le libellé de l'article 23 (v. *supra* par. 3 et 5).

11) En outre, en ce qui concerne les quatre types de faits de l'Etat, il faut reconnaître qu'il n'existe pas en réalité de « fait de l'Etat ne s'étendant pas dans le temps ». Il peut certes y avoir des obligations juridiques qui ne peuvent être remplies, ou violées, que par une série d'actes ou d'omissions se situant à différents moments consécutifs dans le temps, et constituant ainsi un comportement spécifiquement déterminé, ou produisant cumulativement un résultat déterminé. D'autre part, il peut certainement y avoir des obligations en soi pour lesquelles les effets (constituant le résultat) d'un comportement, s'ils ne sont pas conformes à ces exigences, sont sans intérêt. Lorsqu'on cherche à déterminer s'il y a ou non violation d'une obligation, il est très difficile de savoir s'il faut ou non, dans ce cas, tenir compte des faits ou des omissions, ou des résultats finals postérieurs à la période pendant laquelle l'obligation est en vigueur; c'est d'ailleurs une question qui, de l'avis du Rapporteur spécial, n'appelle pas nécessairement la même réponse en ce qui concerne toutes les conséquences juridiques d'une violation (v. *supra* par. 7, et *infra* par. 14).

12) A cet égard, les paragraphes 1, 3, 4 et 5 de l'article 18 qui se rapportent aux « faits » ne semblent pas être tout à fait conformes aux articles 24 à 26 qui traitent de « violations ». Si, apparemment, la première série de dispositions ne permet de prendre en considération que les faits se situant pendant la période durant laquelle l'obligation est en vigueur à l'égard de l'Etat concerné, la deuxième série de dispositions est conçue différemment et fixe, en ce qui concerne la violation, le moment où le fait commence et le moment de la réalisation. Dans le cas de l'article 24, ces deux moments sont censés coïncider (en effet, dans les exemples donnés — décès, destruction — le fait, du point de vue juridique, est aussi le résultat); dans le cas du paragraphe 1 de l'article 25, seul le moment où se produit le premier fait est à prendre en compte, bien que la durée de la violation ne puisse pas dépasser la période pendant laquelle l'obligation est en vigueur (« et reste non conforme à l'obligation internationale »); dans le cas du paragraphe 2 de l'article 25, seul le moment de la « réalisation » est à prendre en compte bien que la durée de la violation commence au moment du premier fait ou de la première omission (quel que soit le moment de l'entrée en vigueur de l'obligation ?); dans le cas du paragraphe 3 de l'article 25, la solution est la même que dans le cas du paragraphe 2. Enfin, dans le cas de l'article 26, le résultat requis étant l'absence d'un événement donné, seul le premier moment de l'événement est à prendre en compte, bien que la durée de la violation se poursuive (ici encore, quel que soit le moment où l'obligation cesse d'être en vigueur ?) jusqu'au moment où l'événement prend fin.

13) De l'avis de l'actuel Rapporteur spécial, en traitant : *a*) le fait que l'obligation est en vigueur (art. 18); *b*) la teneur de l'obligation (art. 20, 21 et 23); *c*) le moment et la durée de la violation (art. 24, 25 et 26); et *d*) les conséquences juridiques de la violation (par. 5 du commentaire de l'article 24), comme des groupes de questions juridiques distincts (questions distinctes en tant que groupes et unifiées à l'intérieur de chaque groupe), on ne tient pas compte des relations mutuelles existant entre ces phases dans le processus global du droit et on crée, par conséquent, au niveau de son application, un risque de confusion et d'interprétations artificielles, même si le caractère supplétif des dispositions est admis (comme par exemple à l'article 28 de la Convention de Vienne de 1969). C'est peut-être ce qui permet d'expliquer les inquiétudes — assez vagues d'ailleurs — exprimées dans les observations écrites des gouvernements. Toutefois, on constate que, dans les ouvrages traitant du sujet, ces inquiétudes sont présentées de façon beaucoup plus explicite[23].

14) Un exemple permet d'illustrer ce qui précède. En premier lieu, il s'agit de savoir quel est le sens des termes « moment » et « durée » de la violation. Au premier abord, on serait enclin à penser que la « durée » est une séquence continue de moments, particulièrement lorsque ces mots sont associés à des termes tels que « commence », « continue », « réalisation », « amorcé », « parachevé » et sont reliés à ce qui est appelé « temps de perpétration » (art. 24, 25 et 26). La conséquence nécessaire, de ce point de vue, serait que tout moment du temps de perpétration serait un moment pendant lequel la violation se produit. Cette conclusion est toutefois incompatible avec la distinction faite aux articles 24 à 26. Apparemment, le moment et la durée d'une violation ne sont pas alors dans une relation d'équivalence. En fait, le terme « moment » semble plutôt viser la période pendant laquelle l'obligation est en vigueur, alors que le mot « durée » semble plutôt avoir de l'importance pour l'une des conséquences juridiques d'une violation, à savoir, selon les termes du commentaire (par. 5) de l'article 24[24] : « la détermination de l'étendue du préjudice causé par un fait internationalement illicite donné et, par conséquent, du montant de la réparation dû par l'Etat auteur du fait en question ». Or, en vertu de l'article 24, un fait de l'Etat « ne s'étendant pas dans le temps » n'a aucune durée; néanmoins, il est clair qu'il faut prendre en compte les effets d'un tel fait pour déterminer le montant de la réparation, et de tels effets doivent être évalués notamment en fonction de la durée de l'intérêt permanent affecté par la violation. D'autre part, comme il est indiqué dans le même paragraphe du commentaire de l'article 24 : « C'est toujours de la détermination du moment et de la durée de la violation d'une obligation internationale que dépendra la détermination du *moment** à partir duquel le délai de la prescription commencera à courir [...]. » Mais de quel moment s'agit-il : du premier ou du dernier

[22] Voir p. ex. art. 31 de la Convention de Vienne de 1969.

[23] Voir p. ex. J. Combacau, « Obligations de résultat et obligations de comportement : quelques questions et pas de réponse », *Mélanges offerts à Paul Reuter*, Paris, Pedone, 1981, p. 181; J. Combacau et D. Alland, « 'Primary' and 'secondary' rules in the law of State responsibility: categorizing international obligations », *Netherlands Yearbook of International Law, 1985*, La Haye, vol. 16, p. 81; et J. J. A. Salmon, « Le fait étatique complexe : une notion contestable », *Annuaire français de droit international, 1982*, Paris, vol. 28, p. 709.

[24] Voir *supra* note 21.

moment du « temps de perpétration » (étendu), ou d'un moment se situant quelque part entre les deux ? Et pour prendre une autre phase encore du processus global du droit exposé dans le même paragraphe, le moment et la durée d'une violation peuvent être décisifs en ce qui concerne :

[...] la détermination de l'existence ou non de la compétence d'un tribunal international pour connaître du différend engendré par la violation par un Etat d'une obligation internationale, au cas où, dans les accords passés entre les Parties au différend se trouve insérée une clause limitant la compétence du tribunal institué ou mentionné par ces accords aux différends relatifs à des « faits » ou à des « situations » postérieurs à une date déterminée — ceci pour autant que les parties en question n'aient pas expressément prévu de critères spéciaux d'interprétation de cette clause [...].

On constatera à ce sujet que les derniers mots de cette citation soulignent le caractère supplétif des articles considérés ici. Quoi qu'il en soit, la Commission précise, dans le commentaire (par. 10) de l'article 24[25], que l'analyse de l'affaire des *Phosphates du Maroc*[26] est particulièrement instructive en raison de la distinction qui y est faite entre un « fait instantané aux effets continus » et un « fait continu » se prolongeant lui-même avec un caractère de permanence. Toutefois, cette affaire porte sur l'interprétation des mots « au sujet des situations ou des faits postérieurs à cette ratification » figurant dans l'instrument pertinent. En outre, dans le contexte de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme, la tendance mentionnée dans le commentaire de l'article 18 (par. 21)[27] a été plutôt d'accepter la compétence de l'organe judiciaire (ou quasi judiciaire) approprié, même si le fait du gouvernement — ayant pour effet de limiter ou de supprimer les libertés fondamentales d'un particulier (qui ont un caractère continu) — s'est produit à un moment antérieur à l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'Etat (ou des Etats) impliqué dans le différend. Il est certain que l'objet et le but du système institué par ladite convention ne sont pas sans rapport avec cette tendance.

15) Compte tenu des observations qui précèdent, l'actuel Rapporteur spécial est d'avis que la Commission devrait réexaminer la question de savoir s'il faut traiter du *facteur temps* dans le projet d'articles sur la responsabilité des Etats. Il ne fait pas de doute que le problème existe en soi, et qu'il faut le régler dans la pratique. Il s'agit simplement de savoir s'il est possible d'élaborer sur cette question des règles suffisamment claires et dénuées d'ambiguïté qui permettront de régler le problème. L'actuel Rapporteur spécial doute que cela soit possible. En fait, dans les systèmes juridiques nationaux de plusieurs pays, la jurisprudence a montré que les dispositions législatives d'ordre général existant dans ce domaine donnent rarement naissance à des directives facilement applicables qui tiennent compte de la grande variété de normes et de situations. Il n'y a là rien de surprenant, car, comme l'a souligné le célèbre écrivain argentin Jorge Luis Borges, le temps est un sujet indocile.

16) Toute norme juridique, toute relation juridique, tout statut juridique et toute obligation juridique a des limites dans le temps, marquées par l'entrée en vigueur et l'expiration. Cela ne signifie pas que les faits se produisant au-delà de ces limites dans le temps soient *a priori* sans pertinence pour ce qui concerne la teneur de cette norme, de cette relation, de ce statut ou de cette obligation. Mais la mesure dans laquelle ils sont pertinents (et la manière dont ils le sont)[28] est une question de choix, choix qui doit être fait par ceux qui établissent la norme, la relation, le statut ou l'obligation. Souvent ce choix n'est pas fait, ou il l'est d'une manière plus ou moins ambiguë. Mais ces règles — ou plutôt ces « méta-règles » — sont inévitablement plus abstraites et laissent davantage le champ libre à la fiction que le choix fait par ceux qui établissent la norme, la relation, le statut ou l'obligation. Ces méta-règles tendent à devenir soit trop révolutionnaires, soit trop conservatrices. Cela est particulièrement vrai du droit international moderne, qui a notamment pour caractéristique de chercher à concilier les exigences de la coexistence des Etats souverains et celles de l'humanité.

Article 22. — Epuisement des recours internes

Lorsqu'un comportement d'un Etat a créé une situation non conforme au résultat requis de lui par une obligation internationale concernant le traitement à réserver à des particuliers étrangers, personnes physiques ou morales, mais qu'il ressort de l'obligation que ce résultat ou un résultat équivalent peut néanmoins être acquis par un comportement ultérieur de l'Etat, il n'y a violation de l'obligation que si les particuliers intéressés ont épuisé les recours internes efficaces leur étant disponibles sans obtenir le traitement prévu par l'obligation ou, au cas où cela n'était pas possible, un traitement équivalent.

1) L'Autriche juge « souhaitable de ne pas limiter l'application de l'article 22 aux obligations visées à l'article 21, mais d'inclure dans le premier membre de phrase de l'article 22 les obligations requérant l'adoption d'un comportement spécifiquement déterminé ».

2) Le Canada estime qu'il y aurait lieu de revoir l'article 22 compte tenu de l'exception à la règle de l'épuisement des recours internes « pour ce qui est des dommages causés à des particuliers étrangers ou à leurs biens en dehors du territoire de l'Etat en question ».

3) Le Mali estime que l'article 22 doit « tenir compte du fait que la violation d'une obligation peut advenir lorsque les recours internes traînent indéfiniment en longueur ».

4) Les Pays-Bas considèrent que la règle de l'épuisement des recours internes devrait s'appliquer uniquement aux cas dans lesquels la violation d'une obligation internationale dont un Etat est accusé a lieu dans les limites de la juridiction de ce dernier.

5) La République fédérale d'Allemagne « a toujours considéré cette règle comme étant une condition *de procédure* à l'exercice d'une réclamation consécutive à la violation d'une obligation internationale déjà établie quant au fond ».

6) L'Espagne fait observer que l'article 22 ne prévoit pas le type de situation où — comme c'est le cas en vertu de la Constitution espagnole de 1978 — le gouvernement peut, de sa propre initiative, prévenir ou réparer le

[25] *Annuaire... 1978*, vol. II (2e partie), p. 100.

[26] Arrêt de la CPJI du 14 juin 1938, *C.P.J.I. série A/B n° 74*, p. 10.

[27] *Annuaire... 1976*, vol. II (2e partie), p. 86 et 87, note 436.

[28] Cf. commentaire de l'article 18, *ibid.*, p. 86, note 433.

dommage résultant d'une violation du droit international par une collectivité publique territoriale.

7) De l'avis de l'actuel Rapporteur spécial, toutes ces observations écrites montrent que certains Etats ont des doutes quant à la manière dont la règle de l'épuisement des recours internes, prévue à l'article 22, doit être interprétée dans le cas visé au paragraphe 2 de l'article 21 et dans le cas d'un « fait complexe » (art. 18, par. 5, et art. 25, par. 3). En réalité, l'article 22 envisage un cas spécial d'application du paragraphe 2 de l'article 21, et la « succession d'actions ou omissions émanant des mêmes ou de différents organes étatiques intervenant dans une même affaire », qui peut se produire au cours de l'épuisement des recours internes, est l'exemple le plus caractéristique de la notion de fait complexe.

8) Il est évident que la question de savoir si — selon les termes du paragraphe 2 de l'article 21 et de l'article 22 — « il ressort de l'obligation que [le résultat requis] ou un résultat équivalent peut néanmoins être acquis par un comportement ultérieur de l'Etat » est là encore une question d'interprétation de la règle primaire elle-même. Selon l'article 22, c'est seulement dans le cas d'un « résultat requis [...] par une obligation internationale concernant le traitement à réserver à des particuliers étrangers » que les particuliers intéressés doivent prendre eux-mêmes l'initiative d'épuiser les recours internes « efficaces leur étant disponibles ». La violation de l'obligation n'est alors parachevée que si l'épuisement des recours internes n'aboutit pas au résultat requis ou à un résultat équivalent. Néanmoins, selon le paragraphe 5 de l'article 18, il y a violation de l'obligation, même si le « fait complexe » n'est complété qu'après la période durant laquelle l'obligation est en vigueur à l'égard de l'Etat intéressé. Cette disposition n'envisage pas le cas où, après l'expiration de la période durant laquelle l'obligation était en vigueur, l'acte complexe n'est pas complété, le résultat (qui n'est plus requis) ou un résultat équivalent ayant été atteint par l'épuisement des recours internes, ou autrement par des mesures prises par l'Etat de sa propre initiative.

9) On est ainsi amené à se demander pourquoi les obligations internationales « concernant le traitement à réserver à des particuliers étrangers » doivent faire l'objet d'un traitement spécial. La règle de l'épuisement des recours internes repose-t-elle sur l'idée que l'Etat n'a pas agi tant que tous ses organes compétents n'ont pas pris une position définitive ? Ou faut-il considérer le non-épuisement du recours interne comme une sorte de négligence de la part du particulier étranger ? Dans le premier cas, il semblerait qu'il n'y ait aucune raison de réserver un traitement spécial aux obligations concernant le traitement à accorder aux étrangers, car il suffirait de dire qu'il ressort de toute obligation de résultat que ce résultat ou un résultat équivalent peut être acquis par un comportement ultérieur de l'Etat. Dans le second cas, on pourrait exiger que l'étranger lui-même prenne une initiative, mais cette obligation serait plutôt une condition qu'il devrait remplir pour pouvoir déléguer la défense de ses intérêts à son Etat sur le plan international, et elle ne devrait pas être absolue. C'est ce que suggèrent, en fait, les observations écrites de la République fédérale d'Allemagne (v. *supra* par. 5) et celles du Canada, du Mali et des Pays-Bas (v. *supra* par. 2, 3 et 4).

10) Il faut noter que, si la Commission adoptait l'alinéa *b* du paragraphe 1 du projet d'article 6 de la deuxième partie, il serait inutile d'introduire la notion d'obligation de résultat, qui n'est pas véritablement une obligation de résultat, mais plutôt l'obligation d'atteindre un résultat définitif équivalent à un moment non déterminé. En fait, l'introduction de cette notion semble avoir pour seul objet de suspendre l'application de contre-mesures ou d'empêcher l'Etat lésé de saisir un tribunal international pendant un laps de temps raisonnable, au cours duquel l'Etat auteur peut, par un résultat équivalent, légaliser la situation. L'obligation faite à l'étranger lui-même de prendre l'initiative d'épuiser les recours internes est fondée sur une raison entièrement différente, à savoir que la situation relève de la juridiction de l'Etat présumé auteur.

11) Pour les raisons susmentionnées, l'actuel Rapporteur spécial propose à la Commission :

a) de supprimer le paragraphe 2 de l'article 21; et

b) de modifier l'article 22 comme suit :

« Lorsque le comportement d'un Etat agissant dans les limites de sa juridiction n'est pas conforme à ce qui est requis de lui par une obligation internationale concernant le traitement à réserver à des particuliers étrangers, personnes physiques ou morales, il n'y a violation de l'obligation que si les particuliers intéressés ont épuisé les recours internes efficaces leur étant disponibles sans obtenir le traitement prévu par l'obligation ou, au cas où cela n'était pas possible, un traitement équivalent. »

12) Cette nouvelle formulation de l'article 22 irait aussi dans le sens de l'observation écrite de l'Autriche (v. *supra* par. 1). La remarque faite par l'Espagne (v. *supra* par. 6) n'exige pas d'autres modifications de l'article 22. La simple possibilité pour l'Etat « de prévenir ou de réparer le dommage » de sa propre initiative n'impose pas au particulier étranger l'obligation de réclamer une telle mesure. En fait, le cas mentionné par l'Espagne relève du paragraphe 1 de l'article 7 et de l'article 10 : un fait internationalement illicite a été commis et si le gouvernement intervient, il s'acquitte de l'obligation visée à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 6 de la deuxième partie, proposé par l'actuel Rapporteur spécial.

IMMUNITÉS JURIDICTIONNELLES DES ÉTATS ET DE LEURS BIENS

[Point 3 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/396*

Huitième rapport sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, par M. Sompong Sucharitkul, rapporteur spécial

[Original: anglais]
[3 mars 1986]

TABLE DES MATIÈRES

		Pages
Note		23
PROJET D'ARTICLES RELATIF AUX IMMUNITÉS JURIDICTIONNELLES DES ETATS ET DE LEURS BIENS		23
	Paragraphes	
Note liminaire	1-6	23
Chapitres		
I. A. Projets d'articles adoptés provisoirement par la Commission		24
PREMIÈRE PARTIE. — INTRODUCTION		
Article premier. — Portée des présents articles		24
Article 2. — Expressions employées Paragraphe 1, al. *a* et *g*		24
Article 3. — Dispositions interprétatives Paragraphe 2		24
	Paragraphes	
Notes explicatives	7-10	24
DEUXIÈME PARTIE. — PRINCIPES GÉNÉRAUX		
Article 6. — Immunité des Etats		25
Article 7. — Modalités pour donner effet à l'immunité des Etats		25
Article 8. — Consentement exprès à l'exercice de la juridiction		25
Article 9. — Effet de la participation à une procédure devant un tribunal		25
Article 10. — Demandes reconventionnelles		25
	Paragraphes	
Notes explicatives	11-12	25
TROISIÈME PARTIE. — EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE L'IMMUNITÉ DES ETATS		
Article 12. — Contrats commerciaux		26
Article 13. — Contrats de travail		26
Article 14. — Dommages aux personnes et aux biens		26
Article 15. — Propriété, possession et usage de biens		26
Article 16. — Brevets d'invention, marques de fabrique ou de commerce et autres objets de propriété intellectuelle ou industrielle		26
Article 17. — Questions fiscales		26
Article 18. — Participation à des sociétés ou autres groupements		26
Article 19. — Navires en service commercial dont un Etat a la propriété ou l'exploitation		27
Article 20. — Effet d'un accord d'arbitrage		27

* Incorporant le document A/CN.4/396/Corr.1.

Chapitres *Paragraphes* *Pages*

Notes explicatives ... 13-25 27

B. Projets d'articles en instance d'examen au Comité de rédaction ... 26-33 29

DEUXIÈME PARTIE. — PRINCIPES GÉNÉRAUX

Article 6. — Immunité des Etats ... 29

Paragraphes

Notes explicatives ... 27-30 29

Article 6. — Immunité des Etats

Variante A ... 29

Variante B ... 29

Variante C ... 29

TROISIÈME PARTIE. — EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE L'IMMUNITÉ DES ÉTATS

Article 11. — Application des exceptions prévues dans la présente partie [*texte révisé*] ... 29

Paragraphes

Notes explicatives ... 31-32 29

QUATRIÈME PARTIE. — IMMUNITÉ DES ETATS EN CE QUI CONCERNE LES MESURES D'EXÉCUTION VISANT LEURS BIENS

Article 21. — Champ d'application de la présente partie ... 30

Article 22. — Immunité des Etats en ce qui concerne les mesures d'exécution ... 30

Article 23. — Effet du consentement exprès à des mesures d'exécution ... 30

Article 24. — Catégories de biens généralement exempts de mesures d'exécution ... 30

Paragraphes

Notes explicatives ... 33 30

C. Projets d'articles dont l'examen doit être poursuivi par la Commission [textes révisés et mis à jour] ... 34-42 30

PREMIÈRE PARTIE. — INTRODUCTION

Article 2. — Expressions employées

Paragraphe 1, al. *e*, et paragraphe 2 ... 31

Article 3. — Dispositions interprétatives

Paragraphe 1 ... 31

Article 4. — Immunités juridictionnelles n'entrant pas dans le champ d'application des présents articles ... 31

Article 5. — Non-rétroactivité des présents articles ... 31

Paragraphes

Notes explicatives ... 35-39 31

CINQUIÈME PARTIE. — DISPOSITIONS DIVERSES

Article 25. — Immunités des souverains et autres chefs d'Etat ... 32

Article 26. — Signification des actes introductifs d'instance et jugement par défaut ... 32

Article 27. — Privilèges de procédure ... 32

Article 28. — Limitation ou extension des immunités et privilèges ... 32

Paragraphes

Notes explicatives ... 40-42 33

II. PARTIES ADDITIONNELLES ... 43-50 33

A. Règlement des différends ... 44-48 33

SIXIÈME PARTIE. — RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

Article 29. — Consultation et négociation ... 34

Article 30. — Conciliation ... 34

Article 31. — Règlement judiciaire et arbitrage ... 34

Article 32. — Règlement par un accord commun ... 35

Article 33. — Autres dispositions en vigueur pour le règlement des différends ... 35

Annexe ... 35

Paragraphes

B. Dispositions finales ... 49-50 35

SEPTIÈME PARTIE. — DISPOSITIONS FINALES

Article 34. — Signature ... 36

Article 35. — Ratification ... 36

Article 36. — Adhésion ... 36

Chapitres *Pages*

Article 37. — Entrée en vigueur 36
Article 38. — Textes authentiques 36

Paragraphes

III. OBSERVATIONS FINALES 51-60 36

NOTE

Conventions multilatérales mentionnées dans le présent rapport :

	Sources
Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Vienne, 18 avril 1961)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 500, p. 95.
Convention de Vienne sur les relations consulaires (Vienne, 24 avril 1963)	*Ibid.*, vol. 596, p. 261.
Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969)	*Ibid.*, vol. 1155, p. 331.
Convention sur les missions spéciales (New York, 8 décembre 1969)	*Ibid.*, p. 130.
Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection diplomatique, y compris les agents diplomatiques (New York, 14 décembre 1973)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1035, p. 167.
Convention de Vienne sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (Vienne, 14 mars 1975)	Nations Unies, *Annuaire juridique 1975* (numéro de vente : F.77.V.3), p. 90.
Convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités (Vienne, 23 août 1978)	Nations Unies, *Annuaire juridique 1978* (numéro de vente : F.80.V.1), p. 130.
Convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de biens, archives et dettes d'Etat (Vienne, 7 avril 1983)	A/CONF.117/14.
Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales (Vienne, 21 mars 1986)	A/CONF.129/15.

Projet d'articles relatif aux immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens

NOTE LIMINAIRE

1. Le présent rapport est le huitième et dernier rapport établi par le Rapporteur spécial sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens; il comporte une série de projets d'articles que la Commission du droit international doit examiner en première lecture. Cette série est à peu près complète; il ne lui manque que les clauses finales, dont l'élaboration pourrait être laissée aux soins de la future conférence de codification, ainsi qu'une disposition sur le règlement des différends, qui pourrait prendre la forme d'un article ou d'un protocole facultatif susceptible d'être adopté lorsque le corps du projet d'articles aura été approuvé dans son ensemble. Avant d'examiner s'il est nécessaire, à ce stade, d'ajouter d'autres articles au projet pour en compléter la première lecture, il convient peut-être de récapituler et d'indiquer l'état actuel des projets d'articles qui ont déjà été soumis en vue de leur mise au point pour la première lecture.

2. A toutes fins utiles, il importe, premièrement, de recenser les projets d'articles que la Commission a adoptés provisoirement. Ces textes se trouvent déjà réunis dans une note présentée par le Secrétaire général à la quarantième session de l'Assemblée générale, dont la section IV est relative aux « Projets d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens adoptés provisoirement par la Commission du droit international »[1]. Ces projets d'articles sont reproduits pour plus de commodité dans la section A du chapitre Ier et sont accompagnés des commentaires additionnels jugés appropriés. Ce premier groupe comprend : pour la première partie du projet, l'article Ier et certaines dispositions des articles 2 et 3; pour la deuxième partie, les articles 7 à 10; et pour la troisième partie, les articles 12 à 20.

[1] A/40/447.

3. Il convient, deuxièmement, de mentionner les projets d'articles qui ont été examinés par la Commission, et dont le Comité de rédaction est maintenant saisi. Il s'agit de l'article 6, dans la deuxième partie du projet, de l'article 11, dans la troisième partie, et des projets d'articles 21 à 24, dans la quatrième partie. Ces projets d'articles, tels qu'ils ont été révisés par le Rapporteur spécial, sont reproduits dans la section B du chapitre Ier, avec, en tant que de besoin, des notes explicatives.

4. Troisièmement, la première et la cinquième partie contiennent des projets d'articles que le Rapporteur spécial avait présentés précédemment et que la Commission devra peut-être examiner davantage avant de les renvoyer au Comité de rédaction. Il s'agit, pour la première partie du projet, de certaines dispositions des articles 2 et 3, ainsi que des articles 4 et 5, et pour la cinquième partie, des articles 25 à 28. Ces projets d'articles sont reproduits dans la section C du chapitre Ier.

5. Il convient également d'appeler l'attention de la Commission sur la possibilité d'ajouter une sixième partie relative au règlement des différends et/ou une septième partie relative aux dispositions finales. Ces questions sont traitées au chapitre II du présent rappport.

6. Au chapitre III, le Rapporteur spécial s'efforce, en manière de conclusion, de dissiper certains doutes précédemment émis à la CDI ou à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, de calmer certaines appréhensions et de souligner l'urgente nécessité d'une convention en la matière, eu égard aux faits alarmants, de plus en plus fréquents, constatés dans la pratique de certains Etats. Les principes des immunités des Etats ne pourront être préservés que si les nations parviennent à s'entendre sur l'étendue de leur application, tout en autorisant la souplesse nécessaire. L'absence d'une convention générale ou tout nouveau retard dans son adoption montrerait que les Etats ne sont guère disposés ou n'ont guère la volonté de trouver une solution de compromis à chacun des problèmes pressants qu'il reste à résoudre. Si les événements devaient prendre un tel cours, il est incontestable que ce seront les pays en développement, dans leur majorité sinon leur quasi-totalité, qui en subiront les pires conséquences.

CHAPITRE PREMIER

A. — Projets d'articles adoptés provisoirement par la Commission

PREMIÈRE PARTIE

INTRODUCTION

Article premier. — Portée des présents articles

Les présents articles s'appliquent à l'immunité d'un Etat et de ses biens de la juridiction des tribunaux d'un autre Etat.

Article 2. — Expressions employées

1. Aux fins des présents articles :

a) Le terme « tribunal » s'entend de tout organe d'un Etat, quelle que soit sa dénomination, habilité à exercer des fonctions judiciaires;

[...]

g) L'expression « contrat commercial » désigne :

i) Tout contrat ou accord de caractère commercial de vente ou d'achat de biens ou de fourniture de services;

ii) Tout contrat de prêt ou autre accord de nature financière, y compris toute obligation de garantie en rapport avec un tel prêt ou toute obligation d'indemnisation en rapport avec un tel accord;

iii) Tout autre contrat ou accord de toute autre nature commerciale ou industrielle, ou concernant le louage d'ouvrages ou d'industrie, à l'exclusion d'un contrat de travail.

Article 3. — Dispositions interprétatives

[...]

2. Pour déterminer si un contrat de vente ou d'achat de biens ou de fourniture de services est un contrat commercial, il convient de tenir compte en premier lieu de la nature du contrat, mais il faut aussi prendre en considération le but du contrat si, dans la pratique de cet Etat, ce but est pertinent pour déterminer la nature non commerciale du contrat.

Notes explicatives

7. Le texte initial de l'*article 1er*, qui avait été adopté, avec un commentaire, à la trente-deuxième session de la Commission[2], a été ensuite révisé à la trente-quatrième session[3], de manière à mieux marquer la portée plus étroite du projet d'articles, en la limitant à l'immunité d'un Etat à l'égard de la juridiction des tribunaux d'un autre Etat. Cette portée plus limitée laisse donc de côté la question plus large de l'immunité d'un Etat à l'égard de l'autorité souveraine exercée par des organes d'un autre Etat autres que les tribunaux, par exemple par les autorités exécutives, administratives ou militaires, dans des domaines autres que le domaine judiciaire. Il faudra peut-être revoir cet aspect après l'examen de la quatrième partie du projet.

8. Le *paragraphe 1, alinéa* a, *de l'article 2* est un corollaire du texte révisé de l'article 1er. Une définition du terme « tribunal » a été jugée nécessaire. Dans le présent contexte, tout organe d'un Etat habilité à exercer des fonctions judiciaires est un tribunal, quelle que soit la dénomination utilisée[4]. Il faudra peut-être revoir cette définition après un examen plus approfondi du pouvoir d'ordonner ou d'adopter des mesures d'exécution exercé par un organe de l'Etat ne remplissant pas de fonctions judiciaires.

9. Le *paragraphe 1, alinéa* g, *de l'article 2*, où la lettre de l'alinéa sera peut-être changée ultérieurement, a été introduit en relation avec l'exception des « contrats commerciaux », visée à l'article 12, et a été adopté, à la trente-cinquième session, en même temps que la disposition interprétative du paragraphe 2 de

[2] *Annuaire... 1980*, vol. II (2e partie), p. 138.

[3] *Annuaire... 1982*, vol. II (2e partie), p. 104, avec un commentaire.

[4] *Ibid.*

l'article 3[5]. L'emploi de l'expression « contrat commercial » est intrinsèquement élargi par l'énumération des trois catégories de contrats ou d'accords, qui ne comprennent pas les contrats de travail.

10. Dans l'*article 3*, le critère de la « nature » et celui du « but » ont reçu l'importance et la priorité qui convenaient pour déterminer si un contrat est ou non commercial. On se réfère en premier lieu à la nature de l'accord. Si, suivant le critère de la « nature », l'accord est non commercial, il s'agit incontestablement d'un contrat non commercial. Mais s'il apparaît que le contrat est de nature commerciale, il faut aussi prendre en considération le but du contrat si, dans la pratique même de l'Etat en cause, c'est-à-dire de l'Etat partie au contrat, le « but » est pertinent pour déterminer la nature non commerciale du contrat. Que ce but soit pertinent ne signifie pas qu'il est décisif; de même, le fait de « prendre en considération » ne détermine pas nécessairement la nature non commerciale du contrat. Le but ne doit pas être méconnu, mais doit être pris en considération dans le cadre, notamment, de la lutte contre la famine, d'une épidémie ou d'une catastrophe naturelle dans les pays en développement. Des considérations humanitaires peuvent suffire à effacer la nature apparemment commerciale d'un accord et à en souligner le caractère non commercial. En revanche, si, dans la pratique de l'Etat partie au contrat, le but de l'accord n'est pas pertinent, cet Etat ne devrait pas pouvoir invoquer le critère du but pour nier la nature commerciale de l'accord. La pratique de l'Etat du for n'est pas ici en cause. Le tribunal est généralement libre d'adopter n'importe quel critère ou de suivre la pratique du pouvoir exécutif, lorsqu'il détermine le caractère non commercial d'un contrat en appliquant le critère de son « but » en plus du critère primaire de sa « nature ».

DEUXIÈME PARTIE
PRINCIPES GÉNÉRAUX

Article 6. — Immunité des Etats[6]

Article 7. — Modalités pour donner effet à l'immunité des Etats

1. Un Etat donne effet à l'immunité des Etats [prévue par l'article 6] en s'abstenant d'exercer sa juridiction dans une procédure devant ses tribunaux contre un autre Etat.

2. Une procédure devant un tribunal d'un Etat est considérée comme étant intentée contre un autre Etat, que celui-ci soit ou non cité comme partie à la procédure, dans la mesure où cette procédure vise en fait à obliger cet autre Etat soit à se soumettre à la juridiction du tribunal, soit à supporter les conséquences d'une décision du tribunal qui peuvent avoir une incidence à l'égard des droits, intérêts, biens ou activités de cet autre Etat.

3. En particulier, une procédure devant un tribunal d'un Etat est considérée comme étant intentée contre un autre Etat lorsqu'elle est intentée contre l'un de ses organes, contre l'un de ses organismes ou institutions à l'égard d'un acte accompli dans l'exercice de prérogatives de la puissance publique, ou contre l'un de ses représentants à l'égard d'un acte accompli en sa qualité de représentant ou lorsque cette procédure vise à priver cet autre Etat de ses biens ou de l'usage de biens qui sont en sa possession ou sous son contrôle.

Article 8. — Consentement exprès à l'exercice de la juridiction

Un Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction dans une procédure devant un tribunal d'un autre Etat à l'égard d'une matière s'il a consenti expressément à l'exercice de la juridiction de ce tribunal à l'égard d'une telle matière :

***a*) par accord international;**

***b*) dans un contrat écrit; ou**

***c*) par une déclaration devant le tribunal dans une affaire déterminée.**

Article 9. — Effet de la participation à une procédure devant un tribunal

1. Un Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction dans une procédure devant un tribunal d'un autre Etat :

***a*) s'il a engagé lui-même ladite procédure; ou**

***b*) si, quant au fond, il est intervenu à ladite procédure ou y a participé de quelque façon que ce soit.**

2. L'alinéa *b* du paragraphe 1 ci-dessus ne s'applique à aucune intervention ou participation à seule fin :

***a*) d'invoquer l'immunité; ou**

***b*) de faire valoir un droit ou un intérêt à l'égard d'un bien en cause dans la procédure.**

3. Le défaut de comparution d'un Etat dans une procédure devant un tribunal d'un autre Etat n'est pas réputé valoir consentement de cet Etat à l'exercice de la juridiction de ce tribunal.

Article 10. — Demandes reconventionnelles

1. Un Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction dans une procédure engagée par lui-même devant un tribunal d'un autre Etat à l'égard d'une demande reconventionnelle introduite contre lui qui est fondée sur le même rapport de droit ou les mêmes faits que la demande principale.

2. Un Etat qui intervient pour introduire une demande dans une procédure devant un tribunal d'un autre Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction à l'égard dudit tribunal en ce qui concerne une demande reconventionnelle introduite contre lui qui est fondée sur le même rapport de droit ou les mêmes faits que la demande introduite par lui.

3. Un Etat qui introduit une demande reconventionnelle dans une procédure engagée contre lui devant un tribunal d'un autre Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction à l'égard dudit tribunal en ce qui concerne la demande principale.

Notes explicatives

11. A l'exception de l'article 6, les articles de la deuxième partie du projet, adoptés provisoirement par la Commission, ont donné lieu à relativement moins de commentaires. Il convient néanmoins de noter que, tel qu'il a été provisoirement adopté, l'*article 7* contient encore une référence à l'article 6 placée entre crochets,

---

[5] *Annuaire... 1983*, vol. II (2e partie), p. 37.

[6] Le texte de l'article 6, adopté provisoirement par la Commission à sa trente-deuxième session, avec un commentaire, était le suivant :

« *Article 6. — Immunité des Etats*

« 1. Tout Etat est exempt de la juridiction d'un autre Etat conformément aux dispositions des présents articles.

« 2. L'immunité des Etats reçoit effet conformément aux dispositions des présents articles. »

(*Annuaire... 1980*, vol. II [2e partie], p. 139 et suiv.)

Cet article a été examiné de nouveau par la Commission et a encore donné lieu à des divergences de vues. Le Comité de rédaction a aussi réexaminé l'article 6 tel qu'il avait été adopté provisoirement. Bien que le Comité n'ait pas proposé de nouveau texte, la Commission a décidé de revoir cet article à ses sessions futures. Le Comité de rédaction a procédé à un bref examen de l'article 6 à la trente-septième session, mais il n'a pu l'achever, faute de temps.

qu'il faudra conserver ou supprimer suivant le résultat de l'examen ultérieur de l'article 6.

12. Les *articles 7, 8 et 9* et leurs commentaires ont été adoptés provisoirement par la Commission, à la trente-quatrième session[7]. L'*article 10* a été adopté provisoirement, avec un commentaire, à la trente-cinquième session[8].

TROISIÈME PARTIE

EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE L'IMMUNITÉ DES ÉTATS

Article 12. — Contrats commerciaux

1. Si un Etat conclut, avec une personne physique ou morale étrangère, un contrat commercial, et si, en vertu des règles applicables de droit international privé, des contestations relatives à ce contrat commercial relèvent de la juridiction d'un tribunal d'un autre Etat, cet Etat est censé avoir consenti à l'exercice de cette juridiction dans une procédure judiciaire fondée sur ce contrat commercial, et, par conséquent, ne peut invoquer l'immunité de juridiction dans cette procédure.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas :

***a*) dans le cas d'un contrat commercial conclu entre Etats ou de gouvernement à gouvernement;**

***b*) si les parties au contrat commercial en sont expressément convenues autrement.**

Article 13. — Contrats de travail

1. A moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement, l'immunité d'un Etat ne peut être invoquée devant un tribunal d'un autre Etat, compétent en l'espèce, dans une procédure judiciaire se rapportant à un contrat de travail entre l'Etat et une personne physique pour un travail accompli ou devant être accompli, en totalité ou en partie, sur le territoire de cet autre Etat, si l'employé a été recruté dans cet autre Etat et est soumis aux dispositions de sécurité sociale qui peuvent être en vigueur dans cet autre Etat.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas :

***a*) si l'employé a été engagé pour s'acquitter de services associés à l'exercice de la puissance publique;**

***b*) si l'action concerne l'engagement, le renouvellement de l'engagement ou la réintégration d'un candidat;**

***c*) si l'employé n'était ni ressortissant ni résident habituel de l'Etat du for au moment où le contrat de travail a été conclu;**

***d*) si l'employé est ressortissant de l'Etat employeur au moment où l'action est engagée;**

***e*) si l'employé et l'Etat employeur en sont convenus autrement par écrit, sous réserve de considérations d'ordre public conférant aux tribunaux de l'Etat du for juridiction exclusive en raison de l'objet de l'action.**

Article 14. — Dommages aux personnes ou aux biens

A moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement, un Etat ne peut invoquer l'immunité de la juridiction des tribunaux d'un autre Etat à l'égard d'une action en réparation en cas de décès ou d'atteinte à l'intégrité physique d'une personne ou en cas de dommage ou de perte d'un bien corporel si l'acte ou l'omission qui est présumé attribuable à l'Etat et qui a causé le décès, l'atteinte à l'intégrité physique de la personne ou le dommage au bien s'est produit, en totalité ou en partie, sur le territoire de l'Etat du for et si l'auteur de l'acte ou de l'omission était présent sur ce territoire au moment de l'acte ou de l'omission.

Article 15. — Propriété, possession et usage de biens

1. L'immunité d'un Etat ne peut être invoquée pour s'opposer à ce que le tribunal d'un autre Etat, compétent en l'espèce, exerce sa juridiction dans une procédure judiciaire se rapportant à la détermination :

***a*) d'un droit ou intérêt de l'Etat sur un bien immobilier situé sur le territoire de l'Etat du for, de la possession du bien immobilier par l'Etat ou de l'usage qu'il en fait, ou d'une obligation de l'Etat qui lui incombe soit en qualité de titulaire d'un droit sur le bien immobilier soit en raison de la possession ou de l'usage de ce bien; ou**

***b*) d'un droit ou intérêt de l'Etat sur un bien mobilier ou immobilier né d'une succession, d'une donation ou d'une vacance; ou**

***c*) d'un droit ou intérêt de l'Etat à l'égard de l'administration d'un bien faisant partie du patrimoine d'une personne décédée ou aliénée ou d'un failli; ou**

***d*) d'un droit ou intérêt de l'Etat à l'égard de l'administration d'un bien d'une société en cas de dissolution; ou**

***e*) d'un droit ou intérêt de l'Etat à l'égard de l'administration d'un *trust* ou autre bien en fidéicommis.**

2. Rien n'empêche le tribunal d'un autre Etat d'exercer sa juridiction dans une procédure judiciaire intentée devant lui contre une personne autre qu'un Etat, nonobstant le fait que l'action porte sur un bien ou a pour but de priver l'Etat d'un bien :

***a*) qui est en la possession ou sous le contrôle de l'Etat; ou**

***b*) sur lequel l'Etat revendique un droit ou intérêt,**

lorsque l'Etat lui-même n'aurait pu invoquer l'immunité si l'action avait été intentée contre lui ou lorsque le droit ou intérêt revendiqué par l'Etat n'est ni reconnu ni confirmé par un commencement de preuve.

3. Les paragraphes précédents s'entendent sans préjudice de l'immunité des Etats en ce qui concerne la saisie et la saisie-exécution de leurs biens, ou de l'inviolabilité des locaux de missions diplomatiques ou spéciales ou autres missions officielles ou de locaux consulaires ou de l'immunité de juridiction dont jouit un agent diplomatique en ce qui concerne un immeuble privé qu'il possède pour le compte de l'Etat accréditant aux fins d'une mission.

Article 16. — Brevets d'invention, marques de fabrique ou de commerce et autres objets de propriété intellectuelle ou industrielle

A moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement, l'immunité d'un Etat ne peut être invoquée devant un tribunal d'un autre Etat, compétent en l'espèce, dans une procédure judiciaire se rapportant à :

***a*) la détermination d'un droit de l'Etat sur un brevet, un dessin ou modèle industriel, un nom commercial ou une raison sociale, une marque de fabrique ou de commerce ou un droit d'auteur ou toute autre forme analogue de propriété intellectuelle ou industrielle qui bénéficie d'une mesure de protection juridique, même provisoire, dans l'Etat du for; ou**

***b*) une allégation de non-respect par l'Etat sur le territoire de l'Etat du for d'un droit visé à l'alinéa *a* ci-dessus, appartenant à un tiers et protégé dans l'Etat du for.**

Article 17. — Questions fiscales

A moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement, l'immunité d'un Etat ne peut être invoquée devant un tribunal d'un autre Etat dans une procédure judiciaire concernant les obligations fiscales dont il serait redevable selon le droit de l'Etat du for, telles que les impôts, taxes ou autres redevances similaires.

Article 18. — Participation à des sociétés ou autres groupements

1. Sauf accord contraire entre les Etats concernés, un Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat dans une procédure relative à sa participation dans une société ou un groupement ayant ou non la personnalité juridique et concernant les rapports sociétaires, à condition que la société ou le groupement :

***a*) comprenne des parties autres que des Etats ou des organisations internationales; et**

---

[7] *Annuaire... 1982*, vol. II (2e partie), p. 105 et suiv.

[8] *Annuaire... 1983*, vol. II (2e partie), p. 23 et suiv.

b) soit constitué selon la loi de l'Etat du for ou ait le siège de sa direction ou son principal établissement dans cet Etat.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas si des dispositions contraires ont été convenues par écrit entre les parties au différend ou sont contenues dans les statuts ou tout autre instrument établissant ou régissant la société ou le groupement en question.

Article 19. — Navires en service commercial dont un Etat a la propriété ou l'exploitation

1. A moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement, un Etat qui a la propriété ou l'exploitation d'un navire en service comercial [non gouvernemental] ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat, compétent en l'espèce, dans aucune procédure judiciaire se rapportant à l'exploitation de ce navire si, au moment du fait qui a donné lieu à l'action, le navire était utilisé ou destiné exclusivement à être utilisé à des fins commerciales [non gouvernementales].

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux navires de guerre et navires auxiliaires, ni aux autres navires dont un Etat est le propriétaire ou l'exploitant et qui sont utilisés ou destinés à être utilisés en service gouvernemental non commercial.

3. Aux fins du présent article, l'expression « procédure judiciaire se rapportant à l'exploitation de ce navire » s'entend notamment de toute procédure judiciaire comportant le règlement :

a) d'une demande du chef d'abordage ou d'autres accidents de navigation;

b) d'une demande du chef d'assistance, de sauvetage et d'avaries communes;

c) d'une demande du chef de réparation, fournitures ou autres contrats relatifs au navire.

4. A moins que les Etats concernés n'en conviennent autrement, un Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat, compétent en l'espèce, dans aucune procédure judiciaire se rapportant au transport d'une cargaison à bord d'un navire dont un Etat est le propriétaire ou l'exploitant et qui assure un service commercial [non gouvernemental] si, au moment du fait qui a donné lieu à l'action, le navire était utilisé ou destiné exclusivement à être utilisé à des fins commerciales [non gouvernementales].

5. Le paragraphe 4 ne s'applique à aucune cargaison transportée à bord des navires visés au paragraphe 2 ni à aucune cargaison appartenant à un Etat et utilisée ou destinée à être utilisée aux fins d'un service gouvernemental non commercial.

6. Les Etats peuvent invoquer tous les moyens de défense, de prescription et de limitation de responsabilité dont peuvent se prévaloir les navires et cargaisons privés et leurs propriétaires.

7. Si, dans une procédure judiciaire, la question du caractère gouvernemental et non commercial du navire ou de la cargaison se trouve posée, la production devant le tribunal d'une attestation signée par le représentant diplomatique ou autre autorité compétente de l'Etat auquel appartient le navire ou la cargaison vaudra preuve du caractère de ce navire ou de cette cargaison.

Article 20. — Effet d'un accord d'arbitrage

Si un Etat conclut par écrit un accord avec une personne physique ou morale étrangère afin de soumettre à l'arbitrage des contestations relatives à [un contrat commercial] [une matière civile ou commerciale], cet Etat ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat, compétent en l'espèce, dans une procédure judiciaire se rapportant à :

a) la validité ou l'interprétation de l'accord d'arbitrage,

b) la procédure d'arbitrage,

c) l'annulation de la sentence arbitrale,

à moins que l'accord d'arbitrage n'en dispose autrement.

Notes explicatives

13. Le texte des articles 12 et 15, et leurs commentaires, ont été adoptés provisoirement par la Commission à sa trente-cinquième session[9]. La Commission reverra le titre de la troisième partie lorsqu'elle aura examiné toutes les exceptions possibles[10].

14. L'*article 12* a été adopté en même temps que ses dispositions connexes (art. 2, par. 1, al. *g*, et art. 3, par. 2), comme il est indiqué plus haut (par. 9 et 10). Il faut rappeler que l'exception énoncée dans cet article, qui se rapportait initialement à la notion plus large d'« activités commerciales », se limite maintenant aux « contrats commerciaux », tels qu'ils sont définis au paragraphe 1, al. *g*, de l'article 2, et interprétés au paragraphe 2 de l'article 3. Au cours des débats qui ont eu lieu par la suite à la Sixième Commission et à la CDI, on a fait observer qu'il conviendrait peut-être d'exiger un lien plus clair et plus étroit avec le territoire de l'Etat du for pour justifier l'exercice de la juridiction de cet Etat à l'égard du contrat commercial en question, car, tel qu'il a été provisoirement adopté, l'article 12 s'en remet sur ce point aux « règles applicables de droit international privé ». On pourrait resserrer le lien territorial avec l'Etat du for, en exigeant, en outre, que le contrat ait été conclu ou ait été exécuté ou exécutoire en tout ou en partie sur le territoire de l'Etat du for ou, plus explicitement encore, que l'Etat partie au contrat commercial ait créé ou maintenu un établissement dans l'Etat du for, de manière à renforcer le lien territorial nécessaire pour justifier l'exercice de la juridiction.

15. Les articles 13 et 14 et leurs commentaires ont été adoptés provisoirement par la Commission à sa trente-sixième session, en même temps que les articles 16, 17 et 18[11]. Chacune des exceptions contenues dans ces cinq articles ont également fait l'objet d'observations à la Sixième Commission. Ces exceptions seront examinées, compte tenu des commentaires et observations qui seront présentés lors de la deuxième lecture des projets d'articles.

16. Concernant l'*article 13*, il convient de noter, à ce stade, que la condition additionnelle énoncée au paragraphe 1, selon laquelle l'employé devait être « soumis aux dispositions de sécurité sociale qui peuvent être en vigueur dans cet autre Etat », suscite de plus en plus d'objections, car elle est jugée superflue. La raison en est que beaucoup de pays, et surtout de pays en développement, n'appliquent, pour autant qu'on le sache, aucune mesure de sécurité sociale.

17. L'exception relative aux « dommages aux personnes ou aux biens », visée à l'*article 14*, a fait l'objet de nouvelles controverses et d'un intérêt accru du fait des possibilités que font apparaître l'affaire *Letelier* c. *République du Chili* (1980)[12] et l'incident concernant l'attentat contre le navire *Rainbow Warrior* en Nouvelle-Zélande en juillet 1985[13]. D'autre part, les procès vexatoires, qui ne sont pas souhaitables et qui

[9] *Annuaire... 1983*, vol. II (2e partie), p. 27 à 36 et 38 à 40.

[10] *Ibid.*, p. 23, note 68.

[11] *Annuaire... 1984*, vol. II (2e partie), p. 65 et suiv.

[12] Etats-Unis d'Amérique, *Federal Supplement*, 1980, vol. 488, p. 665; voir aussi H. D. Collums, « The *Letelier* case: Foreign sovereign liability for acts of political assassination », *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville (Va.), vol. 21, 1981, p. 251.

[13] Cet incident s'est produit à la suite de l'opposition de la France aux activités de l'organisation Greenpeace, qui a conduit à l'attentat contre le *Rainbow Warrior*; des réclamations ont été portées devant les tribunaux néo-zélandais contre le Gouvernement français et ses agents.

devraient être découragés, sont toujours à craindre, surtout dans les pays hautement développés qui assument une juridiction toujours plus large et multiplient les occasions d'intenter des procès contre un organe ou un représentant d'un gouvernement étranger en matière de responsabilité pour accidents ou de quasi-délits non commerciaux. Même si l'immunité doit être affirmée par le tribunal ou invoquée avec succès par l'Etat, les dépenses nécessaires pour établir l'immunité peuvent être trop élevées pour un pays en développement et tout à fait hors de proportion avec les mérites relatifs de la cause, ce qui risque de lui porter préjudice sans aucune contrepartie. Ce sont là des problèmes et des considérations pratiques qui méritent la plus grande attention. Il conviendrait aussi d'examiner, à ce propos, la possibilité de maintenir l'immunité de l'Etat en cas de dommages causés à des personnes ou à des biens par suite d'un acte accompli dans l'exercice d'une fonction ou d'une autorité gouvernementale. Si la responsabilité de l'Etat découle d'un acte susceptible d'être qualifié d'acte *jure imperii*, on peut se demander si ce sont les tribunaux de l'Etat du for qui offrent le meilleur moyen de régler le différend. On peut soutenir que la règle de l'épuisement des recours internes peut obliger l'Etat du for à exercer sa juridiction et à refuser l'immunité, écartant ainsi toute possibilité de déni de justice, surtout si l'Etat du for est en fait aussi le *locus delicti commissi*. On peut se demander à bon droit si les tribunaux territoriaux ou locaux devraient s'abstenir d'exercer leur juridiction en cas de dommages subis par leurs propres nationaux du fait d'un gouvernement étranger. Il est indispensable d'aborder ce problème avec un souci d'équilibre si on veut vraiment le résoudre. Peut-être l'article 14 constitue-t-il un compromis équitable et nuancé. Il est à espérer que la deuxième lecture permettra de clarifier cette question après que les vues et réactions des gouvernements auront été dûment prises en considération.

18. L'*article 15* a été favorablement accueilli en tant que constituant une exception claire à l'immunité des Etats, fondée sur la primauté du *forum rei sitae*, et en tant que règle généralement acceptée sur l'applicabilité de la *lex situs* en droit international privé. Cette règle est conforme au principe de la souveraineté territoriale en droit international public.

19. Les articles 16, 17 et 18 n'ont pas provoqué autant d'opposition que les articles 13 et 14; en effet, chacune de ces trois exceptions se rapporte en quelque sorte à l'exception principale que constituent les contrats commerciaux visés à l'article 12 ou à l'exception des biens visés à l'article 15. De plus, ces trois exceptions sont appuyées par une pratique assez uniforme des Etats dans les domaines respectifs.

20. L'*article 16* a suscité des réserves de la part de certains représentants de pays en développement, soucieux de dissiper et d'écarter tout doute quant à leur liberté de choix et à leur pouvoir souverain de nationaliser des biens sur leur territoire et quant à l'étendue des effets extraterritoriaux des décrets de nationalisation et des mesures d'expropriation, surtout dans le contexte du transfert de la technologie et dans celui de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Ces appréhensions seront peut-être dissipées en partie par le texte proposé pour le paragraphe 2 de l'article 11; cependant, certains membres de la Commission semblent hésiter encore à appuyer pleinement cette exception.

21. L'exception sur les questions fiscales, prévue à l'*article 17*, est de nature et de portée foncièrement limitées. Elle se justifie par la suprématie territoriale de l'Etat du for en ce qui concerne le pouvoir incontesté d'imposer sur la base de la source territoriale du revenu ou de l'importation ou entrée de biens dans le territoire.

22. L'exception de la participation à des sociétés ou autres groupements, dont traite l'*article 18*, repose sur des considérations analogues à celles qui ont trait aux contrats commerciaux; ces considérations se ramènent clairement au consentement de l'Etat à participer à des sociétés ou autres groupements constitués et fonctionnant dans un autre Etat.

23. Les articles 19 et 20 et leurs commentaires ont été adoptés provisoirement par la Commission à sa trente-septième session[14]. Etant donné leur portée limitée et leur contenu spécialisé, les exceptions figurant dans ces articles méritent peut-être quelques observations supplémentaires.

24. Concernant l'*article 19*, l'exception des navires en service commercial dont un Etat a la propriété ou l'exploitation est assez bien établie en pratique, comme le confirment les traités et les décisions judiciaires[15]. Des conventions[16] confirment également la distinction entre deux catégories de navires selon que le service auquel ils sont affectés est gouvernemental et non commercial ou, au contraire, commercial et non gouvernemental. La controverse qui subsiste a trait à la formulation définitive, qui ne doit pas nécessairement traduire cette dichotomie. Alors que l'expression « service gouvernemental non commercial » ne suscite pas d'objection, certains membres de la Commission ont critiqué l'expression « service commercial non gouvernemental », estimant que « non gouvernemental » est superflu et laisse entendre qu'il pourrait y avoir un service « commercial gouvernemental ». La question qui reste à trancher ultérieurement, peut-être au cours de la deuxième lecture, est celle de savoir s'il est nécessaire ou non de souligner la dichotomie en question; en effet, l'immunité existe de toute façon pour le « service gouvernemental non commercial » tandis qu'on la refuse au « service commercial ». S'il est nécessaire de préciser, cela peut être fait dans le texte de l'article lui-même ou dans une disposition interprétative distincte. D'autre part, les deux termes opposés peuvent être combinés différemment et permutés — à savoir, gouvernemental et non gouvernemental, commercial et non commercial — ce qui est peut-être sans rapport avec la présente étude.

---

[14] *Annuaire... 1985*, vol. II (2e partie), p. 60 et suiv.

[15] Voir le commentaire de l'article 19, *ibid.*, p. 61 à 63; voir aussi le sixième rapport du Rapporteur spécial, *Annuaire... 1984*, vol. II (1re partie), p. 32 et suiv., doc. A/CN.4/376 et Add.1 et 2, par. 136 à 230.

[16] Voir p. ex. la Convention de Bruxelles de 1926 pour l'unification de certaines règles concernant les immunités des navires d'Etat, et le Protocole additionnel de 1934 (SDN, *Recueil des Traités*, vol. CLXXVI, p. 199 et 214); et la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 [*Documents officiels de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer*, vol. XVII (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.84.V.3), p. 202, doc. A/CONF.62/122, douzième partie, sect. 10].

25. L'exception énoncée à l'*article 20* se rapporte, comme l'indique le titre révisé de l'article, à l'« effet d'un accord d'arbitrage »; elle n'est donc qu'une conséquence directe de l'expression du consentement à soumettre à l'arbitrage des contestations relatives à des contrats commerciaux ou à des matières civiles ou commerciales. La portée précise de l'article n'est pas encore fixée. On espère cependant que cette question pourra être réglée bien avant le commencement de la deuxième lecture.

B. — Projets d'articles en instance d'examen au Comité de rédaction

26. Les projets d'articles que le Comité de rédaction doit examiner à la trente-huitième session de la Commission comprennent ceux que la Commission a renvoyés au Comité à ses sessions antérieures, et ceux que la Commission doit encore examiner avant de les transmettre au Comité (voir *infra* sect. C).

DEUXIÈME PARTIE

PRINCIPES GÉNÉRAUX

Article 6. — Immunité des Etats[17]

Notes explicatives

27. Comme il a été indiqué, la Commission a adopté provisoirement le texte de l'article 6 à sa trente-deuxième session. Elle a, toutefois, décidé de réexaminer cet article en raison des divergences d'opinions qui se sont manifestées, et aussi de la révision de l'article 1er.

28. Le texte de l'article 6 devra tenir compte de la modification connexe apportée au texte révisé de l'article 1er, de sorte qu'il faut, au paragraphe 1, compléter les mots « exempt de la juridiction » par les mots « des tribunaux ». Le paragraphe 2 est devenu superflu depuis l'adoption de l'article 7. A la suite de consultations avec les membres du Comité de rédaction, le Rapporteur spécial a proposé diverses variantes dont aucune n'a encore été adoptée. En vue de faciliter la poursuite des travaux du Comité de rédaction, le Rapporteur spécial rappelle ces variantes, sur lesquelles le Comité pourrait se fonder pour ses travaux en cours.

Article 6. — Immunité des Etats

VARIANTE A

Tout Etat est exempt de la juridiction des tribunaux d'un autre Etat *dans la mesure prévue par les présents articles et sous réserve des exceptions qui y sont énoncées.*

VARIANTE B

Tout Etat est exempt de la juridiction des tribunaux d'un autre Etat *sous réserve des exceptions* **(et limitations)** *prévues dans les présents articles.*

VARIANTE C

Tout Etat est exempt de la juridiction des tribunaux d'un autre Etat *sous réserve des dispositions des présents articles.*

[17] Voir *supra* note 6.

29. Différents termes, tels que « limitations », « conditions » ou « restrictions », ont été utilisés pour désigner les exceptions prévues dans le projet d'articles. Le terme « exceptions », même s'il ne décrit pas toute la réalité, a paru à beaucoup le plus réaliste et donc le plus acceptable. D'un autre côté, on a pensé aussi que le membre de phrase « dans la mesure prévue par les présents articles » viendrait opportunément qualifier ou délimiter l'étendue ou le degré de l'immunité reconnue et accordée. Certains ont jugé ce membre de phrase inacceptable. Dans l'ensemble, la variante C, avec sa formule restrictive plus ramassée : « sous réserve des dispositions des présents articles », a été mieux acceptée; sans toutefois réussir à faire le consensus. On a proposé une formulation similaire : « sauf disposition contraire des présents articles ». Un membre du Comité de rédaction a jugé que les formules du type de la variante C n'étaient pas satisfaisantes, mais la majorité des membres du Comité auraient été disposés à accepter la formule « sous réserve des dispositions des présents articles », avec ou sans référence explicite aux « exceptions et/ou limitations prévues dans les présents articles ».

30. Vu la place fondamentale de l'article 6 dans le projet, il convient, pour aboutir à un résultat satisfaisant, de procéder avec beaucoup de prudence et de circonspection. Le Comité de rédaction était sur le point d'adopter la deuxième variante du projet d'article, en tant que formule de compromis susceptible de répondre aux besoins de tous les Etats, sans porter atteinte à la règle de droit international actuellement en vigueur en matière d'immunité des Etats. La méthode inductive recommandée et adoptée à l'origine par la Commission excluait, semble-t-il, toute proposition tendant à nier l'existence d'une quelconque immunité dans la pratique des Etats ou, à l'inverse, à affirmer l'existence d'une immunité absolue sans exceptions ni restrictions. La vérité se trouve sans doute entre ces deux propositions, et l'article 6 se doit de refléter aussi fidèlement que possible le principe fondamental en la matière. Avec les autres méthodes, on ne parviendra pas à réaliser un compromis généralement acceptable entre Etats appartenant à diverses régions du monde et se trouvant à des stades de développement national différents.

TROISIÈME PARTIE

EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE L'IMMUNITÉ DES ÉTATS

Article 11. — Application des exceptions prévues dans la présente partie

[Texte révisé]

1. L'application des exceptions prévues dans la troisième partie des présents articles peut être subordonnée à une condition de réciprocité ou à toute autre condition convenue d'un commun accord entre les Etats intéressés.

2. Aucune disposition de la présente partie ne préjugera la question des effets extraterritoriaux des mesures de nationalisation prises par un Etat dans l'exercice des prérogatives de la puissance publique à l'égard d'un bien meuble ou immeuble ou d'un objet de propriété industrielle ou intellectuelle situé sur son territoire.

Notes explicatives

31. Le seul article de la troisième partie qui reste en instance devant le Comité de rédaction est l'article 11,

qui fait office d'introduction aux exceptions à l'immunité des Etats énoncées dans les articles 12 à 20. Le texte révisé du paragraphe 1 de cet article a été présenté par le Rapporteur spécial à la suite des débats de la Commission à sa trente-quatrième session[18]. On voulait insister sur le caractère supplétif des exceptions prévues dans la troisième partie. Il est apparu, depuis, que si l'on voulait maintenir tel quel l'article 11 il fallait en modifier le titre en conséquence. Dans son libellé actuel, l'article 11 n'a pas pour objet de définir la portée de la troisième partie; il s'agit plutôt de poser en principe général que les exceptions prévues dans cette partie puissent être soumises à certaines conditions, sous réserve de l'accord des parties, et notamment à la condition de réciprocité ainsi qu'à d'autres conditions fixées d'un commun accord. Le maintien de l'article 11 ne dépend donc plus de la décision finale concernant l'article 6.

32. Le paragraphe 2 a été ajouté après l'adoption provisoire du projet d'article 16, à la trente-sixième session[19]; il a été généralement approuvé par la Commission et renvoyé pour complément d'examen au Comité de rédaction[20]. Celui-ci est invité à examiner s'il est opportun et utile d'adopter ce paragraphe, que celui-ci figure dans l'article 11 ou dans un autre article vers le début ou la fin du projet d'articles.

QUATRIÈME PARTIE

IMMUNITÉ DES ÉTATS EN CE QUI CONCERNE LES MESURES D'EXÉCUTION VISANT LEURS BIENS

Article 21. — Champ d'application de la présente partie

La présente partie s'applique à l'immunité des Etats en ce qui concerne les mesures judiciaires de contrainte emportant dessaisissement, y compris la saisie conservatoire et les saisies-exécutions, ordonnées dans le cadre d'une procédure intentée devant les tribunaux d'un autre Etat, en ce qui concerne les biens dont ils ont la propriété ou qui sont en leur possession ou sous leur contrôle ou dans lesquels ils ont un intérêt.

Article 22. — Immunité des Etats en ce qui concerne les mesures d'exécution

Tout Etat, qui n'y a pas consenti, est exempt des mesures judiciaires de contrainte emportant dessaisissement, y compris la saisie conservatoire et les saisies-exécutions, ordonnées dans le cadre d'une procédure intentée devant un tribunal d'un autre Etat, en ce qui concerne les biens dont il a la propriété ou qui sont en sa possession ou sous son contrôle ou dans lesquels il a un intérêt, à moins que les biens en question ne soient spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'Etat à des fins commerciales et non gouvernementales et qu'étant situés dans l'Etat du for ils n'aient été affectés à un paiement déterminé ou spécifiquement à la satisfaction d'une décision de justice ou de toute autre créance.

Article 23. — Effet du consentement exprès à des mesures d'exécution

1. Sous réserve de l'article 24, un Etat ne peut invoquer l'immunité des mesures judiciaires de contrainte emportant dessaisissement de biens dont il a la propriété ou qui sont en sa possession ou sous son contrôle ou dans lesquels il a un intérêt, dans une procédure judiciaire intentée devant un tribunal d'un autre Etat, si lesdits biens sont situés dans l'Etat du for et qu'il a expressément consenti à l'exercice de mesures judiciaires de contrainte sur des biens spécifiquement identifiés par lui à cette fin,

a) **par voie d'accord international; ou**

b) **dans un contrat écrit; ou**

c) **par une déclaration faite devant le tribunal dans un cas d'espèce.**

2. Le consentement à l'exercice de la juridiction visé à l'article 8 ne doit pas être interprété comme un consentement à l'exercice de mesures judiciaires de contrainte aux termes de la quatrième partie des présents articles, lequel exige une renonciation séparée.

Article 24. — Catégories de biens généralement exempts de mesures d'exécution

1. A moins que l'Etat concerné n'y ait expressément et spécialement consenti, les biens suivants ne peuvent faire l'objet d'aucune mesure judiciaire de contrainte emportant dessaisissement ordonnée par un tribunal d'un autre Etat :

a) **les biens utilisés ou destinés à être utilisés à des fins diplomatiques ou consulaires, aux fins de missions spéciales ou aux fins de la représentation des Etats dans leurs relations avec des organisations internationales ou régionales, qui sont protégés par l'inviolabilité; ou**

b) **les biens de nature militaire ou qui sont utilisés ou destinés à être utilisés à des fins militaires ou qui appartiennent à l'autorité militaire ou à l'organisme de défense de l'Etat ou qui sont gérés par eux; ou**

c) **les biens d'une banque centrale, détenus par elle aux fins d'opérations de banque centrale et non affectés à des paiements déterminés; ou**

d) **les biens d'une autorité monétaire d'Etat, détenus par elle à des fins monétaires et non commerciales et non spécifiquement affectés à la satisfaction d'une décision de justice ni d'aucune autre créance; ou**

e) **les biens publics qui font partie des archives nationales de l'Etat ou du patrimoine culturel propre de la nation.**

2. En aucun cas, les biens énumérés au paragraphe 1 ne seront considérés comme des biens utilisés ou destinés à être utilisés à des fins commerciales et non gouvernementales.

Notes explicatives

33. Les membres de la Commission et du Comité de rédaction n'ont sans doute pas oublié les débats animés auxquels les projets d'articles de la quatrième partie ont donné lieu à la trente-septième session[21]; il n'est donc pas nécessaire de les rappeler ici. Les projets d'articles ci-dessus sont les textes qui ont été révisés par le Rapporteur spécial[22] à la lumière des commentaires et des observations formulés lors de cette session, avant leur renvoi au Comité de rédaction. Au vu des autres commentaires et déclarations faits à la Sixième Commission, durant la quarantième session de l'Assemblée générale, il ne semble pas qu'il y ait lieu de procéder à une nouvelle restructuration des projets d'articles en question. Le Rapporteur spécial reste prêt à envisager d'autres solutions quant au nombre des articles à faire figurer dans cette partie, et qui pourrait varier entre deux et quatre.

C. — Projets d'articles dont l'examen doit être poursuivi par la Commission

[Textes révisés et mis à jour]

34. Les autres articles de la première et de la cinquième partie du projet ont été présentés oralement à la Com-

[18] *Annuaire... 1982*, vol. II (2e partie), p. 104, note 237.

[19] *Annuaire... 1984*, vol. II (2e partie), p. 62, note 200.

[20] *Ibid.*, p. 71, commentaire de l'article 16, par. 10.

[21] *Annuaire... 1985*, vol. II (2e partie), p. 53 à 57, par. 216 à 247.

[22] Pour les textes présentés initialement par le Rapporteur spécial, *ibid.*, p. 53 et 54, notes 191 à 194.

mission, et certains ont fait l'objet de débats préliminaires. On espère qu'il sera possible de les renvoyer au Comité de rédaction à l'issue des débats de la trente-huitième session, en sorte que l'examen en première lecture du projet d'articles puisse être achevé avant l'expiration du mandat des membres actuels de la Commission. En conséquence, on trouvera ci-après le texte de ces projets d'articles, suivi de notes explicatives permettant de faire le point sur chacun d'eux et de mettre à jour le projet d'articles, compte tenu des changements intervenus.

PREMIÈRE PARTIE

INTRODUCTION

Article 2. — Expressions employées

1. Aux fins des présents articles :

a) **Le terme « tribunal »...** *[adopté]*

a) Le terme « immunité »... *[retiré]*

b) L'expression « immunités juridictionnelles »... *[retiré]*

c) L'expression « Etat territorial »... *[retiré]*

d) L'expression « Etat étranger »... *[retiré]*

e) **L'expression « biens d'Etat » s'entend des biens, droits et intérêts qui appartiennent à un Etat ou sont exploités ou utilisés par lui à un titre quelconque conformément à son droit interne;** *[révisé]*

f) L'expression « activité commerciale »... *[retiré]*

g) **L'expression « contrat commercial »...** *[adopté]*

g) Le terme « juridiction »... *[retiré]*

2. Les dispositions du paragraphe 1 concernant les termes et expressions employés dans les présents articles ne préjugent pas l'emploi de ces termes et expressions ni le sens qui peut leur être donné dans le droit interne des pays ou conformément aux règles d'une organisation internationale.

Article 3. — Dispositions interprétatives

1. Dans le contexte des présents articles et à moins qu'il ne soit stipulé autrement,

a) **L'expression « Etat » comprend :**

i) le souverain ou le chef d'Etat;

ii) le gouvernement central et ses divers organes ou départements;

iii) les subdivisions politiques d'un Etat dans l'exercice de l'autorité souveraine de ce dernier; et

iv) les organismes ou mécanismes agissant en tant qu'organes d'un Etat dans l'exercice de l'autorité souveraine de ce dernier, que ces organismes ou mécanismes soient dotés ou non d'une personnalité morale distincte et qu'ils fassent partie ou non de l'appareil opérationnel du gouvernement central; *[révisé]*

b) **L'expression « fonctions judiciaires » comprend :**

i) la décision au contentieux ou le règlement du différend;

ii) la détermination des questions de droit et de fait;

iii) l'administration de la justice sous tous ses aspects;

iv) les décisions relatives aux mesures provisoires et aux mesures d'exécution à tous les stades d'une action en justice; et

v) les autres pouvoirs administratif et d'exécution normalement exercés par les autorités judiciaires, administratives et de police de l'Etat territorial en relation avec une action en justice, ou bien au cours ou en conséquence d'une telle action. *[Révisé]*

2. ... *[adopté]*

Article 4. — Immunités juridictionnelles n'entrant pas dans le champ d'application des présents articles

Le fait que les présents articles ne s'appliquent pas aux immunités juridictionnelles accordées ou reconnues :

i) aux missions diplomatiques en vertu de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques;

ii) aux missions consulaires en vertu de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires;

iii) aux missions spéciales en vertu de la Convention de 1969 sur les missions spéciales;

iv) à la représentation des Etats en vertu de la Convention de Vienne de 1975 sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel;

v) aux missions ou délégations permanentes d'Etats auprès d'organisations internationales d'une manière générale;

vi) aux personnes jouissant d'une protection internationale en vertu de la Convention de 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques; *[ajouté]*

n'affecte pas :

a) **le statut juridique et l'étendue des immunités juridictionnelles reconnues et accordées à ces missions, représentations d'Etats et personnes jouissant d'une protection internationale en vertu des conventions susmentionnées;**

b) **l'application à ces missions, représentations d'Etats, organisations internationales ou personnes jouissant d'une protection internationale, d'une des règles énoncées dans les présents articles à laquelle ils sont également tenus en vertu du droit international indépendamment des présents articles;** *[révisé]*

c) **l'application d'une des règles énoncées dans les présents articles aux Etats et organisations internationales non parties aux articles, dans la mesure où une telle règle peut avoir la validité juridique d'une norme de droit international coutumier indépendamment des présents articles.**

Article 5. — Non-rétroactivité des présents articles

Sans préjudice de l'application de l'une quelconque des règles énoncées dans les présents articles auxquels les relations entre Etats seraient assujetties en vertu du droit international indépendamment des articles, les présents articles ne s'appliquent qu'à l'octroi ou au refus d'immunités juridictionnelles à des Etats et à leurs biens après l'entrée en vigueur desdits articles à l'égard des Etats qui y sont parties et des Etats qui se sont déclarés liés par eux. *[Révisé]*

Notes explicatives

35. Les articles ci-dessus, figurant dans la première partie du projet, ont été présentés à la Commission à sa trente-deuxième session[23]. Considérant que ses travaux sur le sujet n'en étaient qu'à leur début, la Commission a décidé d'ajourner l'examen quant au fond des problèmes de définition et des questions de rédaction et d'interprétation qui en découlaient[24]. Comme on l'a rappelé (*supra* par. 9), la Commission a jugé utile, à sa trente-cinquième session, d'adopter provisoirement le texte de certaines dispositions des articles 2 et 3[25] en conjonction avec l'article 12[26]. Au cours de ses sessions antérieures, la Commission a été amenée, à diverses reprises, à examiner quant au fond certaines dispositions des articles 2 à 5, en relation avec l'étude des projets d'articles contenus dans les troisième et quatrième parties. Aussi, la question n'appelle-t-elle à ce stade avancé qu'un très petit nombre de notes explicatives.

---

[23] *Annuaire... 1980*, vol. II (2e partie), p. 135 et suiv., par. 111 à 121.

[24] *Ibid.*, p. 138, par. 122.

[25] Voir le commentaire du paragraphe 1, al. *g*, de l'article 2, et celui du paragraphe 2 de l'article 3, *Annuaire... 1983*, vol. II (2e partie), p. 37 et 38.

[26] Voir par. 10 du commentaire de l'article 12, *ibid.*, p. 28; et le commentaire du paragraphe 1, al. *a*, de l'article 2, *Annuaire... 1982*, vol. II (2e partie), p. 104.

36. Le nombre des expressions à définir a été réduit dans le texte révisé du projet d'*article 2*. Le terme « tribunal » (par. 1, al. *a*) et l'expression « contrat commercial » (par. 1, al. *g*) ont été adoptés provisoirement. La plupart des autres expressions proposées à l'origine ont été retirées par le Rapporteur spécial, soit parce qu'elles ne paraissaient plus nécessaires (« immunité » et « immunités juridictionnelles »), soit par suite de l'adoption d'expressions plus directes : ainsi, les expressions « Etat » et « autre Etat » ont-elles respectivement remplacé les expressions « Etat territorial » et « Etat étranger ». L'expression « activité commerciale » a fait place à celle de « contrat commercial », plus précise, et, au lieu de définir le terme de « juridiction », on définit celui de « tribunal ». Il convient d'élargir la notion de « biens d'Etat » de manière à englober non seulement la relation existant avec un Etat en vertu d'un droit de propriété mais encore celle résultant de l'exploitation et de l'usage du bien considéré. Comme on le voit de mieux en mieux, le critère de l'usage peut être valablement employé pour admettre ou rejeter l'immunité au regard du bien utilisé par l'Etat.

37. Les dispositions interprétatives contenues au paragraphe 1, al *a* et *b*, du projet d'*article 3* ont été maintenues, légèrement révisées et mises à jour. Bien qu'une définition du terme « Etat » ne s'impose pas, il peut s'avérer nécessaire d'énumérer les catégories d'organismes susceptibles d'être identifiées ou assimilées à l'Etat en matière d'immunité. En considération de la quatrième partie du projet, relative aux mesures d'exécution, on a été amené à réviser quelque peu l'alinéa *b* portant sur les « fonctions judiciaires », parce qu'il doit en l'occurrence couvrir, au même titre que les mesures d'exécution, les mesures provisoires, voire les mesures préventives ou autres mesures que pourraient ordonner les autorités compétentes dans le cadre d'une action judiciaire intervenant avant, durant et même après le procès. Le paragraphe 2 de l'article 3 a été adopté provisoirement par la Commission, en relation avec l'exception prévue pour les contrats commerciaux (v. *supra* par. 10).

38. On a révisé et mis à jour le projet d'*article 4* en y incluant une référence à une nouvelle catégorie, celle des « personnes jouissant d'une protection internationale », y compris les agents diplomatiques. De la sorte, on apporte une précision nécessaire sur la portée et l'effet de l'application du projet d'articles en relation avec les règles du droit international en vigueur et les obligations consignées dans des conventions antérieures touchant certains aspects des immunités de juridiction des Etats et de leurs biens.

39. Le projet d'*article 5*, portant non-rétroactivité, ne fait que confirmer l'usage institué par des conventions récentes, l'objet étant de ne pas passer outre à des relations ou des situations anciennes constituant des « faits accomplis », ou à des droits acquis ou historiques, ni à défaire ces relations, ces situations ou ces droits. En conséquence, pour ce qui est de l'application temporelle, le point de départ est la date d'entrée en vigueur des articles, sans effet rétroactif risquant de conduire à des complications aussi gratuites que regrettables.

CINQUIÈME PARTIE

DISPOSITIONS DIVERSES

Article 25. — Immunités des souverains et autres chefs d'Etat

1. Le souverain ou chef d'Etat jouit, pendant la durée de sa charge, de l'immunité de la juridiction pénale et civile devant les tribunaux d'un autre Etat. L'immunité de la juridiction civile et administrative n'a pas à lui être reconnue dans le cas :

***a*) d'une procédure concernant un immeuble privé sis sur le territoire de l'Etat du for, à moins qu'il ne le possède pour le compte de l'Etat et aux fins de l'Etat; ou**

***b*) d'une procédure concernant une succession à des biens mobiliers ou immobiliers, dans laquelle il figure comme exécuteur testamentaire, administrateur, héritier ou légataire, à titre privé; ou**

***c*) d'une procédure concernant une activité professionnelle ou commerciale qu'il exerce en dehors de ses fonctions de souverain ou de ses fonctions publiques.**

2. Les biens d'un souverain ou d'un chef d'Etat ne peuvent faire l'objet de mesures de saisie ou de saisie-exécution si ces mesures ne peuvent être prises sans qu'il soit porté atteinte à l'inviolabilité de sa personne ou de sa demeure.

Article 26. — Signification des actes introductifs d'instance et jugement par défaut

1. La signification d'une assignation ou autre pièce instituant une procédure contre un Etat peut être effectuée conformément à tout compromis ou toute convention internationale liant l'Etat du for et l'Etat mis en cause, ou faite par lettre recommandée avec accusé de réception, ou encore effectuée par les voies diplomatiques, la notification étant adressée et envoyée au ministre des affaires étrangères de l'Etat mis en cause.

2. L'Etat qui s'est constitué en justice ne peut plus par la suite exciper de la non-conformité de la signification avec la procédure énoncée au paragraphe 1.

3. Pour qu'un jugement par défaut faute de comparaître puisse être rendu contre un Etat, il faut que soit rapportée la preuve de l'exécution des dispositions du paragraphe 1 ci-dessus et de l'expiration d'un délai, lequel doit être prorogé s'il y a lieu.

4. Une expédition de tout jugement rendu contre un Etat par défaut faute de comparaître doit être communiquée à l'Etat mis en cause par l'une des voies prévues pour la signification de l'acte introductif d'instance; le délai pour faire opposition au jugement part du lendemain du jour où l'Etat mis en cause a reçu l'expédition du jugement.

Article 27. — Privilèges de procédure

1. Un Etat n'est pas tenu de se conformer à la décision du tribunal d'un autre Etat lui imposant une obligation précise de faire ou de ne pas faire.

2. Un Etat ne peut se voir imposer par le tribunal d'un autre Etat une amende ou une sanction s'il omet ou refuse de divulguer ou de produire une pièce ou toute autre information aux fins d'une procédure à laquelle il est partie.

3. L'Etat partie à une procédure devant le tribunal d'un autre Etat n'est pas tenu à la caution *judicatum solvi*.

Article 28. — Limitation ou extension des immunités et privilèges

Tout Etat peut limiter ou étendre, vis-à-vis d'un autre Etat, les immunités et privilèges reconnus dans les présents articles, pour autant que cette mesure lui semble appropriée pour des raisons de réciprocité ou de conformité avec la pratique normale de cet autre Etat, ou rendue nécessaire par tout réaménagement ultérieur requis par un traité, une convention ou un autre accord international applicable à leurs relations mutuelles.

Notes explicatives

40. Les articles formant la cinquième partie du projet ont été présentés à la Commission à sa trente-septième session, mais elle n'a pas pu les examiner, faute de temps, et a cantonné ses débats aux projets d'articles 19 et 20, figurant dans la troisième partie, et aux articles 21 à 24, figurant dans la quatrième partie[27]. Quelques membres de la Commission ont fait des observations sur certains projets d'articles de la cinquième partie, laquelle devra être examinée à fond à la trente-huitième session.

41. Le Rapporteur spécial aura encore l'occasion de fournir des éclaircissements concernant certaines questions qui se sont posées à propos de la nécessité et de l'utilité de la cinquième partie, avec laquelle le sujet sera quasiment épuisé quant au fond. Le projet d'*article 25* a semblé absolument nécessaire pour des raisons historiques et pratiques. Un membre de la Commission a souligné qu'on ne pouvait effacer de l'histoire du droit la pratique séculaire des Etats en matière d'immunité du souverain. De plus, les immunités des agents diplomatiques et des fonctionnaires consulaires avaient fait l'objet d'un traitement séparé dans deux conventions distinctes[28]. Or, cet article est le seul qui soit proposé pour traiter de cette autre catégorie d'immunités que l'on accorde aux souverains et chefs d'Etat, lesquelles, à la manière des immunités diplomatiques, comportent les deux dimensions *ratione materiae* et *ratione personae*, les normes appropriées étant définies sur la base de la pratique constante des Etats.

42. Le projet d'*article 26* traite de la pratique en matière de signification d'actes de procédure, et de la question du jugement par défaut, tandis que le projet d'*article 27* concerne les privilèges de procédure en tant qu'ils constituent le prolongement nécessaire des immunités juridictionnelles, et qui comprennent notamment la dispense d'exécution de certaines décisions judiciaires, la dispense d'application de certaines amendes ou sanctions et la dispense de caution *judicatum solvi*. Le projet d'*article 28*, de caractère supplétif, accorde une certaine latitude pour procéder à des réaménagements quant à l'étendue et à la nature du traitement accordé aux Etats en vertu des conventions, traités ou accords en vigueur entre eux conformément à la pratique normale des Etats intéressés eu égard à des considérations de réciprocité[29].

[27] *Annuaire... 1985*, vol. II (2e partie), p. 52, par. 213.

[28] Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques, et Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires.

[29] Voir le septième rapport du Rapporteur spécial, *Annuaire... 1985*, vol. II (1re partie), p. 45 et suiv., doc. A/CN.4/388, par. 118 à 135.

CHAPITRE II

Parties additionnelles

43. Avec les vingt-huit articles présentés par le Rapporteur spécial dans ses sept rapports antérieurs, il semble que l'on ait à peu près épuisé la liste des dispositions de fond et de procédure à inclure dans le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens. Les deux seules questions qui restent en suspens sont celles qui sont mentionnées dans la note liminaire (*supra* par. 5). Il s'agit des clauses relatives au règlement des différends à inclure éventuellement dans le projet d'articles, et des clauses finales qui doivent y figurer. En pratique, ces deux questions pourraient faire la matière d'articles additionnels, que l'on incorporerait en dernier lieu au projet et qui en constitueraient la sixième partie (Règlement des différends) et la septième partie (Dispositions finales).

A. — Règlement des différends

44. La possibilité de faire place dans la sixième partie du projet à une ou plusieurs dispositions concernant le règlement des différends se fonde sur la présence de dispositions analogues dans les conventions de codification élaborées par la CDI, telles que la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités (art. 66), la Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'Etats en matière de traités (art. 84, 85) et la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales (art. 66). D'un autre côté, on notera que toutes les conventions récentes ne contiennent pas de clauses relatives au règlement des différends. La Convention de Vienne de 1983 sur la succession d'Etats en matière de biens, archives et dettes d'Etat en est un exemple intéressant. En outre, la procédure d'arbitrage et de conciliation instituée par l'article 66 de la Convention de Vienne de 1969 tout comme la disposition correspondante de la Convention de Vienne de 1986 ne traitent que d'une catégorie spécifique de différends, qui portent sur l'interprétation de ce qui constitue une norme impérative du droit international général *(jus cogens)*.

45. Pour ce qui est du sujet à l'examen, deux possibilités se présentent. On ne voit pas quel inconvénient il y aurait à ce qu'une partie du projet soit consacrée au règlement des différends, les œuvres de codification récentes témoignant de l'intérêt grandissant accordé à ces dispositions. La partie en question pourrait couvrir les différends relatifs à l'application ou à l'interprétation des articles en général, ou bien se restreindre à certains aspects du sujet, tels que l'application d'une exception reconnue sur la base ou non de la réciprocité.

46. Par ailleurs, la nécessité d'une clause relative au règlement des différends pourra dépendre des dispositions de fond du projet d'articles. Dans le contexte

actuel, l'immunité de l'Etat a une portée relative, en ce sens que l'Etat a toujours et à tout moment la possibilité de consentir ou de renoncer. Un tribunal exerce sa juridiction soit impérativement, comme dans certains systèmes de droit romain, soit facultativement, comme c'est le cas en général, où l'on ne se contente pas d'invoquer l'immunité juridictionnelle, mais on invoque des motifs de fond, tels que le « fait de l'Etat », la commodité des parties *(forum non conveniens)* ou l'incompétence *ratione personae* ou *ratione materiae*. Dans la pratique des Etats, qui ne se limite pas à la pratique judiciaire et n'est pas sans être influencée par les vues et les décisions du pouvoir exécutif ou par l'adoption de dispositions législatives, une fois que le tribunal a reconnu l'immunité de l'Etat et qu'il a procédé en conséquence, il ne peut y avoir de différends. En fait, on peut dire que c'est le tribunal compétent de l'Etat du for qui règle en premier lieu la question de l'immunité juridictionnelle en prenant acte de cette immunité au bénéfice de l'Etat étranger. Si le tribunal rejette l'immunité et exerce sa juridiction à l'occasion d'une procédure qui affecte les intérêts d'un autre Etat, il y a possibilité d'un différend secondaire ou d'incident entre l'Etat du for et l'Etat auquel l'immunité a été refusée. L'expérience montre qu'en pareille situation — assez fréquente — l'Etat pourra protester contre la décision prise par le tribunal d'un autre Etat. Néanmoins, il n'est pas d'exemple dans les annales du contentieux international que ce genre de protestations aient abouti à un différend touchant à des questions d'immunité juridictionnelle. Dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran,* la CIJ a traité d'une question voisine, à savoir celle de l'inviolabilité des locaux et des archives diplomatiques et des bureaux consulaires et de l'inviolabilité personnelle des agents diplomatiques et fonctionnaires consulaires des Etats-Unis d'Amérique en Iran[30]. Toutefois, cette affaire n'est pas directement pertinente, car le différend ne tenait pas à l'exercice de la juridiction d'un tribunal donnant lieu à invocation de l'immunité juridictionnelle. Il touchait essentiellement au devoir de protection de l'Etat d'accueil ou à l'inviolabilité des locaux diplomatiques et du personnel de l'ambassade et du consulat.

47. Hormis cette affaire, on ne connaît pas d'autres cas de différend entre Etats dans ce domaine ou dans des domaines voisins. Il ne peut donc y avoir de différend que si un tribunal décide d'exercer sa juridiction dans une procédure mettant en cause un autre Etat. Là où le tribunal a exercé sa juridiction, rares ont été les Etats auxquels les immunités juridictionnelles ont été refusées qui ont pris des mesures ou effectué des démarches allant au-delà d'une simple protestation[31]. Compte tenu de la pratique suivie jusqu'à ce jour, la Commission ne jugera peut-être pas absolument nécessaire d'inclure une disposition relative au règlement des différends dans le projet d'articles. Le Rapporteur spécial, quant à lui, ne se propose pas de le faire, eu égard au faible nombre de cas dans lesquels se sont manifestées des divergences d'opinions et des différends entre Etats à propos de l'exercice de la juridiction d'un tribunal ou du refus d'appliquer ou de reconnaître l'immunité juridictionnelle. Mais, peut-être serait-il souhaitable de se prémunir contre une tendance nouvelle qui risque d'aboutir non seulement à l'exercice de la juridiction dans des procédures mettant en cause les intérêts d'un autre Etat dans un différend, mais aussi à des saisies ou autres mesures d'exécution sur les biens de cet autre Etat[32]. Outre le souci d'éviter ou de décourager les contentieux vexatoires, peut-être devient-il davantage pressant de consacrer une partie du projet au règlement des différends, ce qui aurait peut-être pour effet salutaire de dissuader les tribunaux de prendre sans trop hésiter des mesures provisoires ou des mesures d'exécution à l'encontre de biens qui appartiennent à un Etat ou que celui-ci utilise, ou dans lesquels il possède un intérêt. Si, donc, la Commission juge bon d'inclure une partie à cet effet dans le projet d'articles, le Rapporteur spécial est d'avis qu'on trouvera les précédents voulus dans les conventions adoptées récemment, par exemple dans la sixième partie de la Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'Etats en matière de traités. On pourra libeller en conséquence les articles figurant dans la sixième partie.

SIXIÈME PARTIE
RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

Article 29. — Consultation et négociation

Si un différend concernant l'interprétation ou l'application des présents articles surgit entre deux ou plusieurs parties à ceux-ci, lesdites parties s'efforcent, à la demande de l'une quelconque d'entre elles, de le résoudre par un processus de consultation et de négociation.

Article 30. — Conciliation

Si le différend n'est pas résolu dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle la demande visée à l'article 29 a été faite, toute partie au différend peut soumettre celui-ci à la procédure de conciliation indiquée dans l'annexe des présents articles, en adressant une demande à cet effet au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies et en informant de cette demande l'autre Etat partie ou les autres parties au différend.

Article 31. — Règlement judiciaire et arbitrage

Tout Etat peut, au moment où il signe ou ratifie les présents articles ou lorsqu'il y adhère ou à tout moment par la suite, déclarer, par une notification adressée au dépositaire, que si un différend n'a pas été résolu par l'application des procédures indiquées dans les articles 29 et 30, ce différend peut être soumis à la décision de la

[30] Arrêt du 24 mai 1980, *C.I.J. Recueil 1980,* p. 3.

[31] Voir p. ex. *Société Le Gostorg et représentation commerciale de l'URSS* c. *Association France-Export* (1926) [Sirey, *Recueil général des lois et des arrêts, 1930,* Paris, 1re partie, p. 49, et note de J.-P. Niboyet, p. 49 et 50; *Dalloz périodique, 1929,* Paris, 1re partie, p. 75, note de R. Savatier]; et *A. M. Qureshi* c. *USSR* (1981) [*All Pakistan Legal Decisions*, Lahore, vol. XXXIII, 1981, p. 377].

[32] Voir l'arrêt rendu le 15 juin 1939 par la CPJI dans l'affaire de la *Société commerciale de Belgique (Socobelge), C.P.J.I. série A/B,* n° 78, p. 160.

Cour internationale de Justice au moyen d'une requête faite par toute partie au différend, ou bien à l'arbitrage, à condition que l'autre partie au différend ait fait une déclaration analogue.

Article 32. — Règlement par un accord commun

Nonobstant les articles 29, 30 et 31, si un différend concernant l'interprétation ou l'application des présents articles surgit entre deux ou plusieurs parties à ceux-ci, lesdites parties peuvent décider d'un commun accord de soumettre ce différend à la Cour internationale de Justice, ou à l'arbitrage, ou à toute autre procédure appropriée de règlement des différends.

Article 33. — Autres dispositions en vigueur pour le règlement des différends

Rien dans les articles 29 à 32 n'affecte les droits ou les obligations des parties aux présents articles découlant de toute disposition en vigueur entre elles concernant le règlement des différends.

48. On pourrait aussi opter pour une version simplifiée comportant une disposition unique. D'autres exemples sont fournis par les protocoles de signature facultative concernant le règlement obligatoire des différends, tels que les protocoles afférents à la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques[33], à la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires[34] et à la Convention de 1969 sur les missions spéciales[35]. Une annexe libellée comme suit pourrait figurer à la fin du projet d'articles :

ANNEXE

1. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies dresse et tient une liste de conciliateurs composée de juristes qualifiés. A cette fin, tout Etat Membre de l'Organisation des Nations Unies ou partie aux présents articles est invité à désigner deux conciliateurs, et les noms des personnes ainsi désignées composeront la liste. La désignation des conciliateurs, y compris ceux qui sont désignés pour remplir une vacance fortuite, est faite pour une période de cinq ans renouvelable. A l'expiration de la période pour laquelle ils auront été désignés, les conciliateurs continueront à exercer les fonctions pour lesquelles ils auront été choisis conformément au paragraphe suivant.

2. Lorsqu'une demande est soumise au Secrétaire général conformément à l'article 30, le Secrétaire général porte le différend devant une commission de conciliation composée comme suit :

L'Etat ou les Etats constituant une des parties au différend nomment :

***a*) un conciliateur de la nationalité de cet Etat ou de l'un de ces Etats, choisi ou non sur la liste visée au paragraphe 1; et**

***b*) un conciliateur n'ayant pas la nationalité de cet Etat ou de l'un de ces Etats, choisi sur la liste.**

L'Etat ou les Etats constituant l'autre partie au différend nomment deux conciliateurs de la même manière.

Les quatre conciliateurs choisis par les parties doivent être nommés dans un délai de soixante jours à compter de la date à laquelle le Secrétaire général reçoit la demande.

Dans les soixante jours qui suivent la date de la nomination du dernier d'entre eux les quatre conciliateurs en nomment un cinquième, choisi sur la liste, qui sera président.

Si la nomination du président ou de l'un quelconque des autres conciliateurs n'intervient pas dans le délai prescrit ci-dessus pour cette nomination, elle sera faite par le Secrétaire général dans les soixante jours qui suivent l'expiration de ce délai. Le Secrétaire général peut désigner comme président soit l'une des personnes inscrites sur la liste, soit un des membres de la Commission du droit international. L'un quelconque des délais dans lesquels les nominations doivent être faites peut être prorogé par accord des parties au différend.

Toute vacance doit être remplie de la façon spécifiée pour la nomination initiale.

3. La commisison de conciliation arrête elle-même sa procédure. La commission, avec le consentement des parties au différend, peut inviter toute partie aux présents articles à lui soumettre ses vues oralement ou par écrit. Les décisions et les recommandations de la commission sont adoptées à la majorité des voix de ses cinq membres.

4. La commission peut signaler à l'attention des parties au différend toute mesure susceptible de faciliter un règlement amiable.

5. La commission entend les parties, examine les prétentions et les objections et fait des propositions aux parties en vue de les aider à parvenir à un règlement amiable du différend.

6. La commission fait rapport dans les douze mois qui suivent sa constitution. Son rapport est déposé auprès du Secrétaire général et communiqué aux parties au différend. Le rapport de la commission, y compris toutes conclusions y figurant sur les faits ou sur les points de droit, ne lie pas les parties et n'est rien de plus que l'énoncé de recommandations soumises à l'examen des parties en vue de faciliter un règlement amiable du différend.

7. Le Secrétaire général fournit à la commission l'assistance et les facilités dont elle peut avoir besoin. Les dépenses de la commission sont supportées par l'Organisation des Nations Unies.

B. — Dispositions finales

49. Les dispositions finales n'exigent pas de discussion approfondie, car toute convention récente de codification peut en fournir le modèle. On peut suivre, par

[33] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 500, p. 241.

[34] *Ibid.*, vol. 596, p. 487.

[35] Nations Unies, *Annuaire juridique 1969* (numéro de vente : F.71.V.4), p. 145.

exemple, la septième partie de la Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'Etats en matière de traités. Le texte ci-après pourrait servir de base pour l'examen de la Commission.

SEPTIÈME PARTIE

DISPOSITIONS FINALES

Article 34. — Signature

Les présents articles seront ouverts à la signature de tous les Etats, de la manière suivante : jusqu'au ... au ... et ensuite jusqu'au ..., au Siège de l'Organisation des Nations Unies à New York.

Article 35. — Ratification

Les présents articles seront soumis à ratification. Les instruments de ratification seront déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Article 36. — Adhésion

Les présents articles resteront ouverts à l'adhésion de tout Etat. Les instruments d'adhésion seront déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Article 37. — Entrée en vigueur

Les présents articles entreront en vigueur le trentième jour qui suivra la date du dépôt du quinzième instrument de ratification ou d'adhésion.

Article 38. — Textes authentiques

L'original des présents articles, dont les textes anglais, arabe, chinois, espagnol, français et russe sont également authentiques, sera déposé auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

50. On peut aussi atteindre le même but plus simplement, en incorporant les dispositions finales dans un seul article final composé de plusieurs paragraphes couvrant tous les points qui doivent être inclus dans les clauses finales. On peut également surseoir à l'examen des dispositions ou clauses finales jusqu'à la deuxième lecture ou jusqu'à la convocation de la conférence de plénipotentiaires. C'est ainsi que le projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée[36], établi par la Commission, ne contient pas de dispositions finales ni même de dispositions sur le règlement des différends.

[36] Texte adopté par la Commission à sa trentième session, *Annuaire... 1978*, vol. II (2e partie), p. 19 et suiv.

CHAPITRE III

Observations finales

51. Avec le présent chapitre s'achève le huitième et dernier rapport sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, établi par le Rapporteur spécial, en vue de l'examen en première lecture des projets d'articles proposés. On ne tirera pas ici des conclusions — justifiées ou non par les huit rapports — de l'étude entreprise, à laquelle il faut maintenant mettre un terme. En tant qu'ensemble structuré, les projets d'articles semblent néanmoins donner matière à quelques suggestions, voire à certaines leçons à tirer du fait que ce n'est pas en imposant des normes impératives ni en se fondant sur des principes dogmatiques, mais, d'une manière plus réaliste, en adoptant une méthode empirique et pragmatique que l'on peut saisir inductivement les problèmes pratiques rencontrés et comprendre parfaitement la nature complexe et délicate des dilemmes auxquels la Commission doit inévitablement faire face.

52. Il serait bon qu'au départ les membres de la Commission, ayant adopté une méthode inductive, puissent atteindre un assez large consensus sur une position générale de compromis, à savoir que l'immunité des Etats est une règle générale qui, étant essentiellement relative, est subordonnée à diverses exceptions, lesquelles reposent directement ou indirectement sur le consentement, exprimé comme tel ou sous toute autre forme acceptable. A cette position s'oppose une autre proposition, fondée sur un principe de droit international tout aussi fondamental, qui reconnaît la souveraineté territoriale de chaque Etat. De ce point de vue, l'immunité des Etats peut donc être considérée comme une exception, quoique universellement admise, au principe de la juridiction fondée sur la souveraineté territoriale de chaque Etat indépendant. Les exceptions au principe de la souveraineté territoriale, en tant que telles, devraient être interprétées et appliquées restrictivement, et il se peut aussi que la preuve doive en être établie dans chaque cas. Confrontée à ce dilemme fondamental, la Commission semble portée à adopter la proposition suivant laquelle l'immunité, bien que constituant une exception à la règle plus fondamentale de la juridiction, s'est néanmoins établie fermement comme un principe général de droit, pourvu que certaines conditions soient remplies. Cette proposition générale pourrait être justifiée de diverses manières eu égard aux différentes théories juridiques, fondées sur les idéologies contraires et variées, qui ont cours dans les multiples domaines d'activités internationales auxquels les Etats et les individus s'exercent actuellement.

53. Il importe au plus haut point, semble-t-il, que la première proposition générale soit bien comprise et acceptée sans contredit, faute de quoi il serait inutile d'aller plus loin. Si cette proposition initiale n'était pas comprise ou continuait de donner lieu à des divergences, il y aurait un danger réel de voir la communauté internationale en proie aux plus grands désordres. Dès le XIXe siècle, il avait été établi que le principe de l'immunité reposait fermement sur la pratique des Etats, après que le Chief Justice Marshall eut tracé, pour les générations futures, la description vivante dans *The Schooner « Exchange »* c. *McFaddon and others* (1812)[37]. Ce principe repose nettement, mais non exclusivement, sur la souveraineté, plus précisément sur la souveraine égalité des Etats. A l'origine, les circonstances donnant naissance à l'immunité des Etats furent, elles aussi, rigoureusement circonscrites et définies comme étant : *a*) l'immunité d'arrestation et de détention de la personne du souverain[38]; *b*) l'immunité reconnue par toutes les nations civilisées aux ambassadeurs (agents diplomatiques)[39]; et *c*) la renonciation implicite par un souverain ou un Etat à une partie de sa juridiction territoriale lorsqu'il autorise les troupes d'un prince étranger à traverser son territoire[40]. Par la suite, ce principe fut clairement énoncé dans les termes suivants :

> Le principe [...] est qu'en conséquence de l'indépendance absolue de toute autorité souveraine, [...] chacune d'elles décline l'exercice, par la voie de ses tribunaux, de toute compétence territoriale à l'égard de la personne d'un souverain ou d'un ambassadeur d'un autre Etat, ou sur un bien public d'un Etat destiné à un usage public [...][41].

54. Ce principe, souvent exprimé par la maxime latine *par in parem non habet imperium* ou *jurisdictionem*, a été énoncé dans un autre système juridique de la manière suivante :

> Attendu que l'indépendance réciproque des Etats est l'un des principes les plus universellement reconnus du droit des gens; — Que, de ce principe, il résulte qu'un gouvernement ne peut être soumis, pour les engagements qu'il contracte, à la juridiction d'un Etat étranger; — Qu'en effet le droit de juridiction, qui appartient à chaque gouvernement pour juger les différends nés à l'occasion des actes émanés de lui, est un droit inhérent à son autorité souveraine, qu'un autre gouvernement ne saurait s'attribuer sans s'exposer à altérer leurs rapports respectifs. [...][42].

55. On s'est demandé si l'examen de la pratique des Etats, que la Commission a limité initialement à la jurisprudence de quelques nations européennes, était suffisamment exhaustif pour justifier l'établissement de la règle de l'immunité des Etats. En réponse à cette question, on a fait observer que l'étude couvrait toutes les décisions pertinentes publiées et accessibles de tous les Etats et qu'elle ne se limitait pas à des régions géographiques ou systèmes particuliers. Le principe de l'immunité des Etats avait été fermement établi au XIXe siècle, avant l'avènement du socialisme et du commerce d'Etat et avant l'apparition des nouvelles nations d'Asie, d'Afrique et d'Amérique.

56. Cependant, il faut noter que, même à l'origine, la règle de l'immunité des Etats n'a jamais été exprimée en termes absolus. La doctrine de l'« immunité absolue » n'a jamais été généralement acceptée. Dès le début, la règle de l'immunité des Etats a été subordonnée à des limitations, conditions et exceptions, notamment dans la pratique de l'Italie, de la Belgique, de l'Egypte[43] et, tout spécialement, de la France[44].

57. L'adoption d'une méthode inductive a permis au Rapporteur spécial et à la Commission d'asseoir leurs travaux sur une base solide, à savoir l'existence d'une règle générale de l'immunité des Etats, règle soumise, dans des domaines particuliers, à des exceptions de portée et d'application limitées. La Commission aurait pu adopter une méthode différente, par exemple examiner simultanément et sur un pied d'égalité la règle de l'immunité des Etats et les exceptions à cette règle, qui peuvent être considérées comme des règles de non-immunité. Mais elle ne l'a pas fait. C'est donc par la méthode inductive que la Commission a été en mesure de formuler le projet d'articles tel qu'il est actuellement structuré.

58. La seule question qui se pose encore est, semble-t-il, celle de savoir dans quelle mesure la Commission est disposée à répondre aux exigences du temps. Le sujet était déjà jugé mûr pour la codification depuis l'époque de la SDN, et la Commission a confirmé ce jugement à maintes reprises. Le temps est venu pour elle de relever sans détour le défi et d'achever sans plus tarder l'examen en première lecture du projet. Huit années constituent un délai raisonnable pour mener à bien cette partie de l'importante tâche de codification que la Commission consacre au sujet. On a conscience de l'urgence de la question, et le risque de régresser ne peut être que très inquiétant. Plus vite les projets d'articles seront mis au point et adoptés, plus vite les incertitudes seront dissipées et les problèmes résolus. Les pays en développement bénéficieront peut-être plus que les autres de l'adoption de règles de droit international dans ce domaine. Très développés sur le plan juridique, les pays avancés sont peut-être disposés à temporiser car une nouvelle pause dans les efforts internationaux leur permettrait, face à l'érosion de l'immunité des Etats, de mettre au point des pratiques encore plus restrictives aux dépens de la grande majorité des pays en développement. On peut s'attendre à de nouvelles législations de la part des pays développés qui tendent à renforcer par de nouvelles limitations l'actuelle doctrine restrictive de l'immunité des Etats. Faute d'aboutir à un accord sur un projet d'articles, on encourage de nouvelles restrictions et on ouvre aux Etats d'autres possibilités, non seulement d'exercer leur juridiction aux dépens d'Etats étrangers, mais aussi d'adopter des mesures d'exécution

[37] W. Cranch, *Reports of Cases argued and adjudged in the Supreme Court of the United States*, vol. VII, 3e éd., New York, 1911, p. 116.

[38] *Ibid.*, p. 137.

[39] *Ibid.*, p. 138.

[40] *Ibid.*, p. 139. Cela s'applique aussi aux navires de guerre d'un Etat qui sont autorisés à entrer dans un port d'une puissance amie (p. 143).

[41] Opinion du juge Brett dans *Le « Parlement belge »* (1880) [Royaume-Uni, *The Law Reports, Probate Division,* 1880, vol. V, p. 214 et 215].

[42] Arrêt de la Cour française de cassation dans *Gouvernement espagnol* c. *Casaux* (1849) [Dalloz, *Recueil périodique et critique de jurisprudence 1849*, Paris, 1re partie, p. 9; Sirey, *Recueil général des lois et des arrêts, 1849*, Paris, 1re partie, p. 93].

[43] Voir les notes relatives au commentaire de l'article 12 (par. 24), *Annuaire... 1983*, vol. II (2e partie), p. 30 et 31, notes 97, 98 et 99.

[44] *Idem* (par. 25), p. 31 et 32, note 103.

contre les biens dont ces Etats sont propriétaires, qu'ils utilisent ou dans lesquels ils ont un intérêt.

59. Les pays socialistes d'Europe et d'autres régions peut-être ont surmonté l'obstacle de l'immunité des Etats dans leurs transactions commerciales transnationales en créant des sociétés commerciales ayant une personnalité juridique distincte et en évitant par là les confrontations entre souverainetés égales. Le seul problème qui subsiste est de faire comprendre à leurs partenaires non socialistes à quel point il est futile d'engager des actions contre les Etats socialistes eux-mêmes au lieu de les diriger contre les sociétés commerciales en question, voire contre les représentants commerciaux ou représentations commerciales accrédités à cet effet. Les pays en développement, quant à eux, ne peuvent s'offrir le luxe, soit d'assimiler complètement leurs entreprises commerciales à des sociétés privées, soit de renoncer implicitement à leurs immunités en général, en créant des entités juridiques distinctes aux fins spécifiques du commerce international. Les revendications des pays en développement doivent être entendues sans orchestration ni déformation venue de l'extérieur. Il faut trouver une solution de compromis et, sans sacrifier le principe de la souveraineté et de la dignité, reconnaître aux Etats, notamment aux nations en développement, l'exact et juste degré d'immunité propre à assurer leur survie économique. Le problème est grave et réel et il exige une attention immédiate. La Commission se voit confier, à sa trente-huitième session, la mission stimulante d'aboutir à un accord sur des dispositions juridiques qui soient manifestement justes et équitables, tout en étant susceptibles d'être appuyées et acceptées par tous les Etats, indépendamment de leur étendue, de leur idéologie et de leur développement économique. Il convient de prendre spécialement en considération la nécessité de préserver la dignité, l'égalité et la souveraineté des pays en développement dans leur lutte pour survivre.

60. Le Rapporteur spécial réitère sa foi implicite dans la sagesse de la Commission et dans l'attitude raisonnable et souple de ses membres. Il espère qu'achever à temps la première lecture du projet d'articles n'est pas une tâche impossible. C'est sur cette note d'optimisme prudent, fondé sur les réalités de la vie internationale, que cette série de rapports peut maintenant prendre fin.

STATUT DU COURRIER DIPLOMATIQUE ET DE LA VALISE DIPLOMATIQUE NON ACCOMPAGNÉE PAR UN COURRIER DIPLOMATIQUE

[Point 4 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/400

Septième rapport sur le statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique non accompagnée par un courrier diplomatique, par M. Alexander Yankov, rapporteur spécial

[Original : anglais]
[2 avril 1986]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	Pages
Note		40
INTRODUCTION	1-6	40
Sections		
I. PROJETS D'ARTICLES ADOPTÉS JUSQU'ICI PAR LA COMMISSION À TITRE PROVISOIRE	7-21	41
A. Texte des projets d'articles adoptés par la Commission	7-8	41
B. Commentaires et observations formulés à la Sixième Commission de l'Assemblée générale sur les projets d'articles adoptés par la Commission	9-21	44
II. PROJETS D'ARTICLES EXAMINÉS PAR LA COMMISSION ET RENVOYÉS AU COMITÉ DE RÉDACTION	22-66	45
A. Note liminaire	22-23	45
B. Inviolabilité de la valise diplomatique (art. 36)	24-42	45
1. Commentaires et observations formulés à la Sixième Commission de l'Assemblée générale	25-38	46
2. Texte révisé proposé pour l'article 36	39-42	47
C. Exemptions de la visite douanière, des droits de douane et de tous impôts et taxes (art. 37)	43-45	48
1. Commentaires et observations formulés à la Sixième Commission de l'Assemblée générale	43-44	48
2. Texte révisé proposé pour l'article 37	45	48
D. Mesures de protection dans des circonstances qui empêchent la remise de la valise diplomatique (art. 39) et obligations de l'Etat de transit en cas de force majeure ou d'événement fortuit (art. 40)	46-49	48
1. Commentaires et observations formulés à la Sixième Commission de l'Assemblée générale	48	49
2. Texte proposé pour un nouvel article 39 réunissant les projets d'articles 39 et 40	49	49
E. Non-reconnaissance d'Etats ou de gouvernements ou absence de relations diplomatiques ou consulaires (art. 41)	50-55	49
1. Commentaires et observations formulés à la Sixième Commission de l'Assemblée générale	51-53	49
2. Texte révisé proposé pour l'article 41	54-55	50
F. Rapport entre les présents articles et les autres conventions et accords internationaux (art. 42)	56-62	50
1. Commentaires et observations formulés à la Sixième Commission de l'Assemblée générale	57-61	50
2. Texte révisé proposé pour l'article 42	62	51
G. Déclaration d'exceptions facultatives à l'application des articles à des types désignés de courrier et de valise (art. 43)	63-66	51

	Paragraphes	Pages
1. Commentaires et observations formulés à la Sixième Commission de l'Assemblée générale	63-65	51
2. Texte révisé proposé pour l'article 43	66	51
CONCLUSION	67-68	52

NOTE

Conventions multilatérales mentionnées dans le présent rapport :

	Sources
Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Vienne, 18 avril 1961)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 500, p. 95.
Convention de Vienne sur les relations consulaires (Vienne, 24 avril 1963)	*Ibid.*, vol. 596, p. 261.
Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969)	*Ibid.*, vol. 1155, p. 331.
Convention sur les missions spéciales (New York, 8 décembre 1969)	Nations Unies, *Annuaire juridique 1969* (numéro de vente : F.71.V.4), p. 130.
Convention de Vienne sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (Vienne, 14 mars 1975)	*Id.*, *Annuaire juridique 1975* (numéro de vente : F.77.V.3), p. 90.

Introduction

1. Le présent rapport est le septième de la série des rapports sur le statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique non accompagnée par un courrier diplomatique que le Rapporteur spécial présente à la Commission du droit international depuis 1980[1]. Dans son sixième rapport, le Rapporteur spécial a complété la série des quarante-deux projets d'articles, présentés dans ses précédents rapports, qui comporte désormais quarante-trois projets d'articles.

2. Au terme de sa trente-septième session, en 1985, la Commission avait adopté provisoirement en première lecture les articles 1 à 27, sur la base des articles 1 à 35 présentés par le Rapporteur spécial. Les sept projets d'articles restants (art. 36, 37 et 39 à 43) ont été examinés par la Commission et renvoyés au Comité de rédaction, mais celui-ci n'a pas pu, en raison de son volume de travail, en aborder l'étude avant la fin de cette session[2].

3. Il y a lieu d'espérer que la Commission pourra achever l'examen en première lecture de l'ensemble des projets d'articles à la trente-huitième session, conformément à la décision qu'elle a prise, à sa précédente session, au sujet de son programme de travail[3] et qui a été approuvée par l'Assemblée générale[4].

4. Le Rapporteur spécial a estimé qu'il ne serait pas approprié, au moment où il soumet un ensemble complet de projets d'articles, de présenter d'autres propositions concernant les clauses finales et les dispositions relatives au règlement des différends. Se conformant à la pratique suivie par la Commission en la matière, il a estimé que de telles propositions ne devront être exami-

[1] Pour plus de précisions sur les travaux que la Commission a consacrés au sujet jusqu'en 1985, voir :

a) Les rapports de la Commission : i) sur sa trente et unième session, *Annuaire... 1979*, vol. II (2e partie), p. 192 et suiv., chap. VI; ii) sur sa trente-deuxième session, *Annuaire... 1980*, vol. II (2e partie), p. 158 et suiv., chap. VIII; iii) sur sa trente-troisième session, *Annuaire... 1981*, vol. II (2e partie), p. 161 et suiv., chap. VII; iv) sur sa trente-quatrième session, *Annuaire... 1982*, vol. II (2e partie), p. 117 et suiv., chap. VI; v) sur sa trente-cinquième session, *Annuaire... 1983*, vol. II (2e partie), p. 47 et suiv., chap. V; vi) sur sa trente-sixième session, *Annuaire... 1984*, vol. II (2e partie), p. 19 et suiv., chap. III; vii) sur sa trente-septième session, *Annuaire... 1985*, vol. II (2e partie), p. 28 et suiv., chap. IV.

b) Les précédents rapports du Rapporteur spécial : i) rapport préliminaire, *Annuaire... 1980*, vol. II (1re partie), p. 227, doc. A/CN.4/335; ii) deuxième rapport, *Annuaire... 1981*, vol. II (1re partie), p. 159, doc. A/CN.4/347 et Add.1 et 2; iii) troisième rapport, *Annuaire... 1982*, vol. II (1re partie), p. 298, doc. A/CN.4/359 et Add.1; iv) quatrième rapport, *Annuaire... 1983*, vol. II (1re partie), p. 66, doc. A/CN.4/374 et Add.1 à 4; v) cinquième rapport, *Annuaire... 1984*, vol. II (1re partie), p. 75, doc. A/CN.4/382; vi) sixième rapport, *Annuaire... 1985*, vol. II (1re partie), p. 49, doc. A/CN.4/390.

[2] *Annuaire... 1985*, vol. II (2e partie), p. 30, par. 175 et 176.

[3] *Ibid.*, p. 73, par. 298 et 299.

[4] Résolution 40/75 de l'Assemblée générale, du 11 décembre 1985, par. 3 et 4.

nées que lorsque l'on décidera de la forme finale à donner au projet d'articles.

5. L'objectif principal du présent rapport est de faire le point sur l'état d'avancement des travaux sur les projets d'articles et de présenter une brève analyse des commentaires et observations faits à la Sixième Commission lors de la quarantième session de l'Assemblée générale. Priorité est donnée aux observations se rapportant aux sept projets d'articles en instance d'examen au Comité de rédaction, qui, espère-t-on, pourront être adoptés provisoirement en première lecture par la Commission, à sa trente-huitième session, avant que le mandat de ses membres actuels ne vienne à expiration.

6. Pour faciliter l'achèvement de l'examen en première lecture du projet d'articles, on trouvera ci-après, pour plus de clarté, le texte des articles 1 à 27 adoptés provisoirement jusqu'ici par la Commission, suivi d'un bref compte rendu des commentaires et observations faits à la Sixième Commission sur ces articles et sur les projets d'articles 36, 37 et 39 à 43 restants, et, le cas échéant, le texte révisé proposé pour certains de ces articles.

I. — Projets d'articles adoptés jusqu'ici par la Commission à titre provisoire

A. — Texte des projets d'articles adoptés par la Commission

7. Les projets d'articles 1 à 27 que la Commission a adoptés provisoirement en première lecture dérivent des projets d'articles 1 à 35 de la série que le Rapporteur spécial avait soumise initialement dans ses précédents rapports. Le nombre total des articles est plus restreint par suite de la suppression de certains articles (art. 9, 12, 22, 26 et 27) et de la fusion de certains autres (art. 15, 18 et 19)[5].

8. Le texte des articles 1 à 27 que la Commission a adoptés provisoirement en première lecture, à ses trente-cinquième, trente-sixième et trente-septième sessions, est reproduit ci-après[6].

Article premier. — Champ d'application des présents articles

Les présents articles s'appliquent au courrier diplomatique et à la valise diplomatique employés pour les communications officielles d'un Etat avec ses missions, postes consulaires ou délégations où qu'ils se trouvent et pour les communications officielles de ces missions, postes consulaires ou délégations avec l'Etat d'envoi ou les uns avec les autres.

Article 2. — Courriers et valises n'entrant pas dans le champ d'application des présents articles

Le fait que les présents articles ne s'appliquent pas aux courriers et valises utilisés pour les communications officielles des organisations internationales ne porte pas atteinte :

***a*) au statut juridique de ces courriers et valises;**

***b*) à l'application à ces courriers et valises de toutes règles énoncées dans les présents articles qui leur seraient applicables en vertu du droit international indépendamment des présents articles.**

Article 3. — Expressions employées

1. Aux fins des présents articles :

1) L'expression « courrier diplomatique » s'entend d'une personne dûment habilitée par l'Etat d'envoi, soit de façon permanente, soit pour une occasion particulière en qualité de courrier *ad hoc*, à exercer les fonctions :

***a*) de courrier diplomatique, au sens de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961;**

***b*) de courrier consulaire, au sens de la Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963;**

***c*) de courrier d'une mission spéciale, au sens de la Convention sur les missions spéciales du 8 décembre 1969; ou**

***d*) de courrier d'une mission permanente, d'une mission permanente d'observation, d'une délégation ou d'une délégation d'observation, au sens de la Convention de Vienne sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel du 14 mars 1975;**

qui est chargée de la garde, du transport et de la remise de la valise diplomatique et est employée pour les communications officielles visées à l'article premier;

2) L'expression « valise diplomatique » s'entend des colis contenant de la correspondance officielle, des documents ou des objets destinés exclusivement à un usage officiel, qu'ils soient ou non accompagnés par un courrier diplomatique, qui sont utilisés pour les communications officielles visées à l'article premier et qui portent des marques extérieures visibles de leur caractère de :

***a*) valise diplomatique, au sens de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961;**

***b*) valise consulaire, au sens de la Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963;**

***c*) valise d'une mission spéciale, au sens de la Convention sur les missions spéciales du 8 décembre 1969; ou**

***d*) valise d'une mission permanente, d'une mission permanente d'observation, d'une délégation ou d'une délégation d'observation, au sens de la Convention de Vienne sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel du 14 mars 1975;**

3) L'expression « Etat d'envoi » s'entend d'un Etat qui expédie une valise diplomatique à ou depuis ses missions diplomatiques, postes consulaires ou délégations;

4) L'expression « Etat de réception » s'entend d'un Etat ayant sur son territoire des missions, des postes consulaires ou des délégations de l'Etat d'envoi qui reçoivent ou expédient une valise diplomatique;

5) L'expression « Etat de transit » s'entend d'un Etat par le territoire duquel le courrier diplomatique ou la valise diplomatique passe en transit;

6) Le terme « mission » s'entend :

***a*) d'une mission diplomatique permanente au sens de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961;**

***b*) d'une mission spéciale au sens de la Convention sur les missions spéciales du 8 décembre 1969; et**

---

[5] Voir le sixième rapport du Rapporteur spécial, doc. A/CN.4/390 (v. *supra* n. 1 *b* vi), par. 6 et notes 3 et 4.

[6] Pour le commentaire des articles 1 à 7 adoptés provisoirement par la Commission à sa trente-cinquième session, voir *Annuaire... 1983*, vol. II (2e partie), p. 57 et suiv. Pour le commentaire de l'article 8 adopté provisoirement aux trente-cinquième et trente-sixième sessions, et celui des articles 9 à 17, 19 et 20 adoptés provisoirement à la trente-sixième session, voir *Annuaire... 1984*, vol. II (2e partie), p. 47 et suiv.; pour le commentaire du paragraphe 2 de l'article 12 (paragraphe d'où la Commission a décidé, à sa trente-septième session, de retirer les crochets figurant dans le texte provisoirement adopté à la trente-sixième session) et pour le commentaire des articles 18 et 21 à 27, adoptés provisoirement à la trente-septième session, voir *Annuaire... 1985*, vol. II (2e partie), p. 39 et suiv.

c) d'une mission permanente ou d'une mission permanente d'observation au sens de la Convention de Vienne sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel du 14 mars 1975;

7) L'expression « poste consulaire » s'entend d'un consulat général, consulat, vice-consulat ou agence consulaire au sens de la Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963;

8) Le terme « délégation » s'entend d'une délégation ou d'une délégation d'observation au sens de la Convention de Vienne sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel du 14 mars 1975;

9) L'expression « organisation internationale » s'entend d'une organisation intergouvernementale.

2. Les dispositions du paragraphe 1 du présent article concernant les expressions employées dans les présents articles ne préjudicient pas à l'emploi de ces expressions ni au sens qui peut leur être donné dans d'autres instruments internationaux ou dans le droit interne d'un Etat.

Article 4. — Liberté des communications officielles

1. L'Etat de réception permet et protège les communications officielles de l'Etat d'envoi effectuées au moyen du courrier diplomatique ou de la valise diplomatique comme prévu à l'article premier.

2. L'Etat de transit accorde aux communications officielles de l'Etat d'envoi effectuées au moyen du courrier diplomatique ou de la valise diplomatique la même liberté et la même protection que l'Etat de réception.

Article 5. — Devoir de respecter les lois et règlements de l'Etat de réception et de l'Etat de transit

1. L'Etat d'envoi veille à ce que les privilèges et immunités accordés à son courrier diplomatique et à sa valise diplomatique ne soient pas utilisés d'une manière incompatible avec l'objet et le but des présents articles.

2. Sans préjudice des privilèges et immunités qui lui sont accordés, le courrier diplomatique a le devoir de respecter les lois et règlements de l'Etat de réception ou de l'Etat de transit, selon le cas. Il a aussi le devoir de ne pas s'ingérer dans les affaires intérieures de l'Etat de réception ou de l'Etat de transit, selon le cas.

Article 6. — Non-discrimination et réciprocité

1. Dans l'application des dispositions des présents articles, l'Etat de réception ou l'Etat de transit n'exercent pas de discrimination entre les Etats.

2. Toutefois, ne seront pas considérés comme discriminatoires :

a) le fait que l'Etat de réception ou l'Etat de transit appliquent restrictivement l'une quelconque des dispositions des présents articles parce qu'elle est ainsi appliquée à son courrier diplomatique ou à sa valise diplomatique par l'Etat d'envoi;

b) le fait que les Etats modifient entre eux, par coutume ou par voie d'accord, l'étendue des facilités, privilèges et immunités pour leurs courriers diplomatiques et leurs valises diplomatiques, sous réserve que la modification ne soit pas incompatible avec l'objet et le but des présents articles et ne porte pas atteinte à la jouissance des droits ni à l'exécution des obligations des Etats tiers.

Article 7. — Documents du courrier diplomatique*

Le courrier diplomatique doit être porteur des documents officiels attestant sa qualité et précisant le nombre des colis qui constituent la valise diplomatique qu'il accompagne.

Article 8. — Nomination du courrier diplomatique*

Sous réserve des dispositions des articles 9 et 12, le courrier diplomatique est nommé à leur choix par l'Etat d'envoi, ses missions, ses postes consulaires ou ses délégations.

* Numérotation provisoire.

Article 9. — Nationalité du courrier diplomatique

1. Le courrier diplomatique aura en principe la nationalité de l'Etat d'envoi.

2. Le courrier diplomatique ne peut être choisi parmi les ressortissants de l'Etat de réception qu'avec le consentement de cet Etat, qui peut en tout temps le retirer.

3. L'Etat de réception peut se réserver le droit prévu au paragraphe 2 du présent article en ce qui concerne :

a) les ressortissants de l'Etat d'envoi qui sont résidents permanents de l'Etat de réception;

b) les ressortissants d'un Etat tiers qui ne sont pas également ressortissants de l'Etat d'envoi.

Article 10. — Fonctions du courrier diplomatique

Les fonctions du courrier diplomatique consistent à prendre sous sa garde, à transporter et à remettre à destination la valise diplomatique qui lui est confiée.

Article 11. — Fin des fonctions du courrier diplomatique

Les fonctions du courrier diplomatique prennent fin notamment par :

a) la notification de l'Etat d'envoi à l'Etat de réception et, le cas échéant, à l'Etat de transit que les fonctions du courrier diplomatique ont pris fin;

b) la notification de l'Etat de réception à l'Etat d'envoi que, conformément à l'article 12, il refuse de reconnaître à la personne en cause la qualité de courrier diplomatique.

Article 12. — Courrier diplomatique déclaré persona non grata *ou non acceptable*

1. L'Etat de réception peut, à tout moment et sans avoir à motiver sa décision, informer l'Etat d'envoi que le courrier diplomatique est *persona non grata* ou n'est pas acceptable. L'Etat d'envoi rappellera alors le courrier diplomatique ou mettra fin aux fonctions qu'il devait accomplir dans l'Etat de réception, selon le cas. Une personne peut être déclarée *non grata* ou non acceptable avant d'arriver sur le territoire de l'Etat de réception.

2. Si l'Etat d'envoi refuse d'exécuter, ou n'exécute pas dans un délai raisonnable, les obligations qui lui incombent en vertu du paragraphe 1 du présent article, l'Etat de réception peut refuser de reconnaître à la personne en cause la qualité de courrier diplomatique.

Article 13. — Facilités

1. L'Etat de réception ou, selon le cas, l'Etat de transit accorde au courrier diplomatique les facilités nécessaires pour l'accomplissement de ses fonctions.

2. L'Etat de réception ou, selon le cas, l'Etat de transit aide, sur demande et dans la mesure du possible, le courrier diplomatique à obtenir un logement temporaire et à entrer en liaison par le réseau de télécommunications avec l'Etat d'envoi et ses missions, ses postes consulaires ou ses délégations, où qu'ils se trouvent.

Article 14. — Entrée sur le territoire de l'Etat de réception ou de l'Etat de transit

1. L'Etat de réception ou, selon le cas, l'Etat de transit permet au courrier diplomatique de pénétrer sur son territoire dans l'exercice de ses fonctions.

2. Les visas, lorsqu'ils sont requis, sont accordés aussi rapidement que possible au courrier diplomatique par l'Etat de réception ou l'Etat de transit.

Article 15. — Liberté de mouvement

Sous réserve de ses lois et règlements relatifs aux zones dont l'accès est interdit ou réglementé pour des raisons de sécurité nationale, l'Etat

de réception ou, selon le cas, l'Etat de transit assure au courrier diplomatique la liberté de déplacement et de circulation sur son territoire dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de ses fonctions.

Article 16. — Protection et inviolabilité de la personne

Le courrier diplomatique est, dans l'exercice de ses fonctions, protégé par l'Etat de réception ou, selon le cas, par l'Etat de transit. Il jouit de l'inviolabilité de sa personne et ne peut être soumis à aucune forme d'arrestation ou de détention.

Article 17. — Inviolabilité du logement temporaire

1. Le logement temporaire du courrier diplomatique est inviolable. Il n'est pas permis aux agents de l'Etat de réception ou, selon le cas, de l'Etat de transit d'y pénétrer, sauf avec le consentement du courrier diplomatique. Toutefois, ce consentement peut être présumé acquis en cas d'incendie ou autre sinistre exigeant des mesures de protection immédiates.

2. Dans la mesure du possible, le courrier diplomatique informe les autorités de l'Etat de réception ou de l'Etat de transit de l'endroit où se trouve son logement temporaire.

3. Le logement temporaire du courrier diplomatique ne peut être soumis à l'inspection ou à la perquisition, à moins qu'il n'existe des motifs sérieux de croire que des objets s'y trouvent dont la possession, l'importation ou l'exportation est interdite par la législation ou soumise aux règlements de quarantaine de l'Etat de réception ou de l'Etat de transit. En pareil cas, l'inspection ou la perquisition ne doit se faire qu'en présence du courrier diplomatique et à condition d'y procéder sans porter atteinte à l'inviolabilité de la personne du courrier diplomatique ou à l'inviolabilité de la valise diplomatique qu'il transporte et sans retarder ou entraver de façon déraisonnable la remise de la valise diplomatique.

Article 18. — Immunité de juridiction

1. Le courrier diplomatique jouit de l'immunité de la juridiction pénale de l'Etat de réception ou, selon le cas, de l'Etat de transit, pour tous les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions.

2. Il jouit également de l'immunité de la juridiction civile et administrative de l'Etat de réception ou, selon le cas, de l'Etat de transit, pour tous les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions. Cette immunité ne s'étend pas à une action en réparation pour dommages résultant d'un accident occasionné par un véhicule dont l'utilisation peut avoir engagé la responsabilité du courrier, si le dédommagement ne peut être recouvré par voie d'assurance.

3. Aucune mesure d'exécution ne peut être prise à l'égard du courrier diplomatique sauf dans les cas où il ne jouit pas de l'immunité prévue au paragraphe 2 du présent article et pourvu que l'exécution puisse se faire sans qu'il soit porté atteinte à l'inviolabilité de sa personne, de son logement temporaire ou de la valise diplomatique qui lui est confiée.

4. Le courrier diplomatique n'est pas obligé de donner son témoignage dans les cas mettant en cause l'exercice de ses fonctions. Il peut être requis de donner son témoignage dans les autres cas, à condition que cela ne retarde ou n'entrave pas de façon déraisonnable la remise de la valise diplomatique.

5. L'immunité de juridiction du courrier diplomatique dans l'Etat de réception ou l'Etat de transit ne saurait exempter le courrier de la juridiction de l'Etat d'envoi.

Article 19. — Exemption de la fouille corporelle, des droits de douane et de la visite douanière

1. Le courrier diplomatique est exempt de la fouille corporelle.

2. Suivant les dispositions législatives et réglementaires qu'il peut adopter, l'Etat de réception ou, selon le cas, l'Etat de transit autorise l'entrée des objets destinés à l'usage personnel du courrier diplomatique importés dans son bagage personnel et accorde sur ces objets l'exemption de tous droits de douane, taxes et redevances connexes autres que les taxes ou redevances perçues en rémunération de services particuliers rendus.

3. Le courrier diplomatique est exempt de l'inspection de son bagage personnel, à moins qu'il n'existe des motifs sérieux de croire qu'il contient des objets qui ne sont pas destinés à l'usage personnel du courrier diplomatique ou des objets dont l'importation ou l'exportation est interdite par la législation ou soumise aux règlements de quarantaine de l'Etat de réception ou, selon le cas, de l'Etat de transit. En pareil cas, l'inspection ne doit se faire qu'en présence du courrier diplomatique.

Article 20. — Exemption des impôts et taxes

Dans l'exercice de ses fonctions, le courrier diplomatique est exempt, dans l'Etat de réception ou, selon le cas, dans l'Etat de transit de tous les impôts et taxes, nationaux, régionaux ou communaux auxquels il serait autrement soumis, à l'exception des impôts indirects d'une nature telle qu'ils sont normalement incorporés dans le prix des marchandises ou des services et des impôts et taxes perçus en rémunération des services particuliers rendus.

Article 21. — Durée des privilèges et immunités

1. Le courrier diplomatique jouit des privilèges et immunités dès qu'il entre sur le territoire de l'Etat de réception ou, selon le cas, de l'Etat de transit pour exercer ses fonctions ou, s'il se trouve déjà sur le territoire de l'Etat de réception, dès qu'il commence à exercer ses fonctions. Les privilèges et immunités cessent normalement au moment où le courrier diplomatique quitte le territoire de l'Etat de réception ou de l'Etat de transit. Toutefois, les privilèges et immunités du courrier diplomatique *ad hoc* cessent au moment où il a remis au destinataire la valise diplomatique dont il a la charge.

2. Si les fonctions du courrier diplomatique prennent fin en vertu de l'alinéa *b* de l'article 11, ses privilèges et immunités cessent au moment où il quitte le territoire de l'Etat de réception ou à l'expiration d'un délai raisonnable qui lui a été accordé à cette fin.

3. Nonobstant les dispositions des paragraphes qui précèdent, l'immunité subsiste en ce qui concerne les actes accomplis par le courrier diplomatique dans l'exercice de ses fonctions.

Article 22. — Renonciation aux immunités

1. L'Etat d'envoi peut renoncer aux immunités du courrier diplomatique.

2. La renonciation doit toujours être expresse, sous réserve des dispositions du paragraphe 3 du présent article, et doit être communiquée par écrit.

3. Si le courrier diplomatique engage une procédure, il n'est plus recevable à invoquer l'immunité de juridiction à l'égard de toute demande reconventionnelle directement liée à la demande principale.

4. La renonciation à l'immunité de juridiction pour une action civile ou administrative n'est pas censée impliquer la renonciation à l'immunité quant aux mesures d'exécution du jugement, pour lesquelles une renonciation distincte est nécessaire.

5. Si l'Etat d'envoi ne renonce pas à l'immunité du courrier diplomatique à l'égard d'une action civile, il doit faire tous efforts pour aboutir à un règlement équitable de l'affaire.

Article 23. — Statut du commandant d'un navire ou d'un aéronef auquel la valise diplomatique est confiée

1. Le commandant d'un navire ou d'un aéronef commercial d'une ligne régulière à destination d'un point d'entrée autorisé peut se voir confier la valise diplomatique de l'Etat d'envoi ou d'une mission, d'un poste consulaire ou d'une délégation de cet Etat.

2. Le commandant doit être porteur d'un document officiel indiquant le nombre de colis qui constituent la valise dont il a la charge, mais il n'est pas considéré comme un courrier diplomatique.

3. L'Etat de réception permet à un membre d'une mission, d'un poste consulaire ou d'une délégation de l'Etat d'envoi libre accès au navire ou à l'aéronef pour prendre possession de la valise des mains du commandant ou la lui remettre, directement et librement.

Article 24. — Identification de la valise diplomatique

1. Les colis constituant la valise diplomatique doivent porter des marques extérieures visibles de leur caractère.

2. Les colis constituant la valise diplomatique non accompagnée par un courrier diplomatique doivent aussi porter une indication visible de leur destination et de leur destinataire.

Article 25. — Contenu de la valise diplomatique

1. La valise diplomatique ne peut contenir que la correspondance officielle, ainsi que des documents ou objets destinés exclusivement à un usage officiel.

2. L'Etat d'envoi prend les mesures appropriées pour prévenir l'envoi, par sa valise diplomatique, d'objets autres que ceux qui sont visés au paragraphe 1.

Article 26. — Acheminement de la valise diplomatique par la poste ou par tout mode de transport

Les conditions propres au recours au service postal ou à tout mode de transport, établies par les règles internationales ou nationales pertinentes, s'appliquent à l'acheminement des colis constituant la valise diplomatique.

Article 27. — Facilités accordées à la valise diplomatique

L'Etat de réception ou, selon le cas, l'Etat de transit accorde les facilités nécessaires pour l'acheminement ou la remise sûrs et rapides de la valise diplomatique.

B. — Commentaires et observations formulés à la Sixième Commission de l'Assemblée générale sur les projets d'articles adoptés par la Commission

9. A la quarantième session de l'Assemblée générale, un certain nombre de représentants à la Sixième Commission ont fait des observations de caractère général sur l'ensemble du sujet et sur certains projets d'articles adoptés provisoirement par la Commission ou proposés par le Rapporteur spécial[7].

10. Il a été pris note avec satisfaction des progrès notables que la Commission avait réalisés dans ses travaux sur le sujet en vue d'élaborer un instrument juridique approprié. Plusieurs représentants ont été d'avis que la Commission devrait être en mesure d'achever, à sa trente-huitième session, l'examen en première lecture des projets d'articles, et certains ont estimé que le sujet devrait y être traité en priorité[8].

11. Il a été dit également que la tâche de la Commission devrait être de regrouper les dispositions existantes des quatre conventions de codification du droit diplomatique et consulaire[9]; d'unifier les règles de façon à assurer le même traitement à tous les courriers et valises diplomatiques; et à mettre au point des règles destinées à résoudre des problèmes pratiques qui ne l'étaient pas par les conventions existantes[10].

12. Certains représentants ont estimé qu'il fallait s'efforcer de simplifier davantage le texte des projets d'articles en se fondant sur le principe de la nécessité fonctionnelle et de chercher à établir un équilibre entre la nécessité de préserver la sécurité et le secret diplomatique de l'Etat d'envoi, d'une part, et la nécessité de préserver la sécurité et les autres intérêts légitimes des Etats de réception et de transit, de l'autre[11].

13. Dans la plupart de leurs observations, les représentants ont approuvé les améliorations qui avaient été apportées aux projets d'articles adoptés provisoirement, et ont exprimé leur appui général. En meme temps, on a signalé que des améliorations de style s'imposaient dans certains cas pour plus de clarté et de précision. On a espéré que ces observations seraient prises en considération lors de l'examen des projets d'articles en deuxième lecture.

14. Certains représentants n'étaient toujours pas convaincus de la nécessité de prévoir l'inviolabilité du logement temporaire du courrier diplomatique. Ils estimaient que les dispositions de l'article 17, relatif à cette question, n'étaient pas justifiées et risquaient de donner lieu à des problèmes d'ordre juridique et pratique[12]. Le Rapporteur spécial a déjà donné, à plusieures reprises, des explications sur la nécessité fonctionnelle d'assurer une protection adéquate au logement temporaire du courrier diplomatique[13].

15. La plupart des observations ont porté sur l'article 18 (Immunité de juridiction) et plus précisément sur le paragraphe 1 concernant l'immunité de la juridiction pénale de l'Etat de réception ou de transit dont jouit le courrier diplomatique. De même que les autres fois où cette question a été examinée, trois tendances principales se sont dégagées de la discussion : *a*) supprimer la disposition spéciale sur l'immunité de la juridiction pénale vu qu'elle était inutile; *b*) accorder au courrier diplomatique l'immunité absolue de la juridiction pénale de l'Etat de réception ou de transit; *c*) adopter une solution de compromis consistant à ce que l'immunité de la juridiction pénale de l'Etat de réception ou de transit dont jouit le courrier soit limitée aux actes accomplis par lui dans l'exercice de ses fonctions[14].

16. Certains représentants étaient d'avis qu'une disposition spéciale sur l'immunité de la juridiction pénale n'était pas nécessaire puisque, selon l'article 16 (Protection et inviolabilité de la personne), le courrier jouirait de l'inviolabilité de sa personne et ne pourrait être soumis à aucune forme d'arrestation ou de détention. La protection accordée au courrier par l'article 16 serait donc suffisante[15].

---

[7] Voir « Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats de la Sixième Commission sur le rapport de la CDI durant la quarantième session de l'Assemblée générale » (A/CN.4/L.398), sect. D.

[8] *Ibid.*, par. 247 et 259.

[9] Ces quatre conventions adoptées sous les auspices des Nations Unies (dénommées ci-après « conventions de codification ») sont : la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques; la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires; la Convention de 1969 sur les missions spéciales; la Convention de Vienne de 1975 sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel.

[10] « Résumé thématique... » (A/CN.4/L.398), par. 251.

[11] *Ibid.*, par. 250 et 252.

[12] *Ibid.*, par. 267 et 268.

[13] Voir le quatrième rapport du Rapporteur spécial, doc. A/CN.4/374 et Add.1 à 4 (v. *supra* n. 1 *b* iv), par. 69 à 79; et le cinquième rapport, doc. A/CN.4/382 (v. *supra* n. 1 *b* v), par. 52.

[14] « Résumé thématique... » (A/CN.4/L.398), par. 271 à 278.

[15] *Ibid.*, par. 273.

17. Plusieurs représentants ont estimé que le fait de limiter l'immunité de juridiction pénale du courrier aux seuls « actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions » n'était pas un compromis, mais un recul par rapport à la coutume, telle qu'elle était reflétée dans la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques et que ces termes ne manqueraient pas de donner lieu à des problèmes d'interprétation et d'application. On a fait valoir en outre que le courrier diplomatique était un fonctionnaire de l'Etat d'envoi qui remplissait des fonctions officielles ayant trait à la protection et au transport de la valise diplomatique. La sécurité du courrier diplomatique était donc une condition préalable à l'exercice normal de ses fonctions. Il devait donc jouir de la même immunité de juridiction pénale que les membres du personnel administratif et technique des missions et leurs familles, en vertu de la Convention de Vienne de 1961 et des autres conventions de codification pertinentes[16].

18. Un certain nombre de représentants se sont prononcés en faveur des dispositions contenues au paragraphe 1 de l'article 18, qui leur semblaient être un bon compromis entre ceux qui préconisaient l'immunité absolue et ceux qui pensaient que le courrier diplomatique ne devait pas jouir de l'immunité de la juridiction pénale[17].

19. Certaines observations ont été faites au sujet de la formule « pour tous les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions », figurant aux paragraphes 1 et 2 de l'article 18, dans le but d'éviter toute ambiguïté possible et des difficultés potentielles d'interprétation et d'application[18].

20. Certaines réserves ont été exprimées au sujet du paragraphe 4 de l'article 18, qui prévoyait que le courrier diplomatique était obligé de donner son témoignage[19].

21. Il ressort, en bref, du débat de la Sixième Commission sur les articles 1 à 27 adoptés provisoirement en première lecture par la CDI[20] qu'à quelques exceptions près, indiquées ci-dessus, les commentaires et les suggestions ont porté essentiellement sur des questions de rédaction et que la plupart des articles ont été approuvés quant au fond. Il va de soi que les observations précises concernant divers articles seront prises en considération lors de la deuxième lecture des projets d'articles.

[16] *Ibid.*, par. 275.

[17] *Ibid.*, par. 271.

[18] *Ibid.*, par. 274, 276 et 280.

[19] *Ibid.*, par. 281 et 282.

[20] *Ibid.*, par. 260 à 315.

II. — Projets d'articles examinés par la Commission et renvoyés au Comité de rédaction

A. — Note liminaire

22. Le Rapporteur spécial se propose, dans la présente section, d'analyser brièvement les commentaires et observations formulés à la Sixième Commission durant la quarantième session de l'Assemblée générale au sujet des sept projets d'articles renvoyés pour examen au Comité de rédaction (art. 36, 37 et 39 à 43)[21]. Le Rapporteur spécial a estimé qu'il serait souhaitable d'examiner, avant l'adoption de ces articles en première lecture, les observations et suggestions faites à leur sujet par les représentants à la Sixième Commission. Cette procédure fournira peut-être une nouvelle occasion de proposer d'autres améliorations touchant les textes déjà examinés par la Commission à sa précédente session.

23. Comme les sept projets d'articles dont il s'agit sont encore en instance d'examen au Comité de rédaction, le Rapporteur spécial propose ci-après certaines modifications, et le cas échéant des textes révisés, afin de faciliter le travail de la Commission et lui permettre ainsi de finir l'examen en première lecture de la série complète des projets d'articles sur le sujet à sa trente-huitième session.

[21] Voir *supra* note 2.

B. — Inviolabilité de la valise diplomatique (art. 36)[22]

24. La question de l'inviolabilité de la valise diplomatique a donné lieu à bien des débats, et à des divergences de vue tant à la CDI qu'à la Sixième Commission, depuis que le projet d'article 36 a été présenté à la trente-cinquième session de la CDI, en 1983[23]. Cet intérêt était fort justifié, car on a toujours estimé que la pro-

[22] Le projet d'article 36 révisé, présenté par le Rapporteur spécial dans son sixième rapport, était libellé comme suit :

« *Article 36. — Inviolabilité de la valise diplomatique*

« 1. La valise diplomatique est inviolable à tout moment et en quelque lieu qu'elle se trouve; à moins que les Etats intéressés n'en soient convenus autrement, elle ne doit être ni ouverte, ni retenue et elle est exempte de tout examen, que ce soit directement ou à l'aide de moyens électroniques ou mécaniques.

« 2. Néanmoins, si les autorités compétentes de l'Etat de réception ou de l'Etat de transit ont des motifs sérieux de croire que la valise contient autre chose que la correspondance officielle, les documents ou les objets destinés à un usage officiel visés à l'article 32, elles peuvent demander que la valise soit renvoyée à son lieu d'origine. »

[23] Voir le quatrième rapport du Rapporteur spécial, doc. A/CN.4/374 et Add.1 à 4 (v. *supra* n. 1 *b* iv), par. 326 à 349; le cinquième rapport, doc. A/CN.4/382 (v. *supra* n. 1 *b* v), par. 73 à 79; et le sixième rapport, doc. A/CN.4/390 (v. *supra* n. 1 *b* vi), par. 30 à 42.

Pour les débats de la CDI sur le projet d'article 36, voir *Annuaire... 1984*, vol. II (2e partie), p. 25 et suiv., par. 101 et 102 et 136 à 143; et *Annuaire... 1985*, vol. II (2e partie), p. 30 et suiv., par. 179 à 184.

(Suite de la note page suivante.)

tection juridique de la valise diplomatique, en général, et l'inviolabilité de la valise, en particulier, étaient parmi les dispositions les plus importantes de toute la série des projets d'articles relatifs au sujet[24].

1. Commentaires et observations formulés à la Sixième Commission de l'Assemblée générale

25. Plusieurs représentants ont appuyé le texte révisé de projet d'article 36 présenté par le Rapporteur spécial. On a souligné que la nouvelle formulation parvenait à établir un équilibre judicieux entre les intérêts respectifs des Etats d'envoi, de réception et de transit, dans la mesure notamment où cet article serait appliqué sur la base de la réciprocité. Certains représentants ont estimé que le texte révisé constituait une bonne base pour la recherche d'une formule généralement acceptable en ce qu'il permettait de rapprocher les positions en présence. On a fait observer en outre que le texte révisé avait l'avantage de préserver à la fois le principe de l'inviolabilité de la valise diplomatique, bien établi dans la pratique des Etats, tout en autorisant une certaine souplesse dans son application[25].

26. Certains représentants ont exprimé des réserves et des objections concernant le projet d'article 36. On a dit que la CDI devrait revoir quelques-uns des principaux aspects de la règle de l'inviolabilité de la valise diplomatique, de sa portée et des modalités pratiques de son application[26].

27. Le membre de phrase « à moins que les Etats intéressés n'en soient convenus autrement », au paragraphe 1, a suscité des commentaires divergents. Certains représentants s'en sont félicités comme d'un moyen pratique d'aboutir à un compromis raisonnable en cas de doutes au sujet du contenu de la valise. D'autres, en revanche, ont estimé que ce membre de phrase constituait une dérogation au principe de l'inviolabilité de la valise et qu'il aurait de graves conséquences pour le régime du courrier diplomatique et de la valise diplomatique défini par la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques. Un représentant s'est déclaré en faveur de la suppression du membre de phrase en question au motif que le droit résiduel de conclure des accords contraires était déjà prévu au paragraphe 2, al. *b*, de l'article 6[27].

28. L'adjonction du membre de phrase « et devrait être exempte de toute inspection ou examen, que ce soit directement ou à l'aide de moyens électroniques ou mécaniques », à la fin du paragraphe 1, a également suscité des commentaires divergents. Plusieurs représentants se sont déclarés favorables à cette adjonction, estimant en particulier que l'examen de la valise diplomatique à l'aide de moyens électroniques ne devait pas être permis. On a déclaré, à cet égard, que l'inviolabilité absolue de la valise diplomatique constituait une garantie fondamentale de la liberté des communications officielles entre les Etats et leurs missions et qu'il fallait donc en énoncer le principe dans le projet d'article. Il importait surtout d'interdire toute espèce d'examen ou d'inspection, direct ou indirect, car l'emploi de moyens électroniques ou mécaniques risquait de porter atteinte au caractère confidentiel du contenu de la valise, vu la rapidité des progrès techniques dans ce domaine. On a déclaré qu'en outre l'emploi de tels moyens perfectionnés désavantagerait nombre de pays qui en étaient dépourvus, en particulier les pays en développement. Pour ces raisons, il fallait interdire expressément l'examen de la valise diplomatique à l'aide de dispositifs électroniques ou mécaniques. Certains représentants ont néanmoins estimé que la formule « exempte de toute inspection ou examen », au paragraphe 1, avait une portée trop vaste, car elle excluait tout examen externe[28].

29. D'autres représentants ont émis de fortes réserves concernant la disposition en cause et ont jugé que l'examen de la valise diplomatique à l'aide de moyens électroniques devrait être autorisé. Certains ont estimé que cet examen ne visait qu'à déceler des objets métalliques contenus dans la valise et qu'il ne pouvait nuire aux communications diplomatiques. On a souligné en outre que l'examen par des moyens électroniques était dans l'intérêt de la sécurité de l'aviation civile. De l'avis d'un autre représentant, si l'examen à l'aide de moyens électroniques ne devait pas être pratiqué de manière courante, il devait être autorisé dans des circonstances particulières quand les soupçons étaient suffisamment forts[29].

30. Sans sous-estimer les divergences d'opinions auxquelles a donné lieu le paragraphe 1 du projet d'article 36 révisé, présenté par le Rapporteur spécial, ni les réserves dont ce paragraphe a fait l'objet, il semble ressortir des débats de la Sixième Commission qu'il convient de s'en tenir au principe fondamental et bien établi de l'inviolabilité absolue de la valise diplomatique, tout en permettant une certaine souplesse dans l'application comme le prévoit l'article 36 proposé[30].

31. Le paragraphe 2 du projet d'article 36 révisé a également donné lieu à certains commentaires et certaines suggestions tendant à l'améliorer.

32. Plusieurs représentants ont estimé que le texte révisé du paragraphe 2 marquait un progrès et pouvait constituer une solution de compromis acceptable. On a émis l'avis que ce texte garantissait une souplesse d'application suffisante et semblait fournir une protection raisonnable contre la possibilité d'abus de la part de l'Etat d'envoi, dans la mesure où il permettait à l'Etat de réception ou de transit de demander que la valise soit renvoyée au lieu d'origine, si les autorités de ces Etats avaient des motifs sérieux de croire qu'elle contenait

(Suite de la note 23.)

Pour les débats de la Sixième Commission sur ce projet d'article, voir « Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats de la Sixième Commission sur le rapport de la CDI durant la trente-neuvième session de l'Assemblée générale » (A/CN.4/L.382, par. 184 à 191; et « Résumé thématique... quarantième session de l'Assemblée générale » (A/CN.4/L.398), par. 317 à 336.

[24] Voir le sixième rapport du Rapporteur spécial, doc. A/CN.4/390 (v. *supra* n. 1 *b* vi), par. 30.

[25] « Résumé thématique... » (A/CN.4/L.398), par. 317 et 319.

[26] *Ibid.*, par. 318 et 327.

[27] *Ibid.*, par. 320.

[28] *Ibid.*, par. 321 et 322.

[29] *Ibid.*, par. 323.

[30] *Ibid.*, par. 324. Voir aussi *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Sixième Commission*, 25e séance, par. 29 (Turquie).

consulaire et à l'application de la règle consignée au paragraphe 3 de l'article 35 de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires. De la sorte, on instituerait un double régime correspondant aux conventions de codification existantes. Cette solution, non dépourvue de mérites, ne satisferait pas toutefois à la notion d'uniformité des régimes applicables à tous les types de valises — notion qui sous-tend la disposition du paragraphe 2 révisé, proposé par le Rapporteur spécial, qui s'est acquis la faveur de plusieurs représentants lors des débats de la Sixième Commission.

40. On espère que les membres de la Commission jugeront utile de faire connaître leurs vues sur ces divers points relatifs au projet d'article 36 avant que celui-ci ne soit examiné par le Comité de rédaction.

41. Eu égard aux commentaires et observations formulés à la CDI et à la Sixième Commission, et vu que le projet d'article 36 n'a pas encore été examiné par le Comité de rédaction, le Rapporteur spécial propose un nouveau texte révisé pour cet article. Les modifications portent essentiellement sur le libellé du paragraphe 1. Au paragraphe 2, seule la référence à l'article 32 a été modifiée, afin de tenir compte de la renumérotation des projets d'articles précédents.

42. A la lumière de ce qui précède, le Rapporteur spécial soumet pour examen et approbation le texte révisé ci-après du projet d'article 36 :

Article 36. — Inviolabilité de la valise diplomatique

1. La valise diplomatique est inviolable en quelque lieu qu'elle se trouve; elle ne doit être ni ouverte ni retenue et elle est exempte de tout examen, que ce soit directement ou à l'aide de moyens électroniques ou mécaniques.

2. Néanmoins, si les autorités compétentes de l'Etat de réception ou de l'Etat de transit ont des motifs sérieux de penser que la valise contient autre chose que la correspondance officielle, les documents ou les objets destinés à un usage officiel visés à l'article 25, elles peuvent demander que la valise soit renvoyée à son lieu d'origine.

C. — Exemptions de la visite douanière, des droits de douane et de tous impôts et taxes (art. 37)[41]

1. Commentaires et observations formulés à la Sixième Commission de l'Assemblée générale

43. On a considéré que le nouveau projet d'article 37, réunissant les anciens projets d'articles 37 et 38, que le Rapporteur spécial avait présenté dans son sixième rapport, apportait une amélioration. Les commentaires et observations étaient surtout de caractère rédactionnel.

44. La principale modification qui a été proposée au sujet de ce projet d'article, et qui pourrait en affecter le champ d'application, consistait à circonscrire ses dispositions aux aspects concernant l'exemption de la valise diplomatique des droits de douane, des redevances et des taxes, et à ce que toutes les questions relatives au contrôle et à l'inspection des douanes relèvent de l'article 36[42].

2. Texte révisé proposé pour l'article 37

45. Compte tenu des commentaires et des propositions d'ordre rédactionnel formulés lors des débats de la Sixième Commission, le Rapporteur spécial soumet pour examen et approbation le texte révisé ci-après du projet d'article 37 :

Article 37. — Exemptions des droits de douanes, des redevances et des taxes

L'Etat de réception ou, le cas échéant, l'Etat de transit autorisent, conformément aux lois et règlements qu'ils adoptent, la libre entrée, le libre transit ou la libre sortie des valises diplomatiques, et les exemptent des droits de douane et de tous impôts et taxes nationaux, régionaux ou communaux, de même que des autres redevances connexes, à l'exception des frais d'entreposage et de camionnage et des autres frais afférents à des services particuliers rendus.

D. — Mesures de protection dans des circonstances qui empêchent la remise de la valise diplomatique (art. 39) et obligations de l'Etat de transit en cas de force majeure ou d'événement fortuit (art. 40)[43]

46. Les projets d'articles 39 et 40 sont examinés ensemble étant donné qu'il y a eu, à la Sixième Commis-

[41] Le nouveau projet d'article 37, présenté par le Rapporteur spécial dans son sixième rapport, était libellé comme suit :

« *Article 37. — Exemptions de la visite douanière, des droits de douane et de tous impôts et taxes*

« L'Etat de réception ou l'Etat de transit autorisent, conformément aux lois et règlements qu'ils adoptent, l'entrée, le transit ou la sortie des valises diplomatiques et les exemptent de la visite douanière et des autres inspections, des droits de douane et de tous impôts et taxes nationaux, régionaux ou communaux, de même que des redevances connexes, autres que les frais d'entreposage et de camionnage et les frais afférents à d'autres services particuliers rendus. »

[42] « Résumé thématique... » (A/CN.4/L.398), par. 339.

[43] Le projet d'article 39 révisé, présenté par le Rapporteur spécial dans son sixième rapport, et le projet d'article 40, présenté dans le quatrième rapport, et dont le texte anglais a été modifié oralement par le Rapporteur spécial, à la trente-septième session de la Commission (*Annuaire... 1985*, vol. II [2e partie], p. 33, par. 190), étaient libellés comme suit :

« *Article 39. — Mesures de protection dans des circonstances qui empêchent la remise de la valise diplomatique*

« L'Etat de réception ou l'Etat de transit prennent les mesures appropriées pour assurer l'intégrité et la sécurité de la valise diplomatique, et avisent immédiatement l'Etat d'envoi en cas de cessation des fonctions du courrier diplomatique l'empêchant de remettre la valise diplomatique à sa destination ou en cas de circonstances empêchant le capitaine d'un aéronef commercial ou d'un navire de commerce de remettre la valise diplomatique à un membre habilité de la mission diplomatique de l'Etat d'envoi. »

« *Article 40. — Obligations de l'Etat de transit en cas de force majeure ou d'événement fortuit*

« Si, par suite d'un cas de force majeure ou d'un événement fortuit, le courrier diplomatique ou la valise diplomatique est contraint de s'écarter de son itinéraire normal et de demeurer un certain temps sur le territoire d'un Etat qui n'avait pas été prévu initialement comme Etat de transit, cet Etat accorde au courrier diplomati-

autre chose que de la correspondance officielle ou des documents ou des objets destinés à un usage officiel[31].

33. Certains représentants, tout en acceptant quant au fond les principes sur lesquels reposait le paragraphe 2, ont dit qu'il faudrait peut-être améliorer le texte en y faisant place à une autre possibilité, à savoir que la valise soit ouverte en présence de représentants de l'Etat d'envoi. A cet égard, on a proposé de remanier le paragraphe en calquant ses dispositions sur celles de l'article 35 de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires[32].

34. D'autres représentants ont critiqué le paragraphe 2 révisé, proposé par le Rapporteur spécial. Certains ont estimé que ce paragraphe, tel qu'il était libellé, conférait à l'Etat de réception ou à l'Etat de transit le pouvoir discrétionnaire de renvoyer la valise diplomatique à son lieu d'origine, ce qui revenait à étendre le régime de la valise consulaire à tous les types de valises, y compris la valise diplomatique, visée par la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques. On a fait remarquer d'autre part que le paragraphe semblait nier l'un des principes régissant la liberté des communications diplomatiques et qu'il aboutirait à modifier le régime accordé à la valise diplomatique *stricto sensu* en portant atteinte à l'inviolabilité de celle-ci dans la mesure où ledit paragraphe dérogeait en substance aux dispositions pertinentes de la Convention de Vienne de 1961. Pour ces raisons, plusieurs propositions ont été formulées tendant à supprimer le paragraphe 2[33].

35. Plusieurs représentants ont parlé des rapports existant entre le projet d'article 36 et les projets d'articles 42 et 43, et notamment des incidences que pourrait avoir sur le plan juridique la déclaration facultative d'exceptions prévue dans le projet d'article 43 au regard du statut des valises inscrit dans les Conventions de Vienne de 1961 et de 1963[34].

36. Certains représentants ont évoqué à propos des incidences juridiques le nouveau libellé proposé pour le projet d'article 36 par un membre de la CDI, à la trente-septième session[35].

37. Plusieurs représentants se sont déclarés en faveur de ce nouveau libellé. On a fait valoir qu'il se recommandait par sa clarté et sa plus grande simplicité, et évitait d'aborder le point controversé de l'examen de la valise diplomatique à l'aide de moyens électroniques. On a également pris note de sa référence explicite au régime applicable à la valise consulaire conformément à l'article 35 de la Convention de Vienne de 1963[36].

38. L'application des règles de réciprocité stipulées aux paragraphes 3 et 4 du nouveau libellé du projet d'article 36 a été examinée d'une manière approfondie. Certains représentants, favorables à ce texte dans son ensemble, ont estimé que les dispositions relatives à la réciprocité demandaient à être précisées[37]. La plupart des réserves formulées à cet égard avaient trait à deux points principaux : le premier étant la pluralité des régimes, qui était une source possible de complications et de confusion dans la pratique; et le second, la question de la dérogation faite au régime général des valises diplomatiques tel qu'il découlait de la Convention de Vienne de 1961 et du droit international coutumier[38]. Un représentant a souligné que sa délégation ne pouvait accepter qu'un Etat puisse formuler une déclaration unilatérale tendant à ce que la règle applicable à la valise consulaire s'applique à la valise diplomatique, cette éventualité étant radicalement contraire non seulement à la Convention de Vienne de 1961 mais encore au droit international coutumier. Sa délégation était de même hostile à tout accord *inter se* et à tout régime optionnel en ce domaine[39]. Un autre représentant a déclaré que le nouveau libellé proposé pour le projet d'article 36 subordonnerait pour une part la future convention à des déclarations des parties, d'où un risque d'incertitude. Il espérait que la CDI déciderait d'adopter une disposition applicable dans tous les cas, allant dans le sens de celle proposée par le Rapporteur spécial, sous réserve toutefois que le droit concernant le contenu de la valise soit respecté[40].

2. Texte révisé proposé pour l'article 36

39. L'analyse des débats de la Sixième Commission concernant le projet d'article 36 montre que les modalités d'application du principe de l'inviolabilité de la valise diplomatique méritent un examen particulier. On pourrait, à partir des textes proposés, s'efforcer à nouveau de fondre dans un instrument unique les règles du droit international actuellement applicables quant à la protection juridique à accorder à la valise diplomatique telles qu'elles ressortent de la pratique dominante des Etats. De l'avis du Rapporteur spécial, il faudrait poser en *règle générale* dans l'article 36 que la valise diplomatique est inviolable et qu'elle ne doit être ni ouverte ni retardée, et qu'elle ne doit pas être soumise à un examen qui pourrait préjudicier à son inviolabilité et au caractère confidentiel de son contenu. On pourrait également inclure dans l'article une disposition relative à la valise

[31] « Résumé thématique... » (A/CN.4/L.398), par. 325 et 326.

[32] *Ibid.*, par. 326.

[33] *Ibid.*, par. 327.

[34] *Ibid.*, par. 328.

[35] Le nouveau libellé proposé pour le projet d'article 36 était :

« 1. La valise diplomatique ne doit être ni ouverte ni retenue.

« 2. Toutefois, dans le cas d'une valise consulaire au sens de l'article 35 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, les autorités compétentes de l'Etat de réception, si elles ont des motifs sérieux de croire que la valise contient autre chose que la correspondance officielle, les documents ou les objets visés à l'article 25, peuvent demander que la valise soit ouverte en leur présence par un représentant autorisé de l'Etat d'envoi. Si les autorités de l'Etat d'envoi ne font pas droit à cette demande, la valise est renvoyée à son lieu d'origine.

« 3. Nonobstant le paragraphe 1 du présent article, un Etat peut, au moment de signer ou de ratifier les présents articles ou d'y adhérer, ou à tout moment par la suite, déclarer par écrit qu'il appliquera à la valise diplomatique la règle applicable à la valise consulaire en vertu du paragraphe 2 du présent article.

« 4. Vis-à-vis des autres Etats parties aux présents articles, l'Etat qui a fait la déclaration écrite visée au paragraphe 3 du présent article ne peut objecter à l'application, à sa propre valise diplomatique, de la règle énoncée au paragraphe 2. » (*Annuaire... 1985*, vol. II [2e partie], p. 31, par. 182.)

[36] « Résumé thématique... » (A/CN.4/L.398), par. 329 et 331 à 333.

[37] *Ibid.*, par. 330.

[38] *Ibid.*, par. 334 à 336.

[39] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Sixième Commission*, 34e séance, par. 45 (France).

[40] *Ibid.*, 31e séance, par. 26 (Australie).

sion, plusieurs propositions tendant à les réunir en un seul article.

47. On se souviendra qu'au cours de l'examen des projets d'articles 39 et 40 par la CDI, à la trente-septième session, il a été proposé aussi d'en réunir les dispositions pour former un seul article[44].

1. COMMENTAIRES ET OBSERVATIONS FORMULÉS À LA SIXIÈME COMMISSION DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

48. S'agissant du projet d'article 39, on a estimé que la formule « en cas de cessation des fonctions du courrier diplomatique » risquait de poser certains problèmes pratiques. On a proposé, d'autre part, que cette disposition couvre toutes les circonstances empêchant le courrier diplomatique de remettre la valise à destination, étant donné que les articles 11 (Fin des fonctions du courrier diplomatique) et 12 (Courrier diplomatique déclaré *persona non grata* ou non acceptable) mentionnent expressément la notification concernant la fin des fonctions du courrier diplomatique. A ce sujet, il a été proposé de modifier le projet d'article 39, de façon à couvrir d'autres cas dans lesquels le courrier pourrait être dans l'impossibilité temporaire de remplir ses fonctions, par exemple en cas de maladie ou d'accident[45].

2. TEXTE PROPOSÉ POUR UN NOUVEL ARTICLE 39 RÉUNISSANT LES PROJETS D'ARTICLES 39 ET 40

49. Compte tenu des considérations qui précèdent, le Rapporteur spécial soumet pour examen et approbation le nouveau projet d'article 39 ci-après, qui combine et remplace les projets d'articles 39 et 40 :

Article 39. — Mesures de protection en cas de force majeure

1. L'Etat de réception ou l'Etat de transit prennent les mesures appropriées pour assurer l'intégrité et la sécurité de la valise diplomatique, et avisent immédiatement l'Etat d'envoi en cas de maladie, d'accident ou d'autre événement empêchant le courrier diplomatique de remettre la valise diplomatique à sa destination ou en cas de circonstances empêchant le capitaine d'un navire ou d'un aéronef commercial de remettre la valise diplomatique à un membre habilité de la mission diplomatique de l'Etat d'envoi.

2. Si, par suite d'un cas de force majeure, le courrier diplomatique ou la valise diplomatique est contraint de passer par le territoire d'un Etat qui n'avait pas été prévu initialement comme Etat de transit, cet Etat accorde au courrier diplomatique et à la valise diplomatique inviolabilité et protection, et fournit au courrier diplomatique ou à la valise diplomatique les facilités nécessaires à la poursuite du voyage vers sa destination ou du voyage de retour dans l'Etat d'envoi.

que ou à la valise diplomatique l'inviolabilité et la protection que l'Etat de réception est tenu de lui accorder; il lui fournit les facilités nécessaires à la poursuite du voyage vers sa destination ou du voyage de retour dans l'Etat d'envoi. »

[44] *Annuaire... 1985*, vol. II (2e partie), p. 33, par. 188, 189 et 191.

[45] « Résumé thématique... » (A/CN.4/L.398), par. 341 à 343.

E. — Non-reconnaissance d'Etats ou de gouvernements ou absence de relations diplomatiques ou consulaires (art. 41)[46]

50. En présentant le projet d'article 41 dans son quatrième rapport, le Rapporteur spécial avait fait observer que cette disposition visait essentiellement les situations exceptionnelles qui interviennent lorsqu'un Etat hôte sur le territoire duquel se tient une conférence internationale, ou un Etat de transit, ne reconnaît pas l'Etat d'envoi ou son gouvernement, ou lorsqu'il y a absence de relations diplomatiques ou consulaires[47]. Dans son sixième rapport, le Rapporteur spécial a souligné à nouveau l'objectif auquel répondait le projet d'article[48]. Toutefois, le libellé de l'article proposé par le Rapporteur spécial allait un peu plus loin, en se référant non seulement à l'« Etat hôte », mais aussi à l'« Etat de réception ». Cet élargissement de la portée de l'article a suscité certaines appréhensions, qui ont été exprimées tant à la CDI qu'à la Sixième Commission.

1. COMMENTAIRES ET OBSERVATIONS FORMULÉS À LA SIXIÈME COMMISSION DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

51. Plusieurs représentants ont approuvé le projet d'article 41. L'un d'eux a estimé que ce projet d'article était indispensable, car si de nombreux Etats n'entretiennent toujours pas de relations diplomatiques ou consulaires avec d'autres Etats, les courriers diplomatiques continuent néanmoins d'assurer les communications entre les Etats en question et leurs divers représentants et missions à l'étranger. On a fait observer en outre que l'article répondait à un important besoin d'ordre pratique[49].

52. Plusieurs représentants, tout en approuvant le projet d'article quant au fond, ont estimé qu'il convenait d'en améliorer le libellé[50].

53. Certains représentants ont considéré que le projet d'article était superflu ou qu'il n'était pas à sa place[51].

[46] Le projet d'article 41, présenté à nouveau par le Rapporteur spécial dans son sixième rapport, était libellé comme suit :

« *Article 41. — Non-reconnaissance d'Etats ou de gouvernements ou absence de relations diplomatiques ou consulaires*

« 1. Les facilités, privilèges et immunités accordés au courrier diplomatique et à la valise diplomatique en vertu des présents articles ne sont altérés ni par la non-reconnaissance de l'Etat d'envoi ou de son gouvernement par l'Etat de réception, l'Etat hôte ou l'Etat de transit, ni par l'inexistence ou la rupture des relations diplomatiques ou consulaires entre eux.

« 2. L'octroi de facilités, privilèges et immunités en vertu des présents articles au courrier diplomatique et à la valise diplomatique par l'Etat de réception, l'Etat hôte ou l'Etat de transit n'implique pas par lui-même reconnaissance par l'Etat d'envoi de l'Etat de réception, de l'Etat hôte ou de l'Etat de transit ou de leur gouvernement et n'implique pas non plus la reconnaissance par l'Etat de réception, l'Etat hôte ou l'Etat de transit de l'Etat d'envoi ou de son gouvernement. »

[47] Doc. A/CN.4/374 et Add.1 à 4 (v. *supra* n. 1 *b* iv), par. 382.

[48] Doc. A/CN.4/390 (v. *supra* n. 1 *b* vi), par. 54 et 55. Voir aussi *Annuaire... 1985*, vol. II (2e partie), p. 34, par. 192.

[49] « Résumé thématique... » (A/CN.4/L.398), par. 348 à 350.

[50] *Ibid.*, par. 351.

[51] *Ibid.*, par. 352 et 353.

2. TEXTE RÉVISÉ PROPOSÉ POUR L'ARTICLE 41

54. Le Rapporteur spécial estime qu'une disposition relative à la protection juridique du courrier diplomatique et de la valise diplomatique dans les circonstances décrites plus haut est à la fois nécessaire et utile, notamment en ce qui concerne les communications officielles entre l'Etat d'envoi et ses délégations à des conférences internationales, ses missions spéciales ou ses missions permanentes auprès d'organisations internationales se trouvant sur le territoire d'un Etat avec lequel l'Etat d'envoi n'entretient pas de relations diplomatiques ou consulaires. On peut espérer que le remaniement du projet d'article 41 dans ce sens aboutira à un libellé généralement acceptable.

55. Compte tenu des observations et suggestions qui précèdent, le Rapporteur spécial présente pour examen et approbation le texte révisé ci-après du projet d'article 41 :

Article 41. — Non-reconnaissance d'Etats ou de gouvernements ou absence de relations diplomatiques ou consulaires

1. Les facilités, privilèges et immunités accordés au courrier diplomatique et à la valise diplomatique en vertu des présents articles ne sont altérés ni par la non-reconnaissance de l'Etat d'envoi ou de son gouvernement par l'Etat hôte ou l'Etat de transit, ni par l'inexistence de relations diplomatiques ou consulaires entre eux.

2. L'octroi de facilités, privilèges et immunités en vertu des présents articles au courrier diplomatique et à la valise diplomatique par l'Etat hôte ou l'Etat de transit n'implique pas par lui-même reconnaissance par l'Etat d'envoi de l'Etat hôte ou de l'Etat de transit ou de leur gouvernement et n'implique pas non plus la reconnaissance par l'Etat hôte ou l'Etat de transit de l'Etat d'envoi ou de son gouvernement.

F. — Rapport entre les présents articles et les autres conventions et accords internationaux (art. 42)[52]

56. Le rapport entre le présent projet d'articles et les quatre conventions de codification a toujours été considéré comme la base juridique commune d'un régime cohérent et aussi uniforme que possible, régissant le statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique[53]. C'est pourquoi une disposition concernant ce rapport aurait pour but principal d'assurer l'harmonisation et l'uniformité entre les dispositions existantes et le nouveau projet d'articles traitant du régime juridique des communications officielles par courrier diplomatique et par valise diplomatique non accompagnée par un courrier diplomatique. Le développement progressif et la codification des règles régissant ce régime devraient être fondés sur les conventions existantes et les compléter par des dispositions plus précises. Le rapport juridique devrait englober aussi, dans toute la mesure possible, d'autres accords internationaux dans le domaine du droit diplomatique. Le rapport juridique prévu entre le présent projet d'articles et d'autres traités internationaux dans le domaine du droit diplomatique doit offrir certaines garanties de souplesse, comme l'envisagent les articles 30 et 41 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités concernant respectivement l'application de traités successifs portant sur la même matière et les accords ayant pour objet de modifier des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement. Dans son quatrième rapport, en 1983, le Rapporteur spécial avait insisté, en présentant le texte initial du projet d'article 42, sur cette approche souple[54].

1. COMMENTAIRES ET OBSERVATIONS FORMULÉS À LA SIXIÈME COMMISSION DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

57. Plusieurs représentants ont approuvé le texte révisé du projet d'article 42 présenté par le Rapporteur spécial dans son sixième rapport. On a fait observer que l'objectif principal de cet article était de préciser que le projet d'articles à l'étude devait être considéré comme une *lex specialis* complétant les conventions existantes en ce qui concerne le statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique et que leur application devait être empreinte d'une certaine souplesse[55].

58. Au sujet du *paragraphe 1*, on a fait observer qu'il conviendrait de le rédiger de façon plus claire. Plusieurs observations ont porté sur la formule « ne porte pas préjudice aux dispositions pertinentes des autres conventions ou des accords internationaux en vigueur ». Un représentant a estimé que cette expression signifiait que les nouvelles dispositions visaient à compléter les quatre conventions de codification. Toutefois, un autre représentant s'est interrogé sur le bien-fondé de l'affirmation : « les dispositions des présents articles ne portent pas préjudice aux dispositions pertinentes des autres conventions ou accords internationaux »[56].

59. Considérant que le paragraphe 1 révisé présentait des ambiguïtés, certains représentants ont déclaré[57] qu'ils lui préféraient le texte présenté initialement par le Rapporteur spécial dans son quatrième rapport[58]. Des observations analogues ont été formulées aussi à la CDI[59].

---

[52] Le projet d'article 42 révisé, présenté par le Rapporteur spécial dans son sixième rapport, était libellé comme suit :

« *Article 42. — Rapport entre les présents articles et les autres conventions et accords internationaux*

« 1. Les dispositions des présents articles ne portent pas préjudice aux dispositions pertinentes des autres conventions ou des accords internationaux en vigueur dans les relations entre les Etats qui sont parties.

« 2. Aucune disposition des présents articles ne saurait empêcher les Etats de conclure des accords internationaux relatifs au statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique, confirmant, complétant ou développant ces dispositions, ou étendant leur champ d'application. »

[53] Voir le quatrième rapport du Rapporteur spécial, doc. A/CN.4/374 et Add.1 à 4 (v. *supra* n. 1 *b* iv), par. 397 à 402.

[54] *Ibid.*, par. 401 et 403.

[55] « Résumé thématique... » (A/CN.4/L.398), par. 354.

[56] *Ibid.*, par. 356.

[57] *Ibid.*, par. 357.

[58] Doc. A/CN.4/374 et Add.1 à 4 (v. *supra* n. 1 *b* iv), par. 403.

[59] Voir *Annuaire... 1985*, vol. II (2e partie), p. 34, par. 196.

60. Concernant le paragraphe 2, on a fait observer qu'il convenait d'en assouplir les termes[60]. On a proposé, en outre, d'y faire expressément mention du paragraphe 2, al. *b* de l'article 6, prescrivant qu'une modification de l'étendue des facilités, privilèges et immunités ne doit pas être « incompatible avec l'objet et le but des présents articles » et qu'elle ne doit pas porter « atteinte à la jouissance des droits ni à l'exécution des obligations des Etats tiers ».

61. Un représentant a exprimé l'avis que le projet d'article 42 devait être purement et simplement supprimé[61].

2. TEXTE RÉVISÉ PROPOSÉ POUR L'ARTICLE 42

62. Considérant l'utilité d'une disposition spéciale sur les relations entre le projet d'articles et les conventions de codification et autres accords internationaux, le Rapporteur spécial estime que le projet d'article 42 a sa raison d'être et doit trouver sa place dans l'ensemble du projet d'articles. C'est à la lumière des observations et suggestions susmentionnées que le Rapporteur spécial soumet pour examen et approbation le texte révisé ci-après du projet d'article 42 :

Article 42. — Rapport entre les présents articles et les autres conventions et accords internationaux

1. Les présents articles complètent les dispositions relatives au courrier et à la valise qui figurent dans la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques, dans la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires, dans la Convention du 8 décembre 1969 sur les missions spéciales et dans la Convention de Vienne du 14 mars 1975 sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel.

2. Les dispositions des présents articles ne portent pas préjudice aux autres accords internationaux en vigueur dans les relations entre les Etats qui sont parties à ces accords.

3. Aucune disposition des présents articles ne saurait empêcher les Etats de conclure des accords internationaux relatifs au statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique non accompagnée par un courrier diplomatique, ni d'en modifier les dispositions pourvu que les modifications soient conformes aux dispositions de l'article 6 des présents articles.

G. — Déclaration d'exceptions facultatives à l'application des articles à des types désignés de courrier et de valise (art. 43)[62]

1. COMMENTAIRES ET OBSERVATIONS FORMULÉS À LA SIXIÈME COMMISSION DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

63. Plusieurs représentants ont approuvé l'approche adoptée par le Rapporteur spécial dans le projet d'article 43, qui vise à introduire une certaine souplesse dans l'application du projet d'articles. On a fait valoir que cet article tenait compte du fait que, jusqu'ici, deux seulement des quatre conventions de codification étaient en vigueur, et qu'il prévoyait la possibilité d'appliquer au projet des réserves concernant les deux conventions qui ne sont pas encore entrées en vigueur[63].

64. Plusieurs représentants ont formulé des réserves expresses au sujet du projet d'article 43, qui, selon eux, créerait une pluralité de régimes et de l'incertitude quant à l'interprétation et à l'application du projet d'articles[64].

65. Certaines observations et suggestions ont porté sur le libellé de l'article.

2. TEXTE RÉVISÉ PROPOSÉ POUR L'ARTICLE 43

66. Outre les suggestions formulées à la Sixième Commission, le Rapporteur spécial a tenu compte des propositions visant à améliorer la forme de l'article, présentées au cours des débats de la CDI[65]. Eu égard aux considérations qui précèdent, le Rapporteur spécial soumet pour examen et approbation le texte révisé ci-après du projet d'article 43 :

Article 43. — Déclaration d'exceptions facultatives à l'application des articles à des types désignés de courriers et de valises

1. Lorsqu'il signe ou ratifie les présents articles ou y adhère, ou à tout moment par la suite, un Etat peut désigner par déclaration écrite les types de courriers et de valises auxquels il souhaite que les dispositions s'appliquent.

2. Un Etat qui a fait une déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article peut à tout moment la retirer; le retrait doit être signifié par écrit.

3. Un Etat qui a fait une déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article ne peut invoquer les dispositions relatives à l'un quelconque des types de courriers et de valises faisant l'objet d'une exception contre un autre Etat partie qui a accepté l'application de ces dispositions.

[60] « Résumé thématique... » (A/CN.4/L.398), par. 359.

[61] *Ibid.*, par. 360.

[62] Le projet d'article 43, présenté par le Rapporteur spécial dans son sixième rapport, était libellé comme suit :

« *Article 43. — Déclaration d'exceptions facultatives à l'application des articles à des types désignés de courriers et de valises*

« 1. Lorsqu'il signe ou ratifie les présents articles ou y adhère, un Etat peut, sans préjudice des obligations découlant des dispositions des présents articles, désigner par déclaration écrite les types de courriers et de valises auxquels il souhaite que les dispositions s'appliquent.

« 2. Un Etat qui a fait une déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article peut à tout moment la retirer.

« 3. Un Etat qui a fait une déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article ne peut invoquer les dispositions relatives à l'un quelconque des types de courriers et de valises faisant l'objet d'une exception contre un autre Etat partie qui a accepté l'application de ces dispositions. »

[63] « Résumé thématique... » (A/CN.4/L.398), par. 361 et 362.

[64] *Ibid.*, par. 363 à 368.

[65] Voir *Annuaire... 1985*, vol. II (2e partie), p. 35, par. 199.

Conclusion

67. En présentant des textes révisés des projets d'articles 36, 37, 39 et 41 à 43, le Rapporteur spécial estime que l'examen de ces textes par la Commission pourra faciliter le travail du Comité de rédaction, et permettre ainsi à la Commission de les adopter en première lecture.

68. On peut espérer qu'après examen des projets d'articles restants et les améliorations qui pourront leur être apportées, la Commission sera en mesure, à sa trente-huitième session, d'adopter provisoirement, en première lecture, la série complète des projets d'articles sur le statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique non accompagnée par un courrier diplomatique.

PROJET DE CODE DES CRIMES CONTRE LA PAIX ET LA SÉCURITÉ DE L'HUMANITÉ

[Point 5 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/398*

Quatrième rapport sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, par M. Doudou Thiam, rapporteur spécial

[Original : français]
[11 mars 1986]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	*Pages*
INTRODUCTION	1	55
PREMIÈRE PARTIE. — LES CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ	2-67	55
A. Les crimes contre l'humanité avant le projet de code de 1954	3-27	55
1. Sens du mot « humanité »	12-15	56
2. Sens du mot « crime » dans l'expression « crime contre la paix et la sécurité de l'humanité »	16-19	57
3. Le contenu du crime contre l'humanité	20-27	57
B. Les crimes contre l'humanité dans le projet de code de 1954	28-65	58
1. Le génocide	29-59	58
a) Le but du génocide	30	58
b) Le nombre des victimes	31-51	58
c) La belligérance	52-59	60
2. Les actes inhumains	60-63	60
3. L'*apartheid*	64-65	61
C. Les atteintes graves à l'environnement	66-67	61
DEUXIÈME PARTIE. — LES CRIMES DE GUERRE	68-88	61
A. Problèmes de terminologie	69-76	61
B. Problèmes de fond : crimes de guerre et crimes contre l'humanité	77-80	62
C. Problèmes de méthode	81-88	62
TROISIÈME PARTIE. — AUTRES INFRACTIONS	89-145	63
A. La complicité	92-117	64
1. La complicité en droit interne	93-99	64
a) Contenu restreint	93-96	64
b) Contenu élargi	97-99	64
2. La complicité en droit international	100-117	64
a) Contenu restreint	101-105	64
b) Contenu élargi	106-117	65
i) La complicité du chef	106-112	65
ii) Complicité et recel	113-114	66
iii) Complicité et qualité de membre d'un groupe ou d'une organisation	115-117	66
B. Les limites de la complicité élargie : le complot et la *conspiracy*	118-131	66
C. La tentative	132-145	68
1. Contenu en droit interne	133-141	68
2. Contenu en droit international	142-145	69
QUATRIÈME PARTIE. — LES PRINCIPES GÉNÉRAUX	146-259	70
A. Principes relatifs à la nature juridique du crime contre la paix et la sécurité de l'humanité	147	70

* Incorporant les documents A/CN.4/398/Corr.1 à 3.

	Paragraphes	Pages
B. Principes relatifs au délinquant international	148-149	70
1. Le délinquant sujet de droit international	148	70
2. Le délinquant, personne humaine	149	70
C. Principes relatifs à l'application de la loi pénale dans le temps	150-172	70
1. La non-rétroactivité de la loi pénale	151-163	70
a) Contenu de la règle	151-157	70
b) La règle *nullum crimen sine lege* et le procès de Nuremberg	158-161	71
i) La règle a été violée	159	71
ii) La règle a été respectée	160-161	71
c) La non-rétroactivité et le droit contemporain	162-163	72
2. L'imprescriptibilité des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité	164-172	72
D. Principes relatifs à l'application de la loi pénale dans l'espace	173-176	73
E. Principes relatifs à la détermination et à l'étendue de la responsabilité	177-258	73
1. Considérations générales	177-184	73
2. Les exceptions à la responsabilité pénale	185-253	74
a) La contrainte	191-193	75
b) L'état de nécessité et la force majeure	194-201	75
c) L'erreur	202-216	76
i) L'erreur de droit	204-211	76
a. La légalité interne	205	76
b. La licéité de l'acte en droit international	206-211	76
ii) L'erreur de fait	212-216	77
d) L'ordre du supérieur hiérarchique	217-234	77
i) L'ordre et la contrainte	218-226	77
ii) L'ordre et l'erreur	227-234	79
e) La qualité officielle de l'auteur	235-240	79
f) Représailles et légitime défense	241-253	80
i) Les représailles	241-250	80
ii) La légitime défense	251-253	81
3. Résumé	254	81
4. Excuses absolutoires et circonstances atténuantes	255-258	82
F. Conclusion	259	82
CINQUIÈME PARTIE. — PROJET D'ARTICLES	260-261	82
CHAPITRE PREMIER. — INTRODUCTION		
Titre Ier. — Définition et qualification		
Article premier. — Définition		83
Article 2. — Qualification		83
Titre II. — Principes généraux		
Article 3. — Responsabilité et sanction		83
Article 4. — Infraction universelle		83
Article 5. — Imprescriptibilité		83
Article 6. — Garanties juridictionnelles		83
Article 7. — Non-rétroactivité		83
Article 8. — Exception au principe de la responsabilité		83
Article 9. — Responsabilité du supérieur hiérarchique		83
Commentaire relatif aux articles 1 à 9		83
CHAPITRE II. — LES CRIMES CONTRE LA PAIX ET LA SÉCURITÉ DE L'HUMANITÉ		
Article 10. — Catégories de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité		84
Titre Ier. — Crimes contre la paix		
Article 11. — Actes constituant des crimes contre la paix		
Paragraphe 1 [agression]		84
Commentaire		84
Paragraphe 2 [menace d'agression]		84
Paragraphe 3 [intervention]		84
Commentaire		85
Paragraphe 4 [terrorisme]		85
Commentaire		85
Paragraphe 5 [violation des traités relatifs au maintien de la paix]		85
Paragraphe 6 [violation des traités interdisant l'emplacement ou les essais d'armes]		85
Commentaire		85
Paragraphe 7 [domination coloniale]		85
Paragraphe 8 [mercenariat]		85
Commentaire		85
Titre II. — Crimes contre l'humanité		
Article 12. — Actes constituant des crimes contre l'humanité		
Paragraphe 1 [génocide]		85
Commentaire		86
Paragraphe 2 *[apartheid]*		86
Première variante		86
Deuxième variante		86
Commentaire		86

Pages

Paragraphe 3 [actes inhumains] 86
Paragraphe 4 [environnement] 86
Titre III. — Les crimes de guerre
Article 13. — Définition du crime de guerre
Première variante 86
Deuxième variante 86
Commentaire 87
Titre IV. — Autres infractions
Article 14
A. [complot]
Première variante 87
Deuxième variante 87
Commentaire 87
B. [complicité] 87
Commentaire 87
C. [tentative] 87
Commentaire 87

Introduction

1. Le présent rapport est consacré aux crimes contre l'humanité, aux crimes de guerre, aux autres infractions, à l'étude des principes généraux et au projet d'articles. Il se compose, de ce fait, des cinq parties suivantes :

Première partie : les crimes contre l'humanité
Deuxième partie : les crimes de guerre
Troisième partie : autres infractions
Quatrième partie : les principes généraux
Cinquième partie : les projets d'articles

PREMIÈRE PARTIE

Les crimes contre l'humanité

2. On examinera les crimes contre l'humanité avant le projet de code de 1954, puis les crimes contre l'humanité dans le projet de code de 1954[1].

A. — Les crimes contre l'humanité avant le projet de code de 1954

3. L'expression « crimes contre l'humanité » date de l'Accord de Londres du 8 août 1945 instituant le Tribunal militaire international[2]. Il était apparu, au cours des travaux préparatoires, que certains crimes commis au cours de la seconde guerre mondiale n'étaient pas, à proprement parler, des crimes de guerre. Il s'agissait de crimes dont les victimes avaient la même nationalité que les agents, ou la nationalité d'un Etat allié.

4. Ces crimes étaient inspirés par d'autres motifs. Dès mars 1944, le représentant des Etats-Unis d'Amérique au Comité juridique de la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre proposa que les crimes perpétrés contre des personnes apatrides, ou contre toute autre personne en raison de leur race ou de leur religion, fussent déclarés « crimes contre l'humanité ». Il s'agissait, selon lui, de crimes contre les fondements mêmes de la civilisation, abstraction faite de leur lieu et de leur date[3].

5. L'incrimination des crimes contre l'humanité, en tant qu'infractions distinctes des crimes de guerre, apparut ainsi dans le statut du Tribunal militaire international[4] (art. 6, al. *c*), puis dans la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié[5] (art. II, par. 1, al. *c*), enfin dans le sta-

[1] Adopté par la Commission à sa sixième session, en 1954 [*Documents officiels de l'Assemblée générale, neuvième session, Supplément n° 9* (A/2693), p. 11 et 12, par. 54]; texte reproduit dans *Annuaire... 1985*, vol. II (2e partie), p. 8, par. 18.

[2] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 82, p. 279.

[3] *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, Londres, H. M. Stationery Office, 1948, p. 175.

[4] Dénommé ci-après « statut de Nuremberg », annexé à l'Accord de Londres de 1945 (v. *supra* n. 2).

[5] La loi relative au châtiment des personnes coupables de crimes de guerre contre la paix et l'humanité, édictée à Berlin le 20 décembre 1945 (Haute Commission alliée en Allemagne, *Répertoire permanent de législation*, Baden-Baden, 1950).

tut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient[6] (art. 5, al. *c*).

6. Il convient de rappeler que les crimes contre l'humanité, tels qu'ils étaient définis dans les instruments précités, étaient liés à l'état de belligérance. Cette circonstance historique a nui, pendant un certain temps, à l'autonomie de la notion de crime contre l'humanité, car les juridictions instituées pour réprimer les crimes contre l'humanité ne retenaient ces infractions que lorsqu'elles avaient un rapport direct ou indirect avec la guerre. Il faut bien admettre, comme découlant de la nature des choses, que la guerre est l'occasion privilégiée, la circonstance la plus propice à la commission des crimes contre l'humanité. Guerre et crime contre l'humanité vont de pair. Comme on le verra, la plupart des crimes de guerre sont, en même temps, des crimes contre l'humanité. Et si l'expression « crime contre l'humanité » n'est apparue que très tard, le phénomène qu'elle recouvre remonte très loin dans le passé. Il est contemporain de la guerre. C'est pourquoi, pendant longtemps, crimes de guerre et crimes contre l'humanité ont été confondus. La notion de crimes de guerre recouvrait celle de crimes contre l'humanité et c'est à travers la première que l'on réprimait aussi la seconde.

7. Dans l'introduction à son projet de code pénal international[7], Chérif Bassiouni rappelle que c'est au cours du deuxième millénaire avant Jésus-Christ qu'apparurent les premiers traités entre Egyptiens et Sumériens pour la réglementation de la guerre; que les Grecs anciens et les Romains disposaient de lois sur le droit d'asile et sur le traitement des blessés et des prisonniers, et que la pratique musulmane de la guerre est, depuis 623, réglementée par le Coran. Plus tard, l'Eglise catholique, en particulier lors des conciles de Latran et des conciles de Lyon, aux XIIe et XIIIe siècles, se préoccupa du problème. Les fondements doctrinaux de la réglementation des conflits armés furent jetés notamment dans la *Summa theologica* de saint Thomas d'Aquin et le *De jure belli ac pacis* de Grotius.

8. En Asie, la civilisation chinoise (*L'art de la guerre* de Sun Tzu, au IVe siècle av. J.-C.) et la civilisation hindoue (Lois de Manu, vers la même période) avaient également connu une réglementation de la guerre et édicté des mesures pour la protection des blessés et des personnes âgées.

9. L'époque moderne a connu un développement considérable du droit humanitaire : Déclaration de Paris de 1856; Convention de la Croix-Rouge, Genève, 1864; Déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868; Déclaration de Bruxelles de 1874; Conventions de La Haye de 1899 et 1907; Protocole de Genève de 1925 concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques; Conventions de Genève du 12 août 1949 et leurs Protocoles additionnels du 8 juin 1977.

10. Certes, ces instruments concernaient surtout les crimes de guerre. Mais, comme on le verra plus en détail, les crimes de guerre sont souvent indissolublement liés aux crimes contre l'humanité, et la distinction entre les deux n'est pas toujours aisée. La Commission du droit international, en élaborant les Principes de Nuremberg en 1950[8], avait retenu cet aspect à l'alinéa *c* du principe VI. L'autonomie du crime contre l'humanité n'était que relative, dans la mesure où sa répression était subordonnée à l'état de guerre.

11. Mais cette autonomie relative est devenue une autonomie absolue. Aujourd'hui, le crime contre l'humanité peut être commis aussi bien dans le cadre d'un conflit armé qu'en dehors de tout conflit armé. Encore faut-il, bien entendu, donner un contenu à ce concept. On est ici sur un terrain propice au romantisme. Même la jurisprudence, dont le langage est, par nécessité, strict et froid, s'est laissée parfois emporter par le lyrisme.

1. Sens du mot « humanité »

12. On s'est d'abord posé la question de savoir quel est le sens du mot « humanité ». En effet, comme le dit Henri Meyrowitz, « L'ambiguïté du terme même d'« humanité » invite à user de prudence quand on veut introduire cette notion dans la définition de l'incrimination[9]. » Il indique les trois acceptions qui ont été données à ce terme : celle de culture (humanisme, humanités), celle de philanthropie et celle de dignité humaine. Le crime contre l'humanité pourrait alors se concevoir dans le triple sens de cruauté envers l'existence humaine, d'avilissement de la dignité humaine, de destruction de la culture humaine. Compris dans ces trois acceptions, le crime contre l'humanité devient tout simplement un « crime contre tout le genre humain » Les Anglais disent : *crime against human kind.*

13. Certains auteurs préfèrent à l'expression « crime contre l'humanité » celle de « crime contre la personne humaine ». Mais il est certain qu'une telle expression poserait le problème délicat, que l'on rencontrera plus loin, du caractère nécessairement massif ou non du crime contre l'humanité, c'est-à-dire le problème de savoir si toute atteinte grave dirigée contre un individu est un crime contre l'humanité. Si l'on considère que l'individu est le « détenteur » et le gardien de la dignité humaine, le « détenteur des valeurs éthiques fondamentales » de la société humaine, une atteinte contre un seul individu peut constituer un crime contre l'humanité, dès lors que cette atteinte présente un caractère spécifique qui heurte la conscience humaine. Il y aurait en quelque sorte un lien naturel entre le genre humain et l'individu : l'un est l'expression de l'autre.

14. Le tribunal de Constance, statuant en application de la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié, avait déclaré que « le bien juridique protégé par cette loi est l'homme dans sa valeur morale d'homme avec tous les droits qui

[6] Dénommé ci-après « statut de Tokyo »; publié dans *Documents on American Foreign Relations*, Princeton University Press, 1948, vol. VIII (juillet 1945-décembre 1946), p. 354 et suiv.

[7] *Revue internationale de droit pénal*, Toulouse, 1er et 2e trimestre 1981, p. 50.

[8] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12* (A/1316), p. 12; texte reproduit dans *Annuaire... 1985*, vol. II (2e partie), p. 12, par. 45.

[9] H. Meyrowitz, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle en application de la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960, p. 344.

lui sont manifestement reconnus par l'ensemble des peuples civilisés[10] ». Il s'agissait là d'un jugement rendu par des tribunaux allemands jugeant des crimes commis par des nationaux contre d'autres nationaux allemands. Mais on trouve la même idée dans la jurisprudence de la Cour suprême de la zone britannique statuant en vertu de la même loi sur les faits commis par des criminels de guerre : « La loi n° 10 procède de l'idée qu'il existe dans la sphère des nations civilisées certaines normes de conduite humaine, [...] qui sont tellement essentielles pour la coexistence des hommes et l'existence de tout individu qu'aucun Etat appartenant à cette sphère ne saurait avoir le droit de s'en affranchir[11]. »

15. En résumé, dans l'expression « crime contre l'humanité », le mot « humanité » signifie le genre humain autant dans sa globalité que dans ses diverses manifestations individuelles ou collectives.

2. Sens du mot « crime » dans l'expression « crime contre la paix et la sécurité de l'humanité »

16. En droit interne, le mot « crime » se réfère aux infractions les plus graves : dans la division tripartite des infractions (contraventions, délits et crimes) autant que dans la division bipartite (délits et crimes).

17. On peut se demander s'il en est ainsi en droit international. L'article 19 de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats[12] traite des « crimes et délits internationaux » et stipule au paragraphe 4 que : « Tout fait internationalement illicite qui n'est pas un crime international conformément au paragraphe 2 constitue un délit international. »

18. On peut cependant se demander si le sens du mot « crime » employé dans l'article 19 et son sens dans l'expression « crime contre la paix et la sécurité de l'humanité » coïncident exactement. Cette coïncidence n'est pas évidente; en tout cas, elle ne l'a pas toujours été. A l'origine, le mot « crime » dans l'expression « crime contre la paix et la sécurité de l'humanité » était une expression générique qui était synonyme d'infraction. Il recouvrait toutes les catégories de fautes pénales. Certes, dans la généralité des cas, les faits visés étaient des crimes au sens technique du terme. Mais il est arrivé que ce terme recouvrît aussi des délits ou même des faits de simple police. Les statuts des tribunaux militaires internationaux (Nuremberg et Tokyo), aussi bien que la loi n° 10, employaient le mot crime au sens général d'infraction, quelle que fût la gravité de l'infraction considérée. On peut signaler à cet égard un arrêt de la Cour suprême de la zone britannique[13] rendu en appel d'un jugement d'un tribunal de première instance, qui, en considération de la peine infligée, avait qualifié à tort l'infraction de « délit contre l'humanité ». Selon l'arrêt rendu par la Cour, le mot « délit » n'existait pas dans la loi n° 10, même si la peine infligée était celle qui correspondait à cette catégorie d'infractions. Le mot crime, aussi bien dans l'expression « crime contre l'humanité » que dans celle de « crime de guerre », avait une acception générale, qui couvrait des faits de gravité variable, même si, comme on vient de le dire, il s'agissait, dans la majorité des cas, de faits d'une extrême gravité. Le mot crime était synonyme d'infraction au sens large de ce terme. Il visait aussi bien les faits de simple police que les faits les plus graves. C'est la raison pour laquelle l'article 50 de la Convention (I) de Genève de 1949[14] fait, par la suite, une distinction entre les « infractions graves » et les autres infractions.

19. Aujourd'hui, la Commission a tranché. Elle a décidé que le terme « crime » ne devait pas recouvrir toutes les infractions, mais seulement les infractions les plus graves.

3. Le contenu du crime contre l'humanité

20. Définir le contenu du mot « humanité » et celui du mot « crime » ne suffit pas à donner un contenu à l'expression « crime contre l'humanité ». Cette notion est tellement riche de substance qu'il est difficile de l'enfermer dans une formule unique. Plusieurs définitions ont été tentées, mais chacune mettait l'accent sur un ou plusieurs éléments essentiels de ce crime, sans en embrasser tous les aspects.

21. Certaines définitions mettent l'accent sur le *caractère* du crime : barbarie, brutalité, atrocité du crime. Ainsi la loi constitutionnelle autrichienne du 26 juin 1945 dispose : « Est coupable du crime de barbarie et de brutalité quiconque a, pendant la tyrannie nationale socialiste, mis autrui dans une situation *atroce* [...], par haine politique et en abusant de son autorité[15]. » On a critiqué cette formule. Selon certains, la barbarie et l'atrocité ne sont pas nécessaires. Certains *traitements humiliants et dégradants*, les *atteintes à la dignité des personnes* visées par les Conventions de Genève de 1949, constituent aussi des crimes contre l'humanité.

22. D'autres définitions mettent l'accent sur la *lésion d'un droit* : « atteinte aux droits fondamentaux » : droit à la vie, à la santé, à l'intégrité corporelle, à la liberté (résolution de la huitième Conférence internationale pour l'unification du droit pénal[16]).

23. D'autres encore mettent l'accent sur la *massivité* du crime contre l'humanité (extermination, asservissement de peuples ou de groupes d'individus). Mais la question a été largement discutée et cette condition de massivité n'a pas toujours été admise. Il est vrai que l'article 19 de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats parle d'une violation « à une large échelle » d'une obligation internationale (par. 3, al. *c*). Mais ce point de vue n'est pas unanimement partagé.

---

[10] Affaire *Tillessen* (*Süddeutsche Juristenzeitung*, Heidelberg, 1947, col. 337, et notamment col. 339), citée dans Meyrowitz, *op. cit.*, p. 346, note 15.

[11] *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen (O.G.H. br. Z.)*, Berlin, 1949, vol. 2, p. 271; cité dans Meyrowitz, *op. cit.*, p. 347.

[12] *Annuaire... 1980*, vol. II (2e partie), p. 31.

[13] *O.G.H. br. Z.* (v. *supra* n. 11), vol. 1, p. 48 et 49; cité dans Meyrowitz, *op. cit.*, p. 246.

[14] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, p. 31.

[15] Loi sur les crimes de guerre et autres forfaits nationaux-socialistes, art. 3, par. 1, *Staatsgesetzblatt für die Republik Österreich*, 28 juin 1945, n° 32, p. 56.

[16] Résolution sur le crime contre l'humanité, adoptée par la huitième Conférence tenue à Bruxelles les 10 et 11 juillet 1947, voir *Actes de la Conférence*, Paris, Pedone, 1949, p. 227 et 228.

24. Le débat peut être étendu à l'infini, tant la notion est riche de substance. Ainsi, certains mettent l'accent sur la personnalité juridique de l'auteur. Le crime contre l'humanité serait un crime d'Etat. Selon Eugène Aroneanu, « Le crime contre l'humanité, avant d'être un « crime », est un acte de souveraineté étatique, acte par lequel un Etat porte atteinte, à titre racial, national, religion ou politique, à la liberté, aux droits ou à la vie d'une personne ou d'un groupe de personnes[17]. » Mais d'autres auteurs estiment que ce crime peut être aussi le fait d'individus, même si ces individus exercent un pouvoir d'Etat.

25. Le seul élément qui semble réunir tous les suffrages est le *mobile*. Tous les auteurs, toutes les décisions jurisprudentielles, toutes les résolutions des congrès internationaux s'accordent sur le fait que ce qui caractérise le crime contre l'humanité, c'est le mobile, c'est-à-dire l'intention de porter atteinte à une personne ou à un groupe de personnes, en raison de leur race, de leur nationalité, de leur religion ou de leurs opinions politiques. Il s'agit d'une intention spéciale, incorporée dans le crime et qui lui donne sa spécificité.

26. Effectivement, l'article 6, al. *c*, du statut de Nuremberg, l'article II, par. 1, al. *c*, de la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié, et l'article 5, al. *c*, du statut de Tokyo font, avec parfois des variantes dans la formulation, appel au mobile qui inspire l'acte criminel. C'est pourquoi, les auteurs de ces textes avaient préféré, dans la définition du crime contre l'humanité, ne pas se limiter à une formule synthétique, mais combiner une définition générale et une énumération à titre illustratif.

27. Mais, même dans ce cas, l'autonomie de la notion demeurait limitée et subordonnée, comme il a été dit, à l'état de guerre (*supra* par. 10). Tel était l'état du droit antérieur à 1954.

B. — Les crimes contre l'humanité dans le projet de code de 1954

28. Le projet de code de 1954 a d'abord donné une autonomie au crime contre l'humanité, en le détachant du contexte de la guerre. Il a ensuite donné un contenu bipartite à cette notion, en distinguant le crime de génocide des autres « actes inhumains ». Ces deux crimes sont visés aux paragraphes 10 et 11 de l'article 2 du projet de 1954. Le problème qui se pose, à ce stade, est de savoir pourquoi le projet de 1954 a séparé le « génocide » des « actes inhumains ».

1. Le génocide

29. Il est certain que le génocide décrit au paragraphe 10 de l'article 2 et les « actes inhumains » décrits au paragraphe 11 de l'article 2 constituent des crimes contre l'humanité. Mais le problème de la spécificité du génocide divise les opinions suivant l'angle sous lequel il est examiné. On peut, en effet, considérer soit le but du génocide, soit le nombre des victimes du génocide.

a) *Le but du génocide*

30. Si l'on examine le génocide en fonction de son but, il est certain que ce crime se distingue des autres actes inhumains, car le but est ici, comme le précise la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide[18], « détruire*, en tout ou en partie, un *groupe** national, ethnique, racial ou religieux » (art. II). Certes, d'autres actes inhumains peuvent aussi être inspirés par des motifs nationaux, raciaux ou religieux, mais ils n'ont pas nécessairement pour but de détruire un groupe considéré comme une entité distincte. De ce point de vue, le génocide présente des traits spécifiques.

b) *Le nombre des victimes*

31. Si le génocide est considéré du point de vue du nombre de ses victimes, la question est de savoir ce qui le différencie des autres actes inhumains. Certains auteurs ne voient aucune différence entre le génocide et les autres crimes contre l'humanité. Pour Stefan Glaser, « Il [...] semble certain que l'intention des auteurs aussi bien de la Convention sur le génocide que du projet de code était de reconnaître le génocide comme consommé, même dans le cas où l'acte (meurtre, etc.) a été commis à l'égard d'un *seul* membre de l'un des groupes déterminés, dans l'intention de le détruire « en tout ou en partie »[19]. » A ses yeux, « ce qui est décisif pour la notion de génocide, c'est l'*intention** ».

32. On peut se demander si les autres crimes contre l'humanité, appelés « actes inhumains » dans le projet de code de 1954, supposent aussi un élément de masse. Il y a là un débat doctrinaire que l'on retrouve dans la jurisprudence des tribunaux militaires institués en vertu de la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié.

33. Un certain courant d'opinion s'est dégagé en faveur de la massivité. Selon le Comité juridique de la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre :

> Des délits isolés n'entraient pas dans la notion de crimes contre l'humanité. En principe, une action massive et systématique, en particulier si elle était revêtue d'autorité, était nécessaire pour transformer un crime de droit commun, punissable seulement selon le droit interne, en crime contre l'humanité intéressant par-là le droit international. Seuls les crimes qui ont mis en danger la communauté internationale, ou scandalisé la conscience de l'humanité, soit par leurs dimensions et leur barbarie, soit par leur grand nombre ou par le fait que le même type d'actes a été accompli à des moments et dans des lieux divers, ont justifié l'intervention des Etats autres que celui sur le territoire duquel les crimes ont été commis ou dont les nationaux ont été les victimes[20].

34. Cependant, des opinions contraires ont été exprimées[21]. Ainsi, le Congrès international du Mouvement national judiciaire français, dans sa résolution sur la répression des crimes nazis contre l'humanité, adop-

[17] E. Aroneanu, *Le crime contre l'humanité*, Paris, Dalloz, 1961, p. 56 et 57.

[18] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, p. 277.

[19] S. Glaser, *Droit international pénal conventionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1970, vol. I, p. 112.

[20] *History of the United Nations War Crimes Commission... (op. cit., supra* n. 3), p. 179.

[21] Voir le mémorandum établi en 1950 par V. V. Pella, à la demande du Secrétariat; texte original français publié dans *Yearbook of the International Law Commission, 1950*, vol. II, p. 348 et 349, doc. A/CN.4/39, par. 139.

tée en octobre 1946, disposait : « Sont coupables de crimes contre l'humanité et sont punissables comme tels ceux qui exterminent ou persécutent un *individu** ou un groupe d'individus, en raison de leur nationalité, de leur race, de leur religion ou de leurs opinions[22]. »

35. On trouve des opinions analogues dans les rapports présentés à la huitième Conférence internationale pour l'unification du droit pénal, réunie à Bruxelles en juillet 1947[23].

36. Dans le rapport brésilien présenté à cette conférence, Roberto Lyra, professeur à la faculté de droit de Rio de Janeiro, proposait la définition suivante : « Est considérée comme crime de lèse-humanité toute action ou omission qui comportera une grave menace ou violence physique ou morale contre *quelqu'un**, en raison de sa nationalité, de sa race, de ses opinions religieuses, philosophiques ou politiques[24]. »

37. Dans leur rapport, les délégués des Pays-Bas, W. P. J. Pompe, recteur de l'Université d'Utrecht, et B. H. Kazemier, conseiller au Ministère de la justice, proposaient comme définition du crime contre l'humanité : « L'extermination ou la mise dans un état intolérable, contrairement aux principes de droit généraux reconnus par les peuples civilisés, d'*un individu** ou d'un groupe d'individus en raison de leur nationalité, de leur religion ou de leurs opinions[25]. »

38. Dans le rapport polonais, présenté par Georges Sawicki, avocat général à Varsovie, la définition proposée était : « Est coupable de crime contre l'humanité celui qui commet un délit portant atteinte à la vie, à la santé, à l'immunité corporelle, à la liberté, à l'honneur ou aux biens d'*une personne** ou d'un groupe de personnes, [...], si le fait a été commis pour des motifs nationaux, religieux, raciaux ou politiques[26]. »

39. Dans le rapport du Saint-Siège, présenté par son délégué, Pierre Bondue, le crime était considéré comme « toute atteinte [...] portée [...] aux droits [...] de toute personne humaine, à raison de ses opinions, sa nationalité, sa race, caste, famille ou profession[27] ».

40. Le délégué suisse, Jean Graven, professeur à la faculté de droit de Genève, présentait dans son rapport le projet de définition suivant :

> Celui qui, sans droit, porte atteinte, pour des motifs raciaux ou nationaux, religieux, politiques ou d'opinion, à la liberté, la santé, l'intégrité corporelle ou la vie d'*une personne** ou d'un groupe de personnes, notamment par la déportation, l'asservissement, les mauvais traitements et l'extermination, que ce soit en temps de guerre ou de paix, commet un crime punissable contre la personne humaine (ou l'humanité)[28].

41. Par ailleurs, André Boissarie, procureur général à la Cour d'appel de Paris, avait élaboré, dans le cadre du Mouvement national judiciaire français un projet de convention, dont l'article 5 disposait que : « Les « crimes contre l'humanité » visent un groupe humain ou *un individu**, du fait de sa nationalité, de sa race, de sa religion ou de ses opinions[29]. »

42. Dans son remarquable ouvrage, Henri Meyrowitz consacre d'importants développements à la notion de massivité. Il soutient que :

> [...] L'incrimination des crimes contre l'humanité doit, en vérité, être interprétée comme comprenant, *à côté* d'actes dirigés contre des victimes individuelles, des actes de participation aux crimes massifs, [...].
>
> [...]
>
> La pluralité des victimes n'est pas plus exigée que la pluralité des actes. Sans doute, le concept de crime contre l'humanité a été suscité par un phénomène criminel historique, dont l'une des caractéristiques principales a été la massivité : un grand nombre d'actes, un grand nombre d'agents, un grand nombre de victimes [...]. Mais [la massivité] est une condition sociologique du phénomène des crimes contre l'humanité, et non pas un élément constitutif de l'incrimination[30].

43. Le problème du caractère nécessairement massif ou non du crime contre l'humanité est donc controversé en doctrine. On retrouve ces controverses dans la jurisprudence.

44. La Cour suprême de la zone britannique avait considéré que cet élément de masse n'était pas requis pour la définition légale du crime contre l'humanité, laquelle parle, à côté de l'extermination qui implique un élément de masse, de l'assassinat, de la torture ou du viol, qui peuvent désigner un fait isolé et unique[31].

45. A l'inverse, les tribunaux militaires américains avaient estimé que l'élément massif était partie intégrante du crime contre l'humanité. Dans le procès intenté contre des hauts fonctionnaires de la justice du régime nazi, ceux-ci avaient été reconnus coupables d'avoir participé « sciemment à un *système de cruauté** et d'injustice s'étendant sur tout le pays et organisé par le gouvernement ». Le tribunal avait alors affirmé que des cas isolés d'atrocités ou de persécutions ne devaient pas être retenus dans la définition[32].

46. Le Comité juridique de la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre, après étude des définitions des statuts de Nuremberg et de Tokyo et de la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié, avait exprimé une opinion analogue (v. *supra* par. 33).

47. Dans le projet d'articles sur la responsabilité des Etats, il semble que l'élément de masse du crime tend à prévaloir, puisque, selon le paragraphe 3, al. *c*, de l'article 19, un crime international peut résulter « d'une violation grave et à une *large échelle** d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde de l'être humain ».

48. En tout état de cause, la différence tirée du caractère massif n'est pas décisive. Certains continuent de

---

[22] *Revue internationale de droit pénal*, Paris, 19e année, 1948, p. 384.

[23] *Actes de la Conférence (op. cit., supra* n. 16), p. 108 et suiv.

[24] *Ibid.*, p. 116.

[25] *Ibid.*, p. 130.

[26] *Ibid.*, p. 137.

[27] *Ibid.*, p. 149.

[28] *Ibid.*, p. 157.

[29] *Revue internationale de droit pénal*, Paris, 19e année, 1948, p. 382.

[30] *Op. cit.* (*supra* n. 9), p. 255 et 280.

[31] *O.G.H. br. Z.* (v. *supra* n. 11), vol. 1, p. 13 et 231; cité dans Meyrowitz, *op. cit.*, p. 254.

[32] Voir *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10 (Nuernberg, October 1949-April 1949)* [série de 15 volumes, dénommée ci-après « American Military Tribunals »], Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1949-1953, affaire n° 3 *(The Justice Case)*, vol. III, p. 985; cité dans Meyrowitz, *op. cit.*, p. 252 et 253.

considérer que la violation systématique d'un seul droit de l'homme est un crime contre l'humanité.

49. La question se pose alors de savoir s'il est possible de trouver dans l'élément de gravité un facteur de différenciation. Stefan Glaser considère que le génocide n'est « qu'un cas aggravé ou qualifié » de crime contre l'humanité. Il n'y a entre les deux qu'une différence de degré et non une différence de nature[33]. La distinction est, selon lui, d'autant plus difficile à retenir, qu'on ne voit pas, en se plaçant sous l'angle des motifs, la différence qu'il y a entre détruire un « groupe ethnique » et détruire un « groupe politique ».

50. Ce point de vue n'est cependant pas partagé par Vespasien V. Pella, pour qui la notion de génocide et celle de crime contre l'humanité ne recouvrent pas le même champ :

> En effet, il n'y a pas génocide aux termes de la Convention du 9 décembre 1948, si l'acte a été dirigé contre un *groupe politique*. Au contraire, les crimes contre l'humanité, tels qu'ils sont prévus par l'article 6, al. *c* du statut du Tribunal de Nuremberg, peuvent être constitués aussi par des persécutions pour des motifs politiques[34].

Poussant son raisonnement à l'extrême, il estime que la différence entre les deux notions est telle que le génocide devrait être exclu de la codification. Selon lui, le fait qu'il existe une convention séparée sur le génocide rend superflue son insertion dans un code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, et il faut, par ailleurs, « maintenir le caractère autonome et la vie propre de la Convention sur le génocide[35] ».

51. Cette thèse extrême ne semble pas pouvoir être retenue, et elle n'a d'ailleurs pas été suivie par la Commission en 1954. S'il fallait éliminer du code tous les actes illicites faisant l'objet d'une convention, celui-ci ne serait plus qu'une coquille vide. Au surplus, la plupart des conventions n'envisagent pas les actes illicites sous leur aspect criminel, ce qui est précisément l'objet du présent projet de code.

c) *La belligérance*

52. On avait également pensé à trouver dans la belligérance un élément de différenciation entre les deux notions. Le statut de Nuremberg avait lié les crimes contre l'humanité à l'état de belligérance. Les tribunaux militaires avaient abondamment discuté du problème. La Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre avait traduit le débat en ces termes : « Bien qu'il puisse y avoir chevauchement entre les deux notions, le génocide diffère des crimes contre l'humanité, en ce que, pour le prouver, il n'est pas nécessaire d'établir une relation avec une guerre[36]. »

53. En 1954, la CDI écarta la belligérance comme facteur de différenciation entre le génocide et le crime contre l'humanité. Mais elle maintint, dans le projet de code, la distinction entre les deux notions, chacune de ces infractions faisant l'objet d'un paragraphe distinct (paragraphes 10 et 11 de l'article 2).

54. Le Rapporteur spécial pense que, pour des raisons qui tiennent à sa spécificité, il convient de réserver au crime de génocide une place à part, à l'intérieur des crimes contre l'humanité.

55. Quant à la formulation du projet d'article, il faut d'abord observer que le mot « génocide » ne figure pas dans le projet de 1954. Cependant, le paragraphe 10 de l'article 2 vise expressément le phénomène, et tous les actes qu'il énumère sont des actes de génocide. Par ailleurs, la Convention du 9 décembre 1948 fait expressément mention du génocide, et en donne la définition à l'article II. Hormis cette différence, le texte de 1954 est la reproduction exacte du texte de 1948.

56. Quant aux éléments qui sont contenus dans les deux textes, on peut se poser la question de savoir si les termes « national, ethnique, racial » ne se chevauchent pas parfois, et s'il n'y a pas pléonasme, notamment dans l'emploi des termes *ethnique* et *racial*. Il est certain que ces notions, bien que pouvant se chevaucher, ne coïncident pas exactement.

57. Un groupe national comprend souvent plusieurs ethnies différentes. Rares sont, dans le monde, les Etats où l'on trouve une parfaite homogénéité ethnique. En Afrique, en particulier, le découpage des territoires s'est fait sans tenir compte des ethnies, et cela a souvent posé des problèmes à de jeunes Etats secoués par des mouvements centrifuges dont le but est souvent un regroupement ethnique. Sauf de rares exceptions (la Somalie par exemple), la quasi-totalité des Etats africains a une population composite. Dans les autres continents, les migrations, les échanges, les hasards des guerres et des conquêtes ont créé des brassages tels que la notion d'ethnie n'y a qu'une valeur toute relative ou n'a peut-être même plus de signification du tout. La nation ne coïncide donc pas avec l'ethnie. Elle est caractérisée par la volonté de vivre en commun, un idéal commun, un but commun et des aspirations communes.

58. Plus délicate peut-être à saisir serait la différence entre les termes « ethnique » et « racial ». Il semble que le lien ethnique soit davantage culturel, fondé sur des valeurs de civilisation, caractérisé par un style de vie, un mode de penser, une même conception de la vie et des choses; plus profondément l'ethnie repose sur une cosmogonie. L'élément racial, par contre, se réfère plus typiquement à des caractères *physiques* communs. Il semble donc normal de maintenir ces deux termes qui donnent ainsi au texte sur le génocide un champ plus large couvrant aussi bien le génocide physique que le génocide culturel.

59. L'autre catégorie de crimes contre l'humanité, dont il convient de traiter, est celle que le projet de code de 1954 désigne sous le nom d'« actes inhumains ».

2. Les actes inhumains

60. Le paragraphe 11 de l'article 2 du projet de code de 1954 ne donne pas une définition générale des actes inhumains. Il procède par énumération. Mais alors que l'énumération du paragraphe 10 sur le génocide est limitative, celle du paragraphe 11 est illustrative.

---

[33] *Op. cit.* (*supra* n. 19), p. 109.

[34] Voir mémorandum, *Yearbook... 1950*, vol. II, p. 351, doc. A/CN.4/39, par. 141.

[35] *Ibid.*, par. 142.

[36] Voir *Law Reports of Trials of War Criminals* (recueil de jurisprudence en 15 volumes, établi par la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre), Londres, H.M. Stationery Office, 1947-1949, vol. XV, p. 138.

61. En effet, on entre ici dans un domaine où l'on découvre des faits très divers et très nuancés dans leur manifestation. Les aspects du crime contre l'humanité se transforment avec le progrès technologique. L'expression « crime contre l'humanité » remonte à la seconde guerre mondiale précisément en raison des cruautés commises à la faveur de ce progrès. Etant donné ce caractère évolutif, tenter d'énumérer tous les crimes contre l'humanité serait rétrécir le champ de la matière et risquer de laisser impunis des crimes qui sont parfois difficilement concevables avant qu'ils n'aient été commis.

62. Sans participer sur ce qui sera dit, par ailleurs, sur les crimes de guerre (dont certains se confondent avec les crimes contre l'humanité), on peut rappeler la méthode suivie dans la Convention (IV) de La Haye du 18 octobre 1907[37], dont le préambule stipulait qu'

> [...] il ne pouvait entrer dans les intentions des Hautes Parties contractantes que les cas non prévus fussent, faute de stipulation écrite, laissés à l'appréciation arbitraire de ceux qui dirigent les armées.
>
> En attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des *lois de l'humanité** et des exigences de la conscience publique.

63. Bien que cette référence aux principes du droit des gens, aux usages établis entre nations civilisées, aux lois de l'humanité et aux exigences de la conscience publique n'ait pas été reprise dans le projet de code de 1954, il est certain que ce sont ces mêmes principes qui en ont dominé le texte. Du reste, il y est précisé que les actes inhumains ne sont pas limités à ceux qui sont énumérés.

[37] Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, voir J. B. Scott, éd., *Les Conventions et Déclarations de La Haye de 1899 et 1907*, 3e éd., New York, Oxford University Press, 1918, p. 101 et 102.

3. L'APARTHEID

64. Que l'*apartheid* constitue un crime contre l'humanité ne fait aucun doute, et cela ne peut faire de doute que pour ceux qui marchent à contre-courant de l'histoire. Dans son deuxième rapport[38], le Rapporteur spécial avait énuméré tous les instruments internationaux relatifs à l'*apartheid*. De surcroît, si la notion de *jus cogens* a un sens, c'est bien ici qu'elle trouve une de ses applications les plus justifiées.

65. Certains, sans contester le caractère criminel de l'*apartheid*, avaient pensé que le terme est trop lié à un système déterminé pour être la base d'une règle générale. Mais cet argument n'est pas dominant. L'*apartheid* a ses traits spécifiques, comme beaucoup d'autres crimes. L'homicide involontaire, le meurtre, l'assassinat sont des crimes ayant chacun leurs traits spécifiques, et, cependant, ils tirent leur source d'un même acte de base : le fait de tuer. Mais ce même acte a une gravité différente suivant les cas. De même que le génocide, l'*apartheid* a une autonomie certaine dans le code, bien que tous deux soient des actes inhumains.

C. — Les atteintes graves à l'environnement

66. Le paragraphe 3, al. *d*, de l'article 19 de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats considère comme crime international : « une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde et la préservation de l'environnement humain, comme celles interdisant la pollution massive de l'atmosphère ou des mers ».

67. Point n'est besoin de souligner l'importance grandissante des problèmes que pose l'environnement aujourd'hui. La nécessité d'en assurer la protection justifierait une disposition spécifique dans le projet de code.

[38] *Annuaire... 1984*, vol. II (1re partie), p. 99, doc. A/CN.4/377, par. 44, al. 3, et note 34.

DEUXIÈME PARTIE

Les crimes de guerre

68. La notion de crime de guerre soulève, d'abord, des problèmes de terminologie, ensuite des remarques de fond, et enfin des problèmes de méthode.

A. — Problèmes de terminologie

69. Ici, on se heurte tout d'abord à une difficulté d'ordre terminologique. Le mot « guerre » dans le droit international classique n'était pas seulement un phénomène sociologique et politique, c'était d'abord un concept juridique traduisant un état de relations internationales qui créait, pour ceux qui s'y livraient, des droits et des obligations. La guerre elle-même était un droit lié à la souveraineté. Les conventions internationales avaient donc pour objet, non point d'interdire la guerre, mais seulement de la réglementer. L'idée d'une convention internationale interdisant la guerre, sauf cas de légitime défense, est relativement récente, puisqu'elle date du Pacte Briand Kellogg de 1928[39]. Elle s'est surtout développée après la seconde guerre mondiale avec l'adoption de la Charte des Nations Unies.

70. Cependant, si la guerre est aujourd'hui un acte illicite, le phénomène qu'elle évoque reste encore vivace, et il en est ainsi, hélas, de beaucoup d'autres crimes. Il ne suffit pas de rendre un acte illégal, de l'interdire, pour que cet acte disparaisse de la vie des hommes. La pros-

[39] SDN, *Recueil des Traités*, vol. XCIV, p. 57.

cription du meurtre ou de l'assassinat remonte très loin dans le passé, et cependant on déplore tous les jours des meurtres et des assassinats. S'il suffisait d'interdire un acte pour qu'il disparaisse de la conduite des hommes, il n'y aurait ni police, ni système judiciaire, ni système pénitencier.

71. L'interdiction de la guerre n'a donc pas fait disparaître ce phénomène. Ce qu'on peut dire, c'est qu'en proscrivant la guerre, on se place dans une optique nouvelle qui entraîne des conséquences juridiques. La première est, naturellement, l'illicéité de la « déclaration de guerre ». Aujourd'hui, la guerre, même déclarée dans les formes autrefois requises, se confond avec l'agression.

72. Mais, si la guerre est devenue un acte illicite, si elle ne peut plus légitimer aucun droit, le phénomène qu'elle recouvre — qui est le conflit armé — subsiste, et il faudrait une bonne dose de naïveté pour ne pas continuer à s'y intéresser. Le projet de code de 1954 interdisait les actes commis « en violation des lois et coutumes de la guerre » (art. 2, par. 12). Dans le souci de trouver une formule qui soit en conformité avec le droit, il a été proposé de supprimer le mot « guerre » de cette expression. Or, ce serait un non-sens de considérer un acte comme criminel et de vouloir, en même temps, établir des droits et des devoirs pour ceux qui s'y livrent. Cependant, ne pas limiter, pour ce motif, les excès, les abus qui se commettent à l'occasion des conflits armés serait plus que de la naïveté, ce serait une légèreté et une faute.

73. En outre, l'interdiction de la guerre n'empêche pas qu'il y ait des situations (légitime défense, opérations de maintien de la paix) où l'usage de la force, bien qu'admis, doit être enfermé dans des limites bien définies.

74. Un droit des conflits armés demeure donc indispensable. Le seul problème qui se pose à cet égard est d'ordre terminologique, à savoir s'il faut renoncer au mot « guerre » et le remplacer par l'expression « conflit armé ».

75. Il y aurait des arguments en faveur de cette thèse, surtout depuis l'apparition de nouveaux types de conflits armés qui n'opposent pas toujours des Etats, mais qui peuvent opposer des entités étatiques à des entités non étatiques (mouvements de libération nationale, mouvements de partisans, etc.). L'article 3 de la Convention (I) de Genève de 1949 visait déjà le conflit armé non international. Les deux Protocoles de 1977 additionnels aux Conventions de Genève de 1949, relatifs aux conflits armés[40], confirment cette idée, à savoir qu'il n'est pas nécessaire, pour que s'appliquent les « lois et coutumes de la guerre », que le conflit soit un conflit entre Etats. Le Protocole I dispose, au paragraphe 4 de son article 1er, que sont compris dans les situations visées par l'article 2 commun aux Conventions de Genève : « les conflits armés dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ». La conséquence de cette disposition a été l'assimilation des combattants et des prisonniers des guerres de libération nationale aux combattants et prisonniers de guerre ou de « tout autre conflit armé », au sens de l'article 2 commun aux quatre Conventions de Genève.

76. Il résulte de ces brèves considérations que la notion de guerre, au sens classique du terme, a éclaté. Ce n'est plus exclusivement une relation d'Etat à Etat, mais tout conflit armé opposant des entités étatiques à des entités non étatiques. En d'autres termes, ce n'est plus la guerre au sens formel, mais au sens matériel, c'est-à-dire son contenu (l'usage de la force armée),qui est visée ici. Si donc le mot « guerre » est employé dans ce rapport, c'est dans son sens matériel de conflit armé, et non dans son sens formel et traditionnel de relation d'Etat à Etat.

B. — Problèmes de fond : crimes de guerre et crimes contre l'humanité

77. Les problèmes de fond sont relatifs à la distinction entre crimes de guerre et crimes contre l'humanité. Il n'est pas toujours aisé de distinguer le crime de guerre du crime contre l'humanité. Que l'on envisage les deux notions sous l'angle de leur contenu ou sous celui de leur champ d'application, on constate des chevauchements qui rendent la distinction parfois malaisée.

78. Bien que les deux notions soient distinctes, un même fait peut constituer, en même temps, un crime de guerre et un crime contre l'humanité. Le meurtre, l'assassinat, s'ils sont commis pendant un conflit armé, peuvent constituer, en même temps que des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité. Il suffit, pour cela, qu'ils aient été inspirés par des mobiles politiques, raciaux ou religieux. En dehors de tout conflit armé, ces mêmes faits, inspirés par les mêmes mobiles, constituent seulement des crimes contre l'humanité.

79. Cette double qualification possible n'est pas sans intérêt. En effet, la qualification de crimes contre l'humanité permet de ne pas laisser impunis des faits auxquels la qualification de crime de guerre n'est pas applicable. Les crimes commis en temps de guerre par des nationaux contre d'autres nationaux pourraient échapper à toute poursuite, sans que la qualification de crime contre l'humanité leur soit applicable.

80. N'ayant pas le même contenu, en raison du mobile, les deux infractions n'ont pas le même champ. Le crime de guerre a un champ plus étroit. Il ne peut être commis qu'en temps de guerre, alors que le crime contre l'humanité peut être commis aussi bien en temps de paix qu'en temps de guerre. Le crime de guerre ne peut être commis qu'entre ennemis, le crime contre l'humanité peut être commis contre des victimes non ennemies, et même par un Etat contre ses propres ressortissants.

C. — Problèmes de méthode

81. On peut se demander si, pour déterminer les crimes de guerre, il faut recourir à une définition générale ou à une énumération.

[40] Nations Unies, *Annuaire juridique 1977* (numéro de vente : F.79.V.1), p. 101 et suiv. (Protocole I), et p. 148 et suiv. (Protocole II).

82. L'énumération a toujours posé des problèmes délicats. Il est difficile, sinon impossible, de fournir une liste exhaustive des « crimes de guerre ». La Conférence des préliminaires de la paix avait fait établir en 1919 la liste des violations aux lois et coutumes de la guerre par les forces allemandes et alliées pendant la première guerre mondiale; cette liste comportait trente-deux cas de violations.

83. Au cours de la seconde guerre mondiale, le problème de savoir ce qu'il fallait considérer comme « crime de guerre » fut à nouveau posé par sir Cecil Hurst, représentant du Royaume-Uni et président de la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre. Celle-ci recula devant l'énormité de l'entreprise. On se contenta de reprendre la liste élaborée en 1919, mais on admit le principe que cette liste n'était pas exhaustive et que, compte tenu de l'évolution postérieure, il pourrait y avoir d'autres crimes susceptibles de figurer dans cette liste. Il y eut effectivement de nouvelles propositions. C'est ainsi que, sur proposition du représentant de la Pologne, la prise d'otages fut ajoutée. De même furent incriminées les arrestations en masse effectuées au hasard. Il fut également admis qu'il fallait tenir compte du préambule de la Convention (IV) de La Haye de 1907[41], qui prouvait que les crimes de guerre ne se limitaient pas aux violations des lois de la guerre visées dans les Conventions de La Haye, et que les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées devaient permettre de qualifier de crimes de guerre tous les actes qui contreviendraient gravement à ces principes[42].

84. Le statut du Tribunal de Nuremberg parle des « violations des lois et coutumes de la guerre », qui comprennent, *sans y être limitées*, l'assassinat, les mauvais traitements, etc. (art. 6, al. *b*). La loi n° 10 du Conseil de contrôle allié vise « les infractions aux lois ou aux coutumes de la guerre, y compris, mais *sans que cette énumération ait un caractère limitatif**, l'assassinat, les sévices... » (art. II, par. 1, al. *b*).

85. Le statut de Tokyo visait par contre « les crimes contre les conventions de la guerre, à savoir les violations des lois ou coutumes de la guerre » (art. 5, al. *b*). Mais il n'y avait aucune énumération, même non limitative.

86. Le débat est de nouveau ouvert. Dans la matière à l'examen, le mieux étant l'ennemi du bien, il faut se méfier d'une ambition généreuse mais mal contenue. Sir David Maxwell Fyfe disait : « Je ne crois pas qu'il soit possible d'établir un code contenant des définitions complètes et détaillées[43]. » Vespasien Pella était plus catégorique : « Il est impossible, dans les circonstances actuelles, d'établir une liste de toutes les violations des lois et des coutumes de la guerre[44]. » Jean Spiropoulos, rapporteur du projet de code de 1954, était du même avis :

> [...] il a été dit, à propos du projet de code, qu'il conviendrait d'énumérer de façon complète tous les actes constituant des crimes de guerre. [...]
>
> A notre avis, une telle entreprise se heurterait aux difficultés les plus graves, étant donné qu'il existe de profondes divergences d'opinions sur des questions très importantes qui se rapportent aux lois et coutumes de la guerre. [...][45].

Selon lui, il faut adopter une définition générale du crime de guerre, en laissant au juge, dans chaque cas, le soin de dire si on se trouve en présence d'une telle infraction. Cependant, ajoutait-il, « Nous ne voyons pas d'objection à ce que l'on ajoute à la définition générale une liste des violations des lois de la guerre, à condition toutefois que cette liste ne soit pas une énumération limitative [...][46] ».

87. La Commission, en 1954, avait adopté la méthode d'une définition générale, sans plus.

88. On se trouve à nouveau à la croisée des chemins. En conséquence, le projet d'article sur les crimes de guerre, que propose le Rapporteur spécial, comporte deux variantes : l'une, synthétique, qui reprend le projet de 1954, et l'autre, qui combine les deux méthodes (voir art. 13, dans la cinquième partie du présent rapport).

[41] Voir *supra* par. 62 et note 37.

[42] *History of the United Nations War Crimes Commission...* (*op. cit. supra* n. 3), p. 170 à 172.

[43] Cité dans le mémorandum de Pella, *Yearbook... 1950*, vol. II, p. 352, doc. A/CN.4/39, par. 145 *in fine*.

[44] Voir mémorandum, *ibid.*, par. 147.

[45] Premier rapport de J. Spiropoulos sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (A/CN.4/25, p. 40); texte original anglais publié dans *Yearbook... 1950*, vol. II, p. 266, par. 78 et 79.

[46] A/CN.4/25, p. 41; *Yearbook... 1950*, vol. II, p. 267, par. 82.

TROISIÈME PARTIE

Autres infractions

89. On l'a dit, la nature des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité implique souvent un *concursus plurium ad delictum*. Le phénomène de participation y est la règle. D'où la place importante que tiennent dans cette criminalité les notions de complicité et de complot.

90. On examinera également la tentative en tant qu'infraction connexe.

91. Le projet de code de 1954 s'était borné à incriminer ces faits sans les analyser ni les définir, et on chercherait vainement, dans les travaux préparatoires, des commentaires y relatifs. Or, la transposition de certaines notions du droit interne dans le droit international produit parfois l'effet du bâton brisé, Mais ici ces notions se déforment réellement quand elles entrent dans le domaine du droit international, et changent par-

fois de contenu ou de sens. Il sera donc intéressant de savoir ce que deviennent les notions de complicité et de complot lorsqu'elles pénètrent dans la sphère du droit international.

A. — La complicité

92. Dans une entreprise criminelle commise en participation, le complice a un rôle distinct de celui de l'auteur principal. Les faits reprochés à l'un et à l'autre ne sont pas les mêmes. Dans le cas d'un assassinat, par exemple, l'acte matériel de *tuer* est distinct de la *fourniture des moyens de tuer*. Bien que les deux infractions soient connexes (en principe l'une est liée à l'autre), chacune garde son caractère propre. N'ayant pas le même contenu matériel, elles constituent deux notions ayant deux qualifications juridiques distinctes. Cependant, dans certains cas, déterminer le contenu juridique de l'une et de l'autre n'est pas aisé. En droit interne, suivant les législations, la complicité a un contenu plus ou moins large.

1. La complicité en droit interne

a) *Contenu restreint*

93. L'article 60 du Code pénal français énumère les différents cas de complicité. Celle-ci peut être réalisée soit par *instigation*, soit par *fourniture des moyens*, soit par *aide ou assistance*.

94. D'une façon générale, le droit français n'inclut pas dans la complicité des actes postérieurs à l'infraction principale. Ainsi, le recel est un délit distinct de la complicité.

95. Certes, le droit pénal français connaît aussi des cas de complicité élargie. Il en est ainsi des cas prévus par l'article 61 du Code pénal, qui assimile certains cas de recel à la complicité : recel de malfaiteurs ou d'auteurs de crimes contre la sûreté de l'Etat ou la paix publique. Les auteurs de tels faits postérieurs à l'acte principal « seront punis », dit le Code, « comme leurs complices ». Mais cette forme de complicité ne doit son autonomie qu'à la loi. Si la peine encourue est celle de l'auteur principal, l'infraction est autonome : elle est prévue par une disposition spéciale du Code pénal et n'est pas une application jurisprudentielle de la théorie générale de la complicité.

96. Beaucoup d'autres législations limitent la complicité seulement aux actes antérieurs ou concomitants à l'acte principal. Elles ne connaissent pas la complicité par acte subséquent. Celui-ci est érigé en infraction autonome. Le Code pénal de la République fédérale d'Allemagne limite la complicité aux conseils ou à l'aide, c'est-à-dire aux actes antérieurs ou concomitants. Le Code pénal yougoslave de 1951 (art. 265), celui de la République démocratique allemande (art. 234), celui de la Hongrie (art. 184) font du recel une infraction distincte.

b) *Contenu élargi*

97. La complicité élargie tend notamment à englober des faits postérieurs à l'acte principal, au lieu d'en faire des infractions autonomes. Igor Andrejew indique que certains auteurs soviétiques se prononcent pour la notion de « contact » avec l'infraction. Selon cette doctrine, toute activité intentionnelle en relation avec une infraction en voie de se faire ou déjà accomplie par d'autres personnes peut être un cas de complicité : ainsi, tout acte entravant la prévention ou la découverte de l'infraction. Le contact peut revêtir quatre formes différentes : la dissimulation de l'auteur, la non-dénonciation de l'infraction, le consentement à l'infraction et le recel de biens[47].

98. Le droit anglo-américain connaît, à côté de l'acte accessoire antérieur à l'infraction — *accessory before the fact*—, l'acte accessoire postérieur à l'infraction — *accessory after the fact*. L'*accessory after the fact* est une forme de complicité élargie dont a fait usage, on le verra, la jurisprudence du Tribunal de Nuremberg et celle des tribunaux alliés. D'autres systèmes juridiques intègrent également, dans la complicité, la notion d'*auteur intellectuel*. Selon ces systèmes, certaines formes de participation, telles que l'instigation ou la conception de l'acte ou parfois même l'ordre donné, dans lesquelles il n'y a pas participation matérielle, s'analysent en une complicité.

99. On voit à travers ces quelques éléments de droit comparé combien il est difficile de donner, en droit interne, un contenu à la notion de complicité. Suivant les législations, la frontière entre les notions d'auteur, de coauteur, de complice et de receleur se déplace, affectant par là même le contenu de la complicité. Il en résulte un contenu large et un contenu restreint de la notion de complicité. Tantôt le complice se confond avec le coauteur, l'auteur intellectuel, et même le receleur. Tantôt le complice est seulement celui qui a été l'instigateur, ou celui qui a fourni une aide ou une assistance.

2. La complicité en droit international

100. En droit international, le mot « complice » peut avoir aussi, suivant le cas, un sens restreint ou un sens élargi.

a) *Contenu restreint*

101. Le contenu restreint semble résulter des statuts des tribunaux militaires internationaux. Le statut de Nuremberg distinguait dans le dernier alinéa de l'article 6 : « les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices ». Le statut de Tokyo distinguait à l'alinéa *c* de l'article 5 : « les chefs, organisateurs, instigateurs et complices ». La loi n° 10 du Conseil de contrôle allié distinguait au paragraphe 2 de son article II, celui qui :

a) a été *auteur* d'un crime;

b) a été *complice* dans l'exécution d'un crime ou *l'a ordonné* ou *favorisé*;

c) a *consenti;*

d) a *participé* à des *plans* ou des entreprises concernant l'exécution d'un crime;

e) a été *membre* de toute organisation ou de tout groupe impliqué dans l'accomplissement d'un crime;

[47] I. Andrejew, *Le droit pénal comparé des pays socialistes*, Paris, Pedone, 1981, p. 61 et 62.

f) a *occupé*, en ce qui concerne particulièrement les crimes visés au paragraphe 1, al *a*, c'est-à-dire les crimes contre la paix, une *haute situation politique, civile ou militaire* ou un *poste important* dans la vie financière, industrielle ou économique.

102. Une remarque vient immédiatement à l'esprit : les textes semblent faire le départ entre la complicité et certaines notions voisines. Ainsi, le statut de Nuremberg séparait les complices des dirigeants, des organisateurs et même des provocateurs; le statut de Tokyo distinguait, lui aussi, les complices des chefs, des organisateurs et des instigateurs. Quant à la loi n° 10, elle établissait plusieurs catégories d'acteurs, à l'intérieur desquelles le complice était différencié de celui qui avait « ordonné ou favorisé » ou de celui qui avait « consenti » ou qui avait, en ce qui concerne certains crimes (contre la paix, notamment), occupé « une haute situation politique, civile ou militaire » ou « un poste important dans la vie financière, industrielle ou économique ».

103. A lire ces textes, on se demande à quoi se ramène la complicité : qu'est-ce, en effet, qu'un complice qui ne serait ni l'instigateur, ni le provocateur, ni celui qui a ordonné, ni celui qui a dirigé ou organisé, ni celui qui a consenti ? La complicité se ramènerait peut-être exclusivement à l'*aide* ou à l'*assistance* et à la *fourniture de moyens,* seuls éléments non expressément visés.

104. En vérité, les auteurs de ces textes étaient plus animés par un souci d'efficacité que par un souci de rigueur juridique ou de rationalité. L'emploi de termes et d'expressions variés, qui sont parfois synonymes, qui se recouvrent ou se recoupent, s'explique par le désir de ne laisser aucun fait impuni. A une époque où la criminalité avait pris les formes les plus variées, les plus subtiles et les plus insidieuses, il ne fallait laisser passer aucun fait à traver les mailles, ne négliger aucun aspect d'une situation aussi complexe. Il était difficile de savoir en quelle qualité un individu avait agi. Souvent, les plus responsables, les plus haut placés dans la hiérarchie, ceux qui avaient conçu, ordonné les crimes commis, n'en étaient pas les auteurs matériels, et on ne pouvait guère les considérer comme des complices, ni leurs subordonnés comme les auteurs principaux. Dans le contexte de l'époque, la criminalité de groupe était le fait dominant, et les protagonistes étaient difficiles à distinguer des complices, et même, d'une façon générale, de tous ceux qui avaient participé à une action massive.

105. Il n'en demeure pas moins qu'en qualifiant de façon autonome les diverses formes de participation, les textes limitaient le contenu de la complicité proprement dite.

b) *Contenu élargi*

i) *La complicité du chef*

106. Des législations internes n'avaient pas hésité, dans certaines hypothèses, à étendre la complicité aux chefs, élargissant ainsi le contenu de la notion. On estimait alors soit qu'ils avaient *organisé*, soit qu'ils avaient *toléré* l'acte incriminé, soit même qu'ils avaient *conçu* l'acte, étendant ainsi la complicité à l'auteur intellectuel.

107. Ainsi, par exemple, l'ordonnance française du 28 août 1944, relative à la répression des crimes de guerre, dispose à l'article 4 :

> Lorsqu'un subordonné est poursuivi comme auteur principal et que ses supérieurs hiérarchiques ne peuvent être poursuivis comme coauteurs, ils sont considérés comme *complices** dans la mesure où ils ont *organisé** ou *toléré** les agissements criminels de leurs subordonnés.

La loi luxembourgeoise du 2 août 1947 sur la répression des crimes de guerre contient à l'article 3 une disposition analogue :

> [...] pourront être recherchés, selon les circonstances, comme coauteurs ou comme *complices** des crimes et délits prévus à l'art. 1er de la présente loi : les supérieurs hiérarchiques qui auront toléré les agissements criminels de leurs subordonnés et ceux qui, sans être des supérieurs hiérarchiques des auteurs principaux, auront favorisé ces crimes ou délits.

De même, aux Pays-Bas, la loi du 10 juillet 1947, concernant le jugement des personnes coupables de crimes contre l'humanité, prévoit au paragraphe 3 de l'article 27 :

> Tout supérieur hiérarchique qui autorise sciemment un subordonné à se rendre coupable d'un tel crime sera puni d'une peine semblable à celles qui sont prévues aux paragraphes 1 et 2.

La loi constitutionnelle grecque n° 73 du 8 octobre 1945, relative au procès et au châtiment de criminels de guerre, stipule à l'article 4 :

> Lorsqu'un subordonné est accusé d'un crime de guerre comme auteur principal et que ses supérieurs hiérarchiques ne peuvent pas être également punis comme auteurs principaux, en vertu des articles 56 et 57 du Code pénal, lesdits supérieurs hiérarchiques sont considérés comme complices, s'ils ont *organisé** l'acte criminel ou s'ils ont *toléré** l'acte criminel de leur subordonné.

La loi chinoise du 24 octobre 1946, relative au jugement des criminels de guerre, dispose à l'article 9 que :

> Les personnes qui occupent un poste de surveillance ou de commandement par rapport aux criminels de guerre et qui, en cette capacité, ne se sont pas acquittés de leur devoir d'empêcher leurs subordonnés de commettre des crimes seront traitées comme *complices** de ces criminels de guerre.

108. Il résulte de ces dispositions que la notion de complicité peut couvrir des faits ayant consisté à organiser, à diriger, à ordonner ou à tolérer. Cette extension de la complicité et fondée sur la présomption de responsabilité qui pèse sur le supérieur hiérarchique. Celui-ci est présumé être informé de toutes les activités de ses subordonnés, et le fait de ne pas empêcher un acte ou un projet criminel équivaut à une complicité.

109. La jurisprudence, elle aussi, a abondé dans le même sens. La Cour suprême des Etats-Unis, dans l'*Affaire Yamashita,* avait rejeté une requête d'*habeas corpus* du général japonais Yamashita, en ces termes :

> [...] On fait valoir que l'accusation ne soutient pas que le requérant a commis de *tels actes** ou en a dirigé l'exécution, et qu'en conséquence aucune violation de la loi ne lui est imputée. Mais, ce faisant, on ne tient pas compte du fait que le fondement juridique de l'accusation est une violation illégale du devoir qui lui incombait, en sa qualité de commandant de groupe d'armée, de contrôler les opérations de ceux qui sont sous ses ordres, violation que le requérant a commise en leur « permettant de commettre » les atrocités nombreuses et généralisées qui ont été mentionnées. La question est donc de savoir si les lois de la guerre imposent à un commandant de corps d'armée le devoir de prendre les mesures appropriées qui sont en son pouvoir pour contrôler les troupes placées sous ses ordres afin d'empêcher les actes spécifiés qui constituent des violations des lois de la guerre et que l'on peut s'attendre à voir commettre lors de l'occupation d'un territoire ennemi par des militaires non contrôlés, et si sa responsabilité personnelle peut

être retenue du fait qu'il a failli de prendre de telles mesures lorsqu'il en résulte des violations de la loi [...][48].

La réponse donnée par la Cour avait été affirmative. Une présomption de complicité pèse sur le chef dont les subordonnés ont commis un acte criminel, et celui-ci doit rapporter la preuve qu'il était dans l'impossibilité d'empêcher la commission du crime considéré.

110. Cette présomption avait été étendue aux membres du gouvernement. Le Tribunal de Tokyo avait jugé que la responsabilité en ce qui concernait les prisonniers de guerre incombait non seulement aux fonctionnaires exerçant sur eux une surveillance directe et immédiate, mais aussi, d'une manière générale, aux membres du gouvernement, aux officiers de l'armée ou de la marine commandant les formations chargées des prisonniers de guerre, aux fonctionnaires des services chargés du bien-être des prisonniers, car « il est du devoir de *tous** les responsables d'assurer le traitement convenable des prisonniers et d'empêcher que de mauvais traitements ne leur soient infligés[49] ». Le manquement à ce devoir, soit par abstention volontaire, soit par négligence, rend les supérieurs complices des crimes qui pourraient être commis.

111. De même, dans l'*Affaire des otages*, le tribunal militaire américain avait déclaré qu'« un commandant de corps d'armée doit être tenu responsable des actes commis par ses subordonnés dans l'exécution de ses ordres et des actes dont il a eu connaissance ou dont il *aurait dû avoir connaissance**[50] ».

112. La complicité, ainsi comprise, est donc, par rapport à la complicité visée dans les statuts de Nuremberg et de Tokyo ou dans la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié, une complicité élargie qui va au-delà de l'aide ou l'assistance. Aujourd'hui, cette forme de complicité constitue, aux termes de l'article 86, par. 2, du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève, un délit autonome.

ii) *Complicité et recel*

113. La complicité a été parfois étendue au recel. C'étaient notamment des cas d'appropriation illégale ou de liquidation de biens ayant appartenu à des Juifs exterminés. Dans l'*Affaire Funk*, l'accusé, en sa qualité de ministre de l'économie nationale du IIIe Reich et de président de la Reichsbank, avait conclu un accord en vertu duquel les SS devaient livrer à la banque d'Etat les bijoux, objets en or et billets de banque ayant appartenu aux personnes exterminées. L'or provenant des montures de lunettes et des dentiers avait été déposé dans les sous-sols de la Reichsbank. Selon le Tribunal de Nuremberg : « Funk a affirmé n'avoir eu connaissance d'aucun de ces dépôts. Le Tribunal estime néanmoins que, ou bien il avait connaissance de ce que la Reichsbank recevait, ou bien il fermait délibérément les yeux sur ce qui se passait[51].» Il y avait consentement exprès ou tacite sur des faits de dissimulation de biens indûment acquis par la banque, postérieurement à la mort de leurs propriétaires.

114. La jurisprudence relative à l'*Affaire Pohl* est encore plus explicite. Dans son jugement, le Tribunal militaire américain avait déclaré : « Le fait que Pohl n'a pas lui-même transporté dans le Reich les biens volés ni arraché personnellement les dents des personnes exterminées ne le disculpe point. Il s'agissait d'un vaste programme criminel, exigeant la collaboration de beaucoup de personnes, et le rôle de Pohl était d'assurer la garde et la comptabilité du butin. Connaissant les buts illégaux de l'action et les crimes qui accompagnaient celle-ci, sa participation active, même dans les phases postérieures de l'action, le rend *particeps criminis* dans l'affaire entière[52].»

iii) *Complicité et qualité de membre d'un groupe ou d'une organisation*

115. A l'intérieur d'une organisation, tous les membres ne jouent pas le même rôle. Il y a une hiérarchie interne des chefs et des subordonnés, des organisateurs et des exécutants. Répartir ces deux catégories en auteurs principaux et complices n'est pas aisé, comme le montre l'examen ci-dessus des relations entre la complicité et la qualité de chef. On pourrait aussi bien les répartir en auteurs matériels et en auteurs intellectuels, en auteurs directs et en auteurs indirects.

116. Mais ici, ce qui est incriminé, c'est un acte d'une nature différente. C'est l'*adhésion* volontaire à l'organisation ou la *participation* volontaire à un groupe. Plutôt que de rechercher vainement qui, dans le groupe ou l'organisation, est l'auteur et qui est le complice, la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié, au paragraphe 2, al. *e*, de son article II, fait de la qualité de membre d'un groupe ou d'une organisation une infraction autonome, dès l'instant où l'entité en cause était impliquée dans une affaire criminelle. La condition nécessaire et suffisante est la qualité de membre d'un groupe ou d'une organisation.

117. La Commission devra examiner la question de savoir si le code doit emboîter le pas à la loi n° 10 et au statut de Nuremberg, en faisant de la qualité de membre une infraction distincte ou si, au contraire, il doit renvoyer à la théorie générale de la participation, en laissant au juge le soin de déterminer, dans chaque cas précis, le rôle joué par le membre de l'organisation.

B. — Les limites de la complicité élargie : le complot et la *conspiracy*

118. On se trouve ici aux confins de la complicité, du complot et de la *conspiracy*. C'est la situation prévue dans le dernier alinéa de l'article 6 du statut de Nurem-

[48] *Law Reports of Trials of War Criminals* (*op. cit. supra* n. 36), vol. IV, p. 43; et *United States Reports*, Washington (D.C), 1947, vol. 327, p. 14 et 15.

[49] *Law Reports of Trials...*, vol. XV, p. 73.

[50] American Military Tribunals (v. *supra* n. 32), affaire n° 7, vol. XI, p. 1303.

[51] Voir *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international de Nuremberg (Nuremberg, 14 novembre 1945 — 1er octobre 1946)* [texte officiel en langue française, 42 tomes], Nuremberg, 1947-1949, t. I, p. 326; cité dans Meyrowitz, *op. cit.* (*supra* n. 9), p. 377.

[52] American Military Tribunals (v. *supra* n. 32), affaire n° 4, vol. V, p. 989.

berg, visant notamment les « complices qui ont pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un *plan concerté** ou d'un complot ». Selon cette disposition, les personnes ayant participé à un tel plan « sont responsables de tous les actes accomplis par *toutes les personnes** en exécution de ce plan ». La loi n° 10 vise, au paragraphe 2, al. *d* et *e*, de l'article II, une situation analogue.

119. On constate que, dans cette hypothèse, la responsabilité pénale est particulièrement large puisqu'elle dépasse le fait personnel. Il s'agit d'une responsabilité collective, qui va même au-delà de la notion de complot telle qu'elle est connue dans le droit continental européen. Dans le droit français, par exemple, le complot est considéré comme une infraction autonome et puni en tant que telle. Si le complot a été suivi d'un commencement d'exécution, il y a des circonstances aggravantes qui augmentent la peine encourue, puisqu'il s'agit d'une responsabilité individuelle. Par ailleurs, le complot est strictement limité aux actes pouvant porter atteinte à l'autorité de l'Etat, à l'intégrité du territoire national ou pouvant provoquer la guerre civile.

120. Dans le cas du dernier alinéa de l'article 6 du statut de Nuremberg ou de l'article II, par. 2, al. *d* et *e*, de la loi n° 10, l'infraction visée repose, comme il a été indiqué, sur une responsabilité collective et n'est pas subordonnée à un commencement d'exécution. En outre, elle n'est pas limitée, du moins dans le statut de Nuremberg, à une seule catégorie de crimes, mais à tous les crimes prévus par le statut : crimes contre la paix, crimes de guerre et crimes contre l'humanité. Certes, le Tribunal de Nuremberg n'avait pas retenu cette conception extensive et avait limité l'application de la notion aux seuls crimes contre la paix, mais les dispositions du statut allaient bien au-delà.

121. Les réserves de la jurisprudence de Nuremberg s'expliquent par le fait que les dispositions en cause s'inspiraient d'une notion qui est typiquement une notion de « common law », qui est propre à ce droit et que l'on appelle la *conspiracy*. La *conspiracy* est une construction originale qui incrimine l'entente entre individus en vue de commettre un acte délictueux. Ce qui est en cause, c'est l'entente elle-même, indépendamment de l'acte délictueux qui a pu être commis. L'entente pour commettre un assassinat est punissable, même si l'assassinat n'a pas été commis et même s'il n'y a pas eu commencement d'exécution. Cette infraction est fondée sur une responsabilité collective. Contrairement au principe général du droit pénal, selon lequel l'individu ne répond que de ses propres actes, que des faits qui peuvent lui être personnellement imputés, la *conspiracy* crée une responsabilité pénale collective pour tous ceux qui ont participé à l'entente. Cette responsabilité vient s'ajouter à celle encourue personnellement par chaque individu pour les actes qu'il a réellement commis dans le cadre de cette entente. C'est cette notion de *conspiracy* qui a inspiré la rédaction des textes susmentionnés et c'est sur elle qu'était fondée l'accusation.

122. Le Tribunal de Nuremberg n'avait pas suivi le ministère public et avait estimé que la formule du dernier alinéa de l'article 6 n'avait « pas pour objet d'ajouter une infraction distincte aux crimes précédemment énumérés, [mais seulement] de déterminer les personnes qui seront rendues responsables de participation au plan concerté[53] ». Et même dans cette hypothèse, le Tribunal avait écarté l'accusation de *conspiracy* pour les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité et ne l'avait retenue que pour les crimes contre la paix. En d'autres termes, le Tribunal en avait fait un crime de gouvernants, et de gouvernants seuls, car le crime contre la paix ne peut être que le fait des gouvernants.

123. Le procureur général Jackson avait cependant demandé l'application la plus large de la *conspiracy*, dont il avait présenté un exposé impressionnant et systématique. Parmi les principes appliqués quotidiennement par les tribunaux de Grande-Bretagne et des Etats-Unis d'Amérique à propos du complot, les plus importants sont les suivants :

> Il n'est pas nécessaire d'être en présence d'une réunion ou d'un accord effectif. Il suffit, bien que les personnes aient pu jouer des rôles différents, qu'elles aient entrepris une action concertée et collaboré étroitement dans le but commun d'accomplir une tâche commune.
>
> Deuxièmement, une personne peut être responsable sans avoir même connu ses coconspirateurs ou sans avoir su exactement quel rôle ils jouaient ou à quels actes ils se livraient; de même, une personne peut être poursuivie même si elle n'a pas pris personnellement part aux actes criminels ou si elle était absente au moment où ils furent perpétrés.
>
> Troisièmement, on peut endosser la responsabilité des autres coconspirateurs, bien que les actes commis par eux n'aient été ni voulus, ni prévus, s'ils se sont déroulés au cours de l'exécution du plan concerné. [...]
>
> Quatrièmement, il n'est pas nécessaire, pour être responsable, d'avoir été membre de la conspiration au même moment que les autres participants ou au moment même de l'acte criminel. Lorsque l'on devient membre d'un complot, on adopte et ratifie ce qui a été fait précédemment et on reste responsable jusqu'à ce que l'on abandonne la conspiration en le notifiant à ses complices.
>
> [...] Naturellement, les membres d'organisations criminelles ou de conspirations qui commettent personnellement des crimes doivent répondre individuellement, exactement comme ceux qui commettent les mêmes fautes sans le soutien d'une organisation. L'essence même du crime de *conspiracy* ou d'appartenance à une organisation criminelle consiste dans la responsabilité pour des actes qu'on ne commet pas personnellement mais qu'on facilite ou qu'on encourage. Le crime réside dans le fait de se lier à d'autres pour participer à un effort commun illégal, quelque licites que puissent être les actes personnels d'un participant considérés en eux-mêmes[54].

Et le Procureur général expliquait que ces principes généraux trouvaient leur fondement et leur justification dans la défense des sociétés qui ne pourraient pas survivre face à « l'accumulation de puissance de la part d'associations d'individus ».

124. Le système ainsi décrit repose donc sur une double responsabilité individuelle et collective qui ne s'excluent pas l'une l'autre, mais qui coexistent. Cette notion de *conspiracy* inconnue du droit continental ne coïncide exactement avec aucune notion de ce droit. Elle n'est tout à fait ni la complicité ni le complot. Elle est proche de la complicité en ce que les participants « facilitent ou encouragent », comme le disait le Procureur général. Mais elle est proche du complot dans la mesure où il s'agit d'une *entente* en vue d'exécuter un plan concerté.

---

[53] *Procès des grands criminels de guerre... (op. cit., supra* n. 51), t. I, p. 238; cité dans Meyrowitz, *op. cit.* (*supra* n. 9), p. 426.

[54] *Procès des grands criminels de guerre ...*, t. VIII, p. 366 et 367; cité dans Meyrowitz, p. 427 et 428.

125. En ne retenant la notion de *conspiracy* que pour les crimes contre la paix et en l'écartant pour les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, le Tribunal de Nuremberg semble n'avoir retenu que l'aspect « complot » de la notion. En effet, au niveau des crimes contre la paix, tels qu'ils étaient définis par le statut de Nuremberg (préparation, déclenchement ou conduite d'une guerre d'agression ou d'une guerre en violation des traités ou accords internationaux, participation à un plan ou à une entente en vue de l'accomplissement de l'un de ces crimes), les agents ne peuvent être, on l'a dit, que des *gouvernants* liés entre eux par une relation de coactivité. Ils sont coauteurs et non complices et leur action s'analyse en un complot contre la sûreté extérieure d'un autre Etat.

126. Cependant, on peut se poser la question de savoir si la *conspiracy* n'est voisine que du complot ou si elle n'a pas aussi quelque similitude avec la complicité. En effet, le procureur général Jackson, lui-même, avait employé l'expression « faciliter et encourager » à propos de la notion de *conspiracy*, expression qui entre dans la définition de la complicité. De fait, il semble bien que la *conspiracy* inclut l'idée de complicité, lorsque le plan s'exécute à l'intérieur d'une organisation impliquant des rapports de hiérarchie entre les chefs et les exécutants car, dans ce cas, la complicité peut jouer entre les chefs et les subordonnés. Selon Claude Lombois[55], la *conspiracy*, en tant que crime contre la paix, est une responsabilité collective fondée sur la solidarité des gouvernants. En tant que crime de guerre ou crime contre l'humanité, la *conspiracy* devient une théorie générale de la participation criminelle qui « permet de tenir pour responsables ceux qui ont conçu dans l'ensemble non moins que ceux qui ont exécuté dans le détail ». Ainsi, la *conspiracy* peut comporter aussi bien des actes principaux (agression) que des actes de complicité (exécution d'un ordre).

127. Quant à la question des limites de la complicité, il s'agit de savoir si, même élargie, la complicité doit s'étendre aux actes commis par un membre d'une organisation, si elle doit également s'appliquer aux actes commis en application d'un plan concerté, ou bien si on doit incriminer directement, en tant qu'infraction distincte. le fait d'être membre d'une organisation délictueuse ou encore le fait de participer à un plan concerté.

128. Le droit interne connaît des cas où ces infractions sont autonomes. En droit français, par exemple, indépendamment du complot, qui vise les atteintes à l'autorité de l'Etat, il y a l'association de malfaiteurs, qui vise les atteintes aux personnes et aux biens. Ces infractions sont autonomes; elles sont créées par la loi et ne résultent pas d'une construction jurisprudentielle fondée sur la théorie de la complicité. D'une manière générale, il semble que, lorsque l'infraction présente certains caractères particuliers (préparation ou exécution dans le cadre d'une *organisation* ou d'un *plan concerté*), cette circonstance porte le législateur national à en faire une infraction autonome, même lorsqu'elle aurait pu être sanctionnée sur la base de la complicité.

[55] C. Lombois, *Droit pénal international*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1979, p. 155.

129. Les statuts des tribunaux militaires internationaux avaient fait de même, distinguant les actes de complicité des actes commis dans le cadre d'une organisation.

130. Le projet de code de 1954 avait, quant à lui, retenu seulement la complicité, d'une part, et le complot, de l'autre, sans définir leur contenu. En outre, il n'avait consacré aucune disposition à la qualité de membre d'une organisation, ni à la participation à un plan concerté. Il appartiendra à la Commission d'en débattre.

131. Si la Commission décide de s'en tenir à ce qui avait été fait en 1954, c'est-à-dire incriminer la complicité sans la définir, il faudra alors indiquer dans un commentaire quel contenu doit avoir cette notion en droit international : instigation, aide, assistance, fourniture de moyens, ordre, consentement exprès ou tacite, actes de participation subséquente tendant à faire disparaître le délinquant ou le corps de délit. De l'avis du Rapporteur spécial, ces notions devraient faire partie du contenu de la complicité. En d'autres termes, la complicité doit être entendue au sens large. En revanche, la nécessité de l'étendre à la qualité de membre d'une organisation ou à la participation à un plan concerté doit, au préalable, faire l'objet d'un débat approfondi. Bien qu'en principe la responsabilité pénale soit fondée sur des actes individuels, identifiables et attribuables à un auteur déterminé, il ne faut pas oublier qu'il s'agit là d'un domaine où la plupart des actions sont entreprises ou réalisées en participation. Les groupes et les organisations sont les moyens privilégiés pour réaliser des crimes d'un caractère massif, comme le sont souvent les crimes en cause ici, et il est parfois difficile d'individualiser le rôle de chacun. Il convient de décourager ces organisations, qui sont le repaire de l'anonymat criminel. Si la Commission décide de ne pas incriminer ces phénomènes en tant qu'infractions distinctes, ils entreront alors dans le champ d'attraction de la complicité élargie et cette théorie pourra peut-être couvrir les situations visées. Il n'est pas sans intérêt de noter à cet égard que la Convention sur le génocide vise, expressément, à l'alinéa *b* de l'article III, « l'entente en vue de commettre le génocide », ce qui est typiquement une application de la théorie de la *conspiracy*. La difficulté des problèmes traités dans cette section tient au fait qu'il s'agit de notions dont les frontières ne sont pas nettement définies. Complicité et complot diffèrent sans doute sur le plan conceptuel mais, dans un complot, il y a toujours une certaine complicité entre les auteurs.

C. — La tentative

132. Le projet de code de 1954 incrimine la tentative, mais là encore, sans indiquer le contenu de cette notion. Il faut donc examiner la question de savoir si, en droit international pénal, et singulièrement dans la matière des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, la tentative a le même contenu qu'en droit interne.

1. Contenu en droit interne

133. En droit interne, le contenu de la tentative n'est pas toujours aisé à déterminer. Si on sait que la tentative

s'entend de toute entreprise criminelle qui n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, les controverses sont toujours vives sur le point de savoir à partir de quel moment commence la tentative, quel est son point de départ.

134. On a l'habitude de diviser en phases le processus criminel. L'*iter criminis,* le « chemin du crime » ou la « trajectoire du crime », comporterait quatre étapes successives : la phase du projet, qui peut être verbal ou écrit, la phase préparatoire, qui peut être concrétisée par des actes (organisation, plans, mise en place du matériel nécessaire, etc.), le commencement d'exécution et, enfin, la réalisation. Le problème est de savoir à quelle phase commence la tentative. Ce problème est un peu la quadrature du cercle. Suivant les tendances qui leur sont propres, certains considèrent que la tentative naît avec les actes préparatoires, d'autres enfin lient la tentative au commencement d'exécution.

135. Il est sans doute excessif de trouver dans une simple intention, même exprimée publiquement, une tentative. Certaines législations, il est vrai, ont érigé en crimes distincts de simples résolutions (menace, association de malfaiteurs, complot, etc.), mais c'est en raison de la gravité particulière de ces actes qu'ils ont été identifiés et incriminés. Toutefois, en règle générale, une simple intention, même exprimée avec bruit, ne constitue pas une tentative.

136. Un examen de la thèse qui soutient que la tentative est constitué lorsqu'il y a des actes préparatoires montre également qu'une réponse positive n'est pas évidente. Les opérations qui entrent dans la préparation d'un acte peuvent avoir des buts multiples, et on ne peut savoir à l'avance quel était le but visé par l'auteur. On peut briser une clôture pour empêcher la propagation d'un incendie, on peut aussi la briser pour s'introduire dans la maison d'autrui à la faveur de cet incendie. On peut briser une porte pour sauver une personne en danger, mais on peut aussi profiter de la détresse de cette personne pour commettre un vol, etc.

137. On peut alors se demander si c'est le commencement d'exécution qui serait constitutif de la tentative. C'est la solution adoptée en particulier par le Code pénal français qui considère comme tentative tout commencement d'exécution qui n'a manqué son effet ou n'a été suspendu que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. Encore faudrait-il savoir en quoi consiste le commencement d'exécution. Commencement d'exécution et actes préparatoires ne sont pas aisés à distinguer. Certains font appel à des critères objectifs : par exemple, le rassemblement matériel des moyens du crime constituerait un acte préparatoire, mais quand on « entreprend d'en faire usage », c'est alors le commencement d'exécution. D'autres font appel à des critères subjectifs : l'intention d'en faire usage.

138. A l'origine, certaines législations internes ne s'étaient pas embarrassées de ces subtilités. Ainsi, le droit soviétique, dans les *Principes directeurs du droit pénal de la RSFSR* (1919), précisait expressément que « le stade de réalisation de l'intention de l'auteur de l'infraction n'influe pas en soi sur la mesure pénale, qui est déterminée par le degré de danger que présente le délinquant » (art. 20) « et l'acte qu'il a perpétré » (art. 21). Dans une circulaire relative au projet de code pénal de 1920, il était déclaré que « les formes extérieures de la réalisation de l'acte, le degré d'accomplissement de la volonté, les formes de complicité de la violation de la loi perdent leur signification de limites définissant nécessairement la mesure de la peine, voire la pénalité elle-même ». Aujourd'hui, les *Fondements de la législation pénale de l'URSS et des Républiques soviétiques* (1958) prévoient la pénalisation de la tentative, d'une part, et des actes préparatoires, d'autre part, le tribunal étant tenu de prendre en considération « le caractère et le degré de danger social des actes commis par l'auteur, le degré de réalisation de l'intention criminelle et les causes qui ont empêché la perpétration de l'infraction » (art. 15)[56].

139. Concernant la pénalisation de la tentative, les pays socialistes se répartissent en trois groupes. Le premier groupe est constitué par ceux qui ont pour principe général de pénaliser la tentative et les actes préparatoires. Outre l'URSS, ce sont notamment l'Albanie, la Pologne, la République populaire démocratique de Corée et la Tchécoslovaquie. Dans le deuxième groupe, la tentative est pénalisée en règle générale, mais les actes préparatoires ne le sont que dans les cas prévus par la loi; il s'agit, par exemple, du Code bulgare (art. 17), du Code hongrois (art. 11, al. 1). Dans le dernier groupe, la tentative et les actes préparatoires ne sont pénalisés que dans les cas prévus par la loi. Ainsi, en Yougoslavie, le Code pénal de 1951 (art. 16) et celui de 1976 (art. 19) pénalisent la tentative des infractions punies d'une peine de prison allant jusqu'à cinq ans ou plus[57].

140. Il y a là une solution voisine de celle du Code pénal français, qui pose en règle générale que la tentative n'est punissable que pour les crimes, mais que, pour les délits, la tentative ne peut être incriminée que dans les cas prévus par la loi.

141. On voit donc la variété des systèmes. En ce qui concerne le contenu, certaines législations distinguent la tentative des actes préparatoires, chaque catégorie faisant l'objet de dispositions séparées. D'autres législations ne font pas la distinction et n'incriminent la tentative que pour des infractions graves; d'autres incriminent la tentative, sans distinction entre les infractions graves et les autres. Toutes, cependant, connaissent la tentative en tant que notion juridique.

2. Contenu en droit international

142. En matière de crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, le problème est plus délicat. Le projet de code de 1954 avait fait des actes préparatoires et de la tentative deux crimes distincts.

143. A supposer que les deux infractions soient maintenues, la distinction de l'acte préparatoire et de la tentative sera encore plus délicate. En effet, beaucoup d'actes préparatoires sont des actes *équivoques*, qui peuvent aussi bien être interprétés comme des actes préparant une défense que comme des actes préparatoires d'une agression. Leur licéité dépend de l'intention, et

[56] Voir Andrejew, *op. cit.* (*supra* n. 47), p. 60.

[57] *Ibid.*, p. 60 et 61.

celle-ci n'est pas toujours facile à déterminer. La frontière entre la tentative et la préparation sera mouvante et souvent insaisissable.

144. Si la Commission ne retient pas les actes préparatoires, la difficulté subsistera. Mais il ne s'agira pas, comme dans le cas précédent, d'établir la frontière entre deux actes illicites, mais entre le licite et l'illicite. Le domaine de la tentative pourrait être plus ou moins étendu suivant la juridiction qui aurait à examiner, dans chaque cas, si l'acte en cause relève ou non de la tentative. Les statuts des tribunaux militaires internationaux n'avaient pas prévu la tentative. Est-ce parce que, dans l'esprit de leurs auteurs, la tentative se confondait avec l'acte préparatoire ? On ne peut le dire. On peut supposer, par contre, que, s'agissant de textes de circonstance, édictés par les besoins de la répression des actes commis par un régime, ces textes n'avaient pas besoin de viser un crime qui n'avait que peu de chance de se produire. En effet, les actions avortées, c'est-à-dire les entreprises criminelles ayant manqué leur effet, indépendamment de la volonté de leurs auteurs, étaient rares durant ce régime de dictature brutale et de suprématie qui n'avait pas rencontré, pendant un certain temps, d'obstacle insurmontable sur son passage. Or, la tentative n'existe que si l'entreprise a été contrariée par un événement extérieur à son auteur.

145. Aujourd'hui, la tentative est entrée dans le droit international par le canal de la Convention de 1948 sur le génocide dont l'article III, al. *d*, vise expressément cette infraction.

QUATRIÈME PARTIE

Les principes généraux

146. Les principes généraux peuvent être classés selon qu'ils touchent :

a) A la nature juridique du crime contre la paix et la sécurité de l'humanité;

b) A la qualité du délinquant;

c) A l'application de la loi pénale dans le temps;

d) A l'application de la loi pénale dans l'espace;

e) A la détermination ou à l'étendue de la responsabilité.

A. — Principes relatifs à la nature juridique du crime contre la paix et la sécurité de l'humanité

147. Cette partie ne nécessite pas de longs développements. Son contenu est déjà fixé dans les principes de droit international reconnus par le statut du Tribunal de Nuremberg et le jugement de ce tribunal, que l'Assemblée générale a confirmés dans sa résolution 95 (I) du 11 décembre 1946. Les crimes en cause sont des crimes de droit international, définis directement par le statut de Nuremberg, indépendamment des droits nationaux. Il en résulte que le fait qu'un acte soit punissable ou non par le droit interne n'affecte pas le droit international, qui s'en tient à ses propres critères, notions, définitions et qualifications.

B. — Principes relatifs au délinquant international

1. LE DÉLINQUANT, SUJET DE DROIT INTERNATIONAL

148. On ne reviendra pas sur les controverses qui, tout au long de l'examen des rapports précédents, ont opposé partisans et adversaires de la responsabilité pénale de l'Etat. La Commission a décidé, pour le moment, de s'en tenir à la responsabilité pénale de l'individu; en conséquence, tout individu coupable d'un crime de droit international est passible de châtiment.

2. LE DÉLINQUANT, PERSONNE HUMAINE

149. Les droits du délinquant sont ceux de toute personne humaine comparaissant devant une juridiction pénale pour répondre d'une infraction. Selon ce principe, tout individu accusé d'un crime bénéficie des garanties juridictionnelles reconnues à toute personne humaine, comme le prévoient notamment le statut de Nuremberg (art. 16), le statut de Tokyo (art. 9), la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 11, par. 1) et le Protocole additionnel II aux Conventions de Genève (art. 6, par. 2).

C. — Principes relatifs à l'application de la loi pénale dans le temps

150. Il s'agit ici de deux principes : celui de la non-rétroactivité de la loi pénale et celui de la prescriptibilité de la loi pénale. On examinera par la suite comment ces deux principes de droit interne sont appliqués en droit international.

1. LA NON-RÉTROACTIVITÉ DE LA LOI PÉNALE

a) *Contenu de la règle*

151. La règle *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege,* peut avoir un contenu variable suivant les sources du droit invoquées.

152. Selon une conception légaliste, à laquelle certains systèmes de droit sont attachés, il n'y a de loi que la loi écrite. D'après cette école, un système de droit fondé sur la coutume ignore nécessairement le principe *nullum crimen sine lege,* car la coutume n'est pas une loi, non plus que les principes généraux, le droit naturel, les maximes et les prescriptions morales ou philosophiques. La rigueur de cette conception trouve son origine et sa justification dans la rupture avec les pratiques souvent arbitraires de l'Ancien Régime.

153. Née en France sous la Révolution, la règle s'est étendue dans l'Europe continentale. Même si elle a pu disparaître momentanément dans certains pays (en Allemagne par exemple, sous le régime national socialiste, avec l'application en 1935 de l'article 2 du Code pénal qu'introduisit « le sain instinct du peuple » comme source de droit pénal), ou subir quelques déviations avec le recours à l'interprétation par analogie, la règle *nullum crimen sine lege* est demeurée un principe fondamental du droit pénal continental et des systèmes juridiques qui se sont inspirés de lui. En 1920, refusant de livrer aux alliés l'ex-empereur d'Allemagne, Guillaume II, les Pays-Bas avaient déclaré que : « Si dans l'avenir il était constitué, par la Société des Nations, une juridiction internationale compétente pour juger, dans le cas d'une guerre, des faits qualifiés de crimes et soumis à des sanctions par un statut antérieur aux actes commis, il appartiendrait aux Pays-Bas de s'associer à ce nouveau régime[58] .»

154. Un quart de siècle plus tard, cette conception fut reprise par André Gros, représentant de la France à la Conférence internationale sur les procès militaires (Londres, 1945)[59]. Partant du principe que, d'après le droit international en vigueur la guerre d'agression n'était pas encore un acte illicite, il déclarait :

> Nous ne voulons pas qu'on puisse nous reprocher plus tard d'avoir châtié quelque chose qui n'était pas véritablement criminel, comme le fait d'avoir déclenché une guerre d'agression. [...] On dit très souvent qu'une guerre d'agression est un crime international, d'où il découle pour l'agresseur l'obligation de réparer les dommages causés par ses actes. Mais il n'y a pas de sanction criminelle. Il n'y a qu'une obligation de réparer les dommages. Nous estimons qu'il ne se trouvera finalement personne pour dire que déclencher une guerre d'agression constitue un crime international; en réalité, vous inventez la sanction[60].

155. Ce point de vue qui, dans le contexte du droit international actuel, paraît quasiment hérétique, ne l'était point à l'époque, du moins pour les tenants de la loi écrite, comme source de droit pénal. Vespasien Pella pensait que « l'ordre international ne peut en définitive être maintenu et garanti que par un droit écrit. [...] les gouvernements et l'opinion n'admettront jamais que la volonté souveraine de quelques juges, si haut placés et respectables fussent-ils, puisse décider sans être liée par aucune loi écrite[61] ». L'opinion dissidente de Henri Bernard, juge du Tribunal de Tokyo, allait dans le même sens : « Le statut du Tribunal lui-même n'était fondé sur aucune règle de droit existant lorsque les infractions ont été commises [...] tant de principes de justice ont été violés au cours du procès que le jugement du Tribunal serait sans aucun doute annulé pour des raisons de droit dans la plupart des pays civilisés[62]. »

156. Cependant, cette conception rigide n'est pas communément partagée. Tout dépend du sens qu'on donne au mot *lex* dans la maxime *nullum crimen sine lege*. Si on entend par *lex*, non pas la loi écrite, mais le droit au sens du mot anglais *law*, alors que le contenu de la règle sera plus large. Elle recouvrira non seulement la loi écrite, mais aussi la coutume et les principes généraux du droit. On a pu dire que la règle *nullum crimen sine lege* est étrangère au système anglo-américain, précisément par référence au seul droit écrit. Mais c'est une erreur. La règle *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* a pour fondement la défense de l'individu contre l'arbitraire. Or, la défense de l'individu fait partie des traditions les plus solides des pays de « common law ». Le fait que la règle ne soit pas expressément formulée dans certains pays ne signifie nullement qu'elle y soit inconnue.

157. C'est ce contenu souple qui convient le mieux à l'esprit et aux techniques d'élaboration du droit international. Cependant, en raison précisément des débats auxquels son contenu a donné lieu, l'application de cette règle a été controversée au procès de Nuremberg.

b) *La règle* nullum crimen sine lege *et le procès de Nuremberg*

158. Pour certains, la règle a été violée. Pour d'autres, elle a été respectée.

i) *La règle a été violée*

159. Selon une certaine thèse, le statut de Nuremberg et la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié étaient postérieurs aux faits incriminés, lesquels, du moins en ce qui concernait les crimes contre la paix et les crimes contre l'humanité, ne constituaient pas des infractions pénales. Pour les tenants de cette thèse, la violation était encore plus flagrante en ce qui concernait les crimes contre l'humanité, la notion étant très récente puisqu'elle datait du statut du Tribunal de Nuremberg. Pour Henri Donnedieu de Vabres, qui avait été le juge français à ce tribunal, l'incrimination des crimes contre l'humanité constituait une atteinte flagrante à l'esprit et à la lettre du principe de l'égalité des délits et des peines[63].

ii) *La règle a été respectée*

160. Ceux qui soutiennent que la règle a été respectée donnent à cette notion un contenu différent. Pour eux, la règle de la non-rétroactivité ne se limite pas au droit formulé, elle intéresse aussi le droit naturel, qui, lui, préexistait aux faits incriminés. Même si les textes étaient nouveaux, le droit dont ils s'inspiraient n'était pas un droit nouveau. De ce point de vue, le jugement avait un caractère déclaratif. Telle était la thèse du Tribunal de Nuremberg. Mais le jugement était fondé, également, sur des considérations de justice. Le droit, pour être digne de ce nom, doit répondre aussi à des exigences de justice. Si la maxime *nullum crimen sine lege* ne se limite pas à la souveraineté des Etats, elle ne formule qu'une règle généralement suivie. Il est faux de présenter comme injuste le châtiment infligé à ceux qui, au mépris d'engagements et de traités solennels, ont, sans avertissement préalable, assailli un Etat voisin. En pareille occurrence, l'agresseur connaît le caractère

---

[58] Cité dans le mémorandum de Pella, *Yearbook... 1950,* vol. II, p. 311, doc. A/CN.4/39, par. 61.

[59] Voir le rapport Jackson, cité *infra* note 96.

[60] Rapport Jackson, p. 295, doc. XXXVII, procès-verbal de la séance du 19 juillet 1945 (en anglais); cité par Pella, *Yearbook...1950,* vol. II, p. 311 et 312, doc. A/CN.4/39, par. 62.

[61] *Yearbook ... 1950,* vol. II, p. 314, doc. A/CN.4/39, par. 66.

[62] *New York Herald Tribune* du 14 novembre 1948, p. 27; cité par Pella, *Yearbook ... 1950,* vol. II, p. 312, doc. A/CN.4/39, par. 62.

[63] H. Donnedieu de Vabres, *Le procès de Nuremberg,* cours de doctorat, Paris, Domat-Montchrestien, 1948, p. 243; cité dans Meyrowitz, *op. cit.* (*supra* n. 9), p. 350 et 351.

odieux de son action. La conscience du monde, bien loin d'être offensée, s'il est puni, serait choquée s'il ne l'était pas.

161. Cette idée de justice, par-delà la lettre de la loi, a été l'élément déterminant. *Summum jus summa injuria,* la formule de Cicéron ne pouvait, en effet, trouver meilleure application. Beaucoup d'auteurs l'ont opportunément rappelé. Selon le juge américain Francis Biddle : « La question n'était pas de savoir s'il était *légal**, mais s'il était *juste** de juger Goering et ses semblables pour avoir déchaîné, sans la moindre hésitation, cette guerre d'agression qui engloutit et détruisit presque l'Europe. La question ainsi posée, la réponse est évidente[64]. » Jean Graven insistait également sur l'idée de justice :

Il est erroné de penser que ce principe — principe de réaction juste à une période ou dans des circonstances données — soit nécessairement la garantie du droit, et qu'on n'en puisse faire abstraction sans violer le droit. La règle classique ne constitue pas, et ne peut pas constituer un obstacle absolu, constant, à une poursuite et à une sanction. Elle doit et devait être la garantie de l'innocent, non du criminel. Le principe supérieur qui meut le droit ne doit pas être recherché dans la forme, mais dans le fond : la forme, on ne saurait l'oublier, n'est qu'un moyen d'assurer le respect du droit[65].

Kelsen pensait la même chose en déclarant que « La justice exigeait la punition de ces hommes bien que, selon le droit positif, ils ne fussent pas punissables à l'époque où ils commirent les actes rendus rétroactivement punissables. Dans l'hypothèse où deux postulats de justice sont en conflit, le postulat supérieur prévaut[66].

c) *La non-rétroactivité et le droit contemporain*

162. La non-rétroactivité en droit international contemporain résulte d'instruments internationaux. La Déclaration universelle des droits de l'homme[67] dispose au paragraphe 2 de l'article 11 :

Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'acte délictueux a été commis.

La Convention européenne des droits de l'homme[68] reprend à peu près la même formule au paragraphe 1 de son article 7, mais elle ajoute au paragraphe 2 une disposition très explicite concernant les principes généraux :

Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.

163. En conclusion, la règle *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* est applicable en droit international. Mais il faut entendre le mot « loi » dans son sens le plus large, qui comporte non seulement le droit conventionnel, mais aussi la coutume et les principes généraux du droit.

2. L'IMPRESCRIPTIBILITÉ DES CRIMES CONTRE LA PAIX ET LA SÉCURITÉ DE L'HUMANITÉ

164. Il faut noter, d'entrée de jeu, que la prescription n'est, en droit *interne*, ni une règle générale, ni une règle absolue.

165. Beaucoup de droits internes ignorent cette notion. Elle est inconnue du droit anglo-américain. Elle n'existait pas, jusqu'à une époque récente, dans les législations de pays comme l'Autriche, l'Italie ou la Suisse. Elle est apparue dans le Code français de l'époque napoléonienne, dictée par des considérations d'opportunité ou de politique criminelle. Elle se justifie par la nécessité de ne pas rouvrir des plaies déjà fermées, de ne pas ranimer des émotions ou des passions apaisées.

166. La prescription n'est pas, non plus, une règle absolue, car, même dans les pays qui l'appliquent, elle comporte des exceptions. Ainsi en France, elle n'est pas applicable aux infractions militaires graves, ni aux infractions contre la sécurité nationale.

167. Enfin, beaucoup considèrent la prescription non comme une règle de fond, mais comme une règle de procédure seulement. Cette opinion n'est certes pas unanime. Certains pensent que la prescription est une règle de fond parce qu'elle touche à la sanction. Mais l'existence même de cette controverse prouve la portée relative de la règle.

168. En droit international la prescription n'est pas reconnue par la doctrine. On la chercherait vainement aussi dans les conventions et déclarations antérieures ou postérieures à la seconde guerre mondiale. Ni la Déclaration de Saint-James de 1942, ni celle de Moscou de 1943, ni l'Accord de Londres de 1945, ne font état de cette notion. Si le problème s'est posé par la suite de façon préoccupante, c'est en raison des circonstances. Après Nuremberg, il fallait bien continuer à poursuivre et à juger les criminels de guerre; or, la règle de la prescription que connaissent certains droits nationaux pouvait faire obstacle à leur extradition.

169. En attendant l'élaboration d'une convention internationale, plusieurs pays avaient tenté de résoudre ce problème dans leur propre droit interne. Ainsi, l'URSS a promulgué la loi du 4 mars 1965 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité commis par le régime national socialiste, « quel que soit le temps qui s'est écoulé » depuis ces crimes. La Pologne a introduit une disposition semblable dans son nouveau Code pénal (du 19 avril 1969). En France, c'est la loi du 26 décembre 1964 qui a déclaré les crimes contre l'humanité imprescriptibles *par leur nature.*

170. Dans d'autres Etats on avait, soit allongé le délai de prescription, soit fait des distinctions entre les catégories de crimes. En République fédérale d'Allemagne, par exemple, le délai de prescription a été porté de vingt à trente ans pour les meurtres, mais le génocide est, par contre, imprescriptible (art. 78 du Code pénal).

---

[64] F. Biddle, « Le procès de Nuremberg », *Revue internationale de droit pénal,* Paris, 19e année, 1948, p. 9.

[65] Débat sur le principe *nullum crimen sine lege* et son application au procès de Nuremberg, Radio-Genève, 28 janvier 1946.

[66] H. Kelsen, « Will the judgement in the Nuremberg trial constitute a precedent in international law? », *The International Law Quarterly,* Londres, vol. 1, 1947, p. 165.

[67] Résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale, du 10 décembre 1948.

[68] Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (Nations Unies, *Recueil des Traités,* vol. 213, p. 221).

171. Le Conseil de l'Europe, de son côté, avait recommandé au Comité des ministres

d'inviter les gouvernements membres à prendre, dans l'immédiat, les mesures propres à éviter que, par le jeu de la prescription ou par tout autre moyen, restent impunis les crimes commis pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, avant et pendant la seconde guerre mondiale, et plus généralement les crimes contre l'humanité[69].

On remarquera cependant que la loi française du 26 décembre 1964 et la recommandation du Conseil de l'Europe ne visaient que les crimes contre l'humanité.

172. Ces exemples cités à titre d'illustration n'épuisent pas la question, mais ils indiquent les différentes orientations prises par les Etats lorsque le Conseil économique et social des Nations Unies élabora un projet de convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, qui fut adopté le 26 novembre 1968. Cette convention[70] a un caractère simplement déclaratif. Les infractions en cause, étant des crimes par nature, sont imprescriptibles quelle que soit la date à laquelle elles ont été commises.

D. — Principes relatifs à l'application de la loi pénale dans l'espace

173. Point n'est besoin de rappeler les principes qui déterminent les règles de compétence en matière criminelle : principe de la territorialité de la loi pénale, principe de la personnalité de la loi pénale, principe de la compétence universelle, etc. Alors que le principe de la territorialité donne compétence au juge du lieu du crime, celui de la personnalité de la loi pénale donne compétence soit au juge de la nationalité de l'auteur, soit au juge de la nationalité de la victime. Le troisième principe, en revanche, donne compétence au tribunal du lieu d'arrestation quel que soit le lieu où l'infraction a été commise. Il peut exister enfin un système donnant compétence à une juridiction internationale.

174. Après la seconde guerre mondiale, plusieurs systèmes ont été combinés, dont celui de la compétence internationale, avec l'institution du Tribunal militaire international de Nuremberg, sous réserve de la controverse qui s'est instaurée autour du caractère international ou non de cette juridiction[71]. Pour certains auteurs, le Tribunal de Nuremberg ne serait pas une juridiction internationale, mais une juridiction interalliée; pour d'autres, ce serait une juridiction d'occupation. Mais cela n'est pas, ici, le problème à l'examen. A côté de cette juridiction qui avait compétence pour juger les grands criminels de guerre, quel que fût le lieu où les crimes avaient pu être commis, il y avait les juridictions instituées en vertu de la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié. Ces juridictions n'étaient pas, non plus, des juridictions internes mais des juridictions internationales instituées en application de l'Accord de Londres de 1945. Entre ces juridictions et le Tribunal de Nuremberg, il n'y avait pas de différence de nature. Il y avait seulement répartition de compétence ou, comme aurait dit Georges Scelle, dédoublement fonctionnel. Enfin, il y avait des juridictions nationales instituées par les gouvernements et compétentes pour juger les crimes de guerre dans les lieux où ils avaient été commis. On avait ainsi combiné les différents systèmes ci-dessus décrits.

175. La répression ne s'était pas faite seulement sur la base de la compétence territoriale, elle s'était faite, parfois, sur la base de la compétence universelle. Ce système, fondé sur le droit de punir, remonte très loin dans le passé. C'est Grotius qui enseignait déjà que

[...] les rois et, en général, tous les souverains, ont droit de punir non seulement les injures faites à eux ou à leurs sujets, mais encore celles qui ne les regardent point en particulier lorsqu'elles renferment une violation énorme du droit de la nature ou celui des gens envers qui que ce soit. Je dis envers qui que ce soit, et non pas seulement envers leurs sujets[72].

De ce principe découle la maxime *aut dedere aut punire.* On a de nombreux exemples de cette compétence universelle appliquée aux crimes de guerre. Ainsi, un tribunal militaire britannique avait jugé des crimes commis en France contre des prisonniers de guerre britanniques (Wuppertal, mai 1946)[73]. Un autre tribunal britannique avait jugé des crimes commis en Norvège contre des prisonniers de guerre britanniques (Brunswick, juillet-août 1946)[74]. On pourrait évidemment penser que la compétence était assumée dans ces cas-là parce que les victimes étaient britanniques. Mais on peut citer cet autre exemple, où un tribunal britannique, siégeant à Almelo, aux Pays-Bas (novembre 1945), avait jugé des crimes commis aux Pays-Bas et dont l'une des victimes était un civil néerlandais[75]. Les juridictions américaines avaient procédé de même. A Wiesbaden (octobre 1945), une commission militaire américaine avait jugé des crimes commis en Allemagne contre plus de 400 ressortissants soviétiques et polonais[76].

176. Il résulte de ces considérations qu'à défaut d'une juridiction internationale le système de la compétence universelle doit être admis pour les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Par leur nature, ils affectent évidemment le genre humain quel que soit le lieu où ils ont été commis, et quelle que soit la nationalité des auteurs ou des victimes.

E. — Principes relatifs à la détermination et à l'étendue de la responsabilité

1. Considérations générales

177. Le principe étant posé que tout acte délictueux engage la responsabilité de son auteur, on doit examiner les exceptions à ce principe, appelées aussi « faits justificatifs ». On évoquera également les circonstances atténuantes et les excuses absolutoires. Mais ces notions ne se situent pas au même niveau.

---

[69] Conseil de l'Europe, recommandation 549 (1969), par. 8, al. *a* (doc. 2506).

[70] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 754, p. 73.

[71] P. Reuter, « Le jugement du Tribunal militaire international de Nuremberg », *Recueil Dalloz 1946,* Paris, chronique XX.

[72] H. Grotius, *De jure belli ac pacis, libri tres* [1646], livre II, chap. XX, par. XL.1 (trad. J. Barbeyrac, *Le droit de la guerre et de la paix,* Amsterdam, 1724, t. II, p. 613).

[73] *Law Reports of Trials...* (*op. cit., supra* n. 36), vol. V, p. 45 et suiv.

[74] *Ibid.*, vol. XI, p. 18 et suiv.

[75] *Ibid.*, vol. I, p. 35 et suiv.

[76] *Ibid.*, p. 46 et suiv. Sur tous les points évoqués, voir Meyrowitz, *op. cit.* (*supra* n. 9), p. 163 à 166.

178. Les faits justificatifs touchent les règles primaires, c'est-à-dire les fondements de la responsabilité. De même que, dans la responsabilité internationale des Etats, il est des circonstances qui excluent l'illicéité — circonstances dont traite le chapitre V du projet d'articles sur le sujet — de même, dans la responsabilité pénale des individus, se pose la question de savoir si l'intervention de certains faits n'enlève pas à un acte son caractère d'infraction pénale. Le problème ainsi posé se situe au niveau de la licéité de l'acte. Ce n'est pas l'existence matérielle de l'acte qui est en cause, mais plutôt son caractère délictueux.

179. Les circonstances atténuantes et les excuses absolutoires, par contre, se situeraient au niveau des règles secondaires en ce qu'elles concernent, non point le fondement, mais l'étendue de la responsabilité. Une fois établi le caractère criminel d'un acte déterminé, les conséquences qui peuvent en être déduites pour son auteur peuvent varier suivant le degré de responsabilité de celui-ci. On est ici au niveau de la *sanction,* du châtiment. En droit interne, c'est le juge qui, en fonction de considérations *objectives* et *subjectives,* décide de la peine à infliger à l'auteur de l'acte, à l'intérieur d'une échelle donnée, en tenant compte, entre autres, des circonstances de l'infraction, de la personnalité du délinquant, de ses antécédents, de sa situation de famille.

180. Les circonstances atténuantes ont ceci de différent avec les excuses absolutoires qu'elles n'excluent pas, comme celles-ci, la peine, mais peuvent seulement l'adoucir. Mais excuses absolutoires et circonstances atténuantes se situent au niveau de l'application de la peine. Elles n'effacent pas le caractère délictueux de l'infraction, contrairement aux faits justificatifs. La justification, elle, efface l'acte en tant qu'infraction. Elle constitue, en quelque sorte, une exception au principe de la responsabilité pénale en ce qu'un acte qui constitue en règle générale une infraction perd, en raison d'un fait justificatif, son caractère délictueux.

181. S'il est certain que l'étude de la justification pénale entre dans le champ de la présente étude, parce qu'elle touche aux fondements de la responsabilité, on peut, en revanche, se demander si les circonstances atténuantes et les excuses absolutoires doivent être abordées ici. En effet, on a vu que ces notions concernent l'application de la peine. Or, la Commission ne s'est pas encore prononcée nettement sur le point de savoir si le projet à l'étude porterait également sur les conséquences pénales de l'infraction. Si, comme il semble probable, ce projet se limite à une énumération des infractions, laissant aux Etats le soin de décider de leur poursuite et de leur sanction, il appartiendrait alors à ces derniers d'appliquer leurs propres lois internes en matière de sanction pénale. Cependant, rien n'interdirait d'envisager une autre hypothèse selon laquelle le projet indiquerait les infractions qui peuvent bénéficier soit d'excuses absolutoires, soit de circonstances atténuantes, laissant aux juges internes le soin de les accorder ou de les refuser.

182. L'application du principe *nullum crimen sine lege* inciterait à considérer l'autonomie complète du code des crimes par rapport au projet sur la responsabilité des Etats. Il s'y ajoute une deuxième raison : le code s'appliquera, quelle que soit l'hypothèse retenue quant aux sujets de droit, aux individus également. Or, la responsabilité de l'individu obéit nécessairement à un régime différent de celui des Etats. De plus, certaines notions de droit pénal, applicables ici, ne sont pas concevables dans le projet sur la responsabilité des Etats. Il en est ainsi de l'ordre de la loi, ou de l'ordre du supérieur hiérarchique, les Etats n'ayant pas de supérieur hiérarchique et ne recevant d'ordre que d'eux-mêmes. On ne peut davantage se poser à leur sujet la question de savoir en quel qualité ils ont agi, alors que pour les individus, il n'est pas indifférent de savoir s'ils ont agi à titre privé ou à titre officiel.

183. A un autre point de vue, des différences apparaissent également. Bien que le crime international soit défini dans la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats, ce projet s'attache surtout aux conséquences « civiles » du crime, c'est-à-dire, principalement, à la réparation (*restitutio in integrum* ou indemnisation); il ne s'intéresse pas aux conséquences afflictives.

184. Il paraît donc nécessaire d'étudier ici, sous l'angle de la responsabilité pénale individuelle, les faits excluant cette responsabilité, les faits qui constituent des exceptions à cette responsabilité.

2. Les exceptions à la responsabilité pénale

185. Dans certaines législations, les exceptions au principe de la responsabilité pénale peuvent avoir deux sources : une source légale et une source jurisprudentielle. En droit français, par exemple, une partie de la doctrine distingue les faits justificatifs, qui sont des exceptions résultant de la loi, et les causes de non-imputabilité, construction jurisprudentielle qui va au-delà des exceptions légales. Les exceptions légales sont nécessairement limitées. La règle étant que toute infraction doit avoir une base légale — en vertu du principe *nullum crimen sine lege* —, toute exception à cette règle doit elle aussi avoir une base légale. Les deux principes sont corrélatifs.

186. Mais la rigidité même de ce système a très tôt amené la doctrine et la jurisprudence à sortir des sentiers trop étroits de la loi formelle, pour rechercher des solutions mieux adaptées aux réalités complexes de la responsabilité pénale. Il est des situations non prévues par la loi, où condamner une personne serait commettre une injustice, même si la condamnation est irréprochable sur le plan strict de la loi. La culpabilité est souvent fondée sur l'intention coupable. Partant de ce fait d'évidence, la doctrine et la jurisprudence ont élaboré toute une théorie de la justification pénale, en faisant appel aux notions de volonté, d'intention, de bonne foi, de jugement et de discernement. A partir de ces notions, elles ont élargi les exceptions à la responsabilité pénale au-delà des cas prévus par la loi.

187. C'est ainsi que, à côté des justifications légales, telles que la légitime défense, l'ordre de la loi ou l'ordre de l'autorité légitime, qui font disparaître l'infraction, existe l'état de nécessité, qui est l'œuvre de la jurisprudence. Bien entendu, cet élargissement s'est fait prudemment, avec mesure, pour éviter d'affaiblir le principe de la responsabilité lui-même. Mais l'existence de ces deux sources, qui est propre à certains systèmes juri-

diques, s'explique par le fait que la loi écrite, qui y est prédominante, est impuissante à épouser et à exprimer tous les contours et les nuances d'une réalité mouvante, et dont le terrain de prédilection est la psychologie humaine. Ainsi la doctrine française distingue les causes *objectives* et les causes *subjectives* d'irresponsabilité, les premières étant d'origine légale et les secondes d'origine jurisprudentielle.

188. En vérité, la distinction faite entre les exceptions d'origine légale appelées faits justificatifs, et les exceptions d'origine jurisprudentielle, appelées causes de non-culpabilité, n'a d'intérêt que doctrinal, dans la mesure où elle classifie ces notions en partant de leur source, dans la mesure où, dans un cas, l'infraction est inexistante, alors que, dans l'autre cas, l'infraction existe, mais n'est pas imputable à son auteur en l'absence de culpabilité. Mais les conséquences sur la responsabilité pénale sont identiques dans les deux hypothèses. Elles excluent cette responsabilité.

189. Ce débat ne présente pas un grand intérêt pour la « common law » où l'élément légal n'est pas prédominant dans la définition de l'infraction. Le délit est constitué par un élément matériel qui est l'*acte* et par un élément moral qui est l'*intention*. L'intervention de la loi écrite n'y est pas nécessaire.

190. Ce bref rappel permet de définir le contenu, pour les besoins du projet à l'étude, de la notion de *fait justificatif*. Celle-ci doit être débarrassée de son corset légaliste. Elle doit être entendue au sens large, comme étant tout fait qui, indépendamment de sa source, concourt à l'élimination de la responsabilité, tout fait qui constitue une exception au principe de la responsabilité pénale. On étudiera ainsi successivement :

a) La contrainte;
b) L'état de nécessité et la force majeure;
c) L'erreur;
d) L'ordre du supérieur hiérarchique;
e) La qualité officielle de l'auteur de l'infraction;
f) Les représailles et la légitime défense.

a) *La contrainte*

191. La contrainte implique la menace d'un péril imminent dont il est impossible de se soustraire, sauf en commettant le crime. Le péril lui-même doit revêtir le caractère d'une menace grave, s'appréciant en fonction de critères précis : menace immédiate pour la vie ou l'intégrité physique. Bien entendu, la contrainte peut être morale ou physique. Dans les deux cas, la contrainte est considérée comme fait justificatif.

192. Dans l'*Affaire Krupp*, le tribunal militaire américain avait notamment déclaré que la contrainte « doit être examinée en se fondant sur la bonne foi de l'accusé considéré », et que « l'effet de la contrainte invoquée doit être déterminé selon des normes non pas objectives, mais subjectives »[77]. Il s'agissait dans ce cas de la contrainte morale. La jurisprudence de l'*Affaire des Einsatzgruppen* est encore plus explicite; le tribunal avait jugé qu'« il n'existe aucune loi qui exige qu'un innocent fasse le sacrifice de sa vie ou subisse une souffrance grave pour éviter de commettre un crime qu'il condamne [...] Aucun tribunal ne punira un homme que l'on a forcé, un pistolet chargé appuyé contre la tempe, à abaisser un levier mortel[78]. »

193. En d'autres termes, l'exception de la contrainte peut être retenue si elle constitue un péril *imminent* et *grave* pour la vie ou l'intégrité physique. Il va de soi que ce péril doit être irrémédiable et qu'on ne puisse y échapper par aucun autre moyen.

b) *L'état de nécessité et la force majeure*

194. Contrairement à la contrainte, l'état de nécessité laisse place à la volonté de l'auteur. Confrontée à un danger, une personne *choisit* de commettre un acte illicite pour échapper à ce danger. Le cas de la mère de famille qui vole du pain pour empêcher que ses enfants ne meurent de faim est l'exemple classique du délit nécessaire. En droit français, le délit nécessaire est une construction jurisprudentielle. Mais la jurisprudence a subordonné l'état de nécessité à des conditions strictes; notamment, l'infraction nécessaire n'est justifiée que dans la mesure où elle a permis de sauvegarder un intérêt supérieur ou au moins équivalent à l'intérêt sacrifié. Il y a là une certaine similitude avec la règle posée par l'article 33 de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats, où il est indiqué que l'état de nécessité ne peut être invoqué contre une règle impérative du droit international (par. 2, al. *a*).

195. L'état de nécessité doit être distingué de certaines notions voisines, notamment de la contrainte et de la force majeure. Alors que, dans la contrainte, l'auteur n'a pas le choix, dans l'état de nécessité ce choix existe, et c'est en vertu de ce choix qu'il a évité un événement plutôt qu'un autre. Cet élément est important, car c'est également lui qui différencie l'état de nécessité de la force majeure. En cas de force majeure, l'auteur est, comme en cas de contrainte, sous l'empire d'une force imprévisible et irrésistible. Il apparaît ainsi que la notion d'état de nécessité a une certaine autonomie conceptuelle, malgré les rapports de voisinage et les points d'intersection qui existent entre elle et les autres notions qu'on vient de définir.

196. En dépit des différences signalées ci-dessus, les exceptions de nécessité, de contrainte ou de force majeure sont soumises aux mêmes conditions de fond. Il faut :

i) Que le péril soit grave et imminent;
ii) Que l'auteur n'ait pas contribué à la survenance de ce péril;
iii) Qu'il n'y ait pas disproportion entre l'intérêt sacrifié et l'intérêt protégé.

197. Ces deux dernières conditions ont été explicitées également par la jurisprudence. Dans l'*Affaire de la I. G. Farben*, le tribunal avait déclaré que : « L'excuse de nécessité ne saurait être admise quand l'accusé qui l'invoque a été lui-même responsable de l'existence ou de l'exécution d'un tel ordre ou décret, ou quand sa participation a été au-delà de ce qui était exigé ou était le

[77] American Military Tribunals (v. *supra* n. 32), affaire n° 10, vol. IX, p. 1438.

[78] *Ibid.*, affaire n° 9, vol. IV, p. 480.

résultat de sa propre initiative[79]. » Il en a été de même dans l'*Affaire Flick,* où des accusés ne s'étaient pas bornés à obtempérer aux instructions, mais avaient, de leur propre initiative, demandé une augmentation anormale du contingent de main-d'œuvre[80]. Ainsi la faute de celui qui évoque l'exception rend son argument irrecevable.

198. Dans l'*Affaire Krupp,* la condition de proportionnalité avait été formulée dans les termes suivants :

[...] On doit dire en toute justice, à la lumière des preuves, que dans un camp de concentration, les accusés ne se seraient pas trouvés dans une situation pire que les milliers de victimes sans défense qu'ils ont exposées journellement au danger de mort, à des souffrances physiques graves dues aux privations, aux implacables bombardements aériens des usines d'armement, sans parler de l'asservissement et des autres outrages qu'elles avaient à subir. La disproportion entre le nombre des victimes effectives et le nombre des victimes éventuelles est également une idée choquante[81].

En d'autres termes, il y a une proportionnalité à respecter entre le bien protégé et le bien sacrifié, ce qui exclut du champ d'application les crimes contre l'humanité et les crimes contre la paix. Ces crimes sont hors de proportion avec tout autre acte.

199. Les conditions de fond s'appliquant aux trois notions de contrainte, d'état de nécessité ou de force majeure étant les mêmes, les distinctions qu'on vient de signaler n'existent pas dans tous les systèmes juridiques. Dans la « common law » notamment, force majeure, état de nécessité et contrainte sont parfois confondus.

200. La CDI, au chapitre V de la première partie de son projet d'articles sur la responsabilité des Etats, a consacré à la force majeure et à l'état de nécessité des dispositions séparées. Elle a traité, en outre, de la contrainte au chapitre IV, relatif à la responsabilité d'un Etat du fait d'un autre Etat (art. 28, par. 2).

201. S'agissant de la force majeure, on peut se demander s'il convient de lui consacrer ici une disposition spéciale. Cette notion, du moins dans certaines législations, a davantage rapport avec la théorie générale de la responsabilité civile, et si elle intervient en droit pénal, c'est dans les délits non intentionnels comme l'homicide par imprudence, résultant par exemple d'un accident de la circulation. Le Rapporteur spécial a introduit, néanmoins, cette exception en raison du sens différent qu'elle peut avoir dans d'autres systèmes juridiques et pour couvrir toutes les hypothèses. La CDI appréciera.

c) *L'erreur*

202. La question se pose de savoir si l'erreur trouve sa place parmi les exceptions à la responsabilité. Si la culpabilité repose sur l'intention, c'est-à-dire la volonté de commettre l'infraction, on est bien obligé de donner une place à l'erreur, sinon parmi les causes qui effacent l'infraction, du moins parmi les causes de non-imputabilité. L'erreur, en effet, fait disparaître l'intention coupable. Encore faut-il, bien entendu, qu'il ne s'agisse pas d'une erreur trouvant sa source dans une faute inexcusable de son auteur.

203. Il peut exister deux formes d'erreur : l'erreur de droit et l'erreur de fait.

i) *L'erreur de droit*

204. L'erreur de droit a évidemment des rapports avec l'application d'un ordre reçu lorsqu'il s'agit pour l'agent d'apprécier la conformité de l'ordre avec le droit. Elle peut aussi exister indépendamment de tout ordre, lorsque l'agent agit de sa propre initiative, en pensant que son action est en conformité avec la règle de droit. Enfin, elle peut se situer à deux niveaux : la légalité de l'acte en cause par rapport à l'ordre interne et la légalité du même acte par rapport à l'ordre international.

a. *La légalité interne*

205. L'acte en cause peut être conforme à la loi interne de l'auteur. Il peut aussi contrevenir à cette loi. Mais, dans l'une ou l'autre hypothèse, il s'agit d'un problème de légalité interne qui est étranger à la présente étude.

b. *La licéité de l'acte en droit international*

206. Il arrive, par contre, qu'un acte conforme au droit interne soit en contradiction avec le droit international. On se trouve dans l'hypothèse d'un conflit entre l'ordre interne et l'ordre international, qui doit être tranché en faveur de ce dernier. Il s'agit là de l'application du principe général, selon lequel le crime de droit international existe indépendamment de l'ordre interne, principe conforme au statut de Nuremberg (art. 6, al. *c*). On en trouve également une application dans la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié (art. II, par. 1, al. *c*), qui avait écarté le bénéfice d'une amnistie accordée sous le régime national-socialiste et restitué aux faits leur caractère criminel.

207. Si l'exception fondée sur l'erreur de droit n'est pas facilement recevable en droit interne — un citoyen ne peut invoquer l'ignorance de sa propre loi nationale — la question se pose différemment en droit international, en particulier dans la matière des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Parfois, en raison de l'évolution du droit international et des techniques de la guerre, certaines notions deviennent caduques et d'autres apparaissent. En outre, on est dans le domaine de prédilection des règles et des pratiques coutumières qui ne résultent d'aucune convention.

208. C'est pourquoi la jurisprudence des tribunaux militaires internationaux avait admis l'erreur de droit en droit international dans certaines hypothèses. Dans l'*Affaire du Haut Commandement,* le tribunal avait exprimé l'avis qu'un chef militaire « ne peut être considéré comme pénalement responsable en raison d'une simple erreur de jugement sur des problèmes de droit controversés[82] ». Dans l'*Affaire de la I. G. Farben,* l'erreur de droit avait également été invoquée. Le tribunal avait alors déclaré :

[...] Etant donné que la coutume est une source de droit international, les coutumes et les usages peuvent changer et être reconnus par la communauté des nations civilisées, d'une manière tellement générale que la substance même de certains principes peut s'en trouver modifiée. [...] Le progrès technique des armes et des tactiques employées

[79] *Ibid.*, affaire n° 6, vol. VIII, p. 1179.

[80] *Ibid.*, affaire n° 5, vol. VI, p. 1202.

[81] *Ibid.*, affaire n° 10, vol. IX, p. 1446. Concernant les jugements susmentionnés, voir Meyrowitz, *op. cit.* (*supra* n. 9), p. 404 et 405.

[82] American Military Tribunals, affaire n° 12, vol. XI, p. 511.

dans la guerre actuelle peut avoir rendu caduques à certains égards ou inapplicables certaines règles de La Haye relatives à la conduite des hostilités et à ce que l'on considère comme des moyens légitimes de faire la guerre[83].

209. Il semble donc que l'erreur de droit puisse être, dans certaines circonstances, admise, mais dans certaines circonstances seulement. Une distinction doit être faite ici entre les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Si l'argument tiré de l'erreur de droit peut être accepté en matière de crimes de guerre, en raison de certaines incertitudes liées aux règles en cause, il paraît beaucoup plus difficilement recevable en matière de crimes contre l'humanité. En effet, ces crimes ne peuvent, en principe, être justifiés par l'erreur sur l'illicéité. La jurisprudence exige une condition quasi irréalisable : il faut que l'erreur ait été insurmontable. En d'autres termes, il faut que l'agent ait déployé toutes les ressources de son savoir, de son imagination et de sa conscience, et que, malgré cet effort, il se soit trouvé dans l'impossibilité de découvrir le caractère illicite de son acte. La Cour suprême de la zone britannique avait décidé « qu'il n'est pas nécessaire que l'agent ait *qualifié* son action et les conséquences de celle-ci comme illicites, mais qu'il suffit *qu'il ait pu faire cette qualification,* condition qui se trouvera très généralement réalisée. Quand un acte inhumain a été commis, personne ne peut se disculper en plaidant qu'il n'a pas discerné cela, qu'il a été aveugle à cela. *Il a à répondre de cette cécité-là**[84]. » L'auteur aurait-il été aveuglé par une foi intense dans une idéologie politique, aurait-il été abusé par la propagande d'un régime, que cela ne le disculperait pas. Il aurait dû savoir, en interrogeant sa conscience, que l'acte qui lui est reproché était illicite.

210. Le fondement de cette jurisprudence semble être, finalement, la notion de faute. L'ignorance de la règle de droit est fautive. En particulier, l'accusé qui invoquerait la légalité interne aurait dû se rendre compte que cette légalité était en contradiction avec le droit international. Ainsi, un médecin qui croit à un idéal politique et qui tue un malade mental au nom de cet idéal agit peut-être en conformité avec la légalité interne de son pays, mais contrevient au droit international. Son aveuglement est une faute. Il n'a pas fait appel à ses ressources intérieures, à « cette tension de la conscience », qui lui aurait permis de découvrir l'erreur sur l'illicéité de son acte. De son côté, la Cour fédérale allemande, sur pourvoi du procureur, avait cassé l'arrêt d'une cour d'assises qui avait acquitté un accusé au motif qu'il n'avait pas été conscient du caractère illicite de l'acte qui lui était reproché, en déclarant que « l'agent, s'il avait soumis sa conscience à la tension que l'on est en droit d'attendre de lui, aurait trouvé la réponse juste à la question de savoir ce qui est licite et ce qui est illicite[85] ».

211. Il résulte de cette jurisprudence que, en pratique, le crime contre l'humanité ne peut pas trouver de fait justificatif dans l'erreur de droit. Aucune erreur de droit ne peut excuser un crime dont le mobile est la haine raciale ou les préjugés politiques.

[83] *Ibid.*, affaire n° 6, vol. VIII, p. 1138.

[84] *O.G.H. br. Z* (v. *supra* n. 11), vol. 1, p. 225; cité dans Meyrowitz, *op. cit.*, p. 296.

[85] *Juristenzeitung,* Tubingen, 8e année, 1953, p. 377 et 378; cité dans Meyrowitz, *op. cit.*, p. 298.

ii) *L'erreur de fait*

212. L'erreur de fait porte sur une fausse représentation d'un fait matériel, contrairement à l'erreur de droit, qui porte sur une fausse représentation d'une règle de droit. Dans les deux cas, l'erreur, pour être exonératoire de responsabilité, ne doit pas être fautive.

213. L'erreur de fait a été invoquée parfois devant les tribunaux internationaux. Dans l'*Affaire Carl Rath et Richard Thiel,* jugée par un tribunal militaire britannique (Hambourg, janvier 1948), le Commissaire du gouvernement avait déclaré que le fait pour un accusé d'avoir démontré qu'il avait, en exécutant des ressortissants luxembourgeois, cru sincèrement qu'il participait à l'exécution de personnes enrôlées dans l'armée allemande et qui avaient été condamnées à mort, constituait un moyen de défense valable[86].

214. Ici, cependant, comme en matière d'erreur de droit, cette notion ne peut franchir le mur des crimes contre l'humanité, Ce mur est infranchissable, car aucune erreur de fait ne peut justifier un crime contre l'humanité. Une personne qui se trompe sur la religion ou la race de la victime ne peut invoquer cette erreur car le mobile de son acte était, de toute façon, d'ordre racial ou religieux.

215. Dans la matière des crimes de guerre, par contre, l'erreur doit avoir un caractère insurmontable, c'est-à-dire revêtir les traits de la force majeure, pour décharger son auteur de toute responsabilité. Mais s'il s'agit d'une erreur ayant sa source dans une négligence ou une imprudence, en d'autres termes, d'une erreur qui aurait pu être évitée, elle n'exonère pas de la responsabilité. Et, dans ce cas, l'erreur peut constituer un simple motif à diminution de la peine, mais cette hypothèse n'est pas, ici, à l'étude.

216. En résumé, l'erreur, qu'elle soit de droit ou de fait, pour être exonératoire de la responsabilité d'un crime de guerre, doit avoit un caractère *insurmontable.* Elle ne peut, en aucune circonstance, justifier un crime contre l'humanité ou un crime contre la paix.

d) *L'ordre du supérieur hiérarchique*

217. Sur la question de savoir si l'ordre du supérieur hiérarchique constitue un fait justificatif autonome, il faut signaler que, dans l'hypothèse de l'obéissance à un ordre illicite, trois situations peuvent se présenter : ou bien l'agent a obéi en connaissance de cause à cet ordre, et, dans ce cas, il a commis une faute qui s'analyse en une complicité; ou bien il a agi sous l'effet de la contrainte; ou bien il a été victime d'une erreur. Ces deux dernières hypothèses entrent dans le cadre du sujet traité ici. On étudiera donc successivement les rapports de l'ordre avec la contrainte, et les rapports de l'ordre avec l'erreur.

i) *L'ordre et la contrainte*

218. Le principe de l'obéissance hiérarchique pose un problème très délicat auquel trois solutions sont possibles : soit on admet la théorie de l'obéissance passive,

[86] Voir *Law Reports of Trials ..., op. cit.* (*supra* n. 36), vol. XV, p. 184, note 4.

avec, comme corollaire, l'irresponsabilité dans tous les cas de l'exécutant; soit on admet la responsabilité de l'exécutant, ce qui implique le droit de critiquer l'ordre et le droit de refuser de l'exécuter : c'est la théorie dite des « baïonnettes intelligentes »; soit, enfin, on adopte une solution intermédiaire qui fait une distinction suivant que l'illicéité était ou n'était pas *manifeste*.

219. La jurisprudence et la doctrine ont rejeté à la fois la théorie de l'obéissance passive et celle dite des baïonnettes intelligentes. Elles ont retenu la notion de l'*ordre manifestement illégal*, comme constituant la frontière entre le devoir d'obéissance et de désobéissance. Lorsque l'illicéité d'un ordre est manifeste, le devoir du subordonné est de refuser de l'exécuter. Il ne peut, en principe, échapper à la responsabilité pénale en exécutant un ordre dont le caractère illicite est indiscutable.

220. Cependant, on peut se demander si cette règle ne doit pas comporter un assouplissement en cas de contrainte. On a défini (*supra* par. 191) la contrainte comme un péril grave, imminent et irrémédiable, péril qui menace la vie ou l'intégrité physique. Dans une telle hypothèse, il serait excessif d'exiger, dans tous les cas, le refus d'obéissance. Malgré la rigueur du principe énoncé à l'article 8 du statut de Nuremberg, selon lequel l'ordre hiérarchique ne dégage pas l'auteur d'un crime de sa responsabilité, on ne peut pas oublier que la responsabilité pénale est fondée sur la liberté, et que si la liberté disparaît, la responsabilité disparaît également. Le Tribunal de Nuremberg, commentant l'article 8 du statut, avait déclaré que « Le vrai critérium de la responsabilité pénale, celui qu'on trouve, sous une forme ou sous une autre, dans le droit criminel de la plupart des pays, n'est nullement en rapport avec l'ordre reçu. Il réside dans la liberté morale, dans la faculté de choisir, chez l'auteur de l'acte reproché[87].» Le Tribunal déclarait ainsi nettement que le fait à prendre en considération n'était pas l'ordre lui-même, mais la liberté qu'avait l'auteur de l'exécuter ou de ne pas l'exécuter.

221. La règle qui lie l'ordre, en tant que cause d'irresponsabilité, à la contrainte a ensuite été énoncée dans le principe IV des Principes de Nuremberg[88] et dans le projet de code de 1954 dont l'article 4 dispose que :

> Le fait qu'une personne accusée d'un des crimes définis dans le présent code a agi sur l'ordre de son gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne dégage pas sa responsabilité en droit international si elle avait la possibilité, dans les circonstances existantes, de ne pas se conformer à cet ordre.

Cette disposition assouplit la rigueur du principe énoncé dans le statut de Nuremberg, rigueur qui s'explique par le fait que ce statut s'appliquait à de grands criminels de guerre, responsables à un niveau incompatible avec l'obéissance aveugle ou avec la contrainte. Les crimes qui leur étaient reprochés n'étaient pas des crimes d'exécutants, mais des crimes considérés comme des abus de commandement. Ici, par contre, il est question de tenir compte de circonstances différentes, circonstances où l'agent peut avoir agi sous l'effet de facteurs extérieurs qui ont influencé ou orienté ou affaibli sa volonté.

222. Bien entendu, ces circonstances doivent être minutieusement examinées dans chaque cas. Il s'agit d'une question d'espèces. La personnalité de l'auteur, la nature des fonctions qu'il exerce, le contexte dans lequel l'ordre a été donné, tous les éléments objectifs et subjectifs doivent être assurément évalués. Dans l'*Affaire du Haut Commandement,* le tribunal avait établi les bases sur lesquelles l'excuse de contrainte pouvait être admise :

> Les accusés à ce procès, qui ont reçu des ordres manifestement criminels, se trouvaient dans une situation difficile; mais le fait d'obéir servilement à des ordres indubitablement criminels, par crainte d'inconvénients ou de sanctions dont l'agent n'était pas menacé de façon immédiate, ne peut être admis comme une excuse. Pour établir l'*excuse de contrainte ou de nécessité** en face d'un péril, il faut trouver l'existence de circonstances qui sont de nature à inspirer à un homme raisonnable la crainte d'un péril corporel imminent tel qu'il se trouve *privé de la liberté de choisir** ce qui est juste et de s'abstenir de ce qui est illicite. [...][89].

La contrainte a été également considérée par la Cour suprême de la zone britannique comme déliant du devoir de désobéir à un ordre manifestement illicite. Celle-ci avait affirmé que l'article II, par. 4, al. *b*, de la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié, malgré sa rigueur formelle, laissait place à l'excuse de contrainte. Il s'agissait de savoir si le texte écartait l'application des articles 52 et 54 du Code pénal allemand concernant la contrainte morale, dans le cas d'un ordre manifestement illégal. La Cour suprême avait répondu par la négative[90].

223. Cependant, cet assouplissement de l'article 8 du statut de Nuremberg et de l'article II, par. 4, al *b*, de la loi n° 10, ne doit pas laisser croire que les digues sont ouvertes et que n'importe quel fait peut être considéré comme un péril ou une menace grave, assimilable à une contrainte. Les circonstances doivent être analysées, passées au peigne fin. Et c'est dans l'étude de ces circonstances que le juge doit acquérir la conviction que l'ordre était assorti d'une contrainte.

224. Ainsi, il faut qu'il soit certain que *seule* la contrainte était à la base de l'obéissance à l'ordre. S'il était établi que, malgré la réalité de la contrainte, l'agent était animé par un autre mobile, la contrainte ne serait pas retenue comme une exception recevable. De même, on doit tenir compte de la nature de la fonction de l'agent et du *degré de risque* qu'elle comporte. Ainsi si l'agent connaissait, par avance, le risque auquel l'exposaient les responsabilités qu'il avait acceptées, il ne pouvait exciper de la contrainte. Un agent de renseignement ou un agent des services secrets ne pourrait se prévaloir du risque auquel l'exposait sa fonction s'il commettait sous la contrainte un acte contraire à sa mission. La Cour suprême de la zone britannique avait estimé qu'il avait assumé son travail politique clandestin en toute connaissance de cause, et qu'il s'est trouvé « dans une de ces situations où l'ordre juridique exige exceptionnellement d'une personne une conduite dépassant la nature humaine et qui consiste à surmonter l'instinct de conservation. De même que les marins, les agents de police, les pompiers, les soldats au cours de la guerre [...] ont l'obligation de supporter le danger menaçant leur vie ou

[87] *Procès des grands criminels de guerre..., op. cit.* (*supra* n. 51), t. I, p. 236.

[88] Voir *supra* note 8.

[89] American Military Tribunals, affaire n° 12, vol. XI, p. 509.

[90] *O.G.H. br. Z. (v. supra* n. 11), vol. 1, p. 313; cité dans Meyrowitz, *op. cit.*, p. 405.

leur intégrité physique [...] de même on pouvait exiger de cet accusé qu'il supportât le danger dans lequel il s'était trouvé comme conséquence d'une décision prise librement[91] ».

225. Malgré la rigueur, au demeurant nécessaire, des conditions exposées ci-dessus, il reste que l'obéissance à un ordre manifestement illicite peut, si l'ordre revêt le caractère d'une contrainte, constituer, dans certaines circonstances, un argument recevable.

226. Bien sûr, il existe toujours le mur infranchissable des crimes contre l'humanité, contre lequel vient se briser toute exception quelle qu'elle soit. Le crime contre l'humanité, en raison de ses caractères propres, ne peut on l'a dit, avoir de justification. Aucune contrainte ne peut justifier le génocide ou l'*apartheid*, par exemple.

ii) *L'ordre et l'erreur*

227. On peut se demander si l'ordre peut constituer une exception d'irresponsabilité dans d'autres hypothèse que la contrainte.

228. Lorsque l'ordre n'est pas manifestement illicite, son appréciation peut laisser place à une marge d'erreur. On ne reviendra pas sur les développements antérieurs consacrés à l'erreur de droit. L'agent qui reçoit un ordre peut croire que cet ordre est licite, dès l'instant où l'illicéité n'est pas manifeste. Il n'a même aucune raison de suspecter *a priori* l'ordre reçu, s'il émane d'une autorité hiérarchique compétente. Il faut d'ailleurs souligner qu'en principe l'ordre licite est la règle et l'ordre illicite l'exception. Le chef, d'une façon générale, veille à ne pas sortir des limites de la légalité : c'est même la base de son autorité. En outre, la discipline étant, comme on dit, la force des armées, et la promptitude de l'exécution étant la condition de l'efficacité, on ne peut s'attendre que le subordonné use à cet égard d'un droit de critique excessif.

229. Indépendamment de ce fait, la règle de droit n'est pas toujours aisée à interpréter et, singulièrement, la règle de droit international. Dans de telles hypothèses, l'exécution par erreur d'un ordre illicite pose le problème de la responsabilité de son auteur.

230. Déjà, en droit interne, certaines législations ont tenté de résoudre le problème. C'est ainsi que le manuel militaire américain, *The Law of Land Warfare,* dispose au paragraphe 509 que :

a) Le fait que le droit de la guerre a été violé en exécution de l'ordre d'une autorité supérieure, militaire ou civile, n'enlève pas à l'acte en question son caractère de crime de guerre, et ne constitue pas davantage une excuse dans le procès d'une personne inculpée, à moins que cette dernière n'ait pas connu le caractère illégal de l'acte ordonné et que l'on ne pût équitablement exiger d'elle cette connaissance[92].

On a déjà constaté que l'erreur ne pouvait constituer une cause d'irresponsabilité que si elle était insurmontable, compte tenu des circonstances où elle a été commise, et c'est cette idée qui est exprimée dans le texte précité.

231. Quant à la jurisprudence, la même idée avait été énoncée par le tribunal, dans l'*Affaire des otages*, à propos du feldmaréchal List : « Un officier n'est tenu d'exécuter que les ordres légaux qu'il reçoit. Celui qui transmet, donne ou exécute un ordre criminel devient un criminel s'il avait connaissance ou devait avoir connaissance du caractère criminel de l'ordre. Il est bien certain qu'un feldmaréchal de l'armée allemande, ayant plus de quarante ans d'expérience comme officier de carrière, avait ou aurait dû avoir connaissance du caractère criminel de cet ordre[93]. » Dans l'*Affaire du Haut Commandement,* le tribunal avait déclaré au sujet du feldmaréchal von Leeb et des autres inculpés : « Avant de se prononcer sur la responsabilité des accusés à ce procès, il est nécessaire de déterminer non seulement si l'ordre était en soi criminel, mais encore si le caractère criminel en était évident[94]. »

232. Il résulte de ces éléments que l'obéissance par erreur à un ordre illicite peut constituer une exception recevable. Mais, ici, comme dans l'ordre exécuté par contrainte, ce qui est à retenir ce n'est pas l'ordre, c'est l'erreur. Celle-ci doit revêtir les caractères définis dans les paragraphes consacrés à cette notion. Dès lors que l'erreur présente ces caractères, elle peut disculper celui qui a exécuté l'ordre.

233. En conclusion, on peut se demander si, trouvant sa source tantôt dans la contrainte, tantôt dans l'erreur, l'obéissance à un ordre illicite constitue, dans le cadre des causes d'irresponsabilité pénale, une notion autonome. Et on peut se demander aussi pourquoi les auteurs lui réservent une place distincte parmi les faits justificatifs ou les causes d'irresponsabilité. L'ordre n'est pas, en lui-même, une justification. C'est un attribut de commandement lié à l'exercice normal de l'autorité sans lequel il n'y a ni rigueur ni discipline. Son corollaire est l'obéissance. L'obéissance est aussi normale que l'ordre, et ni l'un ni l'autre ne devraient en eux-mêmes justifier une théorie exceptionnelle de la responsabilité pénale. S'il en a été ainsi, c'est parce qu'on les avait assimilés à tort à d'autres notions avec lesquelles ils peuvent coïncider, sans jamais, cependant, se confondre.

234. Cela étant, le Rapporteur spécial propose néanmoins une disposition sur l'obéissance hiérarchique afin d'ouvrir un débat sur la question (voir art. 8 dans la cinquième partie du présent rapport). Peut-être estimera-t-on que l'obéissance sous contrainte ou par erreur présente, malgré tout, sur le plan formel, certains traits propres liés à l'existence de l'ordre lui-même. Ce serait aussi une thèse acceptable. En outre, la notion d'ordre hiérarchique a déjà acquis ses titres de noblesse et un certain droit de cité dans les manuels, et il ne faut pas toujours basculer les habitudes.

e) *La qualité officielle de l'auteur*

235. Il faut distinguer la responsabilité politique de la responsabilité pénale.

236. La responsabilité politique obéit aux règles constitutionnelles des pays considérés. Cette forme de responsabilité est étrangère à la présente étude. Le droit

[91] *O.G.H. br. Z.*, vol. 3, p. 130; cité dans Meyrowitz, p. 406.

[92] Etats-Unis d'Amérique, Department of the Army, FM 27-10, juillet 1956.

[93] American Military Tribunals, affaire n° 7, vol. XI, p. 1271.

[94] *Ibid.*, affaire n° 12, vol. XI, p. 512. Concernant les jugements susmentionnés, voir Meyrowitz, *op. cit.*, p. 397 à 399.

international ne peut pas intervenir dans le choix que les peuples font de leur forme de gouvernement, du moins en l'état actuel des choses. De même, la responsabilité pénale des chefs d'Etat peut être mise en œuvre sur le plan interne, sans que cela intéresse le droit international. Dans les cas, par exemple, de haute trahison les chefs d'Etat comparaissent devant des juridictions nationales appliquant le droit interne.

237. En revanche, il est des cas où la question se pose de savoir si la qualité de chef d'Etat, précisément en raison du fait qu'un chef d'Etat incarne la souveraineté de son pays, ne ferait pas obstacle à la mise en œuvre d'une responsabilité pénale internationale. En principe, un organe d'Etat, agissant en cette qualité, n'est pas responsable en droit international. Cependant, ce principe souffre aujourd'hui une exception, dans la matière des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. On a longuement traité dans le précédent rapport des deux qualités en vertu desquelles un individu pouvait agir : soit comme particulier, soit comme organe d'un Etat[95]. L'émergence de l'individu comme sujet de droit international s'est faite précisément à l'occasion d'actes délictueux imputables à des individus-organes d'un Etat. On l'a dit, les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité sont souvent inséparables d'un pouvoir de commandement. Le droit international pénal deviendrait inopérant si une immunité devait protéger le chef d'Etat ou le membre d'un gouvernement ou le haut fonctionnaire. La qualité officielle de l'auteur d'un crime international ne doit pas constituer un bouclier.

238. Cette règle a été confirmée par l'article 7 du statut de Nuremberg. Cet article avait fait l'objet de deux projets présentés à la Conférence de Londres de 1945, l'un par les Etats-Unis d'Amérique et l'autre par l'Union soviétique[96]. Selon le projet américain, présenté le 30 juin 1945 : « Tout moyen de défense fondé sur le fait que l'accusé est ou était chef d'Etat réel ou prétendu ou un haut fonctionnaire d'un Etat est légalement irrecevable et ne sera pas retenu[97]. » Selon le projet soviétique, présenté le 2 juillet 1945 : « La situation officielle des personnes coupables de crimes de guerre, qu'il s'agisse de leur situation comme chef d'Etat ou comme haut fonctionnaire, ne sera considérée ni comme une excuse absolutoire, ni comme un motif à diminution de leur responsabilité[98]. » Le texte qui fut finalement adopté est l'article 7 du statut de Nuremberg, selon lequel :

> La situation officielle des accusés, soit comme chefs d'Etat, soit comme hauts fonctionnaires, ne sera considérée ni comme une excuse absolutoire, ni comme un motif à diminution de la peine.

239. Le statut de Tokyo dispose à l'article 6 :

> Ni la position officielle d'un accusé, à aucun moment, ni le fait qu'un accusé a agi conformément aux ordres de son gouvernement ou d'un supérieur ne suffira, en soi, à dégager la responsabilité de cet accusé dans tout crime dont il est inculpé, mais ces circonstances peuvent être considérées comme atténuantes dans le verdict, si le Tribunal décide que la justice l'exige.

240. La divergence entre les deux statuts en ce qui concerne les circonstances atténuantes n'intéresse pas cette partie du rapport, consacrée exclusivement aux faits justificatifs.

f) *Représailles et légitime défense*

i) *Les représailles*

241. Les représailles se définissent comme étant l'acte par lequel un Etat répond à un acte antérieur d'un autre Etat commis en violation du droit international. Le but des représailles peut être soit de faire cesser l'acte antérieur, soit de l'empêcher de se renouveler, soit tout simplement de se venger, de punir.

242. La question se pose de savoir si les représailles ainsi définies sont licites, en d'autres termes, si elles constituent un fait justificatif dégageant son auteur de toute responsabilité. On se place ici, bien entendu, dans l'hypothèse des représailles armées, les représailles non armées n'entrant pas dans le cadre du présent rapport. Les représailles armées peuvent présenter deux aspects différents. Elles peuvent être considérées comme une agression et constituer un *crime contre la paix*. Elles peuvent constituer un crime de guerre si elles ont eu lieu au cours d'un conflit armé.

243. Lorsque les représailles armées sont dirigées contre un autre Etat, sous l'une des formes énoncées dans la Définition de l'agression[99], la question se pose de savoir si ces actes, en raison du fait qu'ils constituent une réponse à un acte illicite, préalable, perdent eux-mêmes leur caractère illicite. Le problème avait été débattu au sein de la Commission au cours de l'élaboration du projet de code, en 1950. La licéité des représailles avait été défendue par le Rapporteur spécial, Jean Spiropoulos, dans les termes suivants :

> [...] Bien que des craintes sérieuses aient été exprimées pour l'autorité du code envisagé, s'il reconnaissait l'argument des représailles, nous ne voyons pas comment on pourrait ne pas reconnaître un tel argument.
>
> [...]
>
> [...] Nous concluons qu'indubitablement le moyen de défense fondé sur les représailles doit être admis à condition que les représailles soient légales, c'est-à-dire qu'elles soient exercées conformément aux traités internationaux et au droit coutumier international. [...][100]

Sous le régime de ce droit, les représailles, bien que licites, étaient enfermées dans certaines limites, et soumises à des conditions préalables; il fallait aussi que la mesure de représailles ne fût pas manifestement disproportionnée par rapport à l'acte antérieur (incident de *Naulilaa* [1928][101]).

244. Aujourd'hui, la tendance s'est inversée, et la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre

---

[95] *Annuaire... 1985*, vol. II (1re partie), p. 65 et 66, doc. A/CN.4/387, par. 11 à 17.

[96] Voir le rapport Jackson, *International Conference on Military Trials, London, 1945*, Department of State publication 3080, Washington (D.C.), 1949, p. 165, doc. XXIII (texte comparé des deux projets).

[97] *Ibid.*, p. 180, par. 16 de l'annexe du projet.

[98] *Ibid.*, art. 28 du projet.

[99] Résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale, du 14 décembre 1974, annexe.

[100] Premier rapport de J. Spiropoulos (v. *supra* n. 45), doc. A/CN.4/25, p. 62 et 64; *Yearbook ... 1950*, vol. II, p. 273 et 274, par. 141 et 147.

[101] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 1011, et notamment p. 1025 et suiv. (« Question de représailles »).

les Etats conformément à la Charte des Nations Unies dispose que « les Etats ont le devoir de s'abstenir d'actes de représailles impliquant l'emploi de la force »[102].

245. Le problème qui se pose, au regard du projet à l'étude, est de savoir si une disposition spéciale doit être prévue indiquant que les représailles armées ne constituent pas un fait justificatif. Il semble que la réponse doive être négative, car le recours à la force armée dans des conditions non prévues par la Charte des Nations Unies constitue l'agression déjà définie dans le projet de code et par l'Assemblée générale dans sa résolution du 14 décembre 1974.

246. Un autre problème est celui des représailles en temps de guerre. Celles-ci posent des problèmes de droit humanitaire. C'est Jean-Jacques Rousseau qui disait que

> La guerre n'est point une relation d'homme à homme, mais une relation d'Etat à Etat, dans laquelle les particuliers ne sont ennemis qu'accidentellement, non point comme hommes ni même comme citoyens, mais comme soldats; non point comme membres de la patrie, mais comme défenseurs[103].

247. Dans cette dernière optique, les représailles doivent être examinées en relation avec le droit humanitaire, c'est-à-dire du point de vue de leurs conséquences sur les prisonniers de guerre, les populations civiles, en d'autres termes sur les personnes qui ne sont pas ou ne sont plus des combattants. Or, souvent, ces catégories de personnes ne furent pas épargnées pendant la seconde guerre mondiale. Il y eut notamment des représailles sous la forme d'exécutions d'otages. Et aujourd'hui encore, de tels faits sont à déplorer dans divers théâtres d'opération à travers le monde.

248. Le problème de la protection de ces catégories de personnes n'avait fait l'objet que de dispositions occasionnelles et fragmentaires : article 50 du règlement annexé à la Convention (IV) de La Haye du 18 octobre 1907 sur les lois et coutumes de la guerre sur terre[104]; article 87, 3e al., de la Convention (III) de Genève du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre[105]; article 33 de la Convention (IV) de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre[106].

249. La première tentative systématique est toute récente puisqu'elle remonte au Protocole additionnel I[107] aux Conventions de Genève. En vertu des dispositions du titre IV de ce protocole, les représailles sont interdites : contre la population civile (art. 51, par. 6); contre les biens de caractère civil (art. 52, par. 1) ou culturel (art. 53, al. *c*); contre les biens indispensables à la survie de la population (art. 54, par. 4); contre l'environnement (art. 55, par. 2). Comme le représentant du CICR l'avait indiqué à la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, l'application de ce droit ne reposait pas sur la réciprocité; le contraire, avait déclaré le représentant de la République socialiste soviétique d'Ukraine, serait l'instauration de la loi du talion[108]. On n'entrera pas ici dans le débat concernant l'efficacité ou non des interdictions édictées dans le Protocole. Certains auteurs ont considéré que le droit du Protocole I relatif aux représailles était un « droit-fiction ».

250. Le problème qui se pose, *de lege ferenda*, est celui de savoir s'il convient de retenir comme une infraction distincte les représailles exercées en violation des dispositions susmentionnées. Il ne le semble pas. En effet, une telle infraction serait tout simplement une violation des « lois et coutumes de la guerre », ou, si on préfère, du droit des conflits armés. Or, cette question est déjà visée dans le projet de code.

ii) *La légitime défense*

251. La légitime défense ne peut être invoquée en tant que fait justificatif qu'en cas d'agression. Lorsqu'il y a agression, la responsabilité de l'Etat et la responsabilité de l'individu ont le même contenu *ratione materiae.* Mais ces deux responsabilités se superposent et ne se confondent pas. Elles n'ont pas le même contenu *ratione personae.* Cependant, on a tendance à les confondre simplement parce que, en cas d'agression, les individus en cause sont nécessairement des gouvernants. Mais les deux notions ne peuvent avoir le même régime en raison de la diversité des personnes juridiques et doivent donc être traitées séparément.

252. Si, comme on vient de le dire, la légitime défense peut être invoquée en cas d'agression, elle ne peut jamais l'être en cas de crimes de guerre. Lorsque les hostilités sont ouvertes, que le conflit armé est déclenché, que l'état de guerre existe, on ne peut plus parler de légitime défense entre les combattants, car, hélas, l'attaque devient aussi légitime que la défense pour autant que soient respectées « les lois et coutumes de la guerre ».

253. Il ne sera pas consacré un article séparé à la légitime défense; celle-ci sera traitée en rapport avec l'agression dans le cadre général des faits justificatifs.

3. Résumé

254. En résumé, on peut voir que la théorie des faits justificatifs comporte, dans la *pratique* et malgré la généralité des formules employées dans le projet d'articles, des applications nuancées, et qu'elle n'a pas la même portée suivant les crimes ou les catégories de crimes considérés. On peut énoncer les trois propositions suivantes :

a) Les crimes contre l'humanité ne peuvent avoir de justification en raison des mobiles qui les inspirent et dont ils sont inséparables. On ne peut trouver aucune justification dans le fait de tuer pour détruire une ethnie, ou de tuer pour des considérations raciales ou religieuses;

[102] Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale du 24 octobre 1970, annexe, principe 1, 6e al.

[103] *Du contrat social,* livre I, chap. IV.

[104] Voir *supra* note 37.

[105] Nations Unies, *Recueil des Traités,* vol. 75, p. 135.

[106] *Ibid.*, p. 287.

[107] Voir *supra* note 40.

[108] Voir les débats de la Conférence sur le projet d'article 74 relatif à la répression des infractions au Protocole I, dans *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés (Genève 1974-1977),* Berne, 1978, vol. IX, notamment comptes rendus analytiques des 46e et 48e séances.

b) Les crimes contre la paix ne peuvent avoir de justification hormis la légitime défense en cas d'agression;

c) Les faits justificatifs et les causes d'irresponsabilité ne peuvent trouver d'application — dans des hypothèses du reste très limitées — que dans les crimes de guerre. Encore faut-il préciser — mais est-ce bien nécessaire ? — que cela n'est vrai que si ces crimes de guerre ne constituent pas, en même temps, des crimes contre l'humanité.

4. Excuses absolutoires et circonstances atténuantes

255. Parler d'excuses absolutoires, de circonstances atténuantes, en matière de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, peut paraître incongru. Comment les crimes les plus graves, les plus odieux et les plus monstrueux dans l'échelle des infractions, pourraient-ils laisser place à des excuses absolutoires ou à des circonstances atténuantes pour leurs auteurs ?

256. La réponse peut être affirmative dans certains cas. Mais ces dispenses ou ces atténuations de la peine sont alors liées à des questions de fait et non de droit, et trouvent difficilement place dans un code, si celui-ci se limite aux règles primaires. De plus, comme on l'a dit, elles sont liées à l'application des peines et sont souvent prises en considération à l'intérieur de l'échelle de ces peines. Un code n'édictant pas de peines ne peut contenir des dispositions sur des excuses absolutoires ou des circonstances atténuantes.

257. Les statuts de Nuremberg et de Tokyo avaient laissé au juge le soin de fixer la peine applicable, celle-ci pouvant aller jusqu'à la peine de mort. Par voie de conséquence, ces statuts contenaient des dispositions concernant les circonstances atténuantes. Le statut de Nuremberg (art. 8) admettait les circonstances atténuantes lorsque l'accusé avait agi sur instruction de son gouvernement ou sur ordre de son supérieur hiérarchique. Le statut de Tokyo (art. 6) laissait au Tribunal la possibilité d'accorder des circonstances atténuantes soit en raison de l'ordre reçu, soit même en raison de la position officielle de l'accusé.

258. Dans l'état présent, le code, n'édictant pas de peines, ne peut édicter des mesures relatives aux modalités de ces peines.

F. — Conclusion

259. Tels semblent être les infractions ainsi que les principes gouvernant la matière. On regrettera sans doute que les textes et la jurisprudence analysés soient trop liés aux circonstances de la seconde guerre mondiale. Mais on n'oubliera pas que l'expression « crime contre la paix et la sécurité de l'humanité » est, elle-même, issue de ces circonstances. Sans doute, des juridictions nationales ont-elles rendues depuis cette guerre quelques décisions concernant surtout des crimes de guerre. Ces décisions n'apportent cependant rien de très nouveau par rapport à la jurisprudence qui a été analysée ici, et dont on a essayé de dégager des éléments qui, détachés de leur contexte, peuvent avoir un caractère suffisamment général et abstrait pour s'élever à la hauteur de notions et de règles juridiques.

Cinquième partie

Projet d'articles

260. Le projet d'articles porte sur l'ensemble de la matière. Il appelle les remarques suivantes :

a) Les projets d'articles 1, 2 et 3 présentés initialement[109] ont été remaniés. Une définition précise du crime contre la paix et la sécurité de l'humanité n'a pas paru nécessaire à bon nombre de membres de la CDI et de représentants à la Sixième Commission de l'Assemblée générale. En outre, les définitions proposées ont suscité beaucoup de controverses, notamment celle tirée de l'article 19 de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats. Le nouvel article 1er qui est proposé évite donc ces difficultés;

b) La définition de l'agression a été expurgée de toute référence aux organes politiques et de tout élément qui empiéterait sur le domaine du juge;

c) La définition des autres infractions a été établie sur la base des conventions existantes, dont les textes ont été parfois reproduits intégralement ou en partie. Mais une variante plus générale a été aussi proposée, pour permettre à la Commission de choisir entre les textes ou de les amalgamer;

d) Les principes généraux ont été dégagés soit de l'étude des conventions existantes, soit de l'étude de la jurisprudence. Certains principes s'appliqueront plus généralement aux crimes contre la paix ou aux crimes contre l'humanité, d'autres plus généralement aux crimes de guerre. Ils sont cependant formulés de façon assez synthétique pour respecter l'unité de la matière, des exceptions et limitations étant prévues pour certains cas d'espèce.

261. Le projet d'articles se compose de deux chapitres, l'un comprend une introduction et l'autre une liste des infractions.

[109] *Annuaire... 1985*, vol. II (1re partie), p. 88, doc. A/CN.4/387, chap. III.

CHAPITRE PREMIER

INTRODUCTION

TITRE Ier. — DÉFINITION ET QUALIFICATION

Article premier. — Définition

Constituent des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité les crimes de droit international définis dans le présent code.

Article 2. — Qualification

La qualification d'un fait comme crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, par le droit international, est indépendante de l'ordre interne. Le fait qu'une action ou une omission est ou non poursuivie par le droit interne ne préjuge pas cette qualification.

TITRE II. — PRINCIPES GÉNÉRAUX

Article 3. — Responsabilité et sanction

Tout auteur d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est responsable de ce chef et passible de châtiment.

Article 4. — Infraction universelle

1. Le crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est une infraction universelle. Tout Etat sur le territoire duquel a été arrêté l'auteur d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité a le devoir de le juger ou de l'extrader.

2. La disposition prévue au paragraphe 1 ci-dessus ne préjuge pas la question de l'existence d'une juridiction pénale internationale.

Article 5. — Imprescriptibilité

Le crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est, par nature, imprescriptible.

Article 6. — Garanties juridictionnelles

Toute personne accusée d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité a droit aux garanties reconnues à toute personne humaine, et notamment à un procès équitable, tant en ce qui concerne le droit qu'en ce qui concerne les faits.

Article 7. — Non-rétroactivité

1. Nul ne sera condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité.

2. La disposition ci-dessus ne porte toutefois pas atteinte au jugement ou à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux du droit international.

Article 8. — Exception au principe de la responsabilité

Hormis la légitime défense en cas d'agression, aucune exception ne peut, en principe, être invoquée par l'auteur d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité. Il en résulte que :

***a*) La qualité officielle de l'auteur, et notamment le fait qu'il est chef d'Etat ou de gouvernement, ne peut décharger celui-ci de sa responsabilité pénale;**

***b*) La contrainte, l'état de nécessité ou la force majeure ne peuvent dégager l'auteur de sa responsabilité pénale, à moins qu'il n'ait agi sous la menace d'un péril grave, imminent et irrémédiable;**

***c*) L'ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne peut dégager l'auteur de sa responsabilité pénale, à moins qu'il n'ait agi sous la menace d'un péril grave, imminent et irrémédiable;**

***d*) L'erreur de droit ou de fait ne peut dégager l'auteur de sa responsabilité pénale que si, dans les circonstances où elle a été commise, elle revêtait un caractère insurmontable pour son auteur;**

***e*) En tout état de cause, aucune des exceptions prévues aux paragraphes *b*, *c* et *d* ne fait disparaître l'infraction si :**

i) Le fait invoqué à sa décharge par son auteur viole une règle impérative du droit international;

ii) Le fait invoqué à sa décharge par son auteur est lié à une faute de celui-ci;

iii) L'intérêt sacrifié est supérieur à l'intérêt protégé.

Article 9. — Responsabilité du supérieur hiérarchique

Le fait qu'une infraction a été commise par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur responsabilité pénale s'ils avaient ou possédaient des informations leur permettant de conclure, dans les circonstances du moment, que ce subordonné commettait ou allait commettre une telle infraction, et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures pratiquement possibles en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer cette infraction.

Commentaire relatif aux articles 1 à 9

Les articles 1 à 7 ne nécessitent pas de commentaire particulier, si ce n'est de signaler, en ce qui concerne le principe de non-rétroactivité, que le paragraphe 2 de l'article 7 permet de ne pas limiter cette règle aux sources du droit écrit.

En ce qui concerne l'article 8, on remarquera que l'alinéa *e* permet en fait d'exclure les crimes contre l'humanité et les crimes contre la paix. Le champ des exceptions se limitera surtout, dans certaines hypothèses, aux crimes de guerre.

En ce qui concerne l'article 9, la Commission peut aussi laisser à la théorie générale de la complicité le soin de couvrir l'hypothèse prévue. Il ne faut cependant pas oublier que l'on est ici en présence d'infractions qui se commettent dans le cadre d'une hiérarchie et où, par conséquent, le pouvoir de commandement intervient presque toujours. Il peut donc paraître utile de donner à la responsabilité du chef un fondement distinct, et une source écrite autonome.

CHAPITRE II

LES CRIMES CONTRE LA PAIX ET LA SÉCURITÉ DE L'HUMANITÉ

Article 10. — Catégories de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité

Les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité sont constitués par trois catégories d'infractions : les crimes contre la paix, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre ou [les crimes commis à l'occasion d'un conflit armé].

TITRE Ier. — CRIMES CONTRE LA PAIX

Article 11. — Actes constituant des crimes contre la paix

Constituent des crimes contre la paix :

1. Le fait pour les autorités d'un Etat de commettre un acte d'agression.

a) *Définition de l'agression*

i) L'agression est l'emploi de la force armée par un Etat contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre Etat, ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies, ainsi qu'il ressort de la présente définition.

ii) NOTE EXPLICATIVE. — Dans la présente définition, le terme « Etat » :

***a.* est employé sans préjuger la question de la reconnaissance ou le point de savoir si un Etat est Membre de l'Organisation des Nations Unies;**

***b.* inclut, le cas échéant, le concept de « groupe d'Etats ».**

b) *Actes constituant une agression*

Sans que l'énumération ci-dessous soit limitative, l'un quelconque des actes ci-après, qu'il y ait eu ou non déclaration de guerre, réunit les conditions d'un acte d'agression :

i) L'invasion ou l'attaque du territoire d'un Etat par les forces armées d'un autre Etat ou toute occupation militaire, même temporaire, résultant d'une telle invasion ou d'une attaque, ou toute annexion par l'emploi de la force du territoire ou d'une partie du territoire d'un autre Etat;

ii) Le bombardement, par les forces armées d'un Etat, du territoire d'un autre Etat, ou l'emploi de toutes armes par un Etat contre le territoire d'un autre Etat;

iii) Le blocus des ports ou des côtes d'un Etat par les forces armées d'un autre Etat;

iv) L'attaque, par les forces armées d'un Etat, contre les forces armées terrestres, navales ou aériennes, ou la marine et l'aviation civile d'un autre Etat;

v) L'utilisation des forces armées d'un Etat qui sont stationnées sur le territoire d'un autre Etat avec l'accord de l'Etat d'accueil, contrairement aux conditions prévues dans l'accord, ou toute prolongation de leur présence sur le territoire en question au-delà de la terminaison de l'accord;

vi) Le fait pour un Etat d'admettre que son territoire, qu'il a mis à la disposition d'un autre Etat, soit utilisé par ce dernier pour perpétrer un acte d'agression contre un Etat tiers;

vii) L'envoi, par un Etat ou en son nom, de bandes ou de groupes armés, de forces irrégulières ou de mercenaires qui se livrent à des actes de force armée contre un autre Etat d'une gravité telle qu'ils équivalent aux actes énumérés ci-dessus, ou le fait de s'engager d'une manière substantielle dans une telle action.

c) *Portée de la présente définition*

i) Rien dans la présente définition ne sera interprété comme élargissant ou diminuant d'une manière quelconque la portée de la Charte, y compris ses dispositions concernant les cas dans lesquels l'emploi de la force est légitime;

ii) Rien dans la présente définition, et en particulier le paragraphe *b*, ne pourra en aucune manière porter préjudice au droit à l'autodétermination, à la liberté et à l'indépendance, tel qu'il découle de la Charte, des peuples privés par la force de ce droit et auxquels fait référence la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies, notamment les peuples qui sont soumis à des régimes coloniaux ou racistes ou à d'autres formes de domination étrangère, ainsi qu'au droit de ces mêmes peuples de lutter à cette fin et de chercher et de recevoir un appui, conformément aux principes de la Charte et en conformité avec la Déclaration susmentionnée.

Commentaire

Cette définition est tirée de la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale, du 14 décembre 1974, mais les parties relatives à la preuve et aux conséquences de l'agression ou à l'interprétation ne sont pas reprises. En effet, l'interprétation et la preuve sont de la compétence du juge. Quant aux conséquences pénales, elles sont l'objet du présent projet.

2. Le fait pour les autorités d'un Etat de recourir à la menace d'agression contre un autre Etat.

3. Le fait pour les autorités d'un Etat d'intervenir dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre Etat, et notamment :

***a*) Le fait de fomenter la guerre civile dans un autre Etat ou d'en tolérer la fomentation sur le territoire d'un**

Etat ou toutes autres formes de troubles ou de soulèvements intérieurs;

***b*) Le fait d'exercer des pressions, de prendre ou de menacer de prendre des mesures de coercition d'ordre économique ou politique contre un autre Etat, afin d'obtenir des avantages de quelque nature que ce soit.**

Commentaire

Le paragraphe 2 n'appelle pas de commentaire; il reprend le texte de 1954. Le paragraphe 3 sur l'intervention est une version remaniée du texte de 1954. La fomentation de la guerre civile ne doit pas être seule visée, il faut aussi que toutes formes de troubles ou de soulèvements intérieurs le soient. L'alinéa *b* du paragraphe 3 élargit les formes d'intervention au-delà des formes politiques et y intègre les mesures de *coercition* d'ordre économique.

4. Le fait pour les autorités d'un Etat d'entreprendre, d'aider ou d'encourager la commission d'actes terroristes dans un autre Etat, ou le fait, pour ces mêmes autorités, de tolérer des activités organisées dans le but de perpétrer des actes terroristes dans un autre Etat.

a) ***Définition des actes terroristes***

On entend par « actes terroristes », des faits criminels dirigés contre un autre Etat ou la population d'un Etat de nature à provoquer la terreur chez des personnalités, des groupes de personnes, ou dans le public.

b) ***Actes terroristes***

Constituent des actes terroristes :

i) Les faits dirigés contre la vie, l'intégrité corporelle ou la santé ou la liberté d'un chef d'Etat, de personnes exerçant des prérogatives de chef d'Etat, de leurs successeurs héréditaires ou désignés, des conjoints de ces personnalités, des personnes revêtues de fonctions ou de charges publiques, lorsque le fait a été commis en raison de leurs fonctions ou de leurs charges;

ii) Les faits ayant pour but de détruire, d'endommager des biens publics ou destinés à un usage public;

iii) Les faits de nature à mettre en péril des vies humaines par la crainte d'un danger commun et, notamment, les captures d'aéronef, les prises d'otages et toutes les violences exercées sur des personnalités jouissant d'une protection internationale ou d'une immunité diplomatique;

iv) Le fait de fabriquer, de se procurer, de détenir, de fournir des armes, munitions, produits explosifs ou substances nocives en vue de l'exécution d'un acte terroriste.

Commentaire

Ce texte reprend, en ce qui concerne la définition du terrorisme, la Convention de 1937[110], mais il vise aussi certaines formes nouvelles de terrorisme, notamment les captures d'aéronef et les violences exercées contre les diplomates.

5. Le fait de violer les obligations incombant à un Etat, en vertu d'un traité destiné à assurer la paix et la sécurité internationales, notamment au moyen :

i) d'interdiction d'armements, de désarmement, de restrictions ou de limitations d'armement;

ii) de restrictions à la préparation militaire ou aux constructions stratégiques ou toutes autres restrictions de même nature.

6. Le fait de violer les obligations incombant à un Etat en vertu d'un traité interdisant l'emplacement ou les essais d'armes sur certains territoires ou dans l'espace, et notamment d'armes nucléaires.

Commentaire

Ce texte complète le projet de 1954 en visant certains faits prévus par des conventions ultérieures sur l'emplacement ou les essais d'armes.

7. Le fait d'établir ou de maintenir par la force une domination coloniale.

8. Le fait de recruter, d'organiser, d'équiper, de former des mercenaires ou de leur fournir des moyens afin de porter atteinte à l'indépendance ou à la sécurité des Etats, ou de faire obstacle aux luttes de libération nationale.

Le terme mercenaire s'entend de toute personne :

i) qui est spécialement recrutée dans le pays ou à l'étranger pour combattre dans un conflit armé;

ii) qui prend en fait une part directe aux hostilités;

iii) qui prend part aux hostilités essentiellement en vue d'obtenir un avantage personnel et à laquelle est effectivement promise, par une partie au conflit ou en son nom, une rémunération matérielle nettement supérieure à celle qui est promise ou payée à des combattants ayant un rang et une fonction analogues dans les forces armées de cette partie;

iv) qui n'est ni ressortissante d'une partie au conflit, ni résidente sur le territoire contrôlé par une partie au conflit;

v) qui n'est pas membre des forces armées d'une partie au conflit;

vi) qui n'a pas été envoyée par un Etat autre qu'une partie au conflit en mission officielle en tant que membre des forces armées dudit Etat.

Commentaire

Cette définition est celle de l'article 47 du Protocole additionnel I[111] aux Conventions de Genève de 1949.

TITRE II. — CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

Article 12. — Actes constituant des crimes contre l'humanité

Constituent des crimes contre l'humanité :

1. Le génocide, c'est-à-dire tout acte commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe

[110] Convention pour la prévention et la répression du terrorisme, signée à Genève le 16 novembre 1937 (SDN, doc. C.546.M.383.1937.V).

[111] Voir *supra* note 40.

national, ethnique, racial ou religieux, comme tel, y compris :

i) le meurtre de membres du groupe;

ii) l'atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe;

iii) la soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle;

iv) les mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe;

v) le transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe.

Commentaire

Cette définition est celle de la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide[112] (art. II).

2. (PREMIÈRE VARIANTE). **L'*apartheid*, c'est-à-dire les actes définis par l'article II de la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'*apartheid* et, d'une façon générale, l'institution de tout système de gouvernement fondé sur une discrimination raciale, ethnique ou religieuse.**

2. (DEUXIÈME VARIANTE). **L'*apartheid*, qui englobe les politiques et pratiques semblables de ségrégation et de discrimination raciales telles qu'elles sont pratiquées en Afrique australe, désigne les actes inhumains indiqués ci-après, commis en vue d'instituer ou d'entretenir la domination d'un groupe racial d'êtres humains sur n'importe quel autre groupe racial d'êtres humains et d'opprimer systématiquement celui-ci.**

***a*) Refuser à un membre ou à des membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux le droit à la vie et à la liberté de la personne :**

i) en ôtant la vie à des membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux;

ii) en portant gravement atteinte à l'intégrité physique ou mentale, à la liberté ou à la dignité des membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux, ou en les soumettant à la torture ou à des peines ou des traitements cruels, inhumains ou dégradants;

iii) en arrêtant arbitrairement et en emprisonnant illégalement les membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux;

***b*) Imposer délibérément à un groupe racial ou à plusieurs groupes raciaux des conditions de vie destinées à entraîner leur destruction physique totale ou partielle;**

***c*) Prendre des mesures, législatives ou autres, destinées à empêcher un groupe racial ou plusieurs groupes raciaux de participer à la vie politique, sociale, économique et culturelle du pays, et créer délibérément des conditions faisant obstacle au plein développement du groupe ou des groupes considérés, en particulier en privant les membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux des libertés et droits fondamentaux de l'homme, notamment le droit au travail, le droit de former des syndicats reconnus, le droit à l'éducation, le droit de quitter son pays et d'y revenir, le droit à une nationalité, le droit de circuler librement et de choisir sa résidence, le droit à la liberté d'opinion et d'expression et le droit à la liberté de réunion et d'association pacifiques;**

***d*) Prendre des mesures, y compris des mesures législatives, visant à diviser la population selon des critères raciaux en créant des réserves et des ghettos séparés pour les membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux, en interdisant les mariages entre personnes appartenant à des groupes raciaux différents, et en expropriant les biens-fonds appartenant à un groupe racial ou à plusieurs groupes raciaux ou à des membres de ces groupes;**

***e*) Exploiter le travail des membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux, en particulier en les soumettant au travail forcé;**

***f*) Persécuter des organisations ou des personnes, en les privant des libertés et droits fondamentaux, parce qu'elles s'opposent à l'*apartheid*.**

Commentaire

Cette définition est celle de la Convention internationale de 1973 sur l'élimination et la répression du crime d'*apartheid*[113] (art. II).

3. **Les actes inhumains qui comprennent, sans y être limités, l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou les persécutions, commis contre des éléments d'une population pour des motifs sociaux, politiques, raciaux, religieux ou culturels.**

4. **Toute atteinte grave à une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde et la préservation de l'environnement humain.**

TITRE III. — LES CRIMES DE GUERRE

Article 13. — Définition du crime de guerre

PREMIÈRE VARIANTE

***a*) Constitue un crime de guerre toute infraction grave aux lois et coutumes de la guerre;**

***b*) Au sens du présent code, on entend par « guerre » tout conflit armé international ou non international, tel que défini par l'article 2 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949 et par le paragraphe 4 de l'article premier du Protocole additionnel I à ces conventions du 8 juin 1977.**

DEUXIÈME VARIANTE

a) *Définition du crime de guerre*

Constitue un crime de guerre toute infraction grave aux conventions, règles et coutumes applicables aux conflits armés internationaux ou non internationaux.

b) *Actes constituant un crime de guerre*

Constituent, notamment, des crimes de guerre :

i) Les atteintes graves aux personnes et aux biens et, notamment, l'homicide intentionnel, la torture, les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des

[112] Voir *supra* note 18.

[113] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1015, p. 243.

atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, la destruction ou l'appropriation de biens non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite ou arbitraire;

ii) L'emploi illicite d'armes, et notamment d'armes qui, par leur nature, frappent sans distinction les objectifs militaires et les objectifs non militaires, d'armes dont l'effet est incontrôlable et d'armes de destruction massive (en particulier l'usage en premier de l'arme nucléaire).

Commentaire

La première variante emploie le mot « guerre » dans son sens matériel, et non dans son sens formel. La deuxième variante emploie l'expression « conflit armé » de préférence au mot « guerre ». Les sous-alinéas i et ii sont communs aux deux variantes.

TITRE IV. — AUTRES INFRACTIONS

Article 14

Constituent également des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité :

A (PREMIÈRE VARIANTE). **Le complot en vue de commettre un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité.**

A (DEUXIÈME VARIANTE). **La participation à une entente en vue de commettre un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité.**

Commentaire

Les deux variantes A permettront à la Commission d'engager un débat sur le contenu du complot. La question se pose de savoir si l'on doit aussi incriminer l'entente elle-même, c'est-à-dire la *conspiracy*.

B. ***a*) La complicité dans un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité;**

***b*) La complicité s'entend de tout acte de participation antérieur ou postérieur au crime, ayant eu pour but soit de le provoquer ou de le faciliter, soit de faire entrave à la poursuite des auteurs de l'infraction.**

Commentaire

Si la Commission ne veut pas définir la complicité, le contenu du paragraphe *b* pourrait figurer dans un commentaire.

C. La tentative de commettre l'un quelconque des crimes définis dans le présent code.

Commentaire

Les infractions définies dans le présent code étant constituées par les crimes les plus graves, la tentative de les commettre est nécessairement punissable, et il n'y a pas lieu de faire ici de distinction entre les hypothèses où la tentative serait punissable et les hypothèses où elle ne le serait pas.

DROIT RELATIF AUX UTILISATIONS DES COURS D'EAU INTERNATIONAUX À DES FINS AUTRES QUE LA NAVIGATION

[Point 6 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/399 et Add.1 et 2

Deuxième rapport sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, par M. Stephen C. McCaffrey, rapporteur spécial

[Original: anglais]
[19 mars, 12 et 21 mai 1986]

TABLE DES MATIÈRES

Chapitres	*Paragraphes*	*Pages*
I. ETAT DES TRAVAUX SUR LE SUJET	1-53	90
A. Aperçu des faits survenus de 1970 à 1979	1-3	90
B. Mesures prises par la Commission à sa trente-deuxième session, en 1980	4-7	91
C. Aperçu des faits survenus de 1981 à 1983	8-9	92
D. Examen du sujet par la Commission à sa trente-sixième session, en 1984	10-30	92
1. Conception générale proposée par le Rapporteur spécial	12-14	93
2. Articles 1 à 9 proposés par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport	15-30	93
E. Commentaires formulés à la Sixième Commission de l'Assemblée générale au sujet de l'examen du sujet par la CDI à sa trente-sixième session	31-44	96
1. Observations générales	31	
2. Commentaires concernant la conception générale proposée par le Rapporteur spécial	32-34	97
3. Commentaires concernant les articles 1 à 9 proposés par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport	35-44	97
F. Rapport préliminaire de l'actuel Rapporteur spécial	45-49	98
1. Propositions en vue du futur programme de travail sur le sujet	45-47	98
2. Examen, par la Commission, des propositions du Rapporteur spécial, à la trente-septième session, en 1985	48-49	98
G. Commentaires formulés à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à propos de l'examen du sujet par la CDI à sa trente-septième session	50-53	99
II. ARTICLES 1 À 9 PRÉSENTÉS PAR LE PRÉCÉDENT RAPPORTEUR SPÉCIAL ET RENVOYÉS AU COMITÉ DE RÉDACTION À LA TRENTE-SIXIÈME SESSION EN 1984	54-187	99
A. Observations générales	57-59	100
B. Observations sur les aspects essentiels des articles renvoyés au Comité de rédaction en 1984	60-187	100
1. Définition du « [système de] cours d'eau international »	60-63	100
2. Accords relatifs aux cours d'eau internationaux	64-70	101
3. Principes généraux, droits et devoirs des Etats du cours d'eau (chap. II du projet)	71-99	104
a) La notion de « ressource naturelle partagée »	71-74	104
b) Utilisation et participation équitables	75-178	105
i) Traités	76-77	105
ii) Positions adoptées par les Etats dans les communications diplomatiques	78-99	108
a. La « doctrine Harmon » de la souveraineté absolue	79-91	108
i. Pratique des Etats-Unis d'Amérique en matière de traités	79-87	108
ii. Pratique d'autres Etats	88-91	111
b. Utilisation équitable ou « souveraineté limitée »	92-99	113
iii) Jurisprudence des tribunaux internationaux	100-133	116
a. Décisions judiciaires	102-110	116
i. Affaire de l'Oder	102-105	116
ii. Affaire des prises d'eau à la Meuse	106-107	117
iii. Affaire du détroit de Corfou	108-110	118

	Paragraphes	Pages
b. Sentences arbitrales	111-113	119
i) Affaire du lac Lanoux	111-124	119
ii) Affaire de la fonderie de Trail *(Trail Smelter)*	125-128	122
iii) Autres sentences arbitrales	129-133	124
iv) Autres instruments internationaux	134-155	125
a. Déclarations et résolutions adoptées par des organisations, conférences et réunions intergouvernementales	135-139	125
b. Rapports et études établis par des organisations intergouvernementales ou par des conférences d'experts gouvernementaux	140-150	126
c. Etudes émanant d'organisations non gouvernementales internationales	151-155	128
v) L'opinion des publicistes	156-163	130
vi) Décisions des tribunaux nationaux	164-168	133
vii) Résumé et conclusions	169-178	134
c) Le devoir de ne pas causer de dommage appréciable	179-187	137
Annexes. — Dispositions conventionnelles relatives à l'utilisation équitable		138
I. Dispositions conventionnelles relatives aux cours d'eau contigus		139
II. Dispositions conventionnelles relatives aux cours d'eau successifs		140

Chapitres	*Paragraphes*	
III. EXAMEN DE CERTAINES QUESTIONS AU CHAPITRE III DU PROJET	188-199	143
A. Indications générales	189-197	143
B. Projets d'articles sur les règles de procédure	198	145
Article 10. — Notification des utilisations nouvelles envisagées		145
Commentaires		145
Article 11. — Délai de réponse aux notifications		146
Commentaires		146
Article 12. — Réponse aux notifications, consultations et négociations sur les utilisations envisagées		146
Commentaires		147
Article 13. — Conséquences du non-respect des dispositions des articles 10 à 12		147
Commentaires		147
Article 14. — Utilisations envisagées d'extrême urgence		148
Commentaires		148
	Paragraphe	
C. Observations finales concernant d'autres projets d'articles sur les règles de procédure	199	148

CHAPITRE PREMIER

Etat des travaux sur le sujet

A. — Aperçu des faits survenus de 1970 à 1979

1. La Commission a inscrit le sujet intitulé « Utilisation des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation » dans son programme général de travail à sa vingt-troisième session, en 1971[1], comme suite à la recommandation faite par l'Assemblée générale dans sa résolution 2669 (XXV) du 8 décembre 1970. A sa vingt-sixième session, en 1974, la Commission était saisie d'un rapport supplémentaire du Secrétaire général sur les problèmes juridiques que posent les utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation[2]. A cette même session, la Commission a créé une sous-commission du droit des utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation, présidée par M. Richard D. Kearney. La Sous-Commission a soumis un rapport[3], dans lequel elle proposait qu'un questionnaire soit adressé aux Etats. La Commission a adopté le rapport de la Sous-Commission au cours de la même session et a également nommé M. Kearney rapporteur spécial pour le sujet[4].

2. A sa vingt-huitième session, en 1976, la Commission était saisie des réponses des gouvernements de vingt et un Etats Membres[5] au questionnaire[6] que le Secrétaire général avait adressé aux Etats Membres, ainsi que d'un rapport soumis par le Rapporteur spécial[7]. A cette même session, la Commission s'est principalement consacrée aux questions que soulevaient les réponses des Etats et dont traitait le rapport du Rapporteur spécial, concernant le champ des travaux de la Commission sur la question et le sens de l'expression « voies d'eau internationales ». A la suite de l'examen de la question à cette même session,

[1] Voir *Annuaire... 1971*, vol. II (1re partie), p. 370, doc. A/8410/Rev.1, par. 120.

[2] *Annuaire... 1974*, vol. II (2e partie), p. 291, doc. A/CN.4/274.

[3] *Annuaire... 1974*, vol. II (1re partie), p. 313, doc. A/9610/Rev.1, chap. V, annexe.

[4] *Ibid.*, p. 313, par. 159.

[5] *Annuaire... 1976*, vol. II (1re partie), p. 155, doc. A/CN.4/294 et Add.1.

[6] Le texte définitif du questionnaire qui a été adressé aux Etats Membres figure dans *Annuaire... 1976*, vol. II (1re partie), p. 158, doc. A/CN.4/294 et Add.1, par. 6; voir aussi *Annuaire... 1984*, vol. II (2e partie), p. 86, par. 262.

[7] *Annuaire... 1976*, vol. II (1re partie), p. 194, doc. A/CN.4/295.

les membres de la CDI ont été généralement d'accord pour dire qu'il n'y avait pas lieu d'étudier dès le début des travaux la question de savoir quelle portée il fallait donner à l'expression « voies d'eau internationales ». Mieux valait commencer à formuler les principes généraux applicables aux aspects juridiques des utilisations de ces voies d'eau[8].

3. A sa vingt-neuvième session, en 1977, la Commission a nommé M. Stephen M. Schwebel rapporteur spécial en remplacement de M. Kearney, qui n'avait pas sollicité sa réélection à la Commission[9]. M. Schwebel a présenté un exposé oral à la Commission en 1978, et, à la trente et unième session de la Commission, en 1979, il a soumis son premier rapport[10], qui contenait dix projets d'articles. A cette même session, la Commission a procédé à un débat général sur les questions soulevées dans ce rapport ou liées à l'ensemble du sujet.

B. — Mesures prises par la Commission à sa trente-deuxième session, en 1980

4. M. Schwebel a soumis un deuxième rapport contenant six projets d'articles à la trente-deuxième session de la Commission, en 1980[11]. A cette même session, les six articles ont été renvoyés au Comité de rédaction après examen du rapport par la Commission. Sur recommandation du Comité de rédaction, la Commission a adopté provisoirement à la même session les projets d'articles 1 à 5 et X ci-après :

Article premier. — Champ d'application des présents articles

1. Les présents articles s'appliquent aux utilisations des systèmes de cours d'eau internationaux et de leurs eaux à des fins autres que la navigation, et aux mesures de conservation liées aux utilisations de ces systèmes de cours d'eau et de leurs eaux.

2. Les présents articles ne s'appliquent à l'utilisation des eaux des systèmes de cours d'eau internationaux aux fins de la navigation que dans la mesure où d'autres utilisations des eaux ont une incidence sur la navigation ou sont affectées par elle.

Article 2. — Etats du système

Aux fins des présents articles, on entend par « Etat du système » tout Etat dans le territoire duquel se trouve une partie des eaux d'un système de cours d'eau international.

Article 3. — Accords de système

1. Un accord de système est un accord entre deux ou plusieurs Etats du système qui applique et adapte les dispositions des présents articles aux caractéristiques et aux utilisations d'un système de cours d'eau international particulier ou d'une partie d'un tel système.

2. Un accord de système définit les eaux auxquelles il s'applique. Il peut être conclu pour un système de cours d'eau international tout entier, ou pour une partie quelconque d'un tel système, ou pour un projet ou un programme particulier, ou pour une utilisation particulière, sous réserve de ne pas porter atteinte de façon sensible à l'utilisation des eaux d'un système de cours d'eau international par un ou plusieurs autres Etats de ce système.

3. Dans la mesure où les utilisations d'un système de cours d'eau international l'exigent, les Etats du système négocient de bonne foi en vue de conclure un ou plusieurs accords de système.

Article 4. — Parties à la négociation et à la conclusion d'accords de système

1. Tout Etat d'un système de cours d'eau international a le droit de participer à la négociation de tout accord de système qui s'applique à l'ensemble du système de cours d'eau international et de devenir partie à un tel accord.

2. Un Etat du système, dont l'utilisation des eaux du système de cours d'eau international risque d'être affectée de façon sensible par la mise en œuvre d'un éventuel accord de système ne s'appliquant qu'à une partie du système, ou à un projet ou un programme particulier, ou à une utilisation particulière, a le droit de participer à la négociation de cet accord, dans la mesure où son utilisation serait ainsi affectée, conformément à l'article 3 des présents articles.

Article 5. — Utilisation des eaux qui constituent une ressource naturelle partagée

1. Dans la mesure où l'utilisation des eaux d'un système de cours d'eau international dans le territoire d'un Etat du système a un effet sur l'utilisation des eaux de ce système dans le territoire d'un autre Etat du système, les eaux sont, aux fins des présents articles, une ressource naturelle partagée.

2. Les eaux d'un système de cours d'eau international qui constituent une ressource naturelle partagée sont utilisées par les Etats du système conformément aux présents articles.

Article X. — Rapports entre les présents articles et les autres traités en vigueur

Sans préjudice du paragraphe 3 de l'article 3, les dispositions des présents articles ne portent pas atteinte aux traités en vigueur se rapportant à un système particulier, ou à une partie d'un tel système, ou à un projet ou un programme particulier, ou à une utilisation particulière.

5. Egalement sur recommandation du Comité de rédaction, la Commission a adopté à sa trente-deuxième session une hypothèse provisoire de travail sur ce qu'il fallait entendre par l'expression « système de cours d'eau international ». L'hypothèse figurait dans une note libellée comme suit :

Un système de cours d'eau est formé d'éléments hydrographiques tels que fleuves et rivières, lacs, canaux, glaciers et eaux souterraines constituant, du fait de leur relation physique, un ensemble unitaire; toute utilisation qui a un effet sur les eaux d'une partie du système peut donc avoir un effet sur les eaux d'une autre partie.

Un « système de cours d'eau international » est un système de cours d'eau dont les éléments sont situés dans deux ou plusieurs Etats.

Dans la mesure où certaines parties des eaux se trouvant dans un Etat ne sont pas affectées par les utilisations des eaux se trouvant dans un autre Etat et n'ont pas d'effet sur ces utilisations, elles ne sont pas considérées comme faisant partie du système de cours d'eau international. Ainsi, c'est uniquement dans la mesure où les utilisations des eaux du système ont un effet les unes sur les autres que le système est international; le caractère international du cours d'eau n'est donc pas absolu mais relatif[12].

6. Dans son rapport sur sa trente-deuxième session, la Commission a appelé l'attention de l'Assemblée générale sur le fait que, dès le début de ses travaux, elle avait reconnu la diversité des cours d'eau internationaux tant pour ce qui est de leurs caractéristiques physiques que des besoins humains qu'ils permettent de satisfaire. Cependant, la Commission a également relevé que l'on

[8] *Annuaire... 1976*, vol. II (2e partie), p. 149, par. 164.

[9] *Annuaire... 1977*, vol. II (2e partie), p. 124, par. 79.

[10] *Annuaire... 1979*, vol. II (1re partie), p. 151, doc. A/CN.4/320.

[11] *Annuaire... 1980*, vol. II (1re partie), p. 155, doc. A/CN.4/332 et Add.1.

[12] *Annuaire... 1980*, vol. II (2e partie), p. 105, par. 90.

avait reconnu l'existence de certaines caractéristiques communes aux cours d'eau et qu'il était possible d'identifier certains principes de droit international déjà en vigueur et applicables aux cours d'eau internationaux en général. Mention a été faite à cet égard de notions telles que le principe de bon voisinage et le principe *sic utere tuo ut alienum non laedas*, ainsi que des droits souverains des Etats riverains.

7. Dans sa résolution 35/163 du 15 décembre 1980, l'Assemblée générale, notant avec satisfaction les progrès réalisés par la Commission dans l'élaboration du projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, a recommandé à la Commission de poursuivre l'élaboration du projet d'articles sur le sujet.

C. — Aperçu des faits survenus de 1981 à 1983

8. M. Schwebel ayant présenté sa démission à la Commission en raison de son élection à la CIJ, la Commission n'a pas abordé l'étude du sujet à sa trente-troisième session, en 1981. A sa trente-quatrième session, en 1982, la Commission a nommé M. Jens Evensen rapporteur spécial pour le sujet[13]. Etait également distribué à cette session le troisième rapport sur le sujet présenté par M. Schwebel, qui avait commencé à l'établir avant de démissionner de la Commission[14].

9. A sa trente-cinquième session, en 1983, la Commission était saisie du premier rapport soumis par M. Evensen[15]. Ce document contenait, pour orienter les débats, un avant-projet de convention composé de trente-neuf articles regroupés en six chapitres. A cette session, la Commission a examiné l'ensemble du rapport, en concentrant son attention sur la question de la définition de l'expression « système de cours d'eau international » et sur la question du système de cours d'eau international constituant une ressource naturelle partagée.

D. — Examen du sujet par la Commission à sa trente-sixième session, en 1984

10. A sa trente-sixième session, en 1984, la Commission était saisie du deuxième rapport soumis par M. Evensen[16]. Ce document contenait le texte révisé de l'avant-projet de convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation; ce texte comportait quarante et un projets d'articles regroupé en six chapitres, comme suit :

CHAPITRE PREMIER. — INTRODUCTION

Article premier. — Explication (définition) de l'expression « cours d'eau international » telle qu'elle s'applique dans la présente convention

Article 2. — Champ d'appalication de la présente convention

Article 3. — Etats du cours d'eau

Article 4. — Accords de cours d'eau

Article 5. — Parties à la négociation et à la conclusion d'accords de cours d'eau

CHAPITRE II.— PRINCIPES GÉNÉRAUX, DROITS ET DEVOIRS DES ETATS DU COURS D'EAU

Article 6. — Principes généraux concernant le partage des eaux d'un cours d'eau international

Article 7. — Partage équitable en ce qui concerne les utilisations des eaux d'un cours d'eau international

Article 8. — Détermination de l'utilisation raisonnable et équitable

Article 9. — Interdiction d'entreprendre des activités, en ce qui concerne un cours d'eau international, qui pourraient causer un dommage appréciable à d'autres Etats du cours d'eau

CHAPITRE III. — COOPÉRATION ET GESTION EN CE QUI CONCERNE LES COURS D'EAU INTERNATIONAUX

Article 10. — Principes généraux de coopération et de gestion

Article 11. — Notification aux autres Etats du cours d'eau. Teneur de la notification

Article 12. — Délais de réponse à la notification

Article 13. — Procédures à suivre en cas de protestation

Article 14. — Non-respect des dispositions des articles 11 à 13 par les Etats du cours d'eau

Article 15. — Gestion des cours d'eau internationaux. Création de commissions

Article 15 bis. — *Régularisation des cours d'eau internationaux*

[sur la base de l'article 27 de l'avant-projet initial]

Article 15 ter. — *Utilisations préférentielles*

[sur la base de l'article 29 de l'avant-projet initial]

Article 16. — Collecte, exploitation et communication d'informations et de données

Article 17. — Demandes spéciales d'informations et de données

Article 18. — Obligations spéciales concernant les informations relatives aux situations d'urgence

Article 19. — Informations confidentielles

CHAPITRE IV. — PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT, POLLUTION, RISQUES POUR LA SANTÉ, RISQUES NATURELS, SÉCURITÉ, ET SITES NATIONAUX ET RÉGIONAUX

Article 20. — Dispositions générales relatives à la protection de l'environnement

Article 21. — Objectifs de la protection de l'environnement

Article 22. — Définition de la pollution

Article 23. — Obligation de prévenir la pollution

Article 24. — Coopération entre les Etats du cours d'eau en vue d'assurer la protection contre la pollution. Atténuation et réduction de la pollution

Article 25. — La pollution et les situations d'urgence

Article 26. — Contrôle et prévention des risques liés à l'eau

[L'article 27 initial a été remplacé par l'article 15 *bis*]

Article 28. — Sécurité des cours d'eau internationaux, des installations et des constructions, etc.

---

[13] *Annuaire... 1982*, vol. II (2e partie), p. 127, par. 250.

[14] *Annuaire... 1982*, vol. II (1re partie), p. 79, doc. A/CN.4/348. Ce rapport contenait notamment les projets d'articles suivants : « Participation équitable » (art. 6); « Détermination de l'utilisation équitable » (art. 7); « Responsabilité d'un dommage appréciable » (art. 8); « Collecte, exploitation et communication d'informations et de données » (art. 9); « Pollution et protection de l'environnement » (art. 10); « Prévention et atténuation des catastrophes » (art. 11); « Régularisation des cours d'eau internationaux » (art. 12); « Sécurité des ressources en eau et des installations hydrauliques » (art. 13); « Absence d'utilisations préférentielles inhérentes » (art. 14); « Gestion administrative » (art. 15) et « Principes et procédures concernant la prévention et le règlement des différends » (art. 16).

[15] *Annuaire... 1983*, vol. II (1re partie), p. 161, doc. A/CN.4/367.

[16] *Annuaire... 1984*, vol. II (1re partie), p. 105, doc. A/CN.4/381.

Article 28 bis. — *Statut des cours d'eau internationaux, de leurs eaux, constructions, etc., dans les conflits armés* [nouvel article]

[L'article 29 initial a été remplacé par l'article 15 *ter*]

Article 30. — Classement de cours d'eau internationaux ou de parties de tels cours d'eau comme sites nationaux ou régionaux protégés

CHAPITRE V. — RÈGLEMENT PACIFIQUE DES DIFFÉRENDS

Article 31. — Obligation de régler les différends par des moyens pacifiques

Article 31 bis. — *Obligations résultant d'accords ou d'arrangements généraux, régionaux ou bilatéraux* [nouvel article]

Article 32. — Règlement des différends par voie de consultations et de négociations

Article 33. — Enquête et médiation

Article 34. — Conciliation

Article 35. — Fonctions et tâches de la Commission de conciliation

Article 36. — Effets du rapport de la Commission de conciliation. Partage des frais

Article 37. — Règlement par la Cour internationale de Justice, par un autre tribunal international ou par un tribunal arbitral permanent ou ad hoc

Article 38. — Force obligatoire de la décision rendue

CHAPITRE VI. — DISPOSITIONS FINALES

Article 39. — Rapports entre la présente convention et d'autres conventions et accords internationaux

11. Sur la proposition du Rapporteur spécial, la Commission a axé le débat sur les projets d'articles 1 à 9 et les questions connexes, contenus dans le deuxième rapport. A l'issue de ce débat, elle a décidé de renvoyer au Comité de rédaction ces projets d'articles 1 à 9, étant entendu que le Comité disposerait aussi du texte de l'hypothèse provisoire de travail, acceptée par la Commission à sa trente-deuxième session, en 1980 (v. *supra* par. 5), du texte des articles 1 à 5, adoptés provisoirement par la Commission à la même session (v. *supra* par. 4), ainsi que du texte des projets d'articles 1 à 9 présentés par le Rapporteur spécial dans son premier rapport[17].

1. CONCEPTION GÉNÉRALE PROPOSÉE PAR LE RAPPORTEUR SPÉCIAL

12. Le schéma de convention proposé par le Rapporteur spécial dans son premier rapport semblait acceptable. En conséquence, dans son deuxième rapport, le Rapporteur spécial n'a apporté au schéma lui-même que des modifications mineures et quelques additions, mais il a proposé des modifications plus importantes pour le texte de certains projets d'articles, comme il est indiqué ci-après.

13. La formule de l'« accord-cadre » semble de même avoir été largement acceptée par la Commission, et c'est également la formule qui a eu la faveur de la Sixième Commission de l'Assemblée générale (v. *infra* par. 32 et 33). Le Rapporteur spécial a estimé qu'en l'occurrence l'expression « accord-cadre » devait être appliquée de façon large et souple, partageant en cela l'avis de son prédécesseur, M. Schwebel, selon lequel,

[...] les travaux de la CDI devaient permettre d'élaborer [...] les principes et règlements généraux de gestion des cours d'eau internationaux en l'absence d'accord entre Etats concernés, et de définir des orientations pour la future négociation d'accords particuliers [...][18].

La Commission a semblé admettre dans l'ensemble que dans un texte-cadre il était nécessaire ou utile d'employer, avec mesure, des formules juridiques générales ou des normes concernant, par exemple, les « relations de bon voisinage », la « bonne foi », le partage « raisonnable et équitable » des ressources et le devoir de ne pas causer de « dommage appréciable » aux droits et intérêts d'autrui. Certains membres de la Commission ont appuyé cette approche assez large du sujet, tandis que d'autres ont estimé que les principes juridiques proposés étaient formulés d'une manière un peu trop générale. En outre, certains membres ont estimé que des recommandations et des directives n'avaient pas leur place dans un accord-cadre, tandis que d'autres ont considéré que ces recommandations et directives pourraient être utiles pour l'élaboration d'accords spécifiques de cours d'eau.

14. Enfin, il a été reconnu que la conception générale proposée par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport était fondée sur certaines modifications qu'il avait apportées au texte de ses projets d'articles révisés, et notamment à l'article 1er, où les termes « système de cours d'eau international » avaient été remplacés par « cours d'eau international », et à l'article 6, où la formule « le système de cours d'eau et ses eaux sont [...] une ressource naturelle partagée » avait fait place à la formule « les Etats du cours d'eau concernés se partagent l'utilisation des eaux du cours d'eau de façon raisonnable et équitable ». Ces modifications ont suscité des divergences de vues au sein de la Commission, comme il est indiqué ci-après. Les diverses questions en cause n'ont pas été tranchées de manière définitive au cours de la trente-sixième session, mais il y avait tout lieu de penser que les débats plus approfondis auxquels elles donneraient lieu seraient utiles à la Commission dans ses travaux futurs. Comme elle l'indique dans son rapport sur sa trente-sixième session,

[...] la CDI compte poursuivre ses travaux sur ce sujet à la lumière du débat que la Sixième Commission de l'Assemblée générale consacrera au rapport de la Commission sur les travaux de sa présente session, à la lumière des propositions et des suggestions que fera le Rapporteur spécial, et sur la base des rapports dans lesquels le Comité de rédaction rendra compte de son examen des projets d'articles 1 à 9[19].

2. ARTICLES 1 À 9 PROPOSÉS PAR LE RAPPORTEUR SPÉCIAL DANS SON DEUXIÈME RAPPORT

15. Les articles 1 à 9 proposés par le Rapporteur spécial forment les deux premiers chapitres du projet. Le chapitre Ier, intitulé « Introduction », contient les articles 1 à 5, et le chapitre II, intitulé « Principes généraux, droits et devoirs des Etats du cours d'eau », contient les articles 6 à 9. Comme il a été indiqué (*supra* par. 11), la Commission, à sa trente-sixième session, en 1984, a axé ses délibérations sur les articles 1 à 9, qu'elle a ensuite renvoyés au Comité de rédaction. En conséquence, le présent résumé de l'examen que la Commission a consacré, à sa session de 1984, au sujet portera essentiellement sur ces articles.

[17] *Annuaire... 1983*, vol. II (2e partie), p. 72 et suiv., notes 245 à 250.

[18] *Annuaire... 1982*, vol. II (1re partie), p. 82, doc. A/CN.4/348, par. 2.

[19] *Annuaire... 1984*, vol. II (2e partie), p. 92, par. 290 *in fine*.

16. Le texte révisé du projet d'article 1er[20] présenté dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial a donné lieu à des divergences de vues au sein de la Commission. Alors que l'article 1er proposé dans son premier rapport suivait de près l'hypothèse provisoire de travail acceptée par la Commission en 1980 sur le sens de l'expression « système de cours d'eau international » (v. *supra* par. 5), le Rapporteur spécial, dans son deuxième rapport, a recommandé d'abandonner la notion de « système » au profit de la notion plus simple de « cours d'eau international », parce qu'il était arrivé à la conclusion que la notion de « système » suscitait des objections tant à la CDI qu'à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, où l'on avait fait valoir qu'elle exprimait une approche tout aussi doctrinale que celle de « bassin de drainage » à laquelle la CDI avait précédemment renoncé.

17. Certains membres de la Commission ont approuvé la nouvelle approche proposée par le Rapporteur spécial dans le texte révisé de l'article 1er. Ils ont estimé que l'abandon de la notion de « système » faisait disparaître l'un des principaux obstacles aux progrès sur le sujet et aboutissait à une définition purement géographique, propre à constituer le fondement d'un projet d'ensemble, tout en évitant les connotations territoriales qui, selon eux, étaient inhérentes à la notion de « système ».

18. Tout en déplorant l'abandon de la notion de « système », certains membres ont indiqué qu'ils ne s'opposeraient pas à la modification proposée, à condition que cette modification n'ait qu'un caractère rédactionnel. Selon eux, toutefois, la suppression de la notion de « système » soulevait le problème conceptuel lié à la relativité du caractère international du cours d'eau, mise en évidence dans l'hypothèse provisoire de travail acceptée par la Commission en 1980 : il pouvait y avoir différents systèmes correspondant à différentes utilisations d'un même cours d'eau au même moment.

19. Pour d'autres membres, le projet d'article révisé s'écartait sensiblement de l'approche adoptée par la Commission à sa trente-deuxième session, en 1980. En effet, les articles provisoirement adoptés en 1980 (v. *supra* par. 4) constituaient un ensemble cohérent, et si l'on supprimait la notion de « système » il fallait repenser toutes les dispositions, en particulier les articles 4, 5 et 6.

20. Finalement, certains membres ont critiqué l'absence, dans le texte proposé par le Rapporteur spécial, d'indications, même non exhaustives, concernant les éléments hydrographiques éventuels d'un cours d'eau international. Ils ont jugé que mieux valait ajouter dans le texte de l'article les exemples donnés dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial (fleuves et rivières, lacs, canaux, affluents, ruisseaux et sources, glaciers et montagnes couvertes de neige, marécages, eaux souterraines et autres types de nappes aquifères)[21], pour pouvoir déterminer si ces éléments devaient faire l'objet d'articles distincts ou, tout au moins, d'un commentaire très détaillé.

21. Les projets d'articles 2[22] et 3[23] présentés dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial n'ont pas donné lieu à d'importantes divergences de vues. Le projet d'article 4[24] a fait l'objet de certains commentaires,

---

[20] Le projet d'article 1er révisé présenté dans le deuxième rapport étant libellé comme suit :

« *Article premier. — Explication (définition) de l'expression « cours d'eau international » telle qu'elle s'applique dans la présente convention*

« 1. Aux fins de la présente convention, un cours d'eau international est un cours d'eau — formé généralement d'eau douce — dont les parties ou les éléments pertinents sont situés dans deux ou plusieurs Etats (Etats du cours d'eau).

« 2. Dans la mesure où des éléments ou des parties du cours d'eau se trouvant dans un Etat ne sont pas affectés par les utilisations du cours d'eau dans un autre Etat et n'ont pas d'effet sur ces utilisations, ils ne sont pas considérés comme faisant partie du cours d'eau international aux fins de la présente convention.

« 3. Les cours d'eau qui sont susceptibles d'apparaître ou de disparaître (plus ou moins régulièrement) en tout ou en partie pour des causes saisonnières ou d'autres causes naturelles telles que les précipitations, le dégel, l'avulsion saisonnière, la sécheresse ou d'autres phénomènes similaires, sont régis par les dispositions de la présente convention.

« 4. Les deltas, estuaires et autres formations similaires composées d'eau saumâtre ou salée qui font naturellement partie d'un cours d'eau international seront également régis par les dispositions de la présente convention. »

[21] *Annuaire... 1984*, vol. II (1re partie), p. 111, doc. A/CN.4/381, par. 24.

[22] Le projet d'article 2 révisé présenté dans le deuxième rapport était libellé comme suit :

« *Article 2. — Champ d'application de la présente convention*

« 1. La présente convention s'applique aux utilisations des cours d'eau internationaux et de leurs eaux à des fins autres que la navigation et aux mesures d'administration, de gestion et de conservation liées aux utilisations de ces cours d'eau et de leurs eaux.

« 2. La présente convention ne s'applique à l'utilisation des eaux des cours d'eau internationaux aux fins de la navigation que dans la mesure où d'autres utilisations des eaux ont une incidence sur la navigation ou sont affectées par elle. »

[23] Le projet d'article 3 révisé présenté dans le deuxième rapport était libellé comme suit :

« *Article 3. — Etats du cours d'eau*

« Aux fins de la présente convention, on entend par « Etat du cours d'eau » tout Etat dans le territoire duquel se trouvent des éléments ou parties pertinents des eaux d'un cours d'eau international. »

[24] Le projet d'article 4 révisé présenté dans le deuxième rapport était libellé comme suit :

« *Article 4. — Accords de cours d'eau*

« 1. Aucune disposition de la présente convention ne portera atteinte à la validité et aux effets d'un accord de cours d'eau spécial ou d'accords de cours d'eau spéciaux qui, tenant compte des caractéristiques du cours d'eau particulier ou des cours d'eau particuliers concernés, prévoient des mesures en vue de l'administration, de la gestion, de la conservation et de l'utilisation raisonnables et équitables du cours d'eau ou des cours d'eau internationaux concernés ou de parties pertinentes desdits cours d'eau.

« Les dispositions du présent article s'appliquent indépendamment du fait que ledit accord spécial ou lesdits accords spéciaux sont conclus avant ou après l'entrée en vigueur de la présente convention pour les Etats du cours d'eau concerné.

« 2. Un accord de cours d'eau spécial devrait définir les eaux auxquelles il s'applique. Il peut être conclu pour un cours d'eau international tout entier ou pour une partie quelconque d'un tel cours d'eau ou pour un projet ou un programme particulier ou pour une utilisation particulière, sous réserve de ne pas porter atteinte de façon sensible à l'utilisation des eaux d'un cours d'eau international par un ou plusieurs autres Etats de ce cours d'eau.

« 3. Dans la mesure où les utilisations d'un cours d'eau international l'exigent, les Etats du cours d'eau négocient de bonne foi en vue de conclure un ou plusieurs accords ou arrangements de cours d'eau. »

et on s'est notamment interrogé sur le point de savoir si le texte révisé du paragraphe 1 était préférable à celui qui avait été présenté dans le premier rapport. Les membres de la Commission ont tous convenu, toutefois, que l'article avait pour but de sauvegarder et protéger les accords existants et d'encourager par tous les moyens les Etats à conclure des accords concernant les cours d'eau internationaux.

22. Les commentaires relatifs au projet d'article 5[25] ont plus particulièrement porté sur le paragraphe 2. Certains membres ont contesté l'utilité du critère énoncé dans l'expression « de façon sensible », bien que celle-ci fût reprise mot pour mot du paragraphe 2 de l'article 4 adopté provisoirement par la Commission en 1980. D'autres membres ont exprimé des doutes quant au fait que le paragraphe 1 donnait aux Etats du cours d'eau le droit de devenir parties à un accord de cours d'eau tandis que le paragraphe 2 ne leur reconnaissait que le droit de participer à la négociation de l'accord.

23. Plusieurs membres ont vu dans le chapitre II, composé des articles 6 à 9, le chapitre le plus important du projet d'articles puisqu'il énonçait les droits et obligations des Etats du cours d'eau. Le projet d'article 6[26] a fait l'objet d'un long débat, qui a porté en particulier sur le remplacement des mots « le système de cours d'eau et ses eaux sont [...] une ressource naturelle partagée » par les mots « les Etats du cours d'eau concernés se partagent l'utilisation des eaux du cours d'eau de façon raisonnable et équitable ». Le Rapporteur spécial a indiqué que si l'idée que les Etats du cours d'eau ont droit à une part raisonnable et équitable des avantages résultant de l'utilisation des eaux d'un cours d'eau international avait été acceptée à la CDI et à la Sixième Commission, en revanche, la notion de « ressource naturelle partagée » avait été très vivement critiquée.

24. Plusieurs membres de la Commission ont considéré que le texte révisé de l'article 6 représentait un progrès appréciable, car le nouveau libellé offrait une meilleure base pour un régime équitable des cours d'eau internationaux. Certains membres, toutefois, ont estimé qu'il était concevable qu'un accord de cours d'eau en vue d'un projet déterminé soit facilité par le recours à la notion de ressource naturelle partagée, si les Etats du cours d'eau concernés en convenaient.

25. D'autres membres de la Commission ont contesté la suppression de la notion de « ressource naturelle partagée ». Selon eux, l'idée que l'eau constitue une ressource naturelle partagée avait été consacrée par divers instruments internationaux et cette proposition n'était qu'une évidence de la nature. On a également fait observer qu'il serait nécessaire de voir en quoi la suppression de cette notion fondamentale affecterait le reste du projet.

26. Faisant le point du débat sur le projet d'article 6, le Rapporteur spécial a noté que la suppression de la notion de « ressource naturelle partagée » dans le texte révisé de l'article paraissait généralement acceptable. Il ne pouvait en revanche accepter l'idée, émise au cours du débat, de supprimer à l'article 6 toute mention de « partage ». Selon lui, à la base même du projet de rédaction d'un accord-cadre, il y avait précisément cette notion de convergence d'intérêts, d'interdépendance entre les Etats du cours d'eau qui, par sa nature même, supposait le partage des utilisations des eaux d'un cours d'eau international et des avantages en résultant.

27. Certains membres de la Commission se sont déclarés favorables, dans l'ensemble, au projet d'article 7[27], notant qu'il accréditait la notion importante de mise en valeur, d'utilisation et de partage raisonnables et équitables des eaux d'un cours d'eau international. Des opinions différentes ont été exprimées au sujet de l'inclusion dans l'article des principes de bonne foi et de relations de bon voisinage, certains membres approuvant leur présence dans l'article, d'autres jugeant ces notions trop vagues et incertaines, en particulier celle de relations de bon voisinage. La mention d'« utilisation optimale » a elle aussi été mise en doute. Le Rapporteur spécial a conclu que la première partie au moins de l'article avait été très bien accueillie et méritait donc d'être conservée. Il a reconnu que la seconde partie soulevait des difficultés qui, il l'espérait, pourraient être réglées à la satisfaction de tous. Il estimait aussi que la notion de « relations de bon voisinage » avait acquis droit de cité en droit international.

---

[25] Le projet d'article 5 révisé présenté dans le deuxième rapport était libellé comme suit :

« *Article 5. — Parties à la négociation et à la conclusion d'accords de cours d'eau*

« 1. Tout Etat du cours d'eau a le droit de participer à la négociation de tout accord de cours d'eau qui s'applique à l'ensemble du cours d'eau international et de devenir partie à un tel accord.

« 2. Un Etat du cours d'eau dont l'utilisation des eaux du cours d'eau international risque d'être affectée de façon sensible par la mise en œuvre d'un éventuel accord de cours d'eau ne s'appliquant qu'à une partie du cours d'eau ou à un projet ou un programme particulier, ou à une utilisation particulière, a le droit de participer à la négociation de cet accord, dans la mesure où son utilisation serait ainsi affectée. »

[26] Le projet d'article 6 révisé présenté dans le deuxième rapport était libellé comme suit :

« *Article 6. — Principes généraux concernant le partage des eaux d'un cours d'eau international*

« 1. Tout Etat du cours d'eau a, à l'intérieur de son territoire, droit à une part raisonnable et équitable des utilisations des eaux d'un cours d'eau international.

« 2. Dans la mesure où l'utilisation des eaux d'un cours d'eau international à l'intérieur du territoire d'un Etat du cours d'eau a un effet sur l'utilisation des eaux du cours d'eau dans le territoire d'un autre Etat du cours d'eau, les Etats du cours d'eau concernés se partagent l'utilisation des eaux du cours d'eau de façon raisonnable et équitable conformément aux articles de la présente convention et aux autres accords et arrangements conclus en ce qui concerne la gestion, l'administration ou les utilisations du cours d'eau international. »

[27] Le projet d'article 7 révisé présenté dans le deuxième rapport était libellé comme suit :

« *Article 7. — Partage équitable en ce qui concerne les utilisations des eaux d'un cours d'eau international*

« Les eaux d'un cours d'eau international seront mises en valeur, utilisées et partagées par les Etats du cours d'eau, d'une manière raisonnable et équitable, sur la base de la bonne foi et des relations de bon voisinage, en vue d'en assurer l'utilisation optimale de manière compatible avec les exigences d'une protection et d'un contrôle adéquat du cours d'eau international et de ses éléments. »

28. Un certain nombre de membres de la Commission ont estimé que le projet d'article 8[28] était un élément important du projet, car il permettrait de déterminer plus facilement si l'utilisation des eaux d'un cours d'eau international s'effectuait d'une manière « raisonnable et équitable » dans une situation donnée. D'autres membres ont estimé qu'une liste non exhaustive comme celle qui était proposée à l'article 8 n'aurait qu'un intérêt limité. Ils ont été d'avis que l'article 8 devrait donc se limiter essentiellement à la première phrase du paragraphe 1.

29. Le projet d'article 9[29] a fait l'objet de nombreux commentaires. Plusieurs membres se sont déclarés favorables pour l'essentiel au texte présenté par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport, et ont estimé que l'ensemble du projet pouvait être édifié sur le principe de base énoncé dans cet article, à savoir, *sic utere tuo ut alienum non laedas*, qui constituait le fondement des principes énoncés dans les articles 7 et 8. Plusieurs membres n'en ont pas moins demandé que cet article soit explicité et qu'il soit précisé que l'obligation de s'abstenir de toute activité de nature à causer un dommage appréciable cessait dès lors qu'un accord de cours d'eau prévoyait une répartition équitable des avantages découlant de cette activité. En outre, certains membres ont estimé que le critère de « dommage appréciable » était trop strict et qu'une formule telle que « qui dépasseraient la part équitable d'un Etat » ou « qui priveraient un autre Etat de sa part équitable » serait préférable. On a signalé à cet égard que l'emploi du mot « dommage » risquait de mettre en conflit la notion de « part équitable » figurant à l'article 6 et celle de l'absence de « dommage appréciable » figurant à l'article 9. On a estimé que ces deux articles pourraient être conciliés en utilisant à l'article 9 un libellé qui interdirait de causer un dommage appréciable, sauf dans la mesure où le permettrait une détermination convenue de la répartition équitable du cours d'eau considéré. Enfin, on a fait observer que l'article, tel qu'il était actuellement libellé, ne visait pas clairement les dommages futurs, par exemple l'impossibilité d'entreprendre par la suite un projet ou d'utiliser les eaux à telle ou telle fin.

30. Résumant le débat consacré au sujet à la trente-sixième session, le Rapporteur spécial a noté que sur certaines des questions fondamentales soulevées par les projets d'articles 1 à 9 les opinions semblaient très nettement divergentes. Il a donc proposé de « renvoyer à titre provisoire ces articles » au Comité de rédaction, lequel pourrait alors lui donner des directives qui l'aideraient à rédiger des textes plus acceptables pour la Commission dans la suite de ses travaux. La Commission en a décidé ainsi[30].

E. — Commentaires formulés à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à propos de l'examen du sujet par la CDI à sa trente-sixième session[31]

[28] Le projet d'article 8 révisé présenté dans le deuxième rapport était libellé comme suit :

« *Article 8. — Détermination de l'utilisation raisonnable et équitable*

« 1. Pour déterminer si l'utilisation des eaux d'un cours d'eau international par un Etat du cours d'eau s'effectue d'une manière raisonnable et équitable conformément à l'article 7, il sera tenu compte de tous les facteurs pertinents, qu'ils soient de caractère général ou qu'ils soient propres au cours d'eau international considéré. Il s'agit notamment des facteurs suivants :

« *a*) facteurs géographiques, hydrographiques, hydrologiques et climatiques, ainsi que d'autres circonstances pertinentes relatives au cours d'eau concerné;

« *b*) besoins particuliers de l'Etat du cours d'eau concerné pour ce qui est de la ou des utilisations en question, par comparaison avec les besoins des autres Etats du cours d'eau;

« *c*) réalisation d'un équilibre raisonnable et équitable entre les droits et intérêts pertinents des Etats du cours d'eau concernés;

« *d*) apport en eau au cours d'eau international par l'Etat du cours d'eau concerné, par comparaison avec l'apport d'autres Etats du cours d'eau;

« *e*) mise en valeur et conservation par l'Etat du cours d'eau concerné du cours d'eau international et de ses eaux;

« *f*) autres utilisations des eaux d'un cours d'eau international par l'Etat concerné, par comparaison avec les utilisations qui en sont faites par d'autres Etats du cours d'eau, y compris l'efficacité de telles utilisations;

« *g*) coopération avec d'autres Etats du cours d'eau à la réalisation de projets ou de programmes destinés à obtenir une utilisation, une protection et un contrôle optimaux du cours d'eau et de ses eaux, compte tenu du rapport coût-efficacité et du coût d'autres projets;

« *h*) pollution du cours d'eau international par l'Etat ou les Etats du cours d'eau concernés, d'une manière générale ou comme conséquence d'une utilisation particulière, le cas échéant;

« *i*) autres incidences ou effets préjudiciables, le cas échéant, d'une telle utilisation pour les utilisations, droits ou intérêts d'autres Etats du cours d'eau, y compris notamment les effets préjudiciables sur les utilisations actuelles par ces Etats des eaux du cours d'eau international et son incidence sur les mesures de protection et de contrôle appliquées par d'autres Etats du cours d'eau;

« *j*) accès pour l'Etat en question et pour d'autres Etats du cours d'eau à d'autres sources d'approvisionnement en eau;

« *k*) ampleur et type de la coopération établie entre l'Etat du cours d'eau concerné et d'autres Etats du cours d'eau pour des programmes et des projets concernant l'utilisation des eaux du cours d'eau international en vue d'obtenir une utilisation optimale, une gestion raisonnable ainsi que la protection et le contrôle de ces eaux.

« 2. Pour déterminer si, conformément au paragraphe 1 du présent article, une utilisation est raisonnable et équitable, les Etats du cours d'eau concernés procéderont à des négociations dans un esprit de bonne foi et de bon voisinage, afin de régler les questions en suspens.

« Si les Etats du cours d'eau concernés ne parviennent pas à un accord dans un délai raisonnable par voie de négociations, ils auront recours aux procédures de règlement pacifique prévues au chapitre V de la présente convention. »

[29] Le projet d'article 9 révisé présenté dans le deuxième rapport était libellé comme suit :

« *Article 9. — Interdiction d'entreprendre des activités, en ce qui concerne un cours d'eau international, qui pourraient causer un dommage appréciable à d'autres Etats du cours d'eau*

« Un Etat du cours d'eau s'abstiendra de toutes utilisations ou activités, en ce qui concerne un cours d'eau international, qui pourraient causer un dommage appréciable aux droits ou aux intérêts d'autres Etats du cours d'eau, et empêchera (dans les limites de sa juridiction) de telles utilisations ou activités, à moins qu'un accord de cours d'eau ou un autre accord ou arrangement n'en dispose autrement. »

[30] *Annuaire... 1984*, vol. II (2e partie), p. 101, par. 343.

[31] Exposé fondé sur la section F du « Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats de la Sixième Commission sur le rapport de la CDI durant la trente-neuvième session de l'Assemblée générale » (A/CN.4/L.382), où l'on trouvera de plus amples détails.

1. Observations générales

31. La CDI a été félicitée pour les progrès sensibles qu'elle avait réalisés dans l'examen de cette question. On a souligné qu'en dépit de certaines difficultés conceptuelles qui étaient apparues tant à la CDI qu'à la Sixième Commission le texte révisé du projet d'articles constituait une base générale pour la poursuite des travaux sur ce sujet. Malgré certaines divergences de vues paraissant subsister au sein de la CDI, il semblait que le projet d'articles était déjà bien avancé et les travaux consacrés à cette question représentaient pour elle une tâche prioritaire.

2. Commentaires concernant la conception générale proposée par le Rapporteur spécial

32. De nombreux représentants qui ont pris la parole sur cette question ont loué l'idée de l'élaboration d'un « accord-cadre », qui était conforme à la démarche adoptée par la CDI en 1980. On a dit qu'étant donné que les relations politiques et la volonté de coopérer des Etats riverains étaient très variables, les règles générales figurant dans l'accord-cadre devraient être suffisamment précises et détaillées pour protéger les droits des parties intéressées en l'absence d'accords particuliers. S'agissant de la question de savoir si l'accord-cadre ne devrait contenir que des principes juridiques, certains représentants ont appuyé le point de vue du Rapporteur spécial selon lequel un tel accord devait, indépendamment de ces principes, contenir des directives et recommandations susceptibles d'être adaptées à des accords de cours d'eau spécifiques. On a déclaré toutefois que les notions et les dispositions générales devaient être complétées par des mécanismes précis susceptibles de leur conférer un contenu spécifique et d'éviter des conflits dans des cas concrets.

33. Certains représentants ont exprimé des doutes au sujet de la formule de l'accord-cadre. L'un d'eux a estimé qu'il était difficile de voir dans quelles situations l'ensemble des Etats qui partageaient le même cours d'eau deviendraient parties à l'accord-cadre sans avoir à conclure un accord spécifique de cours d'eau. L'idée de donner au projet d'articles la forme de règles types était néanmoins séduisante. Il serait possible de s'inspirer de la forme définitive du projet d'articles, quelle qu'elle soit, pour conclure des accords de cours d'eau et donner corps aux quelques règles en la matière. On a exprimé l'opinion qu'il restait à prouver que le projet à l'étude répondait complètement à la définition d'un accord-cadre que les pays intéressés pourraient adapter à leurs besoins particuliers. Selon cette opinion, cet accord devrait être libellé en des termes plus souples et plus légers.

34. Certains représentants se sont déclarés préoccupés de constater que le Rapporteur spécial était revenu sur certaines des notions fondamentales qui sous-tendaient le projet d'articles, notamment la notion de « système », la définition d'un « cours d'eau international » et la notion de « ressources naturelles partagées ». On s'est demandé si les nouvelles définitions constituaient réellement un progrès. Enfin, la CDI et le Rapporteur spécial ont été instamment priés d'éviter de réexaminer chaque année des textes déjà adoptés à titre provisoire par la CDI.

3. Commentaires concernant les articles 1 à 9 proposés par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport

35. Les commentaires formulés à la Sixième Commission au sujet des articles 1 à 9 ont été très semblables aux opinions exprimées à la CDI. On en fera ici un bref résumé pour la commodité du lecteur, en s'attachant tout particulièrement aux articles qui ont davantage retenu l'attention tant à la CDI qu'à la Sixième Commission, à savoir les articles 1, 6 et 9.

36. Diverses opinions ont été exprimées à la Sixième Commission au sujet du projet d'article 1er, et plus précisément de la suppression de la notion de « système ». Certains représentants ont approuvé le Rapporteur spécial d'avoir remplacé l'expression « système de cours d'eau international » par l'expression « cours d'eau international ». Plus particulièrement, on a dit que le recours à la notion de « système » était quelque peu ambigu, car cette notion pouvait sous-entendre l'idée de juridiction sur des zones terrestres. Certains représentants se sont félicités de ce que le Rapporteur spécial ait donné l'assurance que le libellé du projet d'article 1er avait subi des modifications plus sémantiques que conceptuelles. D'autres représentants, toutefois, ont regretté que l'on ait abandonné la notion moderne et riche de « système ». Selon eux, l'abandon de cette notion signifiait que l'on avait éliminé une des pierres angulaires du projet. La CDI a donc été instamment priée de revenir à la notion de « système », car on ne pouvait fermer les yeux sur le lien naturel existant entre les divers éléments du fait même qu'ils formaient un système.

37. Les quelques observations qui ont été faites à la Sixième Commission au sujet des projets d'articles 2 et 3 ont dans l'ensemble fait écho à celles qui avaient été formulées à la CDI. Entre autres commentaires concernant le projet d'article 4, certains représentants ont critiqué la nouvelle formulation du paragraphe 1 de cet article, qui, selon eux, allait trop loin en donnant aux dispositions de l'accord-cadre un statut auquel les Etats du cours d'eau ne pourraient déroger par voie d'accord. S'agissant du paragraphe 2 du projet d'article 4, plusieurs représentants ont critiqué le caractère vague de l'expression « de façon sensible » et suggéré d'énoncer des critères pour rendre cette expression plus précise. Des observations analogues ont été faites au sujet de la même expression, que l'on retrouve dans le projet d'article 5. En ce qui concerne le projet d'article 5 dans son ensemble, alors que certains représentants l'ont approuvé sous condition, d'autres ont fait part de leurs doutes ou formulé des réserves.

38. Plusieurs représentants se sont déclarés satisfaits que le Rapporteur spécial ait remplacé, dans le projet d'article 6, la notion de « ressources naturelles partagées » par la notion de « partage de l'utilisation des eaux de façon raisonnable et équitable » et ont estimé que le texte révisé constituait un progrès notable, car il apportait à l'ensemble de l'article un meilleur équilibre. Certains représentants ont noté avec satisfaction que le

Rapporteur spécial avait donné l'assurance que les changements introduits dans la version révisée du projet d'article 6 étaient d'ordre terminologique et ne visaient pas le fond. Ils ont estimé que si la notion de partage formait encore la base du projet, elle le faisait d'une manière plus générale et évitait les éléments de doctrine implicitement contenus dans la notion de « ressources naturelles partagées ».

39. Certains représentants ont estimé qu'il y avait un manque d'équilibre dans le texte révisé de l'article, car on semblait y mettre davantage l'accent sur la notion de « partage » que sur le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, qu'il convenait de mettre davantage en valeur. Ainsi, selon certains représentants, il fallait éviter dans l'article toute idée de partage sous quelque forme que ce soit.

40. Par ailleurs, certains autres représentants ont regretté ou déploré l'élimination de la notion de « ressources naturelles partagées ». Selon eux, cette notion mettait en relief la corrélation nécessaire entre les droits des Etats coriverains et constituait le fondement de certaines obligations essentielles dans ce domaine. Ils ont estimé que l'abandon de cette notion ainsi que la suppression de la notion de « système » dans le projet d'article 1er remettaient en cause les raisonnements qui sous-tendaient certains articles. Des doutes ont également été émis au sujet de la notion de « partage raisonnable et équitable ».

41. Un certain nombre de représentants ont appuyé le projet d'article 7 comme constituant le corollaire nécessaire du projet d'article 6. Des doutes ont toutefois été formulés au sujet des expressions « utilisation optimale », « relations de bon voisinage », « protection et contrôle » et « partagées », parce qu'elles pouvaient donner lieu à des abus ou être interprétées de façon erronée. Le projet d'article 8 a suscité des réactions diverses. Certains représentants ont estimé que les facteurs qui y étaient énoncés constituaient une énumération d'éléments de référence non obligatoires et non exhaustifs devant servir à déterminer si l'utilisation des eaux était raisonnable et équitable. D'autres représentants ont contesté l'utilité d'une longue liste non limitative de facteurs et ont prié la CDI de réexaminer la question.

42. Plusieurs représentants ont approuvé le projet d'article 9 qui était, selon eux, l'une des dispositions fondamentales du projet tout entier. Ils ont estimé que l'adage *sic utere tuo ut alienum non laedas* devait se voir réserver une place prépondérante dans le projet, car l'obligation de ne pas causer de préjudice à d'autres Etats était reconnue comme constituant un principe généralement accepté du droit international. En même temps, le projet exprimait des tendances modernes en excluant du champ de l'interdiction les effets préjudiciables qui ne dépassaient pas le seuil du « dommage appréciable », ce qui créait un lien entre le sujet à l'étude et celui de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international.

43. Certains représentants ont estimé que l'expression « dommage appréciable » demandait à être clarifiée pour être acceptable. D'autres ont jugé que la notion de « dommage appréciable » était trop vague pour qu'on puisse l'employer dans cet article. Enfin, certains représentants ont indiqué qu'il pourrait y avoir contradiction entre la détermination de l'utilisation raisonnable et équitable des cours d'eau visée aux articles 6 à 8, d'une part, et l'interdiction d'entreprendre des activités qui pourraient causer des dommages appréciables prévue à l'article 9, d'autre part.

44. Les chapitres III, IV et VI du projet révisé du Rapporteur spécial ont également fait l'objet de commentaires à la Sixième Commission, moins nombreux toutefois que dans le cas des chapitres I et II. Comme ce sont surtout ces deux premiers chapitres qui ont retenu l'attention de la CDI et de la Sixième Commission, ces commentaires ne sont pas résumés dans le présent rapport.

F. — Rapport préliminaire de l'actuel Rapporteur spécial

1. Propositions en vue du futur programme de travail sur le sujet

45. Dans son rapport préliminaire[32], présenté à la trente-septième session de la Commission, en 1985, l'actuel Rapporteur spécial a fait deux recommandations au sujet du futur programme de travail de la Commission sur le sujet : premièrement, que les projets d'articles 1 à 9, qui avaient été renvoyés au Comité de rédaction en 1984, soient autant que possible examinés par le Comité, à la trente-huitième session, en 1986, et ne fassent pas l'objet d'un autre débat général en séance plénière, et, deuxièmement, que le Rapporteur spécial, pour élaborer d'autres projets d'articles sur le sujet, suive le plan d'ensemble du schéma de convention proposé par son prédécesseur.

46. En ce qui concerne sa première recommandation, le Rapporteur spécial a indiqué son intention d'exposer brièvement, dans son deuxième rapport, ses vues touchant les neuf articles renvoyés au Comité de rédaction en 1984. Il lui semblait que les travaux de la Commission gagneraient en efficacité si toute discussion en séance plénière sur ces articles se limitait, en principe, aux réactions que susciteraient les vues exprimées à leur sujet dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial.

47. En ce qui concerne sa seconde recommandation, le Rapporteur spécial a indiqué qu'il se proposait de présenter, dans son deuxième rapport, une série de projets d'articles d'une longueur et d'une portée raisonnables concernant quelques-unes des questions traitées au chapitre III du schéma de convention.

2. Examen, par la Commission, des propositions du Rapporteur spécial à la trente-septième session, en 1985[33]

48. Les membres de la Commission qui ont présenté des observations sur le rapport préliminaire du Rapporteur spécial ont approuvé dans l'ensemble son intention de tenir compte autant que possible des progrès déjà accomplis. On a souligné l'importance qu'il y avait à

[32] *Annuaire... 1985*, vol. II (1re partie), p. 87, doc. A/CN.4/393.

[33] Voir *Annuaire... 1985*, vol. II (2e partie), p. 72, par. 284 à 289.

continuer les travaux sur le sujet sans trop perdre d'élan, eu égard en particulier à l'urgence des problèmes de l'eau douce, qui étaient au nombre des plus graves de ceux auxquels l'humanité devait faire face.

49. On a reconnu en même temps que le sujet était difficile et délicat. On a appelé l'attention sur le fait que, en 1984, il n'y avait pas eu de consensus su certaines des principales questions soulevées par les articles 1 à 9 qui avaient été renvoyés cette même année au Comité de rédaction, et qu'il fallait donc en poursuivre l'examen. On a noté que la Commission pourrait procéder à cet examen lorsqu'elle étudierait le deuxième rapport du Rapporteur spécial, qui contiendrait un exposé concis de ses vues touchant les principales questions soulevées par ces articles.

G. — Commentaires formulés à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à propos de l'examen du sujet par la CDI à sa trente-septième session[34]

50. Commentant l'examen de ce sujet par la CDI, à sa trente-septième session, en 1985, un certain nombre de représentants ont approuvé les propositions de l'actuel Rapporteur spécial quant à la manière dont la CDI pourrait organiser ses travaux futurs. Ils se sont félicités de ce que la CDI ait l'intention de tenir compte des progrès déjà accomplis et de faire de nouveaux progrès qui se concrétiseraient par l'adoption provisoire de projets d'articles[35]. Plusieurs représentants ont souligné l'importance et l'urgence du sujet[36].

51. Quelques représentants se sont cependant demandé si, eu égard aux différents types de cours d'eau et aux diverses conceptions qu'on en avait, le sujet se prêtait à une codification ou à des règles universelles. D'après eux, les obligations des Etats concernant les cours d'eau internationaux se prêtaient mieux à des accords régionaux qu'à une convention internationale. Ces représentants estimaient que la CDI devait donc se limiter à formuler des principes directeurs et des recommandations de caractère général[37].

52. En revanche, d'autres représentants ont soutenu qu'il serait en fait possible, en se fondant sur les travaux déjà effectués, de formuler des règles générales sur les cours d'eau internationaux ainsi que des règles destinées à faciliter la coopération entre Etats riverains en vue d'améliorer la gestion des cours d'eau[38]. Certains représentants ont également appuyé la formule de l'accord-cadre[39] et ont estimé que le schéma de convention établi par le précédent Rapporteur spécial devrait servir de modèle aux Etats pour l'élaboration d'accords sur le sujet[40].

53. Si, comme il a été indiqué plus haut (par. 50), un certain nombre de représentants se sont félicités de ce que la CDI ait l'intention de tenir compte des progrès déjà accomplis, d'autres ont fait observer qu'il ne fallait pas écarter la possibilité d'examiner au fond certains des textes déjà renvoyés au Comité de rédaction, compte tenu de l'importance et de la complexité du sujet et du fait qu'on n'était pas parvenu à un consensus sur certains points essentiels[41].

[34] Voir « Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats de la Sixième Commission sur le rapport de la CDI durant la quarantième session de l'Assemblée générale » (A/CN.4/L.398), sect. G.

[35] *Ibid.*, par. 448.

[36] *Ibid.*, par. 445 et 446.

[37] *Ibid.*, par. 452, et p. ex. les observations du représentant de l'URSS (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Sixième Commission*, 25e séance, par. 56), et de celui du Viet Nam (*Documents officiels...*, 27e séance, par. 79).

[38] Voir « Résumé thématique... » (A/CN.4/L.398, par. 454, et p. ex. les observations du représentant de l'Espagne (*Documents officiels...*, 32e séance, par. 78). Le représentant de l'Iraq s'est déclaré déconcerté par les doutes qu'il avait entendu exprimer par certains en ce qui concernait l'intérêt du sujet et son importance vitale pour les Etats, « puisque personne n'exprimait de tels doutes à la CDI ». (*Documents officiels...*, 29e séance, par. 10.)

[39] « Résumé thématique... » (A/CN.4/L.398), par. 455.

[40] *Ibid.*, par. 456.

[41] *Ibid.*, par. 458, et les observations du représentant de la Bulgarie (*Documents officiels...*, 27e séance, par. 30).

CHAPITRE II

Articles 1 à 9 présentés par le précédent Rapporteur spécial et renvoyés au Comité de rédaction à la trente-sixième session, en 1984

54. Dans son rapport préliminaire, l'actuel Rapporteur spécial, tout en recommandant que les articles 1 à 9 renvoyés au Comité de rédaction en 1984 ne fassent pas l'objet d'un autre débat général en 1986, a déclaré qu'il jugeait approprié d'exposer brièvement dans son deuxième rapport ses vues touchant ces articles. Les articles en question se rapportent à beaucoup de points déjà traités dans les articles adoptés provisoirement par la Commission en 1980 : champ d'application du projet; définition des « Etats du système » ou des « Etats du cours d'eau »; définition des « accords de système » ou des « accords de cours d'eau » et identification des Etats ayant le droit de participer à la négociation de ces accords et d'y devenir parties; et partage des eaux d'un cours d'eau international. Les articles renvoyés au Comité de rédaction en 1984 contenaient également une « explication » (définition) de l'expression « cours d'eau international » (art. 1); ils donnaient une liste non exhaustive des facteurs à prendre en considération pour déterminer ce qui constitue une utilisation raisonnable et équitable (art. 8) et comportaient l'interdiction d'entreprendre des activités qui pourraient causer un dommage appréciable à d'autres Etats du cours d'eau (art. 9). Les articles adoptés en 1980 contenaient aussi

un article X intitulé « Rapports entre les présents articles et les autres traités en vigueur », et ils étaient accompagnés d'une « hypothèse provisoire de travail » sur ce qu'il fallait entendre par l'expression « système de cours d'eau international » (v. *supra* par. 5).

55. Lorsqu'elle a renvoyé au Comité de rédaction les projets d'articles 1 à 9 présentés par le précédent Rapporteur spécial, la Commission a indiqué qu'il était entendu que « le Comité de rédaction disposerait aussi du texte de l'hypothèse provisoire de travail acceptée par la Commission à sa trente-deuxième session, en 1980, du texte des articles 1 à 5 et X adoptés provisoirement par la Commission à la même session, ainsi que du texte des articles 1 à 9 proposés par le Rapporteur spécial dans son premier rapport[42] ». L'actuel Rapporteur spécial présume que le Comité de rédaction pourra continuer de disposer de ces documents dans ses délibérations.

56. Il est évident que les articles renvoyés au Comité de rédaction en 1984 traitent de notions et de principes qui sont à la base de tout le projet. A certains égards, ces articles s'alignent sur ceux qui ont été adoptés en 1980; à d'autres égards, ils s'en écartent sensiblement et vont même au-delà des articles précédents. Cependant, les deux groupes d'articles sont le fruit de discussions qui ont eu lieu à la CDI et à la Sixième Commission depuis 1974. Certaines différences entre les deux groupes d'articles correspondent à des divergences d'opinion apparues au sein de la CDI et de la Sixième Commission à propos d'idées et de principes fondamentaux. D'autres s'expliquent peut-être par de simples préférences de style et de rédaction du précédent Rapporteur spécial. En tout état de cause, l'actuel Rapporteur spécial est parfaitement conscient que, en élaborant des articles sur ce sujet, ni lui ni la CDI ne partent de rien. Il s'efforcera donc de guider la Commission en s'inspirant, autant que possible, de l'expérience que celle-ci a acquise en la matière et du souci d'éviter les écueils qui se sont présentés dans le passé.

A. — Observations générales

57. La méthode que le Rapporteur spécial s'efforce de suivre appelle certaines considérations générales qui s'appliquent à l'ensemble du projet mais plus spécialement aux articles du début, qui en sont le fondement. Comme ces considérations se rapportent à tout le groupe de neuf articles actuellement examiné, peut-être convient-il de les énoncer tout d'abord pour éviter toute répétition.

58. En premier lieu, le Rapporteur spécial tient à souligner combien il importe de garder constamment à l'esprit la nature exceptionnelle du sujet : la tâche de la Commission est de développer progressivement et de codifier des règles juridiques qui s'appliquent à des phénomènes physiques[43]; il est évident que la Commission ne peut méconnaître ces phénomènes, pas plus qu'elle ne pourrait méconnaître la pratique pertinente des Etats, lorsqu'elle formule des articles destinés à servir de cadre pour régler, en l'absence d'accord, les relations entre Etats en ce qui concerne les cours d'eau internationaux. Comme la Commission l'a fait observer dans son rapport sur sa trente et unième session, « on peut dire que les conséquences internationales des caractéristiques physiques de l'eau sont que celle-ci n'est pas cantonnée à l'intérieur de frontières politiques, et qu'elle a la propriété de transmettre à une région les modifications ou les répercussions des modifications qui se produisent dans une autre[44] ».

59. La deuxième préoccupation majeure du Rapporteur spécial est que la CDI veille à ce que des articles relatifs au présent sujet soient formulés avec simplicité. Il faut garder à l'esprit que la méthode adoptée par la CDI et approuvée par la Sixième Commission consiste à préparer un accord-cadre, qui contienne des principes généraux et des règles de nature supplétive et fournisse des directives pour la négociation des futurs accords. Le Rapporteur spécial considère donc, étant donné l'objectif qui vient d'être mentionné, que vouloir entrer dans les détails d'application risquerait d'aller à l'encontre du but recherché et de faire perdre beaucoup de temps. En outre, la notion même d'accord-cadre implique que l'instrument en question contienne les règles juridiques fondamentales qui gouvernent les relations des Etats en ce qui concerne les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. En conséquence, le Rapporteur spécial se permet de suggérer que, du moins au début, la Commission se concentre sur l'élaboration des principes juridiques fondamentaux qui sont ici en jeu. Une fois cette tâche accomplie, la Commission voudra peut-être examiner s'il y a lieu de faire des recommandations concernant diverses formes de dispositions non obligatoires, c'est-à-dire d'établir des mécanismes institutionnels pour la mise en œuvre des obligations stipulées dans les articles.

B. — Observations sur les aspects essentiels des articles renvoyés au Comité de rédaction en 1984

1. Définition du « [système de] cours d'eau international »

60. Les articles adoptés provisoirement par la Commission en 1980 ne comportaient pas de définition de

[42] *Annuaire... 1984*, vol. II (2e partie), p. 91, par. 280 et note 285.

[43] Ce point est si important que le deuxième Rapporteur spécial, M. Schwebel, a consacré une partie substantielle de son premier rapport à un examen des caractéristiques essentielles de l'eau intéressant le présent sujet. Il présentait cet examen comme suit :

« Etant donné l'incidence inéluctable que la nature de l'eau ne peut manquer d'avoir sur toute codification du droit des voies d'eau internationales, il est peut-être souhaitable de rappeler brièvement, en guise d'introduction, les principales caractéristiques physiques qui sont propres à l'eau. Aux fins qui nous occupent, trois aspects essentiels du comportement des cours d'eau sont à considérer : *a*) le cycle hydrologique; *b*) l'auto-épuration; *c*) les variations de quantité et de débit [...]. » (*Annuaire... 1979*, vol. II ([1re partie], p. 154, A/CN.4/320, par. 8.)

[44] *Annuaire... 1979*, vol. II (2e partie), p. 118, par. 118. Herbert A. Smith, dans son ouvrage fondamental, *The Economic Uses of International Rivers*, Londres, King, 1931, écrit que

« Le premier principe est que chaque système fluvial constitue naturellement un tout indivisible et, comme tel, doit être mis en valeur pour rendre le plus de services possible à l'ensemble de la population humaine qu'il dessert, que cette population soit divisée ou non en deux ou plusieurs groupes politiques. [...]. » (p. 150 et 151).

l'expression « cours d'eau international » ni de l'expression plus précise « système de cours d'eau international » qui y figurait. Cette année-là, la Commission a décidé de se fonder plutôt sur une hypothèse provisoire de travail portant sur l'acception de l'expression « système de cours d'eau international »[45]. Cette décision s'expliquait, puisque, en 1980, la Commission avait « gardé présent à l'esprit qu'en 1976 les membres de la CDI ont été généralement d'accord pour dire qu'il n'y avait pas lieu d'étudier dès le début des travaux la question de savoir quelle portée il fallait donner à l'expression « voies d'eau internationales[46] ».

61. Dans son premier comme dans son deuxième rapport, le précédent Rapporteur spécial a proposé en tant qu'article 1er de son projet d'articles une « explication (définition) de l'expression « [système de] cours d'eau international » telle qu'elle s'applique dans la présente convention ». L'« explication (définition) » comprenait certains éléments de l'hypothèse élaborée par la Commission en 1980 et ajoutait certains autres éléments. A la trente-cinquième session de la Commission, en 1983, les avis se sont partagés sur le point de savoir s'il y avait lieu de rédiger un article sur les définitions au moment de commencer l'élaboration du projet d'articles[47]. Tous les membres de la Commission qui se sont prononcés sur ce point, lors de cette session (où ils ont été saisis, pour la première fois, d'un article sur les définitions), étaient partisans de laisser provisoirement de côté la question de la définition. Plusieurs d'entre eux appuyaient expressément l'idée de se fonder sur une hypothèse de travail telle que la « note » formulée en 1980. D'autres se déclaraient simplement opposés à un article sur les définitions sans indiquer s'ils étaient favorables ou non à une hypothèse de travail.

62. En 1983 comme en 1984, les avis à la Commission ont également divergé au sujet de la notion de « système ». Parmi les membres qui se sont prononcés sur cette question, certains pensaient qu'il s'agissait d'un élément essentiel du projet qui traduisait ou décrivait une réalité hydrologique, d'autres considéraient cette notion comme équivalant en substance à celle de « bassin », qui avait été précédemment jugée inadéquate, et d'autres encore estimaient simplement que la notion était trop large. Ainsi, en 1983, parmi les membres qui ne se sont pas opposés à l'idée d'un article sur les définitions, certains ont néanmoins émis des doutes plus ou moins prononcés quant à l'utilité de la notion de « système »; et, en 1984, un certain nombre d'autres membres se sont demandé pourquoi le Rapporteur spécial d'alors avait abandonné la notion de « système ».

63. Il ressort de ce qui précède que, pour arriver à une définition acceptable du « cours d'eau international » ou du « système de cours d'eau international », la Commission risque fort d'y consacrer tout le temps dont elle disposera à sa trente-huitième session pour l'étude du présent sujet. La question est de savoir si une telle dépense de temps et d'efforts se traduirait par des progrès correspondants pour le reste du projet. Le Rapporteur spécial estime qu'il n'en est probablement rien. Comme la Commission en a conclu en 1980, il ne paraît pas nécessaire de définir l'expression « cours d'eau international » pour pouvoir poursuivre les travaux sur le projet d'articles du moment que l'on s'entend provisoirement sur le sens de cette expression; il est possible, en fait, qu'en laissant momentanément cette question de côté l'étude du sujet s'en trouve accélérée. Le Rapporteur spécial recommande donc à la Commission de se fonder sur l'hypothèse provisoire de travail qu'elle a élaborée et acceptée en 1980. En conséquence, à moins que la Commission ne préfère que le Comité de rédaction examine le texte du projet d'article 1er qui lui a été renvoyé en 1984, le Rapporteur spécial propose de retirer provisoirement ce projet d'article.

2. Accords relatifs aux cours d'eau internationaux

64. Les articles 3 et 4 adoptés provisoirement par la Commission en 1980 sont intitulés respectivement « Accords de système » et « Parties à la négociation et à la conclusion des accords de système ». Ils prévoient expressément la possibilité — inhérente à la notion d'accord-cadre — de conclure des accords relatifs à des cours d'eau internationaux particuliers. Le précédent Rapporteur spécial avait, dans son premier rapport, reproduit littéralement le texte de ces articles en tant qu'articles 4 et 5. Néanmoins, dans son deuxième rapport, il a proposé de modifier sensiblement le paragraphe 1 du projet d'article 4, un certain nombre d'Etats s'étant plaints de ce que le texte proposé initialement risquait de porter gravement atteinte aux accords en vigueur[48]. Mais des craintes se sont aussi manifestées au sujet des conséquences de ces modifications sur la validité, pour l'avenir, de certains accords en vigueur[49]. Le précédent Rapporteur spécial « a reconnu que le paragraphe 1 de la nouvelle version pourrait être remanié, compte tenu du texte du paragraphe 1 de l'article 3 provisoirement adopté par la Commission en 1980 »[50].

---

[45] Dans son rapport sur sa trente-deuxième session, la Commission explique que :

« [...] Le but de la Commission à ce stade n'était pas de rédiger une définition du cours d'eau international ou du système de cours d'eau international qui serait définitive et que la Commission ou les Etats seraient invités à adopter comme telle. Il s'agissait bien plutôt de formuler une hypothèse de travail, pouvant être affinée et même modifiée, qui donne à ceux à qui il incombe de composer et de critiques les projets d'articles une indication de leur portée. » (*Annuaire... 1980*, vol. II [2e partie], p. 105, par. 89.)

[46] *Ibid.*, par. 88.

[47] Les membres suivants de la Commission se sont déclarés opposés à un article sur les définitions : M. Calero Rodrigues (*Annuaire... 1983*, vol. I, p. 196, 1787e séance, par. 12), M. Díaz González (*ibid.*, p. 205, 1788e séance, par. 27) et M. Barboza (*ibid.*, p. 207, 1789e séance, par. 4), qui partageaient l'opinion de sir Francis Vallat, exprimée en 1976, selon laquelle « tenter d'ores et déjà de formuler une définition [avant de traiter des utilisations des cours d'eau internationaux] ne servirait qu'à retarder inutilement les travaux de la Commission » (*Annuaire... 1976*, vol. I, p. 279, 1407e séance, par. 19); M. Jagota, qui appuyait l'idée de transformer l'article 1er en une note (*Annuaire... 1983*, vol. I, p. 213, 1790e séance, par. 14); M. Razafindralambo, qui estimait comme M. Jagota qu'il conviendrait « de laisser pour l'instant de côté la question litigieuse de la définition » (*ibid.*, p. 215, par. 29); et M. Mahiou, qui était d'avis « que la prudence dont la Commission a fait preuve dans le passé est encore de mise et qu'il n'est pas nécessaire au stade actuel d'avoir une définition du « système de cours d'eau international » (*ibid.*, p. 233, 1793e séance, par. 8).

[48] *Annuaire... 1984*, vol. II (2e partie), p. 95, par. 304.

[49] *Ibid.*, par. 305.

[50] *Ibid.*, par. 307. Il convient de noter que même l'article 3 provisoirement adopté en 1980 n'a pas complètement échappé à toute controverse. La Commission indique dans le commentaire de cet arti-

(Suite de la note page suivante.)

L'actuel Rapporteur spécial estime que c'est sur cette base que doivent se poursuivre les travaux sur cet article[51].

65. L'autre disposition introductive se rapportant aux accords intéressant des cours d'eau internationaux particuliers est l'article 4 adopté provisoirement en 1980 et le projet d'article 5 présenté en 1984 par le précédent Rapporteur spécial. Le projet d'article 5 concerne le droit de participer à la négociation d'un accord et non le devoir de négocier, énoncé au paragraphe 3 du projet d'article 4 présenté en 1984. Le paragraphe 1 traite des accords s'appliquant à l'ensemble du cours d'eau et le paragraphe 2 des accords ne s'appliquant qu'à une partie du cours d'eau ou à un projet ou un programme particulier, ou à une utilisation particulière. Si, dans le premier cas, tous les Etats « du système » ou « du cours d'eau » avaient le droit non seulement de participer aux négociations mais aussi de devenir parties à l'accord, dans le second cas, seuls les Etats dont l'utilisation des eaux du cours d'eau risque d'être « affectée de façon sensible » par l'accord auraient le droit de participer à la négociation de celui-ci, et même eux n'auraient pas le droit d'y devenir parties.

66. Le précédent Rapporteur spécial a expliqué que le texte révisé du projet d'article 5, présenté en 1984, « suivait de près le texte de l'article 4 adopté provisoirement par la Commission en 1980, avec toutefois la suppression de la notion de « système »[52]. On s'est interrogé à la Commission sur le sens des mots « de façon sensible » figurant au paragraphe 2 de l'article, et sur les différences existant entre les droits prévus respectivement au paragraphe 1 et au paragraphe 2. On a également proposé de rétablir la mention de l'article 4 au paragraphe 2. Enfin, selon un autre point de vue, « avec l'abandon de la notion de « système », l'article avait perdu toute son utilité et toute sa raison d'être »[53].

67. Le Rapporteur spécial estime que le projet d'articles doit contenir une disposition telle que l'article 5. Lorsqu'un accord s'applique à l'ensemble d'un cours d'eau (système), il ne semble guère justifié de ne pas autoriser un Etat dont le territoire est traversé par des parties du cours d'eau à participer à la négociation de l'accord ou à y devenir partie[54]. De plus, une telle approche répond aux besoins d'une saine gestion des cours d'eau et est conforme à la pratique des Etats. Dans le commentaire de l'article 3, adopté provisoirement en 1980, la Commission relève que

> [...] les spécialistes en la matière considèrent que la manière la plus efficace et la plus utile de régler les problèmes que pose une voie d'eau est de la prendre dans son ensemble et que c'est ainsi — c'est-à-dire avec la participation de tous les Etats riverains — qu'il avait été procédé notamment dans le cas des traités relatifs aux bassins de l'Amazone, du Rio de la Plata, du Niger et du Tchad [...][55].

(Suite de la note 50.)

cle que « quelques membres ne l'ont pas accepté » (*Annuaire... 1980*, vol. II [2e partie], p. 114, par. 36). Les deux raisons avancées pour justifier ce rejet sont les suivantes : premièrement, il n'est pas indiqué assez clairement que le droit « des riverains d'un cours d'eau international [...] de conclure entre eux les accords qu'ils jugent bons [...] ne saurait aucunement dépendre du projet d'articles » (*ibid.*); et, deuxièmement, « le projet d'articles ne saurait contraindre les riverains d'un cours d'eau international à négocier de bonne foi en vue de conclure un ou plusieurs accords de système » (*ibid*). Pour ce qui est du premier argument, il semble être admis que le projet ne devrait ni dissuader les Etats de conclure des accords — il devrait plutôt les y inciter — ni affecter les accords existants. Dans ces conditions, il ne resterait plus qu'à trouver une formulation acceptable. Quant au second argument, il ne semble pas que ce soit le « devoir de négocier » lui-même qui cause des difficultés, mais plutôt la question de savoir quels Etats ont le droit de participer aux négociations. (On notera que, d'après les rapports de la Commission sur ses trente-cinquième (1983) et trente-sixième (1984) sessions, le devoir de négocier, énoncé au paragraphe 3, n'a presque pas suscité d'observations.) Les réserves exprimées en 1980 semblaient principalement tenir à l'incertitude existant sur le point de savoir si la notion de « système » autoriserait en elle-même à participer aux négociations des Etats qui ne pourraient autrement légitimement prétendre y participer, du fait qu'ils ne seraient pas affectés par l'accord envisagé. Le Rapporteur spécial pense que l'on peut régler cette difficulté sans recourir à la notion de « système », en élaborant un libellé et un commentaire définissant clairement les Etats dont la participation aux négociations est justifiée par des intérêts légitimes.

Lorsque l'on considère les effets du projet d'articles sur les traités en vigueur et le devoir de négocier, il n'est peut-être pas inutile de rappeler que l'article X, adopté provisoirement en 1980, protège les traités en vigueur se rapportant à des cours d'eau particuliers, tout en étant subordonné au devoir de négocier énoncé au paragraphe 3 de l'article 3, adopté provisoirement la même année. La Commission explique dans le commentaire de l'article X que

> « [...] l'existence d'un traité relatif à un cours d'eau international particulier ne libère pas nécessairement, en soi, les Etats du système de ce cours d'eau d'une obligation de négocier de bonne foi en vue de conclure un ou plusieurs accords de système. L'efficacité de cette dernière obligation [...] dépend non pas de la question de savoir s'il existe un accord international en vigueur se rapportant au cours d'eau en question, mais de la question de savoir si — eu égard aux termes et aux effets de l'accord en vigueur ainsi qu'à d'autres facteurs — les utilisations d'un système de cours d'eau international exigent que de telles négociations soient menées. » (*Annuaire... 1980*, vol. II [2e partie], p. 133, par. 3.)

[51] Le Rapporteur spécial est conscient des autres questions traitées dans le projet d'article 4 présenté en 1984 mais, comme ces questions n'ont pas cette année-là suscité autant de commentaires que la question de l'effet du paragraphe 1 sur les accords en vigueur, il préfère ne pas alourdir la présente section de son rapport en les examinant séparément. Il estime suffisant pour le moment de dire qu'il considère les paragraphes 2 et 3 comme importants, même si la réserve énoncée dans la deuxième phrase du paragraphe 2 fait peut-être double emploi avec l'interdiction de causer un dommage appréciable énoncée dans le projet d'article 9 présenté par le précédent Rapporteur spécial. Pour ce qui est du devoir de négocier de bonne foi énoncé au paragraphe 3, la discussion de ce principe est évoquée dans la note précédente.

[52] *Annuaire... 1984*, vol. II (2e partie), p. 95, par. 308.

[53] *Ibid.*, par. 309, 310 et 312.

[54] Comme l'a noté M. Schwebel dans son deuxième rapport,

> « [...] Il est vrai qu'il y aura probablement des accords de réseau qui ne présenteront que peu d'intérêt pour un ou plusieurs Etats du réseau. Mais puisque les dispositions de ces accords doivent, par définition, s'appliquer à l'ensemble du réseau, l'objet de l'accord ne serait pas réalisé si la possibilité de participer n'était pas donnée par chaque Etat du réseau. » (Doc. A/CN.4/332 et Add.1 [v. *supra* n. 11], par. 106.)

On peut ajouter qu'il devrait appartenir à chaque Etat de déterminer lui-même s'il risque d'être affecté par un accord relatif à un cours d'eau traversant son territoire ou contigu à celui-ci et, partant, si cet accord l'intéresse.

[55] *Annuaire... 1980*, vol. II (deuxième partie), p. 110, par. 7, renvoyant au premier rapport de M. Schwebel (doc. A/CN.4/320 [v. *supra* n. 10], par. 98 à 100). Voir le Traité en vue de la coopération amazonienne (1978) [International Legal Materials, Washington (D.C.), vol. 17, 1978, p. 1045]; le Traité du bassin du Rio de la Plata (1969) [Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 875, p. 3]; l'Acte relatif à la navigation et à la coopération économique entre les Etats du bassin du Niger (1963) [*id.*, *Recueil des Traités*, vol. 587, p. 9]; et la Convention et le Statut relatifs à la mise en valeur du bassin du Tchad (1964) [*Journal officiel de la République fédérale du Cameroun*, Yaoundé, 4e année, n° 18, 15 septembre 1964, p. 1003 (textes anglais et français); voir aussi B. Rüster et B. Simma, éd., *International Protection of the Environment*, Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana Publications, 1977, vol. XI, p. 5633].

68. Des considérations analogues s'appliquent à la situation envisagée au paragraphe 2 du projet d'article 5, à savoir lorsque l'accord ne s'applique qu'à une partie du cours d'eau ou à un projet ou un programme particuliers, ou à une utilisation particulière. Supposons par exemple que le bassin d'un fleuve s'étend sur des parties du territoire des Etats A, B, et C et que les Etats A et B envisagent de conclure un accord relatif à une partie de ce bassin dont l'application aurait un effet préjudiciable (c'est-à-dire un effet dommageable sensible) pour l'Etat C. Bien qu'un tel accord ne concernerait directement qu'une partie du bassin, son application produirait des effets dans d'autres parties de ce bassin et, dans l'hypothèse retenue, dans des Etats qui n'y sont pas parties[56]. En pareils cas, les considérations qui militent en faveur de la participation de tous les Etats « du système » ou « du cours d'eau » aux accords portant sur l'ensemble du cours d'eau sont tout aussi valables, sinon plus[57]. Ainsi que l'a fait observer la Commission lorsqu'elle a examiné un exemple analogue dans le commentaire à l'article 4, adopté provisoirement en 1980 :

La question n'est pas de savoir si les Etats A et B sont juridiquement en droit de conclure un tel accord[58], mais si un traité qui doit prévoir des principes généraux dont s'inspireront les Etats pour conclure des accords sur l'utilisation de l'eau douce devrait contenir un principe qui assurera à l'Etat C la possibilité de participer, en tant que partie éventuelle, à des négociations concernant des mesures, envisagées par les Etats A et B, qui réduiront considérablement la quantité d'eau traversant son territoire[59].

69. En adoptant provisoirement l'article 4 en 1980, la Commission a répondu à cette question par l'affirmative. Le Rapporteur spécial estime qu'une telle réponse est justifiée, et cela pour deux raisons : premièrement, parce qu'elle est conforme aux principes généralement admis en matière de gestion des cours d'eau en ce qu'elle prévoit la participation de tous les Etats pouvant être affectés au processus de planification, et, deuxièmement, parce qu'elle tend à éviter les conflits qui résulteraient des dommages causés à l'Etat C en permettant à cet Etat de manifester ses appréhensions au stade de la planification[60]. L'idée dont procède ce dernier argument est également exprimée au chapitre III du projet pré-

---

Les avantages que présente la méthode consistant à considérer un cours d'eau dans son ensemble sont exposés p. ex. dans Nations Unies, *Développement intégré des bassins fluviaux*, rapport d'un collège d'experts (numéro de vente : F.70.II.A.4), p. 1 :

« La nécessité d'un développement intégré des bassins fluviaux est née de la relation existant entre les ressources hydrauliques disponibles et les possibilités d'utilisation de l'eau dans les divers secteurs d'un bassin hydrographique. On admet généralement aujourd'hui que des travaux d'hydraulique — qu'ils soient ou non à fins multiples — ne peuvent en règle générale être entrepris pour le plus grand profit de la population intéressée avant que l'on ait esquissé, au moins dans ses grandes lignes, un plan pour l'ensemble du bassin hydrographique. [...]. »

Voir aussi Nations Unies, *Gestion des ressources en eau internationales : aspects institutionnels et juridiques*, rapport du Groupe d'experts sur les aspects institutionnels et juridiques de la mise en valeur des ressources hydrauliques internationales, Ressources naturelles/Série Eau n° 1 (numéro de vente : F.75.II.A.2), par. 28 :

« Bien que la plupart des pays possèdent des ressources en eau dans plusieurs bassins, et qu'il faille tenir compte de leur totalité pour l'établissement des programmes nationaux, les eaux situées dans l'aire géographique d'un bassin particulier semblent constituer une unité conceptuelle critique et, par conséquent, extrêmement utile pour la mise en place d'un régime juridique et pour l'organisation d'une coopération et d'une collaboration en matière de mise en valeur, de conservation et d'utilisation des ressources en eau. [...]. »

On trouvera, dans le même sens, un examen plus détaillé dans Nations Unies, *La planification à long terme de la gestion des ressources en eau*, Actes du Séminaire sur la planification à long terme de la gestion des ressources en eau, Zlatni, Piasatzi (Bulgarie), 17-22 mai 1976, vol. I (numéro de vente : F.76.II.E.27), 1re partie, sect. B, par. 59 à 61.

[56] Dans son deuxième rapport, M. Schwebel a donné un exemple analogue, repris par la Commission dans le commentaire de l'article 4 adopté provisoirement en 1980 :

« [...] Supposons [...] que les Etats A et B ayant pour frontière commune un fleuve, le Styx, conviennent que chacun d'eux peut détourner 40 % des eaux du fleuve pour la consommation domestique, l'industrie et l'irrigation à un point situé à une quarantaine de kilomètres en amont de l'Etat C, que le Styx traverse après avoir quitté les Etats A et B, et que la quantité totale d'eau dont disposera l'Etat C, compte tenu des eaux restituées dans les Etats A et B, s'en trouvera inférieure de 25 % à ce qu'elle aurait été sans la dérivation. » (Doc. A/CN.4/332 et Add.1 [v. *supra* n. 11], par. 109; et *Annuaire... 1980*, vol. II (2e partie), p. 115, par. 4.)

Un autre exemple d'accord ayant des effets directs pour l'Etat C est celui d'un accord qui serait conclu par les Etats A et B pour construire des installations ou coopérer à une activité dont les déchets seraient déversés dans le cours d'eau ou s'y déverseraient par infiltration naturelle, si ces déchets rendaient l'eau impropre à une ou plusieurs des utilisations préexistantes de l'Etat C.

[57] Ces considérations ont peut-être encore plus de poids étant donné que, comme il a été indiqué (*supra* n. 52), il peut exister des accords portant sur l'ensemble du bassin ou du système mais n'ayant que peu d'intérêt pour un ou plusieurs des Etats sur le territoire desquels se trouve une partie du bassin ou du système. Néanmoins, dans la présente hypothèse, bien qu'il ne s'appliquerait qu'à une partie du bassin, l'accord en question affecterait sans aucun doute les intérêts de l'Etat C, et, partant, présenterait un intérêt pour lui.

[58] L'actuel Rapporteur spécial précise, à cet égard, que la réserve figurant au paragraphe 2 de l'article 3 adopté provisoirement en 1980 et au paragraphe 2 de l'article 4 proposé par le précédent Rapporteur spécial interdirait aux Etats A et B de conclure un accord relatif à une partie d'un « système de cours d'eau international », si cet accord devait porter atteinte de façon sensible à l'utilisation des eaux du cours d'eau international par un autre « Etat du système ». De plus, l'application d'un tel accord au détriment de l'Etat C semble être prohibée par l'article 9 proposé par le précédent Rapporteur spécial, qui interdit de causer un dommage appréciable. Comme la Commission l'a noté dans le commentaire de l'article 3, l'application d'un tel accord

« [...] irait à l'encontre des principes fondamentaux qui [...] régissent les utilisations des cours d'eau internationaux autres que la navigation, tel que le droit de tous les Etats du système à une part équitable de l'utilisation des eaux et leur obligation de ne pas les utiliser d'une façon préjudiciable aux autres Etats du système. » (*Annuaire... 1980*, vol. II [2e partie], p. 111, par. 14.)

[59] *Annuaire... 1980*, vol. II (2e partie), p. 115, par. 5 (repris du deuxième rapport de M. Schwebel, doc. A/CN.4/332 et Add. 1 [v. *supra* n. 11], par. 110).

[60] La Commission aura bien entendu l'occasion de revenir sur la planification lorsqu'elle examinera la partie du sujet qui traite de la notification des projets ou programmes pouvant causer un dommage appréciable. Cette question est traitée aux articles 11 à 14 présentés par le précédent Rapporteur spécial. Voir également les paragraphes 3 à 9 de l'article 8 présenté dans le troisième rapport de M. Schwebel (doc. A/CN.4/348 [v. *supra* n. 14], par. 156). Il semblerait que le but de ces dispositions soit, dans l'hypothèse évoquée ci-dessus, d'exiger des Etats A et B qu'ils notifient à l'Etat C toute mesure, qu'ils envisagent de prendre en application de leur accord, susceptible de porter atteinte de façon sensible aux intérêts de cet Etat. L'Etat C aurait alors la possibilité de déterminer si la mesure envisagée porterait atteinte de façon sensible à ses intérêts et, dans un tel cas, les Etats A et B auraient le devoir de consulter l'Etat C en vue de procéder aux aménagements nécessaires pour éviter de causer un dommage à ce dernier (à moins qu'ils ne l'indemnisent de manière acceptable pour lui). Il est vraisemblable que, dans de nombreux cas, autoriser l'Etat C à participer à la négociation de l'accord éviterait de recourir à ces procédures et éviterait donc à tous les Etats des pertes de temps et des dépenses inutiles.

senté par le précédent Rapporteur spécial[61], dont certains aspects seront examinés ultérieurement dans le présent rapport.

70. De plus, pour les mêmes raisons, il semblerait nécessaire de donner à l'Etat C non seulement le droit de participer à la négociation de l'accord, mais également celui d'y devenir partie, un droit que ne prévoit pas l'article 4 provisoirement adopté en 1980[62]. Pourtant, certains passages du commentaire de cet article donnent à penser que l'Etat C devrait jouir d'un tel droit :

[...] si l'application des dispositions d'un traité portant sur une partie ou des aspects d'un cours d'eau peut avoir un effet sensible sur l'utilisation de l'eau par un Etat, le champ d'application de l'accord s'étend nécessairement au territoire de cet Etat[63].

Attendu que le champ d'application de l'accord s'étendrait nécessairement au territoire de l'Etat C, la situation serait soumise au principe énoncé au paragraphe 1 du projet d'article 5. Comme on l'a déjà noté, l'Etat C, du fait que son utilisation de l'eau est affectée, peut très bien, dans l'hypothèse considérée, être plus intéressé par l'accord que ne le seraient un ou plusieurs des Etats « du système » ou « du cours d'eau » à un accord applicable à l'ensemble du cours d'eau. Les raisons justifiant que l'on permette à ces Etats de participer à la négociation d'un tel accord et d'y devenir parties sembleraient donc s'imposer avec encore plus de vigueur en ce qui concerne l'Etat C dans le cas d'un accord tel que celui pris en exemple.

3. Principes généraux, droits et devoirs des Etats du cours d'eau (chapitre II du projet)

a) *La notion de « ressource naturelle partagée »*

71. Les articles adoptés provisoirement par la Commission en 1980 n'abordent pas spécifiquement et directement la question des droits et devoirs des Etats du cours d'eau. L'article qui s'en rapproche le plus est peut-être l'article 5, intitulé « Utilisation des eaux qui constituent une ressource naturelle partagée ». Il dispose en effet que, aux fins des articles, on considérera les eaux d'un cours d'eau international comme une « ressource naturelle partagée » dans la mesure où leur utilisation dans un Etat a un effet sur leur utilisation dans un autre Etat. Cet article prévoit en outre que les eaux qui constituent une ressource naturelle partagée doivent être utilisées conformément aux dispositions des articles.

72. L'article 5 ne précise pas les conséquences juridiques de l'assimilation des eaux d'un cours d'eau international à une « ressource naturelle partagée ». Néanmoins, dans le commentaire de cet article, la Commission indique que la notion de ressource naturelle partagée peut en fait entraîner certaines obligations juridiques :

La notion de ressources naturelles partagées est peut-être, à certains égards, aussi ancienne que celle de coopération internationale, mais ce n'est que depuis peu qu'elle a été énoncée, et encore de façon incomplète. Elle n'a pas été acceptée en tant que telle, ni en ces termes, comme un principe du droit international, bien que l'existence de ressources naturelles partagées soit depuis longtemps considérée, dans la pratique des Etats, comme engendrant l'obligation de traiter ces ressources dans un esprit de coopération. [...][64].

Et elle précise plus loin que

[...] l'article 5 exige simplement des Etats qu'ils utilisent les eaux d'un système de cours d'eau international comme une ressource naturelle partagée, avec ce que cela implique au regard de principes tels que l'utilisation équitable de ces eaux et *sic utere tuo ut alienum non laedas*[65].

73. Le précédent Rapporteur spécial avait d'abord maintenu la notion de ressource naturelle partagée dans le projet d'article 6 qu'il avait présenté dans son premier rapport, en 1983. Si, pour l'essentiel, ce projet d'article reprenait littéralement l'article 5 adopté provisoirement en 1980, il disposait également que « chaque Etat du système a un droit de participation raisonnable et équitable (à l'intérieur de son territoire) à cette ressource partagée »[66]. Toutefois, en 1984, le précédent Rapporteur spécial a présenté, dans son deuxième rapport, un texte entièrement révisé de l'article 6[67], sans aucune référence à la notion de ressource naturelle partagée[68]. Il a expliqué cette modification comme suit :

[...] Etant donné l'opposition que la notion de « ressource naturelle partagée » appliquée à un cours d'eau international a suscitée de la part d'un certain nombre de représentants lors de l'examen du premier rapport, il ne semble pas que le maintien de cette notion telle qu'elle était exprimée à l'article 6 favoriserait l'élaboration d'une convention généralement acceptable. [...].

Il ajoutait toutefois qu'il avait

jugé utile d'énoncer expressément le principe de base selon lequel un Etat a, à l'intérieur de son territoire, le droit de bénéficier d'une part équitable des utilisations des eaux d'un cours d'eau international[69].

74. En substituant ainsi le droit à « une part raisonnable et équitable des utilisations des eaux d'un cours d'eau international » à la notion de « ressource naturelle partagée », le précédent Rapporteur spécial a précisé le contenu juridique de cet article. Comme il a été indiqué, la Commission avait reconnu en 1980 que l'énonciation de cette notion était « relativement nouvelle et incomplète ». Bien qu'un certain soutien se soit manifesté en faveur de son utilisation[70], sa suppression du projet a peut-être rassuré ceux qu'inquiétait l'incerti-

---

[61] Voir les références et les arguments figurant dans la note précédente.

[62] Ce droit était néanmoins énoncé dans le texte initial de l'article (art. 5), proposé par M. Schwebel, dans son deuxième rapport, et dont le paragraphe 2 était ainsi libellé :

« 2. Tout Etat du réseau dont l'utilisation ou la jouissance de l'eau d'un réseau de voies d'eau internationales risque d'être affectée de manière sensible par les dispositions d'un accord de réseau ne s'appliquant qu'à une partie du réseau a le droit de participer à la négociation et à la conclusion dudit accord. » (Doc. A/CN.4/332 et Add.1 [v. *supra* n. 11], par. 105.)

[63] *Annuaire... 1980*, vol. II (2e partie), p. 115, par. 3 *in fine*.

[64] *Ibid.*, p. 117, par. 2.

[65] *Ibid.*, p. 133, par. 79 *in fine*.

[66] Doc. A/CN.4/367 (v. *supra* n. 15), par. 80.

[67] Voir *supra* note 26.

[68] Dans le texte révisé de l'article 6, ni le substantif « part », qui remplace le mot « participation » au paragraphe 1, ni le verbe « se partagent », qui figure au paragraphe 2 dans le membre de phrase « les Etats du cours d'eau concernés se partagent l'utilisation des eaux [...] de façon raisonnable et équitable », ne sont utilisés dans le même sens que l'adjectif « partagée » dans l'expression « ressource naturelle partagée ».

[69] Doc. A/CN.4/381 (v. *supra* n. 16), par. 48.

[70] La Commission elle-même s'était évidemment déclarée favorable à la notion de « ressource naturelle partagée » en l'incorporant dans l'article 5 adopté provisoirement en 1980. En outre, dans leurs observations présentées à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, en 1980, plusieurs représentants se sont félicités de l'adoption de l'arti-

tude relative entourant ses conséquences juridiques réelles[71]. Parallèlement, l'un des principaux principes que la Commission avait identifiés comme étant implicites à cette notion — celui de l'utilisation équitable des eaux d'un cours d'eau international[72] — a non seulement été maintenu à l'article 6, mais expressément consacré. La Commission avait également reconnu le devoir de coopérer comme un corollaire de la notion de ressource naturelle partagée[73]. Ce devoir n'est pas mentionné dans le texte révisé de l'article 6, mais la question de la coopération est traitée dans l'article 10 proposé par le précédent Rapporteur spécial[74]. Ainsi, s'il consacre l'abandon d'une nouvelle notion en devenir, le nouveau libellé de l'article 6 renferme des dispositions juridiques plus solides et, compte tenu des autres projets d'articles, n'a éliminé aucun des principes fondamentaux du projet d'articles pris dans son ensemble.

b) *Utilisation et participation équitables*

75. L'élément essentiel du texte révisé de l'article 6 est le *droit* à une « part raisonnable et équitable des utilisations des eaux d'un cours d'eau international ». L'article 7, intitulé « Partage équitable en ce qui concerne les utilisations des eaux d'un cours d'eau international », traite de ce qui est en quelque sorte le pendant de ce droit, à savoir le *devoir* de mettre en valeur, d'utiliser et de partager les eaux d'un cours d'eau international « d'une manière raisonnable et équitable, sur la base de la bonne foi et des relations de bon voisinage ». Les deux articles traitent donc du principe de l'utilisation du partage et de la participation équitables. Les fondements doctrinaux de ces articles et du principe de l'utilisation équitable ayant déjà été présentés à la Commission et examinés par elle[75], il suffira ici de rappeler que ce principe bénéficie d'un appui considérable[76], dont on examinera quelques exemples représentatifs.

i) *Traités*

76. Les principes fondamentaux qui sont à la base de la doctrine de l'utilisation équitable ont été consacrés, de manière explicite ou implicite, dans de nombreux accords internationaux[77] entre des Etats situés dans tou-

cle 5 par la CDI; voir p. ex. les déclarations des représentants des Pays-Bas (*Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Sixième Commission*, 44e séance, par. 38); de l'Algérie (*ibid.*, 55e séance, par. 36); des Etats-Unis d'Amérique (*ibid.*, 56e séance, par. 21); de la Thaïlande (*ibid.*, par. 51); de l'Egypte (*ibid.*, par. 72); et de l'Argentine (*ibid.*, 57e séance, par. 18 à 20). Certains membres de la CDI ont de nouveau défendu le maintien de cette notion lors de l'examen du texte initial de l'article 6, présenté par le précédent Rapporteur spécial en 1983; voir p. ex. les déclarations de M. Stavropoulos (*Annuaire... 1983*, vol. I, p. 187, 1785e séance, par. 38); de M. Pirzada (*ibid.*, p. 194, 1786e séance, par. 30); de M. Sucharitkul (*ibid.*, p. 195, 1787e séance, par. 3); de M. Díaz González (*ibid.*, p. 205, 1788e séance, par. 28); de M. Barboza (*ibid.*, p. 207 et 208, 1789e séance, par. 9 à 11); de M. Balanda (*ibid.*, p. 209 à 210, par. 20 et 24); et de M. Mahiou (*ibid.*, p. 232, 1793e séance, par. 9.

[71] Dans le commentaire de l'article 5, la Commission a indiqué que « Un membre de la Commission n'a pas été en mesure de prendre position sur le projet d'article 5, essentiellement parce que le sens de la notion de ressource naturelle partagée était indéterminé [...]. Un autre membre a souligné l'importance pour le sujet du principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. » (*Annuaire... 1980*, vol. II [2e partie], p. 133, par. 80.)

Voir aussi le compte rendu des débats de la Commission sur le projet d'article 5 présenté par le Comité de rédaction (*Annuaire... 1980*, vol. I, p. 287, 1636e séance, par. 63 à 69). La Sixième Commission de l'Assemblée générale s'est également fait écho de certaines préoccupations, voir p. ex. les observations formulées par les représentants de la France (*Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Sixième Commission*, 50e séance, par. 49); du Brésil (*ibid.*, 51e séance, par. 34); de l'Ethiopie (*ibid.*, par. 51); de la Jamaïque (*ibid.*, 54e séance, par. 4); de l'Inde (*ibid.*, par 46); et de la Turquie (*ibid.*, par. 58). Lors de l'examen par la CDI du texte initial du projet d'article 6, présenté par le précédent Rapporteur spécial, certains membres ont exprimé au sujet de cette notion des sentiments qui allaient du doute au rejet; voir p. ex. les déclarations de M. Calero Rodrigues (*Annuaire... 1983*, vol. I, p. 197, 1787e séance, par. 16); de M. Njenga (*ibid.*, p. 202, 1788e séance, par. 6 et 7); de M. Ouchakov (*ibid.*, p. 204, par. 19); de M. Jagota (*ibid.*, p. 214, 1790e séance, par. 16 et 17); de M. Razafindralambo (*ibid.*, p. 216, par. 32); de M. Flitan (*ibid.*, p. 219, 1791e séance, par. 9); et de M. Yankov (*ibid.*, p. 238, 1794e séance, par. 13 et 15).

[72] Voir *supra* par. 72 le passage cité du commentaire de l'article 5 adopté provisoirement en 1980.

[73] Voir aussi l'analyse présentée par M. Schwebel, dans son deuxième rapport, sur le devoir de coopérer lorsque les eaux d'un cours d'eau international sont considérées comme une ressource naturelle partagée (doc. A/CN.4/332 et Add.1 [v. *supra* n. 11], chap. III).

[74] Le projet d'article 7 révisé, intitulé « Partage équitable en ce qui concerne les utilisations des eaux d'un cours d'eau international », présenté en 1984 par le précédent Rapporteur spécial, ne fait pas mention de la coopération. Toutefois, dans son premier rapport, le précédent Rapporteur spécial a souligné, à propos du texte initial de cet article, l'importance de la coopération entre Etats du « système » ou du « cours d'eau » afin d'atteindre les objectifs suivants : « une utilisation optimale du cours d'eau, ainsi que le contrôle et la protection nécessaires du système de cours d'eau et de ses éléments » (doc. A/CN.4/367 [v. *supra* n. 15], par. 88). Dans son deuxième rapport, il a déclaré que « dans l'ensemble, les commentaires relatifs à cet article figurant dans le premier rapport s'appliquent également au texte modifié » (doc. A/CN.4/381 [v. *supra* n. 16], par. 53).

[75] Voir le troisième rapport de M. Schwebel, doc. A/CN.4/348 (v. *supra* n. 14), par. 41 à 91; le premier rapport du précédent Rapporteur spécial, doc. A/CN.4/367 (v. *supra* n. 15), par. 80 à 93; et son deuxième rapport, doc. A/CN.4/381 (v. *supra* n. 16), par. 45 à 53.

[76] Voir l'étude exhaustive de M. Schwebel dans son troisième rapport, doc. A/CN.4/348 (v. *supra* no. 14), par. 41 à 84. Sur un plan général, voir p. ex. J. Andrassy, « L'utilisation des eaux des bassins fluviaux internationaux », *Revue égyptienne de droit international*, Le Caire, vol. 16, 1960, p. 23 et suiv.; J. Barberis, *Los recursos naturales compartidos entre Estados y el derecho internacional*, Madrid, Técnos, 1979, p. 35 à 45, et les ouvrages qui y sont cités; J. Brierly, *The Law of Nations*, 6e éd. rev. par sir Humphrey Waldock, Oxford, Clarendon Press, 1963, p. 231; W. L. Griffin, « The use of waters of international drainage basins under customary international law », *The American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 53, 1959, p. 50 et suiv.; E. Hartig, *Internationale Wasserwirtschaft und Internationales Recht*, Vienne, Springer, 1955; J. Lipper, « Equitable utilization » *in* A. H. Garretson, R. D. Hayton et C. J. Olmstead, éd., *The Law of International Drainage Basins*, Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana Publications, 1967, notamment p. 41 et suiv; F. Villagrán Kramer, « El aprovechamiento de las aguas del Lago de Güija », *Revista de la Associación Guatemalteca de Derecho Internacional*, Guatemala, n° 3, janvier 1959, p. 95 et suiv.; et Smith, *op. cit.* (*supra* n. 44), *passim.* et notamment p. 150. Voir aussi les travaux des organisations internationales non gouvernementales, mentionnées *infra* note 79.

[77] Voir p. ex. les accords étudiés par M. Schwebel dans son troisième rapport, doc. A/CN.4/348 (v. *supra* n. 14), par. 49 à 72; et les accords mentionnés dans les annexes I et II du présent chapitre. Voir aussi Lipper, *loc. cit.* (supra n. 76), p. 33 à 35; Etats-Unis d'Amérique, Mémorandum du Département d'Etat du 21 avril 1958, *Legal aspects of the use of systems of international waters with reference to Columbia-Kootenay river system under customary international law and the Treaty of 1909*, Sénat, 85e Congrès, 2e session, document n° 118, Washington (D.C.), 1958, p. 62 à 72 (se référant à « plus d'une centaine de traités conclus dans le monde entier qui ont régi ou régissent actuellement les systèmes de cours d'eau internationaux »). Voir également les séries d'accords qui limitent effectivement la liberté

(Suite de la note page suivante.)

tes les parties du monde. Si les termes et l'optique de ces accords diffèrent considérablement[78], ils ont pour thème unifiant la reconnaissance des droits égaux et corrélatifs[79] des parties à l'utilisation[80] et aux avantages[81] du

(Suite de la note 77.)

d'action des parties concernant l'utilisation de la partie du cours des fleuves internationaux comprise dans leur territoire, citées dans : Smith, *op. cit.* (*supra* n. 44), p. 159 à 216 (extraits de 51 traités conclus entre 1785 et 1930); l'étude de la Commission économique pour l'Europe (CEE), de janvier 1952, rédigée par Pierre Sevette, « Aspects juridiques de l'aménagement hydroélectrique des fleuves et des lacs d'intérêt commun » (E/ECE/136-E/ECE/EP/98/Rev.1 et Corr.1), annexe I (où sont cités une quarantaine d'autres accords); A. M. Hirsch, « Utilization of international rivers in the Middle East : A study of conventional international law », *The American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 50, 1956, p. 81 et suiv.; F. J. Berber, *Die Rechtsquellen des internationalen Wassernutzungsrechts,* Munich, Oldenberg, 1955 (trad. anglaise : *Rivers in International Law*, Londres, Stevens, 1959). Voir en outre le tableau des accords internationaux contenant des dispositions de fond relatives à la pollution des cours d'eau internationaux, dans J. G. Lammers, *Pollution of International Watercourses*, La Haye, Nijhoff, 1984, p. 124 et suiv.

Il convient de citer ici une observation de Jerome Lipper touchant la portée d'un certain nombre de dispositions conventionnelles :

« [...] les traités doivent être évalués avec prudence; leur portée réside non dans les dispositions spécifiques d'un traité particulier, mais dans les facteurs sous-jacents communs à tous les traités de cette nature. Il est significatif que les nombreux traités relatifs aux fleuves successifs aient tous un élément en commun : la reconnaissance du droit que partagent les Etats signataires d'utiliser les eaux d'un fleuve international. Et ces traités ne se limitent pas à une partie du monde, mais intéressent aussi bien l'Amérique du Nord et du Sud que l'Europe, l'Asie et l'Afrique. » (*Loc. cit.* [*supra* n. 76], p. 33).

Lipper présente dans son étude un échantillon représentatif de seize traités relatifs à des fleuves successifs (*ibid.* p. 74 et 75, note 79). Dans le même ordre d'idées, voir le Mémorandum du Département d'Etat du 21 avril 1958, *op. cit. (supra)*, p. 63.

[78] Quelques exemples illustreront ce point :

a) Le Traité du 11 janvier 1909 entre la Grande-Bretagne et les Etats-Unis d'Amérique relatif aux eaux limitrophes et aux questions relatives à la frontière entre le Canada et les Etats-Unis (dénommé ci-après « Traité de 1909 relatif aux eaux limitrophes) [*British and Foreign State Papers, 1908-1909*, Londres, 1913, vol. 102, p. 137; Etats-Unis d'Amérique, *Treaty Series*, n° 548, Washington (D.C.), 1924; reproduit dans la série législative des Nations Unies : *Textes législatifs et dispositions de traités concernant l'utilisation des fleuves internationaux à des fins autres que la navigation* (numéro de vente : 63.V.4) [dénommé ci-après « *Textes législatifs...* »], p. 260, n° 79], prévoit à l'article VI :

« [...] les eaux [du St. Mary et du Milk et de leurs affluents] seront réparties également entre les deux pays, mais cette égale répartition sera faite de telle sorte que l'un ou l'autre des deux pays puisse dériver plus de la moitié des eaux de l'une des rivières et moins de la moitié de celles de l'autre, afin que leur utilisation soit plus profitable à chacun d'eux. [...] »,

en dépit du fait que, comme l'avait noté le Conseiller juridique du Département d'Etat, G. H. Hackworth, dans un mémorandum du 26 mai 1942,

« le débit de ces cours d'eau provient en majorité des sources situées sur le territoire des Etats-Unis et [que] leur débit combiné ne suffit pas à satisfaire tous les besoins d'irrigation des régions qu'ils arrosent. » (Cité par M. M. Whiteman, éd., *Digest of International Law*, Washington [D.C.], 1964, vol. 3, p. 950.)

b) La Convention du 15 juillet 1930 entre la Roumanie et la Tchécoslovaquie concernant la règlement des questions découlant de la délimitation de la frontière entre les deux pays (statut de la frontière) [SDN, *Recueil des Traités*, vol. CLXIV, p. 157] prévoit seulement, à l'article 24, que « chacune des Parties contractantes tiendra compte — autant que possible — des justes intérêts des habitants de l'autre Etat ».

c) La Convention du 11 mai 1929 entre la Norvège et la Suède au sujet de certaines questions relatives au régime juridique des eaux (*ibid.*, vol. CXX, p. 263) vise à l'article 1er « les installations, ouvrages ou autres opérations, effectués dans les eaux de l'un des deux pays qui sont de nature à entraîner des changements sensibles dans celles de l'autre pays [...] ». Cette convention prévoit au paragraphe 1 de l'article 12 que

« 1. Toute autorisation de travaux ne pourra être accordée par l'un des pays qu'avec l'assentiment de l'autre s'il y a lieu de présumer que les travaux entraîneront un préjudice de quelque importance dans ce dernier pays, en ce qui concerne l'utilisation d'un cours d'eau [...]. »

d) L'Accord du 8 novembre 1959 entre la République arabe unie et le Soudan relatif à la pleine utilisation des eaux du Nil (dénommé ci-après « Accord de 1959 relatif aux eaux du Nil ») [Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 453, p. 51] confirme à l'article 1er certains « droits acquis actuels », et contient à l'article 2 des dispositions extrêmement détaillées sur les « ouvrages de régularisation des eaux du Nil et la répartition entre les deux Républiques des avantages qui en découleront ». L'article 3, intitulé « Ouvrages permettant d'utiliser les eaux perdues dans le bassin du Nil » prévoit, au deuxième alinéa du paragraphe 1, que les deux Républiques partageront à égalité les avantages découlant de ces projets en matière d'utilisation des eaux, ainsi que les dépenses totales de construction. L'article 5 dispose au paragraphe 2 que si, à la suite d'une étude — menée de concert par les deux parties — portant sur les réclamations d'autres Etats riverains en vue d'obtenir une part des eaux du fleuve,

« [...] il est décidé d'allouer à l'un ou l'autre de ces pays riverains une certaine quantité des eaux du Nil, la quantité convenue sera déduite, par moitié, de la part de chacune des deux Républiques, calculée à Assouan. »

Dans ses observations concernant le régime institué par cet accord, Sayed Hosni souligne que ce régime « confirme l'idée que les parties se sont encore rapprochées de la notion de partage équitable » (« The Nile régime », *Revue égyptienne de droit international,* Le Caire, vol. 17, 1961, p. 97). Concernant plus généralement l'Accord de 1959 relatif aux eaux du Nil, voir p. ex. G. M. Badr, « The Nile waters question. Background and recent development », *ibid.*, vol. 15, 1959, p. 94 et suiv.; Abd El-Fattah Ibrahim El-Sayed Baddour, *Sudanese-Egyptian Relations. A Chronological and Analytical Study*, La Haye, Nijhoff, 1960, p. 201 à 241; et J. Andrassy, « Rapport définitif sur l'utilisation des eaux internationales non maritimes (en dehors de la navigation) », *Annuaire de l'Institut de droit international, 1959*, Bâle, vol. 48, t. I, p. 319 et suiv.

[79] Néanmoins, comme il est précisé dans le commentaire de l'article IV des Règles d'Helsinki sur les utilisations des eaux des fleuves internationaux, « l'affirmation de droits d'utilisation égaux et corrélatifs entre les Etats coriverains ne signifie pas que chacun d'eux a droit à une part identique des utilisations des eaux ». (Pour le texte et le commentaire des règles adoptées par l'Association de droit international à sa cinquante-deuxième session, tenue à Helsinki en 1966, voir ILA, *Report of the Fifty-second Conference, 1966,* Londres, 1967, p. 484 et suiv.; reproduit en partie dans *Annuaire... 1974*, vol. II [2e partie], p. 396 et suiv., doc. A/CN.4/274, par. 405.)

Le caractère corrélatif des droits en question ressort également de l'article 2 de la résolution adoptée par l'Institut de droit international à sa session de Salzbourg, en septembre 1961

« *Art. 2.* — Tout Etat a le droit d'utiliser les eaux qui traversent ou bordent son territoire, sous réserve des limitations imposées par le droit international, et notamment de celles résultant des dispositions qui suivent.

« Ce droit a pour limite le droit d'utilisation des autres Etats intéressés au même cours d'eau ou bassin hydrographique. »

Voir *Annuaire de l'Institut de droit international, 1961*, Bâle, vol. 49, t. II, p. 370 à 373; et *Annuaire... 1974*, vol. II (2e partie), p. 216, doc. A/5409, par. 1076.

[80] Comme dans le rapport du Secrétaire général sur les problèmes juridiques posés par l'exploitation et l'utilisation des fleuves internationaux (*Annuaire... 1974*, vol. II [2e partie], p. 37, doc. A/5409), le mot « utilisation » est employé ici dans son sens large, englobant notamment la notion d'« exploitation », et

« doit s'entendre comme désignant toute exploitation ou utilisation possible d'un fleuve [lac, etc.] international à l'exclusion de la navigation, mais y compris la pêche, le flottage du bois, la défense contre les inondations et la pollution des eaux » (*ibid.*, p. 53, par. 8). Dans son étude sur le principe de l'utilisation équitable, Lipper précise que ces termes

cours d'eau international ou des cours d'eau internationaux en question[82]. Cela est vrai des dispositions des traités relatifs tant aux fleuves contigus[83] qu'aux fleuves successifs[84]. De fait les principales études portant sur le droit des cours d'eau internationaux ont abouti à la conclusion que les droits et obligations des Etats touchant l'utilisation des cours d'eau internationaux sont les mêmes, que ceux-ci soient contigus ou successifs[85]. En 1931, Herbert A. Smith avait résumé comme suit l'état de la question :

Les dispositions conventionnelles, qui sont aujourd'hui assez nombreuses, ont toutes pour objectif pratique d'assurer l'utilisation la plus profitable des fleuves auxquels elles se rapportent [...][86].

77. L'examen de la question des dispositions conventionnelles prévoyant l'utilisation équitable des cours d'eau internationaux ne serait pas complet si l'on ne rappelait pas l'évolution importante qui est intervenue récemment et à laquelle M. Schwebel se réfère dans son troisième rapport, à savoir l'apparition d'accords prévoyant la gestion intégrée de l'ensemble des bassins fluviaux. M. Schwebel indique qu'

Il existe également une série d'accords tout à fait récents entre pays en développement, dans lesquels les Etats des systèmes ont non seulement estimé qu'il était inutile de rappeler encore une fois leurs droits ou parts respectifs, mais ont préféré prendre des dispositions détaillées en vue d'une gestion intégrée de leurs systèmes hydrographiques internationaux. L'Accord portant création de l'Organisation pour l'aménagement et le développement du bassin de la rivière Kagera, conclu en 1977 entre le Burundi, le Rwanda et la République-Unie de Tanzanie[87], constitue l'exemple le plus complet et le plus récent de ces accords. Des approches aussi globales, prévoyant une utilisation non pas simplement équitable mais optimale par des organismes tout à fait internationaux à l'échelle du système, ont été adoptés par quelques-uns, voire la totalité, des Etats de plusieurs systèmes hydrographiques

« sont utilisés dans le sens général d'utilisation des eaux d'un fleuve international et embrassent, sans s'y limiter, leurs divers modes de consommation. [...] Si les autres formes d'utilisation ne réduisent pas le volume des eaux d'un fleuve, elles peuvent en affecter la qualité jusqu'à les rendre impropres à un autre usage. [...]. » (*Loc. cit.* [*supra* n. 76], p. 17.)

[81] Le mot « avantages » comprend un grand nombre des utilisations mentionnées dans la note précédente et de plus, dans les circonstances appropriées, les « produits » des cours d'eau tels que l'énergie hydroélectrique.

[82] Ainsi que M. Schwebel le déclare, dans son troisième rapport, en se référant à l'article IV des Règles d'Helsinki :

« Abstraction faite de la règle selon laquelle aucun Etat n'est en droit de causer de dommage appréciable à un autre Etat, il n'existe peut-être pas, dans le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, de principe plus généralement accepté que celui prévoyant que chaque Etat d'un système « a, sur son territoire, un droit de participation raisonnable et équitable aux avantages que présente l'utilisation des eaux » [...]. » (Doc. A/CN.4/348 [v. *supra* n. 14], par. 42.)

Se référant à l'Accord de 1959 entre la République arabe unie et le Soudan relatif aux eaux du Nil (v. *supra* n. 78 *d*), au Traité du 19 septembre 1960 entre l'Inde, le Pakistan et la BIRD sur les eaux de l'Indus (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 419, p. 125), et au Traité du 17 janvier 1961 entre le Canada et les Etats-Unis d'Amérique relatif à la mise en valeur des ressources hydrauliques du bassin du fleuve Columbia (*ibid.*, vol. 542, p. 245), Cecil Olmstead est parvenu à une conclusion identique :

« [...] Le thème commun qui domine ces trois récents traités est qu'il convient de partager les grands avantages découlant de la mise en valeur en commun des bassins [...]. » (« Introduction », *in The Law of International Drainage Basins, op. cit.* [*supra* n. 76] p. 3.)

[83] L'expression « cours d'eau contigu » désigne ici un fleuve, un lac ou tout cours d'eau séparant ou chevauchant les territoires de deux Etats ou plus, et donc « contigus » à ceux-ci. Ces cours d'eau sont parfois qualifiés d'eaux « frontières » ou « frontalières ». On trouvera, à titre d'exemple, dans l'annexe I du présent chapitre une liste de dispositions relatives aux cours d'eau contigus, classés par région, qui reconnaissent l'égalité des droits des Etats riverains touchant l'utilisation des eaux en question.

[84] L'expression « cours d'eau successif » désigne ici un cours d'eau qui coule (« successivement ») d'un Etat dans un ou plusieurs autres Etats. Lipper déclare que « les nombreux traités relatifs aux fleuves successifs ont tous un élément commun : la reconnaissance du droit que partagent les Etats signataires d'utiliser les eaux d'un fleuve international » (*loc. cit.* [*supra* n. 76], p. 33). On trouvera à titre d'exemple, dans l'annexe II du présent chapitre, une liste des dispositions de traités relatifs à des cours d'eau successifs répartissant les eaux, limitant la liberté d'action de l'Etat d'amont, prévoyant le partage des avantages découlant de l'utilisation des eaux ou assurant d'une autre manière leur répartition équitable, ou reconnaissant les droits corrélatifs des Etats concernés.

[85] Selon Lipper :

« [...] Le droit international n'établit pas de distinctions juridiques entre fleuves contigus et fleuves successifs. Toutes les autorités consultées appuient l'opinion selon laquelle les mêmes règles du droit international s'appliquent aux deux catégories de fleuves.

« On pourrait soutenir que ce traitement commun méconnaît les différences physiques qui existent entre les deux catégories de fleuves, à savoir que, dans le cas d'un fleuve successif, tout Etat exerce un contrôle physique absolu sur la partie du cours du fleuve traversant son territoire, tandis que dans celui d'un fleuve contigu, le contrôle physique des eaux est partagé entre deux Etats. Bien que convaincant en apparence, cet argument n'est en fait fondé que sur le contrôle physique. Si ce contrôle n'est pas entièrement dénué d'importance, le droit international ne s'est pas développé sur la base du pouvoir absolu. Or, dans le domaine du droit international des fleuves, le fait d'y recourir empêcherait dans de nombreux cas une utilisation optimale des eaux.

« [...] Même la distinction géographique entre les deux types de fleuves peut avoir dans certains cas plus d'apparence que la réalité, car il existe des fleuves à la fois successifs et contigus. Par exemple, un fleuve peut traverser le territoire de deux Etats et aussi, sur une partie de son cours, séparer les territoires des mêmes Etats. » (*Loc. cit.* [*supra* n. 76], p. 17.)

Voir aussi Smith, *op. cit.* (*supra* n. 44), p. 155 et 156; et C.C. Hyde, *International Law Chiefly as Interpreted an Applied by the United States*, 2e éd. rév., Boston (Mass.) Little, Brown and Co., 1945, vol. I, p. 567. Cf. F. L. Kirgis Jr., *Prior Consultation in International Law. A Study of State Practice*, Charlottesville (Va.), University Press of Virginia, 1983, p. 86. On peut aussi rappeler que, dans son arrêt du 10 novembre 1929 relatif à la *Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder*, la CPJI, ayant à décider si le Traité de Versailles s'appliquait à certains des affluents navigables de l'Oder, n'a pas établi de distinction entre fleuves successifs et fleuves contigus lorsqu'elle a énoncé les « principes qui règlent en général le droit fluvial international », se référant exclusivement à la manière dont

« les Etats ont envisagé les conditions concrètes créées par le fait qu'un même cours d'eau traverse ou sépare le territoire de plus d'un Etat et la possibilité de réaliser les exigences de justice et les considérations d'utilité que ce fait met en relief [...]. » (*C.P.J.I. série A n° 23*, p. 26 et 27.)

Lipper note cependant que :

« [...] l'application du droit aux cours d'eau frontières semble avoir précédé dans le temps et dépassé en fréquence son application aux fleuves successifs, probablement en raison de la nécessité d'établir des frontières entre Etats et peut-être en partie par suite de la prise de conscience des données géographiques qui privent l'un ou l'autre Etat d'un avantage naturel sur l'autre en ce qui concerne ces eaux .» (*Loc. cit.* [*supra* n. 76], p. 23.)

[86] *Op. cit.* (*supra* n. 44, p. 148). Smith ajoute que les traités conclus jusqu'à cette époque « n'étayent pas la théorie défendant l'existence d'un droit de veto absolu », mais qu'ils protègent chaque Etat contre les dommages matériels pouvant être causés par l'action unilatérale de ses voisins. C'est très important, car cela démontre que le droit conventionnel des nations démantèle progressivement les fondements sur lesquels a pu reposer la doctrine des droits absolus du souverain territorial. » *(Ibid.)*

[87] Accord conclu le 24 août 1977, auquel l'Ouganda a adhéré ultérieurement (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1089, p. 165).

internationaux : bassin du Sénégal, bassin du Niger, bassin de la Gambie et bassin du lac Tchad. Les signataires de ces arrangements, conclus en vue d'une mise en valeur, d'une utilisation et d'une protection intégrées des ressources en eau partagées, prennent pour acquis le devoir colatéral d'utiliser équitablement les eaux, et vont plus loin en reconnaissant la nécessité de réaliser rationnellement l'utilisation optimale des eaux en créant au niveau du système un dispositif de planification et de mise en œuvre des ouvrages et programmes des Etats du système, en collaboration ou sous la forme de coentreprises[88].

ii) *Positions adoptées par les Etats dans les communications diplomatiques*[89]

78. D'une façon générale, les déclarations des gouvernements touchant le droit relatif aux cours d'eau internationaux confirment les conclusions indiquées plus haut concernant les effets de la pratique conventionnelle. Ces déclarations doivent évidemment être évaluées avec une certaine prudence dans la mesure où elles sont souvent faites à l'occasion de négociations et servent de ce fait à convaincre plutôt qu'à illustrer le point de vue d'un gouvernement sur l'état du droit. Il faut néanmoins en tenir compte, car elles fournissent des indications intéressantes sur ce que les Etats estiment être leurs droits et leurs obligations en vertu du droit international. Ceci est particulièrement vrai lorsqu'on considère ces déclarations à la lumière du comportement effectif des gouvernements. Pour illustrer ce point, on examinera ci-après quelques positions typiques adoptées par des gouvernements à l'occasion de différends relatifs aux cours d'eau internationaux.

a. *La « doctrine Harmon » de la souveraineté absolue*

i. Pratique des Etats-Unis d'Amérique en matière de traités

79. Pour commencer ce tour d'horizon, il serait peut-être intéressant d'examiner brièvement le différend entre le Mexique et les Etats-Unis qui a produit la « doctrine Harmon » de la souveraineté absolue et qui a été finalement réglé par la Convention relative à la répartition équitable des eaux du Rio Grande pour les besoins de l'irrigation, conclue en 1906[90].

80. Le Rio Grande prend sa source aux Etats-Unis dans l'Etat du Colorado; il traverse l'Etat du Nouveau-Mexique puis forme la frontière entre l'Etat du Texas et le Mexique avant de se jeter dans le golfe du Mexique. Une controverse est née à la fin du XIXe siècle du fait que des fermiers et des éleveurs du Colorado et du Nouveau-Mexique dérivaient une partie des eaux du Rio Grande, et que ces dérivations auraient réduit l'approvisionnement en eau de certains villages mexicains de la région de Ciudad Juarez[91]. En octobre 1895, l'ambassadeur du Mexique aux Etats-Unis adressa au Secrétaire d'Etat américain une note de protestation dans laquelle il affirmait que ces dérivations violaient deux traités et que « les principes du droit international suffisaient à établir les droits des populations mexicaines vivant sur la rive du Rio Grande, dont le droit d'utiliser les eaux de ce fleuve [était] incontestable, car elles avaient commencé à les utiliser plusieurs siècles avant les habitants du Colorado[92] ». Le Secrétaire d'Etat demanda alors à l'Attorney-General Judson Harmon de formuler une opinion juridique sur le point de savoir si, au regard du droit international, le Mexique pouvait exiger une indemnisation pour le préjudice causé par les dérivations. Cette opinion, que l'on connaît à présent sous le nom de « doctrine Harmon », ne s'appuyait pas sur le droit des cours d'eau internationaux mais sur les principes de la souveraineté reconnus par le droit international général. En fait, elle se fondait essentiellement sur l'arrêt historique rendu par la Cour suprême des Etats-Unis en matière d'immunité des Etats dans l'affaire *The Schooner « Exchange » c. McFaddon and others* (1812)[93]. Les passages suivants de cette opinion intéressent la présente étude :

> [...] Il est évident qu'on cherche en fait à imposer une servitude qui placerait l'Etat d'aval dans une position dominante et contraindrait l'Etat d'amont à arrêter son développement et à priver ses ressortissants d'une ressource que la nature a placée intégralement sur son territoire.
>
> [...]
>
> Le principe fondamental du droit international est celui de la souveraineté absolue qu'exerce chaque Etat, à l'exclusion de tous les autres, sur son territoire. Pour ce qui est de la nature et de l'étendue de la souveraineté, le Chief Justice Marshall a déclaré à propos de la compétence judiciaire, un des éléments de cette souveraineté (*Schooner Exchange* c. *McFaddon*) :
>
> « La juridiction de l'Etat sur son propre territoire est nécessairement exclusive et absolue. Ses seules limites sont celles qu'elle s'impose elle-même. Toute limitation qui lui serait légitimement imposée de l'extérieur réduirait d'autant la souveraineté et élargirait proportionnellement la souveraineté de la puissance qui pourrait imposer ladite limitation.
>
> « En conséquence, toutes les restrictions du pouvoir absolu et total qu'exerce un Etat sur son territoire doivent procéder du consentement de l'Etat concerné. Elles ne peuvent avoir d'autre source légitime. »[94].

Néanmoins, l'Attorney-General Harmon soulignait que son opinion ne tenait pas compte des impératifs de la politique étrangère :

> Le problème qui nous est soumis est nouveau. Il n'appartient pas au Ministère de la justice de déterminer si les circonstances permettent ou exigent que l'on prenne certaines mesures pour des raisons de *courtoi-*

---

[88] A/CN.4/348 (v. *supra* n. 14), par. 70.

[89] On trouvera un aperçu général de la question dans Lipper, *loc. cit.* (*supra* n. 76), p. 25 à 28.

[90] Signée à Washington le 21 mai 1906 (dénommée ci-après « Convention de 1906 »). Pour le texte, voir C. Parry, éd., *The Consolidated Treaty Series,* Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana Publications, 1980, vol. 201 (1906), p. 225; reproduit dans Nations Unies, *Textes législatifs...*, p. 232, n° 75. Trad. française dans E. Descamps et L. Renault, éd., *Recueil international des traités du XXe siècle, année 1906*, Paris, Rousseau, p. 1147.

[91] Concernant les différends relatifs aux fleuves internationaux qui s'étaient élevés à cette époque entre les Etats-Unis et le Mexique, voir J. Simsarian, « The diversion of waters affecting the United States and Mexico », *Texas Law Review*, Austin, vol. 17, 1938-1939, p. 27. Voir aussi J. Austin, « Canadian-United States practice and theory respecting the international law of international rivers: A study of the history and influence of the Harmon Doctrine », *Canadian Bar Review*, Toronto, vol. 37, 1959, p. 405 et suiv.

[92] Note adressée le 21 octobre 1895 par l'ambassadeur du Mexique, Matías Romero, au Secrétaire d'Etat américain, Richard Olney (*American and British Claims Arbitration. The Rio Grande Claim—Answer of the United States,* Washington (D.C.), 1923, p. 200 à 203; cité par Simsarian, *loc. cit.* (*supra* n. 91), p. 32).

[93] W. Cranch, *Reports of Cases Argued and Adjudged in the Supreme Court of the United States,* vol. VII, 3e éd., New York, 1911, p. 116.

[94] Etats-Unis d'Amérique, *Official Opinions of the Attorneys-General of the United States*, Washington (D.C.), 1898, vol. XXI, p. 281 et 282. Comme on le verra, les opinions citées sont techniquement compatibles avec le devoir qui incombe à tout Etat d'éviter de causer un préjudice aux autres Etats par des actes accomplis entièrement dans les limites de son territoire.

*sie internationale**; cette question devrait être tranchée d'un point de vue uniquement *politique**, car, à mon sens, les règles, les principes et la jurisprudence du droit international n'imposent aucune responsabilité ou obligation aux Etats-Unis[95].

81. En ce qui concerne la valeur juridique de l'opinion de l'Attorney-General, Anthony d'Amato a jugé « extrêmement contestable de prendre en considération les *arguments* des gouvernements, exposés par les ministres de la justice ou des affaires étrangères, plutôt que leurs *actes*[96] ». On pourrait ajouter qu'il faut replacer les déclarations des gouvernements dans leur contexte historique. Par exemple, lors du différend qu'ils ont eu ultérieurement avec le Canada au sujet de la dérivation des eaux du fleuve Columbia à l'intérieur du territoire canadien, les Etats-Unis, cette fois Etat riverain d'aval, ont adopté une position analogue à celle du Mexique en 1895. Ils ont fait valoir notamment :

[...] que les Etats-Unis, en tant qu'Etat souverain lésé, ne se contenteraient pas des indemnités prévues pour les individus à l'article II [du Traité de 1909 sur les eaux limitrophes]; [...] en vertu de la doctrine de la « première appropriation », comme les Etats-Unis avaient été les premiers à utiliser les eaux du fleuve, ils avaient le droit de les utiliser en permanence; [et que] l'application de la doctrine de la « répartition équitable » supposait un partage équitable des eaux entre les deux pays dans le bassin du Columbia;[...][97].

82. Pour en revenir au différend relatif au Rio Grande entre les Etats-Unis et le Mexique, le Secrétaire d'Etat américain, se fondant sur l'opinion de l'Attorney-General Harmon, informe le Gouvernement mexicain que les Etats-Unis n'étaient pas tenus de mettre fin aux dérivations au Colorado et au Nouveau-Mexique[98]. Néanmoins, dans le même temps, les deux gouvernements demandèrent aux commissaires américain et mexicain siégeant à la Commission internationale des frontières[99] de procéder à une enquête et de leur faire rapport sur l'affaire du Rio Grande. Dans leur rapport commun, présenté en 1896, les commissaires exprimèrent l'avis que

le seul moyen de réglementer l'utilisation des eaux en respectant les droits juridiques de chaque pays et de ses habitants et les principes de l'équité était de construire un barrage sur le Rio Grande à El Paso. [...] [et] que le Mexique avait été injustement privé de ses droits pendant de nombreuses années. Les commissaires recommandaient que la question fût réglée par un traité instituant un partage égal des eaux, et que le Mexique renonçât à toute demande d'indemnisation pour les préjudices passés[100].

Le différend[101] fut finalement réglé par la Convention de 1906[102], dont le premier alinéa du préambule se lit comme suit :

Les Etats-Unis d'Amérique et les Etats-Unis du Mexique, désireux de pourvoir à la répartition équitable des eaux du Rio Grande pour les besoins de l'irrigation et d'écarter toutes les causes de différends entre eux à ce sujet, et mus par des considérations de courtoisie internationale, ont résolu de conclure une convention à cet effet [...].

83. La Convention stipule qu'après l'achèvement du barrage au Nouveau-Mexique, les Etats devront déverser gratuitement chaque année un volume d'eau convenu « dans le lit du Rio Grande » au Mexique. Elle stipule aussi que le Mexique renonce à toute réclamation en ce qui concerne les dérivations effectuées aux Etats-Unis par le passé et dispose à l'article V :

En concluant le présent traité, les Etats-Unis ne reconnaissent par là, expressément ou implicitement, aucune base légale aux réclamations antérieurement présentées ou qui seraient formulées par la suite au sujet de dommages quelconques soufferts par les propriétaires fonciers au Mexique et qui seraient dus ou soi-disant dus au détournement des eaux du Rio Grande sur le territoire des Etats-Unis; et les Etats-Unis ne reconnaissent en aucune manière, par la conclusion de ce traité, l'établissement d'aucun principe général ou d'aucun précédent [...].

---

[95] *Ibid.*, p. 283.

[96] D'Amato ajoute : « En ce qui concerne la dérivation des cours d'eau depuis 1895, de nombreux traités bilatéraux ont été conclus pour réglementer l'utilisation des eaux dans les bassins hydrographiques internationaux, et plus d'une centaine sont actuellement en vigueur. » (*The Concept of Custom in International Law*, Ithaca [N.Y.], Cornell University Press, 1970, p. 134. D'autre part, G. Schwarzenberger déclare qu'« on peut trouver des exemples d'argumentation spécieuse dans la pratique de la plupart des Etats [et] que ceux-ci ont inventé des principes juridiques *ad hoc* à leur convenance » (*International Law*, vol. I, 3e éd., Londres, Stevens, 1957, p. 34). A cet égard, voir *infra* par. 82 l'argumentation mentionnée dans le Mémorandum du Département d'Etat du 21 avril 1958.

[97] Résumé de la position des Etats-Unis par L. M. Bloomfield et G. F. Fitzgerald, *Boundary Waters Problems of Canada and the United States (The International Joint Commission 1912-1958)*, Toronto, Carswell, 1958, p. 46. Les auteurs indiquent que les Etats-Unis ont de plus avancé des arguments assez étonnants selon lesquels « la réserve des droits souverains figurant à l'article II s'appuy[ait] sur la doctrine Harmon qui ne fai[sait] pas partie du droit international » et que « le traité [pouvait] être dénoncé en vertu du principe *rebus sic stantibus*, puisque il y avait eu un changement fondamental de circonstances depuis qu'il [avait] été conclu » (*ibid.*). Ils indiquent, en outre, que pour répondre à ces arguments, le Canada a fait valoir que « la règle applicable en l'espèce ne découl[ait] pas de la doctrine Harmon de la souveraineté absolue, mais d'un traité en bonne et due forme qui [avait] été appliqué pendant près de cinquante ans; [...] [que] les dérivations envisagées n'[étaient] ni déraisonnables ni inéquitables [et que] si les Etats-Unis voulaient utiliser un volume supérieur des eaux du Columbia dont une partie était retenue au Canada, une répartition équitable des « avantages en aval » entre les deux pays serait nécessaire » (*ibid.*, p. 47).

Dans ce contexte, il est intéressant de noter que, en avril 1895, soit huit mois avant que l'Attorney-General Harmon ne formule son opinion, les Etats-Unis avaient demandé à la Grande-Bretagne de « prendre les mesures appropriées pour prévenir les dommages » qui risquaient d'être causés par un barrage ou une « digue » qu'une société de la province canadienne de la Colombie britannique envisageait de construire sur le Boundary Creek, « à l'endroit où celui-ci traverse la frontière, ce qui entraînerait la submersion et l'affouillement des terres mises en valeur par les habitants de l'Etat [américain] de l'Idaho » (J. B. Moore, *A Digest of International Law*, Washington [D.C.], 1906, vol. II, p. 451 et 452). Les travaux de construction du barrage ayant été poursuivis et ayant causé les dommages redoutés, les Etats-Unis avaient alors demandé « le démantèlement du barrage dans les meilleurs délais et le versement d'une indemnité appropriée à ceux qui avaient été lésés » (*ibid.*, p. 451).

[98] Moore, *op. cit.* (*supra* n. 97), vol. I, p. 654.

[99] Cette commission a été établie par la Convention des frontières conclue le 1er mars 1889 entre les Etats-Unis et le Mexique (Parry, *The Consolidated Treaty Series, op. cit.* [*supra* n. 90], 1978, vol. 172 (1889-1890), p. 21; reproduit dans Nations Unies, *Textes législatifs...*, p. 229, n° 74). La Commission a été désignée, par la suite, sous le nom de Commission internationale des frontières et des eaux des Etats-Unis et du Mexique, à laquelle de nouveaux pouvoirs et de nouvelles responsabilités ont été conférés par le Traité du 3 février 1944 entre les Etats-Unis d'Amérique et le Mexique relatif à l'utilisation des eaux du Colorado, de la Tijuana et du Rio Grande (Rio Bravo) depuis Fort-Quitman (Texas) jusqu'au Golfe du Mexique (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 3, p. 313).

[100] Voir Mémorandum du Département d'Etat du 21 avril 1958, *op. cit.* (*supra* n. 77), p. 64.

[101] On trouvera un compte rendu des événements qui s'étaient produits entre la publication du rapport de la Commission internationale des frontières et la conclusion de la Convention de 1906, et notamment des nombreuses démarches faites par les Etats-Unis pour tenter de satisfaire les revendications du Mexique, dans Simsarian, *loc. cit.* (*supra* n. 91) et dans le Mémorandum du Département d'Etat du 21 avril 1958, *op. cit.* (*supra* n. 77), p. 64 et 65.

[102] Voir *supra* par. 79 et note 90.

Le Mémorandum du Département d'Etat du 21 avril 1958 contient les observations suivantes sur la position juridique adoptée par les Etats-Unis lors de ce différend :

[...] Il est nécessaire de faire une distinction entre ce que les Etats disent et ce qu'ils font. On notera que l'opinion Harmon contient deux éléments : 1) souveraineté territoriale, et donc 2) absence d'obligation. [...] dans le cas du Mexique, les Etats-Unis se sont référés à ces deux éléments mais ont cependant conclu en fait un traité de partage des eaux. [...][103].

Dans un autre passage de ce mémorandum, où l'on retrace le déroulement de la négociation du futur traité relatif aux eaux limitrophes entre les Etats-Unis et le Canada[104], il est indiqué que le négociateur américain, Chandler P. Anderson, dans une communication adressée au Secrétaire d'Etat, Elihu Root, avait déclaré ce qui suit à propos des eaux frontières :

« [...] La souveraineté absolue emporte l'inviolabilité de ces eaux territoriales, en tant que droit, et cette inviolabilité au bénéfice de chacune des parties impose une contrainte à l'autre partie, de telle sorte qu'aucun des deux pays n'est libre d'utiliser ses propres eaux d'une manière préjudiciable à l'autre.

« [...] On est autorisé à conclure que le droit international tend à reconnaître à chaque partie le droit d'utiliser comme elle l'entend les eaux se trouvant sur son territoire, à condition de ne pas porter atteinte au droit correspondant de l'autre partie et de ne pas lui causer de préjudice [...]. »

Comme le souligne M. Anderson aux paragraphes précédents, l'axiome selon lequel un Etat est souverain sur son territoire n'amène pas nécessairement à conclure qu'il peut légalement faire un usage illimité des eaux sises sur son territoire. [...][105].

84. Les circonstances ayant amené les Etats-Unis et le Mexique à conclure ultérieurement un nouveau traité ont jeté une lumière nouvelle sur la position des Etats-Unis. Dans un mémorandum du 26 mai 1942, concernant les négociations menées par les Etats-Unis et le Mexique au sujet du fleuve Colorado, le Conseiller juridique du Département d'Etat, G. H. Hackworth, avait passé en revue les accords existants relatifs aux cours d'eau et aux lacs internationaux. Il indiquait que si ce bilan

n'est certainement pas complet, il est cependant suffisant pour dégager l'opinion générale sur le règlement des questions relatives à la répartition équitable des avantages de l'utilisation de ces eaux. Aucun de ces accords ne reprend la théorie avancée précédemment par l'Attorney-General Harmon [...]. Au contraire, les accords reconnaissent et protègent expressément les droits de l'Etat d'aval.[...][106].

Dans un deuxième mémorandum, écrit en novembre de la même année, le Conseiller juridique abordait la question des droits du Mexique sur les eaux retenues par le barrage de Boulder, aux Etats-Unis :

La question à laquelle nous sommes confrontés est de savoir ce à quoi le Mexique a droit, en tout état de cause comme constituant sa part juste et équitable des eaux retenues d'un cours d'eau qui, si on laissait faire la nature, fournirait aux deux pays une certaine quantité d'eau — insuffisante, à l'étiage, pour couvrir les besoins de l'un ou l'autre pays, et trop importante en période de crue pour être utilisée par l'un ou l'autre ou par les deux.

[...]

Les droits respectifs des Etats-Unis et du Mexique dans cette affaire ne peuvent être déterminés ni par des règles de droit établies, ni en prenant simplement pour critère que le cours d'eau a sa source aux Etats-Unis et peut donc être utilisé dans ce pays. Une telle règle, à supposer qu'elle soit valable ou qu'on la mette en application, priverait tous les Etats d'aval des avantages normaux et naturels des cours d'eau dans le monde entier. Notre but devrait donc être de trouver une solution raisonnable permettant de répartir équitablement les droits d'utilisation des eaux[107].

85. En 1944, les Etats-Unis et le Mexique signaient un traité concernant les eaux du Rio Grande inférieur et du Colorado[108]. La conclusion de ce traité marquait l'aboutissement d'un processus entamé, du côté des Etats-Unis, par la nomination, autorisée par le Congrès, de trois commissaires « pour réaliser, en collaboration avec les représentants du Gouvernement mexicain, une étude sur l'utilisation équitable des eaux du Rio Grande inférieur et du Colorado inférieur »[109]. Le Traité prévoit la répartition des eaux des deux fleuves et la construction d'ouvrages. Lors de l'examen du Traité par la Commission des affaires étrangères du Sénat américain, dans le cadre de la procédure de ratification par les Etats-Unis, un adversaire du Traité, appelé à témoigner, a dit que l'opinion de l'Attorney-General Harmon était l'expression exacte de la pratique juridique des Etats-Unis. Trois représentants de l'exécutif ont contesté cette affirmation. Tout d'abord, le conseiller juridique adjoint du Département d'Etat, Ben M. English, après avoir souligné que l'opinion de Harmon était fondée essentiellement sur les termes de l'arrêt rendu dans l'affaire du *Schooner « Exchange »*, qui ne concernait pas la question de la répartition des eaux des fleuves internationaux, a déclaré ce qui suit :

[...] L'affirmation selon laquelle [...] les Etats-Unis sont en droit de se refuser à donner suite à une demande du Mexique visant à ce que soient attribuées à ce dernier des eaux supplémentaires du Colorado est, pour le moins, extrêmement sujette à caution, en particulier si l'on envisage l'opinion de Harmon sous l'angle de

a) La pratique des Etats telle qu'elle est attestée par les traités conclus entre divers pays, dont les Etats-Unis, prévoyant la répartition équitable des eaux des fleuves internationaux[110].

En deuxième lieu, le Secrétaire d'Etat adjoint, Dean Acheson, a déclaré à ce sujet :

[...] La conclusion logique de l'argumentation juridique avancée par les adversaires du Traité est, semble-t-il, qu'un pays d'amont peut, par un acte unilatéral accompli sur son propre territoire, empiéter sur

[103] *Op. cit.* (*supra* n. 77), p. 9 et 10.

[104] Traité de 1909 relatif aux eaux limitrophes (v. *supra* no. 78 *a*).

[105] *Op. cit.* (*supra* note 77), p. 60 et 61. Ce point a été également reconnu dans l'étude de la CEE (v. *supra* n. 77), où il est dit que

« [...] Chaque Etat riverain a un droit de propriété sur la partie du cours d'eau qui le traverse et ce droit vient limiter la liberté d'action des autres. Mais le fait que chaque Etat soit obligé de respecter le droit de propriété des autres n'entame en rien l'intégrité de son pouvoir souverain. [...]. » (E/ECE/136-E/ECE/EP/98/Rev.1 et Corr.1, par. 189.)

[106] Cité dans Whiteman, *op. cit.* (*supra* n. 78 *a*), p. 950.

[107] *Ibid.*, p. 953 et 954.

[108] Traité du 3 février 1944 entre les Etats-Unis d'Amérique et le Mexique, voir *supra* note 99.

[109] Public Resolution n° 62, du 3 mars 1927, soixante-neuvième Congrès, 2e session (*The Statutes at Large of the United States of America*, vol. 44, partie 2, p. 1403, chap. 381).

[110] Outre la pratique des Etats, English a invoqué à l'encontre de la doctrine Harmon :

« *b*) Les décisions des tribunaux nationaux faisant application de la doctrine de la répartition équitable, et rejetant, tant qu'elle s'appliquerait aux rapports entre Etats, la doctrine Harmon;

« *c*) Les écrits des spécialistes du droit international contestant la doctrine Harmon;

« *d*) L'arbitrage dans l'affaire du *Trail Smelter* [...]. »

(Etats-Unis d'Amérique, Sénat, *Hearings before the Committee on Foreign Relations on Treaty with Mexico relating to the utilization of the waters of certain rivers*, soixante-dix-neuvième Congrès, 1re session, Washington (D.C.), 1945, partie 5, p. 1751.)

les droits d'un pays d'aval; c'est là une doctrine juridique qui ne peut guère se défendre à notre époque[111].

Enfin, Frank Clayton, conseil de la section américaine de la Commission internationale des frontières, a déclaré que, à sa connaissance, « l'opinion de l'Attorney-General Harmon n'avait à aucun moment été suivie, que ce soit par les Etats-Unis ou par un quelconque autre pays[112] ».

86. Le Secrétaire d'Etat, Edward R. Stettinius Jr., a trouvé les mots qu'il fallait pour saluer l'approbation du Traité par le Sénat américain en déclarant que le Traité permettrait au Mexique et aux Etats-Unis de « coopérer en bons voisins à l'exploitation des ressources vitales en eau des fleuves dans lesquels chacun détient un intérêt équitable[113] ».

87. Cette étude des positions adoptées par les représentants du Gouvernement américain, envisagées sous l'angle de la diplomatie et de la pratique conventionnelle des Etats-Unis, amène à conclure que la « doctrine Harmon » n'est pas et n'a probablement jamais été effectivement suivie par l'Etat qui l'a formulée[114]. En fait, comme on l'a vu, la Convention de 1906 relative au Rio Grande — qui mettait un terme au différend qui était à l'origine même de l'opinion formulée par l'Attorney-General — prévoyait, dans son préambule, « la répartition équitable des eaux du Rio Grande » (v. *supra* par. 82 *in fine*)[115].

ii. Pratique d'autres Etats

88. Quelques Etats ont parfois proclamé dans des communications diplomatiques leur souveraineté absolue sur des parties de cours d'eau internationaux situées entièrement sur leur territoire[116]. Néanmoins, à l'instar des Etats-Unis dans les situations examinées ci-dessus, ces Etats ont généralement réglé les controverses nées de la revendication de la souveraineté absolue en concluant des traités qui, en fait, partagent les eaux ou reconnaissent des droits à l'autre ou aux autres Etats. Par exemple, le Traité de 1960 sur les eaux de l'Indus entre l'Inde

[111] *Ibid.*, p. 1762.

[112] Clayton a poursuivi en ces termes :

« [...] Je me suis efforcé d'analyser les traités internationaux conclus en la matière [...] Dans tous ceux que j'ai pu trouver, il semble qu'on parte de la protection des utilisations existantes, tant dans le pays riverain d'amont que dans le pays riverain d'aval, sans souci de faire prévaloir la doctrine de la souveraineté territoriale exclusive. Dans la plupart des traités, on s'efforce d'aller plus loin et de prévoir une utilisation élargie dans les deux pays, celui d'amont comme celui d'aval, dans les limites des ressources en eau disponibles. » (*Ibid.*, partie 1, p. 97 et 98.)

[113] Etats-Unis d'Amérique, *Department of State Bulletin*, Washington (D.C.), vol. 12, n° 304, 22 avril 1945, p. 742. Le Président des Etats-Unis a fait la déclaration suivante touchant l'approbation du Traité de 1944 par le Sénat :

« En votant l'approbation du Traité sur les eaux conclu avec le Mexique, le Sénat a donné aujourd'hui la preuve indiscutable qu'il appuie résolument la politique bien établie de notre gouvernement, qui tend à fonder ses relations avec nos bons voisins sur la simple justice, l'équité, la compréhension amicale et la coopération dans le domaine pratique. Par cette décision du Sénat, les Etats-Unis et le Mexique unissent leurs efforts au service d'un programme constructif et efficace qui leur permettra de répartir entre eux et d'exploiter pour leur bénéfice mutuel les eaux de fleuves qui sont en partie communs aux deux pays. » *(Ibid.)*

[114] On a dit que l'article II du Traité de 1909 relatif aux eaux limitrophes entre le Canada et les Etats-Unis (v. *supra* n. 78 *a*) reprenait la doctrine Harmon (voir p. ex. *supra* note 97 l'argumentation avancée par les Etats-Unis, mais dans laquelle ils niaient, par ailleurs, que cette doctrine fît partie du droit international). L'article II dispose à ce sujet que

« Chacune des Parties contractantes se réserve [...], sans préjudice de toutes dispositions d'un traité actuellement en vigueur visant cette question, la juridiction et le contrôle exclusifs sur l'utilisation et la dérivation, qu'elles soient temporaires ou permanentes, de toutes les eaux situées à l'intérieur de ses frontières qui, lorsqu'elles suivent leur cours naturel, coulent au-delà de la frontière ou dans les eaux frontières. [...]

Cet article doit toutefois être replacé, dans l'ensemble du Traité, qui non seulement instituait la Commission mixte internationale et lui conférait le pouvoir d'enquêter et de faire rapport sur les questions ou les points suscitant des différends entre les parties à propos de leurs droits, leurs obligations ou leurs intérêts mutuels (art. IX), mais résolvait en outre le conflit existant au sujet des eaux du St. Mary et du Milk en répartissant également les eaux de ces fleuves et de leurs affluents (art. VI) [v. *supra* n. 78 *a*]. En outre, comme on l'a vu, l'affirmation par un Etat de « sa juridiction et son contrôle exclusifs » ou de « sa souveraineté territoriale absolue » n'exclut pas que cet Etat reconnaisse qu'il est de son devoir de ne pas utiliser ses eaux de façon à porter préjudice à un autre Etat (v. *supra* par. 83 *in fine*). Enfin, le Mémorandum du Département d'Etat du 21 avril 1958, après avoir fait l'étude complète des négociations qui ont abouti au Traité de 1909, conclut qu'aucun élément du dossier ne prouve qu'on ait voulu reprendre la doctrine Harmon dans l'article II (*op. cit.* [*supra* n. 77], p. 59 à 61). On trouvera dans ce mémorandum (p. 5 à 62) l'historique des négociations qui ont mené au Traité de 1909, et des précisions concernant spécialement l'article II.

Sur un plan général, voir R. D. Scott, « The Canadian-American Boundary Waters Treaty: Why article II ? », *Canadian Bar Review*, Toronto, vol. 36, 1958, p. 511; et Austin, *loc. cit.* (*supra* n. 91), p. 393.

Un point de vue quelque peu différent a été exposé par C.B. Bourne dans son article, « The right to utilize the waters of international rivers », *The Canadian Yearbook of International Law, 1965*, Vancouver, vol. III :

« [...] aujourd'hui encore il est permis de douter que la doctrine ait été abandonnée par les Etats-Unis; les déclarations faites par les responsables gouvernementaux lors des auditions du Sénat sur le Traité de 1944 entre les Etats-Unis et le Mexique sont ambiguës et, dans le cadre des procédures de la Commission mixte internationale, en 1950 et 1951 encore, le conseil juridique des Etats-Unis continuait d'invoquer cette doctrine en s'appuyant sur l'article II du Traité de 1909 sur les eaux limitrophes » (p. 204).

Les seules déclarations auxquelles se réfère Bourne sont celles du Secrétaire d'Etat adjoint Acheson et du Secrétaire d'Etat Stettinius, mentionnées plus haut (par. 85 et 86). Sans rejeter formellement la doctrine Harmon, comme l'a fait, par exemple, Clayton (voir *supra* note 112), ces deux déclarations énoncent avec force que la doctrine n'a pas place dans les rapports des Etats-Unis avec ses voisins en ce qui concerne les fleuves internationaux. Quant au fait que le conseil juridique des Etats-Unis ait invoqué en 1950 et 1951 l'article II du Traité de 1909, on a vu plus haut que la clause de l'article II, selon laquelle chaque partie se réserve « la juridiction et le contrôle exclusifs » des fleuves successifs à l'intérieur de son territoire ne revient nullement à affirmer que chaque partie a le droit d'utiliser les eaux qui coulent sur son territoire sans se soucier en aucune façon des préjudices qui pourraient en résulter pour l'autre pays.

[115] L'étude de la CEE (v. *supra* n. 77) arrive d'ailleurs à la conclusion que les Etats-Unis avaient abandonné *de facto* la doctrine Harmon en ratifiant la Convention de 1906 (E/ECE/136-E/ECE/EP/98/Rev.1 et Corr.1), par. 99.

[116] Les recherches effectuées n'ont pas révélé l'existence d'une telle revendication en ce qui concerne les cours d'eau purement contigus. On entend par là que les Etats contigus, tout en affirmant qu'ils avaient « des droits égaux » ou réclamant « la moitié de l'eau » (voir p. ex. les dispositions conventionnelles citées à l'annexe I du présent chapitre), n'ont pas revendiqué le droit de disposer de la totalité des eaux des cours d'eau contigus. Bien entendu, cela ne s'applique pas aux situations où la frontière entre les Etats contigus suit l'une des rives du cours d'eau et non la ligne médiane ou le thalweg. Voir aussi Lipper, *loc. cit.* (*supra* n. 76), p. 23.

et le Pakistan[117], conclu avec la participation de la Banque mondiale[118], représentait l'aboutissement d'une longue série de négociations durant lesquelles, à un moment donné, l'Inde

[...] a réservé son entière liberté d'étendre ou de modifier le système d'irrigation à l'intérieur de son territoire — en d'autres termes, de prélever les quantités d'eau dont elle avait besoin, sous réserve de l'accord qui pourrait être conclu avec le Pakistan. Mais elle a continué à fournir de l'eau comme par le passé[119].

Le Pakistan a considéré que la position de l'Inde portait atteinte « au fondement même du droit historique et juridique du Pakistan à une part équitable des fleuves communs », et il a « proposé en conséquence la tenue d'une conférence en vue de procéder à une « répartition équitable » de toutes les eaux que partageaient les deux pays et, au cas où on ne parviendrait pas à un règlement par des négociations, de soumettre le différend à la Cour internationale de Justice[120] ». Bien que les parties aient réservé leur position juridique[121], le Traité de 1960 a en fait réalisé ce que les observateurs ont décrit comme un partage équitable des eaux du système de l'Indus[122].

89. L'utilisation des eaux qui coulent de l'Inde au Pakistan oriental (devenu le Bangladesh en 1971) a fait l'objet entre les deux pays concernés d'une série de négociations étalées sur un certain nombre d'années. A un certain moment, en 1950, le Gouvernement indien a déclaré, se référant à des informations faisant état d'un projet de construction d'un barrage sur le fleuve Karnafuli au Pakistan oriental qui aurait eu pour effet d'inonder certaines régions dans l'Etat indien de l'Assam, a déclaré que « le Gouvernement indien ne peut à l'évidence permettre cela et est convaincu que le Gouvernement pakistanais n'entreprendra pas des travaux susceptibles de submerger des terres situées en Inde ». Le Pakistan a répondu qu'il n'envisageait pas de construire un barrage qui inonderait des terres situées en territoire indien[123]. Cependant, la principale source de controverse entre les deux pays a été la construction par l'Inde de 1961 à 1975 du barrage de Farakka sur le Gange, à quelque 18 kilomètres en amont de la frontière du Bangladesh[124]. L'affaire ayant été portée en 1968 devant l'Assemblée générale, l'Inde a d'abord défendu le point de vue selon lequel le Gange n'était pas un fleuve international, mais qu'il était « presque totalement » indien puisque 90% de son cours principal, 99 % de son bassin hydrographique et 91,5 % de la totalité de son potentiel d'irrigation se trouvaient en Inde[125]. L'Inde a toutefois déclaré qu'elle était prête « à discuter de cette question avec le Pakistan et à lui démontrer que la construction du barrage de Farakka ne lui portera pas préjudice[126] ». Or, lors des débats ultérieurs de la Commission politique spéciale de l'Assemblée générale, l'Inde a non seulement cessé de nier le caractère international du Gange, mais elle a énoncé sa position d'ensemble en ces termes :

---

[117] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 419, p. 125.

[118] Feu Richard Baxter a écrit que la Banque mondiale « n'était pas une tierce partie désintéressée mais bien l'une des parties à ce qui constituait en fait des négociations tripartites, car l'on savait qu'elle devrait participer à tout programme de travaux et de financement qui pourrait être élaboré ». (« The Indus Basin », *in* Garretson, Hayton et Olmstead, *op. cit.* [*supra* n. 76], p. 477.)

[119] Baxter, *loc. cit.*, p. 453.

[120] Note verbale du 16 juin 1949 du Ministère pakistanais des affaires étrangères et des relations avec le Commonwealth, adressée au Commissaire de l'Inde au Pakistan (Gouvernement du Pakistan, *Canal Waters Dispute: Correspondence between the Government of Pakistan and the Government of India and Partition Documents*, mai 1958, p. 163), cité par Baxter, *loc. cit*, p. 454.

[121] Le Traité sur les eaux de l'Indus stipule au paragraphe 1, al. *b*, de l'article XI :

« *b*) Qu'aucune disposition du présent Traité [...] ne sera interprétée comme emportant reconnaissance ou abandon d'un droit ou d'une revendication quelconque de l'une ou l'autre Partie, à l'exception des droits ou revendications dont le présent Traité emporte expressément reconnaissance ou abandon .»

Le paragraphe 2 du même article dispose :

« Aucune disposition du présent Traité ne pourra être interprétée par les Parties comme établissant un principe général de droit ou un précédent quels qu'ils soient. »

Néanmoins, comme l'a fait observer Baxter au sujet de cet article, « une disposition de cette nature ne peut empêcher les autres Etats de considérer le règlement comme un précédent ou de déduire les principes généraux qu'ils veulent des termes de l'accord. » (*Loc. cit.*, p. 476.)

[122] Un certain nombre de commentateurs sont parvenus à la conclusion que le Traité sur les eaux de l'Indus réalisait en fait un partage équitable ou, en d'autres termes, assurait une utilisation équitable des eaux du système de l'Indus. Voir p. ex. le troisième rapport de M. Schwebel (doc. A/CN.4/348 [v. *supra* n. 14], par. 65); et Baxter, *loc. cit.*, p. 476.

[123] Echange de notes des 13 février et 15 avril 1950, mentionné par M. Qadir, « Note on the uses of the waters of international rivers », *Principles of Law governing the Uses of International Rivers*, Londres, ILA, 1956, rapports et commentaires présentés à l'Association de droit international à sa quarante-septième Conférence (Dubrovnik [Yougoslavie], 26 août-1er septembre 1956), p. 12; cité par Lammers, *op. cit.* [*supra* n. 77], p. 311.

[124] Lammers décrit comme suit ce projet et le débat auquel il a donné lieu :

« [...] Ce projet avait pour objet de détourner, par un canal de dérivation, les eaux du Gange vers la rivière de Bhagirathi-Hoogly — qui est en fait un des bras du Gange en Inde — afin de mettre fin à l'envasement de cette rivière et du port de Calcutta, dû à l'insuffisance du débit de ce cours d'eau en aval. L'Inde estimait que ce détournement des eaux du Gange au profit de la rivière Bhagirathi-Hooghly était le seul moyen de sauver le port de Calcutta et de préserver le bien-être de millions d'habitants de la ville et de son arrière-pays. Toujours selon l'Inde, le détournement des eaux vers la rivière Bhagirathi-Hooghly atténuerait la force et la fréquence des mascarets, c'est-à-dire des masses d'eau qui remontent très rapidement le courant et constituent un grave obstacle à la navigation.

« Le Pakistan et, depuis 1971, le Bangladesh se sont opposés avec la dernière énergie à la construction du barrage de Farakka. Le Gange a un débit abondant pendant la mousson (juin-octobre), ce qui provoque des inondations au Pakistan oriental/Bangladesh, mais son débit est très faible pendant la saison sèche (de novembre à mai) à un moment où il n'y a plus de fonte des neiges de l'Himalaya et où la pluviosité est extrêmement réduite dans le bassin du Gange. Le nœud du problème était que le débit du Gange serait encore plus réduit pendant la saison sèche du fait du barrage de Farakka. Le Pakistan oriental/Bangladesh craignait qu'en cette saison le débit du Gange ne baisse au point que des centaines de milliers d'hectares de terres cultivées tomberaient en friche par manque d'eau. On redoutait aussi que le canal du Gange au Pakistan oriental/Bangladesh ne s'envase, ce qui aggraverait considérablement le problème des inondations pendant la saison des pluies, et que les zones côtières du Pakistan oriental/Bangladesh ne soient plus cultivables du fait de l'avancée des eaux de mer dans le delta, faute d'un drainage d'eau douce vers la mer. » (*Op. cit.* [*supra*, n. 77], p. 312 et 313.)

[125] *Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-troisième session, Séances plénières*, 1682e séance, par. 177; et *ibid., trente et unième session, Commission politique spéciale*, 21e séance, par. 15. Pour plus de précisions sur les négociations entre l'Inde et le Pakistan, puis le Bangladesh, voir Lammers, *op. cit.*, p. 313 à 319.

[126] *Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-quatrième session, Séances plénières*, 1776e séance, par. 285.

L'opinion de l'Inde sur l'utilisation des eaux d'un fleuve international est celle de la majorité des Etats. Lorsqu'un fleuve traverse plusieurs pays, chaque pays a droit à une part équitable des eaux de ce fleuve. [...]

Ces opinions sont contraires à la doctrine Harmon, selon laquelle un Etat riverain serait en droit d'exercer une souveraineté absolue sur les eaux qui arrosent son territoire, comme l'a laissé entendre le représentant du Bangladesh dans son allocution. Pour sa part, l'Inde a toujours pensé que chaque Etat riverain avait droit à une part raisonnable et équitable des eaux d'un fleuve international[127].

A la suite d'une déclaration commune adoptée par consensus par la Commission politique spéciale ainsi que par l'Assemblée générale, en 1976[128], les parties se sont rencontrées pour rechercher un règlement et elles sont en fait parvenues à s'entendre sur un arrangement provisoire, qui était l'Accord de 1977 sur le partage des eaux du Gange[129]. Comme l'a noté Lammers,

il ressort clairement de la controverse relative aux eaux du Gange que l'Inde a fini par renoncer tout à fait à la doctrine Harmon, doctrine qu'elle semblait encore préférer lorsqu'elle traitait avec le Pakistan lors de la controverse sur les eaux de l'Indus et au début du débat portant sur les eaux du Gange[130].

90. Le Gouvernement autrichien, lors de ses négociations avec la Bavière au sujet de l'aménagement de certains cours d'eau internationaux, a adopté une position que l'on pourrait considérer comme favorable à la souveraineté absolue. Il estimait que : « d'après le droit de souveraineté territoriale », un cours d'eau successif est à l'entière disposition de l'Etat qu'il arrose[131]. Or, comme on l'a vu, cette position n'est pas forcément incompatible avec la reconnaissance de l'obligation faite aux Etats de ne pas utiliser, d'une façon préjudiciable à d'autres Etats, les eaux qui se trouvent à l'intérieur de leurs frontières. En outre, l'Autriche a effectivement accepté de notifier tout projet d'aménagement futur et d'examiner les objections y afférentes et, dix ans plus tard, elle aurait adopté le point de vue selon lequel un fleuve international est un tout indivisible[132].

91. Lipper présente les conclusions suivantes au sujet de la « doctrine Harmon » ou du concept de la souveraineté absolue :

[...] la doctrine Harmon n'était pas l'expression d'un droit des fleuves internationaux. Il s'agissait plutôt d'une affirmation selon laquelle les Etats étaient libres d'agir comme ils l'entendaient puisqu'il n'y avait pas de règles de droit international applicables. Aucun aspect de l'évolution ultérieure du principe ne milite en faveur de l'inclusion de celui-ci dans le droit des fleuves internationaux[133].

b. *Utilisation équitable ou « souveraineté limitée »*[134]

92. Il est souvent arrivé que les Etats d'amont reconnaissent aux Etats d'aval des droits dès l'ouverture des négociations. C'est ainsi que, lors des négociations entre le Royaume-Uni et l'Egypte qui ont abouti à l'Accord de 1929 sur les eaux du Nil[135], le Ministre des affaires étrangères du Royaume-Uni avait donné à son représentant les instructions suivantes :

Le principe est accepté que les eaux du Nil, qui englobent à la fois les cours du Nil Blanc et du Nil Bleu ainsi que celui de leurs affluents, doivent être considérées comme un tout destiné à être utilisé par les populations riveraines selon leurs besoins et leur capacité à en tirer parti; et, conformément à ce principe, il est reconnu que l'Egypte a un droit acquis au maintien de son approvisionnement actuel en eau pour les secteurs qui sont à présent cultivés ainsi qu'à une proportion équitable de toutes ressources supplémentaires que des travaux d'équipement pourraient procurer à l'avenir[136].

Herbert A. Smith a fait le commentaire suivant au sujet de ces négociations :

La position adoptée par la Grande-Bretagne lors de ses négociations avec l'Egypte au sujet de la répartition des eaux du Nil est un exemple marquant du rejet par un Etat puissant de la doctrine des droits absolus du souverain territorial. L'application de ce principe aurait permis à la Grande-Bretagne d'utiliser autant d'eau qu'elle l'entendait pour l'irrigation du Soudan, mais il ressort de la correspondance qui a été publiée que lord Lloyd a admis aisément et sans discuter le principe « des droits antiques et historiques » de l'Egypte sur les eaux du Nil, la répartition des eaux devant donc se faire par un accord entre les deux gouvernements intéressés[137].

Lors des négociations plus récentes entre la République arabe unie et le Soudan au sujet du projet de construction du barrage d'Assouan, le Gouvernement soudanais a déclaré ce qui suit :

Il n'est pas contesté que l'Egypte a établi l'existence à son profit d'un droit aux volumes d'eau qu'elle utilise effectivement à des fins d'irrigation. Le Soudan jouit d'un droit similaire[138].

Les Gouvernements du Soudan et de la République arabe unie ont convenu que toutes ressources en eau venant s'ajouter à celles pour lesquelles des droits avaient déjà été établis devaient être équitablement

---

[127] *Ibid., trente et unième session, Commission politique spéciale*, 21e séance, par. 8 et 9.

[128] *Ibid.*, 27e séance, par. 3; et *ibid., Séances plénières*, 80e séance, par. 134 à 142.

[129] Cet accord était entré en vigueur pour une période de cinq ans, le 5 novembre 1977. Pour le texte, voir *International Legal Materials*, Washington (D.C.), vol. 17, 1978, p. 103.

[130] *Op. cit.* (*supra* n. 77), p. 319.

[131] Déclaration du Gouvernement autrichien relative aux principes applicables aux cours d'eau successifs. L'Autriche y a reconnu en outre qu'

« aucun des deux Etats ne jouit d'un droit d'usage exclusif sur le volume total des eaux des cours d'eau contigus, mais que, en vertu des maximes générales du droit, chacun d'eux, [...] peut prétendre à l'exploitation de la moitié du volume des eaux du cours d'eau dont il est question. » (Cité dans l'étude de la CEE [v. *supra* n. 77], E/ECE/136-E/ECE/EP/98/Rev.1 et Corr.1, par. 38.)

[132] « L'Autriche, qui est un Etat riverain d'amont, est allée encore plus loin que les Etats-Unis dans sa renonciation à la doctrine de la souveraineté absolue. Elle considère actuellement qu'un fleuve international est un tout indivisible et que les Etats riverains en jouissent en commun, chacun d'entre eux possédant une partie indivisible du tout. Cette position va donc au-delà du principe de la souveraineté territoriale limitée et se rapproche de la théorie de l'exploitation communautaire des eaux. » (Lipper, *loc. cit.* [*supra* n. 76], p. 27, citant I. Seidl-Hohenveldern, « Austrian views on international rivers », *Annales Universitatis Saraviensis*, vol. IX, 1962, p. 191.)

[133] *Loc. cit.*, p. 22 et 23.

[134] Selon la définition qu'en donne Lipper, le principe de la « souveraineté territoriale limitée » « restreint le principe de la souveraineté absolue autant qu'il est nécessaire pour assurer à chaque Etat riverain une utilisation raisonnable des eaux .» (*Loc. cit.*, p. 18; voir aussi p. 23 à 28.)

[135] Echange de notes du 7 mai 1929 relatif à l'utilisation des eaux du Nil pour les besoins de l'irrigation (SDN, *Recueil des Traités*, vol. XCIII, p. 43).

[136] Royaume-Uni, *Papers regarding Negotiations for a Treaty of Alliance with Egypt—Egypt No. 1 (1928)*, Cmd. 3050, Londres, 1928, p. 31.

[137] *Op. cit.* (*supra* n. 44), p. 147.

[138] Soudan, Ministère de l'irrigation et de l'énergie hydroélectrique, *Nile Waters Question*, Khartoum, 1955, p. 13.

réparties, mais ils n'ont pas pu s'entendre à l'époque sur les modalités spécifiques d'une répartition équitable. Cependant, l'Accord de 1959 relatif aux eaux du Nil a confirmé les droits de chaque partie à certains volumes d'eau[139].

93. Le différend entre l'Argentine et le Brésil relatif à l'utilisation des eaux du Paraná[140], même s'il porte essentiellement sur les mécanismes de consultation, d'échange d'informations et de coopération, n'en est pas moins instructif du point de vue de la présente étude. Le problème était que l'Argentine et le Brésil envisageaient, chacun de leur côté, de construire deux barrages distincts à des points différents du Paraná. Le barrage argentin devait se situer à Corpus, où le Paraná constitue la frontière entre l'Argentine et le Paraguay; le barrage brésilien devait être plus en amont, à Itaipu où le Paraná constitue la frontière entre le Brésil et le Paraguay. Comme l'Argentine craignait que le projet d'Itaipu ainsi que d'autres projets réalisés au Brésil n'eussent un effet néfaste sur le barrage de Corpus, elle a soutenu que le Brésil avait l'obligation, en droit international, d'informer l'Argentine et de la consulter au sujet de ses projets. Le Brésil a refusé de reconnaître l'existence d'une telle obligation[141], mais, par la suite, il a conclu avec l'Argentine un accord bilatéral qui prévoyait que les Etats coopéreraient dans le domaine de l'environnement en fournissant des données techniques relatives aux travaux qui seraient entrepris dans leur juridiction, afin d'empêcher que des dommages appréciables ne soient causés à l'environnement dans la région voisine[142]. L'accord prévoyait aussi que « dans l'exploration, l'exploitation et la mise en valeur de leurs ressources naturelles, les Etats ne doivent pas causer de dommages appréciables dans des zones ne relevant pas de leur juridiction nationale »[143]. Le texte de cet accord a été adopté ultérieurement en tant que résolution 2995 (XXVII) de l'Assemblée générale, du 15 décembre 1972[144]. Par ailleurs, en juin 1971, l'Argentine et le Brésil ont tous deux signé l'Acte d'Asunción qui contient la Déclaration d'Asunción sur l'utilisation des cours d'eau internationaux[145]. Cette déclaration dispose, au paragraphe 2, que

> Dans les cours d'eau internationaux successifs, qui ne relèvent pas simultanément de la souveraineté de deux Etats, chaque Etat peut utiliser les eaux conformément à ses besoins, à condition qu'il ne cause de préjudice notable à aucun autre Etat du bassin [du Rio de la Plata][146].

Finalement, l'Argentine, le Brésil et le Paraguay sont parvenus en 1979 à un accord assurant la coordination des deux projets de barrage[147].

94. Lors du différend qui l'opposait à la Bolivie au sujet de l'utilisation du rio Lauca[148], le Chili, l'Etat d'amont, a reconnu que la Bolivie avait des « droits » sur ces eaux et a aussi affirmé que la Déclaration de Montevideo de 1933 « peut être considérée comme une codification des principes juridiques généralement

---

[139] Voir *supra* note 78 *d* et, à l'annexe II du présent chapitre, les dispositions significatives de cet accord. En outre, le paragraphe 2 de l'article 3 de l'Accord prévoit que :

> « [...] Lorsque la République du Soudan sera prête à utiliser sa quote-part conformément au programme convenu, elle remboursera à la République arabe unie une part des dépenses qui sera proportionnelle à sa quote-part du surplus dû à l'ouvrage dont il s'agit, étant entendu que la quote-part de chaque République ne pourra excéder la moitié dudit surplus. »

Voir aussi le paragraphe 2 de l'article 5.

Dans son étude du régime du bassin du Nil, Albert H. Garretson a noté :

> « [...] Aussitôt que le Soudan a acquis une certaine maîtrise de sa politique étrangère, il a fait savoir qu'il ne se considérait pas comme lié par l'Accord de 1929 sur les eaux du Nil. En outre, dès son accession à l'indépendance, en janvier 1956, le Soudan a déclaré officiellement qu'il ne se considérait pas lié par un traité conclu pour son compte par les Britaniques.
>
> « La question juridique de la succession des Etats en ce qui concerne l'Accord de 1929 peut être considérée comme réglée par la déclaration suivante, figurant dans le préambule de l'Accord de 1959 : « Considérant que l'Accord de 1929 relatif aux eaux du Nil ne prévoyait que l'utilisation partielle des eaux de ce fleuve et ne portait pas sur leur régularisation totale, les deux Républiques sont convenues de ce qui suit : ... »
>
> « Il semble ne pas faire de doute que le Soudan renonce ainsi à contester la validité de l'Accord de 1929. Qui plus est, tous les mécanismes mis en place par l'Accord de 1959 constituent manifestement une adaptation et un prolongement de l'Accord de 1929. » («The Nile Basin», *in The Law of International Drainage Basins, op. cit.* [*supra* n. 76], p. 287.)

Pour d'autres examens approfondis des questions juridiques concernant le Nil, voir, entre autres, les études mentionnées *supra* note 78 *d*, et Whiteman, *op. cit.* (*supra* n. 78 *a*), p. 1002 à 1013.

[140] Au sujet de de ce différend, voir sur un plan général G. J. Cano, « Argentina, Brazil and the de la Plata River Basin: A summary review of their legal relationship », *Natural Resources Journal*, Albuquerque (N. M.), vol. 16, 1976, p. 863; P. M. Dupuy, « La gestion concertée des ressources naturelles : à propos du différend entre le Brésil et l'Argentine relatif au barrage d'Itaipu », *Annuaire français de droit international, 1978*, Paris, vol. 24, p. 866 et Lammers, *op. cit.* (*supra* n. 77), p. 294 à 296.

[141] Lammers note que

> « le différend entre l'Argentine et le Brésil sur cette question a même empêché, en 1972, la Conférence des Nations Unies sur l'environnement de parvenir à un consensus au sujet du principe 20 du projet de déclaration sur l'environnement, lequel avait trait à l'obligation des Etats de fournir des informations au sujet des activités menées sur leur territoire qui pourraient causer des dommages importants à l'environnement dans d'autres Etats. » (*Op. cit.*, p. 295.)

[142] L'accord entre l'Argentine et le Brésil a été conclu à New York, le 29 septembre 1972 *(idem)*.

[143] Cité par Cano, *loc. cit.* (*supra* n. 140), p. 873, qui signale également que l'Argentine a dénoncé cet accord le 10 juin 1973 en raison de sa mésentente avec le Brésil au sujet des modalités de notification ainsi que de la question de savoir à quel pays il appartiendrait de décider si les travaux envisagés risquaient de causer un dommage transfrontière appréciable.

[144] Voir aussi la résolution 3129 (XXVIII) de l'Assemblée générale, adoptée le 13 décembre 1973 à l'initiative de l'Argentine et de 52 autres pays après la dénonciation de l'accord de 1972 entre l'Argentine et le Brésil, signalée dans la note précédente.

[145] *Annuaire... 1974*, vol. II (2e partie), p. 355, doc. A/CN.4/274, par. 326.

[146] *Ibid.*, p. 356. Le Paraná fait partie du bassin hydrographique du Rio de la Plata.

[147] Accord signé le 19 octobre 1979, reproduit dans *International Legal Materials*, Washington (D.C.), vol. 19, 1980, p. 615.

[148] Lipper signale que « le problème s'est posé après que le Chili a annoncé son intention de détourner à des fins agricoles les eaux du rio Lauca qui arrose le Chili avant de pénétrer en Bolivie. Le désaccord qui s'en est suivi a donné lieu à des émeutes et a conduit la Bolivie à rompre les relations diplomatiques ». Lipper note aussi que « malgré l'âpreté de la querelle et l'importance des intérêts en jeu, le Chili n'a pas invoqué la doctrine Harmon ». (*Loc. cit.* [*supra* n. 76], p. 27.) Voir aussi l'exposé de Lammers au sujet de cette controverse, *op. cit.* (*supra* n. 77), p. 289 et 290, ainsi que les sources citées p. 290, note 1.

acceptés en la matière »[149]. Cette déclaration stipulait notamment que les Etats avaient le « droit exclusif » d'exploiter la portion d'un fleuve contigu ou successif qui relevait de leur juridiction, mais que l'exercice de ce droit était subordonné à « la nécessité de ne pas porter atteinte au droit égal qui doit être reconnu à l'Etat voisin » dans la partie qui relève de sa juridiction[150].

95. De même, en 1957, le Gouvernement français, dans l'affaire du *Lac Lanoux*, a rappelé la souveraineté qu'exerce sur son territoire tout Etat désireux d'exécuter des travaux d'aménagement hydroélectrique mais a reconnu également le devoir qui en résulte de ne pas léser les intérêts des Etats voisins[151]. La France n'a pas pris une position inspirée de la « doctrine Harmon », mais a soutenu que l'exécution du projet n'était pas soumise à l'accord préalable de l'Espagne, puisque la restitution complète du volume d'eau détourné ne modifierait en rien le régime des eaux en Espagne.

96. Au cours de l'une des phases du litige qui oppose de longue date Israël et les pays voisins arabes à propos de l'utilisation du Jourdain et de ses affluents[152], le Département d'Etat américain a signalé en 1954 que, d'après le médiateur des Etats-Unis, Eric Johnston[153] :

[...] la Syrie, le Liban, la Jordanie et Israël ont accepté le principe d'un partage international des eaux litigieuses du Jourdain et sont prêts à coopérer avec le Gouvernement américain pour élaborer, avec précision, un plan de développement de l'irrigation et de mise en valeur du potentiel énergétique du bassin, qui soit acceptable pour tous.

[...] M. Johnston a déclaré que le projet impliquait l'acceptation par les pays arabes et Israël des principes suivants :

1. Les eaux, d'un volume limité, du bassin du Jourdain devraient être partagées équitablement entre les quatre Etats dans lesquels les cours d'eau du bassin prennent leur source et coulent. Ce principe était implicite dans les plans d'aménagement de la vallée proposés respectivement par les Etats arabes et Israël, les deux parties reconnaissant clairement le droit des autres Etats à partager les eaux disponibles. Les deux camps l'ont réaffirmé au cours des récents entretiens avec M. Johnston[154].

Les experts des Etats concernés se sont mis d'accord sur le plan d'aménagement de l'ensemble de la vallée du Jourdain proposé par Johnston, sur la base des principes énumérés plus haut. Le Premier Ministre israélien, Lévi Eshkol, a déclaré plus tard que « M. Johnston a présenté un plan intégré d'aménagement régional conforme aux règles et principes reconnus du droit international et de la procédure[155] ». Le plan Johnston a cependant été « rejeté pour des raisons politiques par le Conseil de la Ligue des Etats arabes en octobre 1955[156] ». Israël a décidé alors de mettre à exécution son propre projet de dérivation des eaux du Jourdain[157], mais « s'est imposé de ne pas dépasser les volumes d'eau qui lui étaient alloués » dans le cadre du plan Johnston[158]. Les Etats arabes ont répliqué par un projet de dérivation sur le cours supérieur du Jourdain, en territoire arabe, mais ce projet n'aurait pas été exécuté pour des raisons techniques[159].

97. Le Mémorandum du Département d'Etat de 1958 indique que, du point de vue des Etats-Unis, riverains en amont et en aval du Canada, et riverains en amont du Mexique,

[...] un tribunal international conclurait que les principes du droit international notamment applicables en la matière seraient en gros les suivants :

1. Un Etat riverain a le droit souverain de profiter au maximum de la partie d'un système de cours d'eau international soumise à sa juridiction, dans la mesure où il respecte le droit correspondant de chaque riverain.

Commentaire. — Le principe de souveraineté est un principe fondamental dans la communauté internationale des Etats telle qu'elle existe actuellement. La souveraineté existe et elle est absolue dans le sens que chaque Etat exerce une juridiction et un pouvoir exclusifs sur son territoire. De part et d'autre d'une frontière, chacun des Etats a les mêmes droits. Ainsi, les Etats riverains exercent, en tant que droits, leur juridiction et leur pouvoir exclusifs sur la partie d'un système de cours d'eau international.

2. *a*) Les Etats riverains ont droit à une part équitable et raisonnable de l'utilisation et des avantages d'un système de cours d'eau international.

[...][160].

---

[149] Déclaration du Ministre chilien des affaires étrangères, Martínez Sotomayor, au Conseil de l'OEA, le 19 avril 1962 (OEA/Ser.G/VI, p. 1), citée dans Lipper, *loc. cit.* p. 27 et 28. Lammers note que la Bolivie a aussi invoqué la Déclaration de Montevideo, mais qu'elle l'a interprétée différemment : selon la Bolivie, la Déclaration

« incorporait les principes du droit international et imposait au Chili l'obligation de ne pas entreprendre le projet avant d'avoir obtenu le consentement de la Bolivie. Le Chili a toutefois allégué que la Déclaration n'exigeait ledit consentement que si le projet causait des dommages à la Bolivie, et il a aussi affirmé que la Bolivie n'avait pas apporté la preuve qu'elle subirait des dommages du fait du détournement de ces eaux. » (*Op. cit.*, p. 289.)

Lammers note également (p. 289 et 290) que le Chili a finalement exécuté le projet qui est devenu opérationnel en 1962.

[150] Voir par. 2 et 4 de la Déclaration de Montevideo sur l'utilisation des fleuves internationaux à des fins industrielles et agricoles, résolution LXXII adoptée par la septième Conférence internationale des Etats américains à sa 5e séance plénière, le 24 décembre 1933 (*Conferencias Internacionales Americanas 1889-1936*, Washington [D.C.], Dotación Carnegie para la paz internacional, 1938, p. 543; texte reproduit dans *Annuaire... 1974*, vol. II (2e partie), p. 229, doc. A/5409, annexe I.A).

[151] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (numéro de vente : 63.V.3), p. 296 et 297.

[152] Pour l'exposé de la situation, voir par exemple S. N. Saliba, *The Jordan River Dispute*, La Haye, Nijhoff, 1968; K. B. Doherty, « Jordan waters conflict », *International Conciliation*, New York, No. 553, mai 1965; O. Z. Ghobashy, *The Development of the Jordan River*, New York, Arab Information Center 1961, Information Paper No. 18; J.-V. Louis, « Les eaux du Jourdain », *Annuaire français de droit international, 1965*, Paris, vol. 11, p. 823 et suiv.; G. G. Stevens, *Jordan River Partition*, Stanford University (Cal.), 1965, Hoover Institution Studies No. 6; Whiteman, *op. cit.* (*supra* n. 78 *a*), p. 1013 et suiv.; Lammers, *op. cit.* (*supra* n. 77), p. 304 à 307; et M. Wolfrom, *L'utilisation à des fins autres que la navigation des eaux des fleuves, lacs et canaux internationaux*, Paris, Pedone, 1964, p. 211 à 227.

[153] La mission du médiateur des Etats-Unis a été décrite comme suit :

« En octobre 1953, le président Eisenhower a désigné M. Eric Johnston comme son représentant personnel [...] en déclarant :

« Un des principaux objectifs de la mission de M. Johnston sera de mener des consultations avec certains pays arabes et avec Israël, en vue de l'exploitation commune des ressources hydrauliques de la vallée du Jourdain sur une base régionale au bénéfice de tous les peuples de la région. ». » (Whiteman, *op. cit.* [*supra* n. 78 *a*], p. 1017, citant *The Department of State Bulletin*, Washington [D.C.], vol. XXIX, n° 748, 26 octobre 1953, p. 553.)

[154] « Eric Johnston reports agreement on sharing of Jordan waters », communiqué de presse n° 369 du 6 juillet 1954, *The Department of State Bulletin*, vol. XXXI, n° 787, 26 juillet 1954, p. 132; cité dans Whiteman, *op. cit.*, p. 1017 et 1018.

[155] Discours à la Knesset, le 20 janvier 1964, *Jerusalem Post*, 21 janvier 1964, p. 2; cité dans Lammers, *op. cit.* (*supra* n. 77), p. 306.

[156] Lammers, *op. cit.*, p. 306.

[157] *Ibid.*, p. 304.

[158] *Ibid.*, p. 306.

[159] Stevens, *op. cit.* (*supra* n. 152), p. 68, 75, 76 et 80; et Lammers, *op. cit.*, p. 307.

[160] *Op. cit.* (*supra* n. 77), p. 89 et 90.

98. Dans les négociations qui ont conduit la Grande-Bretagne et les Etats-Unis d'Amérique à signer le Traité de 1909 relatif aux eaux limitrophes[161], les négociateurs canadiens affirmaient que tous les différends présents et futurs devraient être réglés par un tribunal international conformément aux principes qui seraient inclus dans le traité.

[...] Ces principes, considérés apparemment par tous comme reflétant le droit positif, étaient les suivants :

1. Aucune utilisation des eaux ne devait affecter la navigation.

2. Aucun des deux pays ne devrait procéder sans le consentement de l'autre à des dérivations ou élever des ouvrages qui pourraient porter préjudice à celui-ci.

3. Chaque pays aurait le droit d'utiliser la moitié des eaux le long de la frontière pour produire de l'énergie.

4. Chaque pays aurait droit à une part « équitable » de l'eau pour l'irrigation[162].

99. Enfin, un des premiers exemples de reconnaissance par un Etat d'aval du principe de la répartition équitable figure dans la lettre que le Gouvernement des Pays-Bas avait adressée le 30 mai 1862 à ses ambassadeurs à Paris et Londres au sujet de l'utilisation de la Meuse par la Belgique et les Pays-Bas, et dans laquelle il est dit :

Etant donné que la Meuse est un fleuve commun aux Pays-Bas et à la Belgique, il va de soi que les deux parties ont le droit de l'utiliser normalement; en même temps, suivant les principes généraux du droit, chacun doit s'abstenir de toute action qui pourrait causer préjudice à l'autre. En d'autres termes, ils ne peuvent s'approprier les eaux du fleuve en les détournant pour leurs besoins personnels, que ce soit pour la navigation ou pour l'irrigation[163].

iii) *Jurisprudence des tribunaux internationaux*

100. On sait que l'Article 38, par. 1, al. *d*, du Statut de la CIJ impose à la Cour d'appliquer « les décisions judiciaires [...] comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit » pour régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis[164]. Bien que ces décisions n'aient pas force obligatoire, sauf « pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé »[165], elles sont souvent citées et reprises jusqu'à un certain point dans des affaires ultérieures, soit par les parties à un différend, soit par l'organe appelé éventuellement à régler le litige. Ce phénomène est probablement dû en grande partie au fait que, pour trancher des affaires concrètes, les tribunaux doivent normalement rechercher les règles de droit généralement applicables pour les appliquer ensuite au cas d'espèce qui leur est soumis; l'identification même de ces règles générales apparaît souvent d'un grand secours dans les affaires ultérieures, attendu que le système juridique international n'a pas encore atteint son plein développement. Il faut ajouter, cependant, que, aux termes mêmes de la CIJ, la Cour a pour « mission [...] d'appliquer le droit tel qu'elle le constate et non de le créer »[166].

101. L'analyse approfondie de toutes les décisions en rapport avec la doctrine de l'utilisation et de la participation équitables dépasse assurément la portée de la présente étude des sources; il semble néanmoins utile de résumer brièvement ici les principales décisions des tribunaux judiciaires et arbitraux sur le sujet pour faire le point de l'état actuel du droit. Le classement des affaires — selon qu'elles ont donné lieu à une décision judiciaire ou à une sentence arbitrale — reprend celui du rapport du Secrétaire général de 1963 sur les « Problèmes juridiques posés par l'exploitation et l'utilisation des fleuves internationaux »[167].

a. *Décisions judiciaires*

i. Affaire de l'Oder[168]

102. Dans l'affaire relative à la *Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder*, la CPJI avait été priée de décider si, selon le Traité de Versailles de 1919, la juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder s'étendait à certains affluents de ce fleuve. L'Oder prend sa source en Tchécoslovaquie, poursuit son cours en Pologne, forme la frontière entre la Pologne et l'Allemagne orientale, et se jette dans la mer Baltique. L'article 331 du Traité de Versailles disposait que toute partie navigable de ces réseaux fluviaux dont l'Oder servant naturellement d'accès à la mer à plus d'un Etat avait un statut international. L'article 341 du même instrument plaçait l'Oder sous l'administration d'une commission internationale[169] chargée de définir les sections du fleuve ou de ses affluents auxquels le régime international s'appliquait.

103. La CPJI était saisie de la question de savoir si la juridiction de la Commission s'étendait à deux affluents de l'Oder situés en Pologne, la Netze (Noteć) et la Warthe (Warta) : la Pologne soutenait que la juridiction de la Commission cessait là où l'Oder traversait la frontière polonaise, tandis que les six autres membres de la Commission estimaient qu'elle s'étendait jusqu'au point où les affluents cessaient d'être navigables, quand bien même ce point était situé en territoire polonais. La navigabilité de la Warthe et de la Netze n'était pas contestée, mais la Pologne affirmait que les sections de ces rivières situées en territoire polonais ne servaient d'« accès à la mer », aux termes de l'article 331, qu'à la seule Pologne.

---

[161] Voir *supra* note 78 *a*.

[162] Mémorandum du Département d'Etat de 1958, *op. cit.* (*supra* n. 77), p. 58.

[163] Passage cité et traduit en anglais dans Smith, *op. cit.* (*supra* n. 44), p. 217, où sont reproduits (p. 217 à 221) les principaux extraits de cette lettre dans son texte original néerlandais (conservée aux Archives nationales néerlandaises, à La Haye).

[164] Cette disposition est évidemment subordonnée expressément à la restriction exprimée à l'Article 59 du Statut selon lequel la décision de la Cour n'est « obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé ».

[165] Voir la note précédente. Voir aussi l'Article 94 de la Charte des Nations Unies.

[166] Affaires du *Sud-Ouest africain, deuxième phase*, arrêt du 18 juillet 1966, *C.I.J. Recueil 1966*, p. 42, par. 89. Voir aussi l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni* c. *Islande) (fond)*, arrêt du 25 juillet 1974, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 23 et 24, par. 53.

[167] Doc. A/5409, reproduit dans *Annuaire... 1974*, vol. II (2e partie), p. 37 et suiv. La troisième partie du rapport contient un « Résumé de décisions rendues par des tribunaux internationaux, y compris les sentences arbitrales » (p. 199 et suiv.).

[168] Arrêt du 10 septembre 1929, *C.P.J.I. série A n° 23*. Pour l'étude de l'affaire, voir p. ex. Lipper, *loc. cit.* (*supra* n. 76), p. 28 et 29, et Lammers, *op. cit.* (*supra* n. 77), p. 505 à 507.

[169] Les membres de la Commission étaient : l'Allemagne, le Danemark, la Grande-Bretagne, la France, la Pologne, la Tchécoslovaquie et la Suède; le litige devait opposer la Pologne aux autres membres.

104. Le litige portait donc sur la compétence de la Commission de l'Oder en particulier et sur les droits de navigation en général. Cependant, la CPJI, ayant jugé qu'elle ne pouvait trancher la question qui lui était soumise sur la base exclusive des dispositions du Traité de Versailles, avait eu recours « aux principes qui régissent la matière à laquelle le texte a trait », c'est-à-dire à ceux qui « règlent en général le droit fluvial international »[170]. La Cour avait admis que la préoccupation d'assurer aux Etats en amont le libre accès à la mer avait joué un grand rôle « dans la formation du principe de la liberté de navigation sur les fleuves dits internationaux ». Elle avait ajouté :

Mais, lorsqu'on examine de quelle manière les Etats ont envisagé les conditions concrètes créées par le fait qu'un même cours d'eau traverse ou sépare le territoire de plus d'un Etat et la possibilité de réaliser les exigences de justice et les considérations d'utilité que ce fait met en relief, on voit tout de suite que ce n'est pas dans l'idée d'un droit de passage en faveur des Etats d'amont mais dans celle d'une certaine communauté d'intérêts des Etats riverains que l'on a cherché la solution du problème. Cette communauté d'intérêts sur un fleuve navigable devient la base d'une communauté de droit, dont les traits essentiels sont la parfaite égalité de tous les Etats riverains dans l'usage de tout le parcours du fleuve et l'exclusion de tout privilège d'un riverain quelconque par rapport aux autres[171].

Elle avait finalement décidé qu'en vertu du Traité de Versailles la juridiction de la Commission s'étendait aux sections des affluents de l'Oder situées en territoire polonais.

105. Le litige soumis à la CPJI concernait les questions de navigation, mais les considérations qu'elle avait formulées au sujet du « droit fluvial international » en général[172] peuvent s'appliquer aussi dans une certaine mesure aux utilisations autres que la navigation. C'est ce qu'ont conclu les commentateurs. Lipper, par exemple, déclare dans son étude sur l'utilisation équitable que « les termes mêmes [employés par la Cour] et le raisonnement suivi par elle [dans le passage susmentionné] sont également applicables aux utilisations à des fins autres que la navigation », et que

[...] les « exigences de justice et les considérations d'utilité » mentionnées par la Cour s'appliquent avec la même force aux utilisations pour la navigation et aux utilisations à d'autres fins. [...] Finalement, si la navigation sur un fleuve international — qui comporte l'entrée physique des bateaux étrangers sur le territoire d'un autre Etat — ne viole pas la souveraineté de l'Etat, il semblerait qu'*a fortiori* les Etats auraient le droit d'utiliser les eaux d'un tel fleuve sur leur territoire sous réserve de « la parfaite égalité de tous les Etats riverains » à cet égard[173].

Lammers, dont l'analyse est légèrement différente, relève que la CPJI fonde sa constatation d'une « communauté d'intérêts des Etats riverains » sur des considérations qui n'ont pas uniquement trait à la navigation. Il note ainsi que

[...] la Cour déduit [l'existence de la communauté d'intérêts des Etats riverains] 1) de la « manière [dont] les Etats ont envisagé les conditions concrètes créées par le fait qu'un même cours d'eau traverse ou sépare le territoire de plus d'un Etat » et 2) de « la possibilité de réaliser les exigences de justice et les considérations d'utilité que ce fait met en relief » [et que] ces deux éléments ont été mentionnés par la Cour sans autre précision.

Il remarque qu'

Il n'est pas improbable que, pour la Cour, la notion juridique de « communauté d'intérêts des Etats riverains » doive non seulement servir de base à la solution juridique des problèmes de navigation auxquels le caractère international d'un cours d'eau international donnerait naissance, mais aussi fonder la solution des problèmes liés à d'autres formes d'utilisation des eaux d'un cours d'eau international.

Il reconnaît que

Pour les formes d'utilisation autres que la navigation, la notion juridique de communauté d'intérêts ne pourrait évidemment pas trouver la même application. Comme le montre la pratique des Etats, chaque Etat riverain ne peut faire telle ou telle autre utilisation de l'eau que dans les limites de son propre territoire.

Mais il souligne que

[...] dans la logique du raisonnement de la Cour, les autres éléments mentionnés, comme « la parfaite égalité de tous les Etats riverains » et « l'exclusion de tout privilège d'un riverain quelconque par rapport aux autres », s'appliqueraient probablement de la même manière aux utilisations de l'eau à des fins autres que la navigation[174].

ii. Affaires des prises d'eau à la Meuse[175]

106. Selon la CPJI

La Meuse est un fleuve international. Elle prend sa source en France, [...], quitte le territoire français près de Givet, traverse la Belgique, forme la frontière entre les Pays-Bas et la Belgique [...] et entre en territoire néerlandais à quelques kilomètres en amont de Maestricht. Entre Borgharen (quelques kilomètres à l'aval de Maestricht) et Wessem-Maasbracht, la Meuse forme de nouveau la frontière entre la Belgique et les Pays-Bas, puis, à l'aval de Wessem-Maasbracht, les deux rives du fleuve se trouvent en territoire néerlandais[176].

La Belgique et les Pays-Bas avaient conclu en 1863 un traité pour « régler d'une manière stable et définitive le régime des prises d'eau à la Meuse pour l'alimentation des canaux de navigation et d'irrigation »[177]. L'article 1er du Traité prévoyait la construction, en territoire néerlandais, sous Maestricht, d'une prise d'eau à la Meuse qui constituerait la rigole d'alimentation pour tous les canaux situés en aval de cette ville. La Belgique avait entrepris en 1930 la construction d'un canal (le canal Albert) qui devait être alimenté par de l'eau puisée à la Meuse en territoire belge à l'amont de Maestricht. En 1936, les Pays-Bas introduisirent devant la CPJI une action contre la Belgique, au motif que certains des travaux exécutés ou à exécuter par la Belgique dans le cadre du projet de canal de 1930 constituaient ou constitueraient une infraction au Traité de 1863. Le Gouvernement belge, pour sa part, alléguait dans son contre-mémoire que les Pays-Bas avaient violé le Traité en établissant un barrage, et que l'eau alimentant le canal Juliana construit par les Pays-Bas serait soumise aux dispositions du Traité.

107. L'intérêt que présente l'opinion de la CPJI pour la présente étude est sensiblement atténué par le fait que, tout en notant que les parties avaient fait allusion dans leurs interventions écrites et orales à « l'application des règles générales de droit international fluvial », la Cour a déclaré que « les questions [litigieuses] doivent

[170] *C.P.J.I série A n° 23*, p. 26.

[171] *Ibid.*, p. 26 et 27.

[172] *Ibid.*, p. 26.

[173] Lipper, *loc. cit.* (*supra* n. 76), p. 29.

[174] Lammers, *op. cit.* (*supra* n. 77), p. 507.

[175] Arrêt du 28 juin 1937, *C.P.J.I. série A/B n° 70*, p. 4; résumé dans *Annuaire... 1974*, vol. II (2e partie), p. 199, doc. A/5409, par. 1022 et suiv.

[176] *C.P.J.I., série A/B n° 70*, p. 9 et 10.

[177] Le texte du Traité de 1863 est reproduit dans *C.P.J.I., série A/B n° 70*, p. 81, annexe I; et dans Nations Unies, *Textes législatifs...*, p. 550, n° 157. Voir aussi *Annuaire... 1974*, vol. II (2e partie), p. 156, doc. A/5409, par. 736 à 740.

être tranchées seulement par l'interprétation et l'application du Traité [de 1863] »[178]. La Cour a néanmoins émis plusieurs observations intéressantes à propos des griefs formulés par les Pays-Bas, à savoir : *a*) que le projet formé par la Belgique de prélever de l'eau de la Meuse en amont de Maestricht constituerait une infraction au droit néerlandais de surveillance des puisements d'eau à la Meuse au moyen de la prise d'eau de Maestricht[179], et *b*) que l'alimentation de canaux situés en aval de Maestricht par de l'eau puisée à la Meuse en excès des quantités attribuées à la Belgique par le Traité de 1863 constituerait une infraction au règlement conventionnel de répartition des eaux de la Meuse. A propos du premier point, la Cour a estimé que :

[...] Il n'est pas douteux que, dans la mesure où le droit de surveillance résulte de la situation de la prise d'eau en territoire néerlandais, les Pays-Bas, en tant que souverain territorial, jouissent d'un droit de surveillance à un degré que ne peut posséder la Belgique[180].

Au sujet du deuxième point, la Cour a dit :

[...] Si donc on revendique au nom du Gouvernement néerlandais, en sus des droits qui résultent nécessairement de la situation en territoire néerlandais de la nouvelle prise d'eau, certains privilèges, dans ce sens que le traité imposerait à la Belgique et non aux Pays-Bas une obligation de ne pas faire relativement à l'alimentation des canaux situés à l'aval de Maestricht par de l'eau puisée à la Meuse ailleurs que par la rigole conventionnelle, la thèse va au-delà de ce qui trouve appui dans le texte du traité[181].

La Cour a fait ensuite les observations suivantes au sujet des puisements faits à la Meuse depuis des points autres que la rigole conventionnelle pour alimenter des canaux non expressément soumis aux dispositions du Traité et situés entièrement sur le territoire de la Belgique ou des Pays-Bas :

[...] A [l']égard [de tels canaux], chacun des deux Etats a la liberté, agissant sur son propre territoire, de les modifier, de les agrandir, de les transformer, de les combler et même d'en augmenter le volume d'eau par des apports nouveaux du moment qu'il n'est pas porté atteinte au puisement d'eau à la rigole conventionnelle et au volume d'eau que celle-ci doit débiter pour assurer au Zuid-Willemsvaart [canal situé pour partie aux Pays-Bas] à la fois son niveau de flottaison et la vitesse moyenne de son courant[182].

La Cour semble donc avoir admis que le régime conventionnel établi pour l'alimentation en eau des canaux situés en aval de Maestricht ne pouvait en droit être compromis par des prises d'eau à la Meuse, en amont de cette ville, en des points et à des fins non prévus par le Traité de 1863.

iii. Affaire du détroit de Corfou[183]

108. Cette affaire a été portée devant la CIJ à la suite d'un compromis conclu entre l'Albanie et le Royaume-Uni à l'effet de déterminer si le Royaume-Uni avait un droit de passage innocent à travers le détroit de Corfou et si l'Albanie était internationalement responsable des pertes humaines et des dommages subis par les deux contre-torpilleurs britanniques qui avaient heurté des mines dans le détroit[184]. L'affaire n'a donc pas trait aux cours d'eau internationaux ni, à proprement parler, aux préjudices causés à l'environnement, tels ceux dus à la pollution de l'air. Néanmoins, certains aspects de l'opinion de la Cour sont constamment cités dans les analyses juridiques des problèmes internationaux de l'environnement[185]. Ces aspects sont brièvement évoqués ci-après.

109. Bien que la CIJ n'ait pas disposé d'éléments de preuve suffisants pour juger que les mines avaient été posées par ou à l'instigation de l'Albanie, elle a conclu que le mouillage du champ de mines ne pouvait avoir été fait à l'insu de ce pays. Elle en a déduit que la connaissance du mouillage mettait l'Albanie dans l'obligation d'informer les navires opérant dans la zone de l'existence d'un champ de mines, et d'avertir les navires de

[178] *C.P.J.I. série A/B n° 70,* p. 16. Les commentateurs s'accordent en général à penser que « hormis un exemple des possibilités qu'offre la procédure judiciaire dans ce domaine, l'arrêt de la Cour n'a produit aucun principe général important de droit international » (A. P. Lester, « Pollution », *in* Garretson, Hayton et Olmstead, *op. cit.* [*supra* n. 76], p. 100). Voir aussi Lammers, *op. cit.* (*supra* n. 77), p. 504. En revanche, ils citent fréquemment l'opinion individuelle et concordante du juge Hudson au sujet de la faculté d'appliquer les principes d'équité que la Cour tire des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » (*C.P.J.I. série A/B n° 70,* p. 76).

[179] La plainte des Pays-Bas à cet égard était, pour l'essentiel, fondée sur le fait qu'une section du nouveau canal (le canal Albert) construit par la Belgique utilisait le lit de l'ancien canal de Hasselt qui était situé en territoire belge à l'aval de Maestricht, et devait donc, en vertu du traité, être alimenté par de l'eau puisée à la prise de Maestricht. Les Pays-Bas prétendaient, en substance, que la Belgique ne pouvait, conformément au traité, alimenter la section du canal Albert correspondant à l'ancien canal de Hasselt avec de l'eau puisée en des points autres que la prise d'eau de Maestricht. Les Pays-Bas semblent avoir surtout été préoccupés par le fait qu'ils n'auraient pu contrôler les puisements d'eau en territoire belge comme ils auraient pu le faire à la rigole de Maestricht; la possibilité d'exercer un certain contrôle sur les prélèvements d'eau par l'exercice d'un pouvoir de surveillance était vraisemblablement pour eux un des aspects majeurs de l'accord conclu avec la Belgique.

[180] *C.P.J.I. série A/B n° 70,* p. 18.

[181] *Ibid.*, p. 20.

[182] *Ibid.*, p. 26.

[183] Arrêt du 9 avril 1949, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 4. Sur un plan général, voir Q. Wright, «The Corfu Channel case », *The American Journal of International Law,* Washington (D.C.), vol. 43, 1949, p. 491; A. C. Kiss, « Problèmes juridiques de la pollution de l'air », *in* Académie de droit international de La Haye, *Colloque 1973 — La protection de l'environnement et le droit international*, A. C. Kiss, éd., Leyde, Sijthoff, 1975, p. 168; Lammers, *op. cit.* (*supra* n. 77), p. 525 à 527; A. P. Lester, « River pollution in international law », *The American Journal of International Law*, vol. 57, 1963, p. 839 à 840, et S. A. Bleicher, « An overview of international environmental regulation », *Ecology Law Quarterly*, Berkeley (Cal.), vol. 2, 1972, p. 16 à 19.

[184] Ces navires faisaient partie d'une escadre britannique qui emprunta le détroit de Corfou le 22 octobre 1946 sans l'autorisation du Gouvernement albanais. Brièvement résumés, les faits sont les suivants : des navires de guerre britanniques avaient été soumis à un tir d'artillerie albanais le 5 mai 1946 alors qu'ils passaient par le détroit. Le Gouvernement du Royaume-Uni protesta, arguant de son droit de passage innocent à travers le détroit. L'Albanie répliqua qu'aucun navire étranger, de guerre ou marchand, n'avait de droit de passage innocent à travers les eaux territoriales albanaises sans avoir au préalable avisé les autorités albanaises et reçu leur autorisation, et allégua que, le 22 octobre 1946, en laissant pénétrer une escadre britannique dans le détroit, sans notification ni autorisation préalable, le Royaume-Uni avait violé la souveraineté albanaise. (Le Royaume-Uni ayant procédé par la suite, les 12 et 13 novembre 1946, à une opération de déminage partiel dans le détroit, l'Albanie prétendit également, au cours de la procédure, que cette mesure violait sa souveraineté.)

[185] Voir Bleicher et Lammers, cités *supra* note 183; I. Brownlie, « A survey of international customary rules of environmental protection », *Natural Resources Journal,* Albuquerque (N.M.), vol. 13, 1973, p. 180; M. H. Arsanjani, *International Regulation of Internal Resources,* Charlottesville, University Press of Virginia, 1981, p. 397 à 399; Lester, *loc. cit.* (*supra* n. 178), p. 101 et 102; Règles d'Helsinki sur les utilisations des eaux des fleuves internationaux, adoptées par l'Association de droit international, commentaire (al. *a*) de l'article X, ILA, *op. cit.* (*supra* n. 79), p. 497.

guerre britanniques du danger imminent auquel le champ les exposait[186].

[...] Ces obligations sont fondées [...] sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre, le principe de la liberté des communications maritimes et *l'obligation, pour tout Etat, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats**[187].

110. La dernière obligation citée par la Cour peut être considérée comme l'expression de la maxime *sic utere tuo ut alienum non laedas*[188], et présente à ce titre un intérêt pour la présente étude. Il n'en reste pas moins que les faits de l'espèce diffèrent sensiblement des types de situation envisagés[189] et qu'en outre la formulation de la Cour ne fournit pas d'indication sur ce que pourraient être les « droits des autres Etats » dans le contexte de l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. La Cour a néanmoins jugé qu'il s'agissait en l'occurrence d'une obligation générale et bien reconnue, sans indiquer aucunement que le champ de cette obligation ou des deux autres principes définis par elle se limitait à des situations de fait proches de celles de l'espèce. On peut en conclure qu'en vertu de l'obligation générale constatée par la Cour il serait internationalement illicite pour un Etat « de laisser » en connaissance de cause « utiliser son territoire », y compris les portions de cours d'eau internationaux qui y sont situés « aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats »[190]. Reste bien entendu à définir et établir « les droits des autres Etats » dont le cours d'eau longe ou traverse le territoire. Ces droits pourraient inclure le droit à un partage équitable des eaux, de leurs usages et des avantages qui en dérivent, ainsi que le droit d'être exempt de tous effets néfastes ou « préjudice appréciable » occasionné par le cours d'eau. Lorsque ces droits auront été établis, l'obligation reconnue dans l'affaire du détroit de Corfou constituera une protection contre les atteintes qu'ils pourraient subir[191].

b. *Sentences arbitrales*

i. Affaire du lac Lanoux[192]

111. Cette affaire concernait un projet hydroélectrique proposé en 1950 par l'Electricité de France et adopté par le Gouvernement français, qui devait avoir pour effet de dériver vers l'Ariège, par un très fort dénivelé, les eaux du lac Lanoux, situé dans les Pyrénées orientales, entièrement en territoire français. La différence de niveau entre le lac et l'Ariège devait permettre la production de l'électricité. La difficulté venait de ce que les eaux du lac Lanoux s'écoulent naturellement vers l'Espagne, par le ruisseau de Font-Vive et la rivière du Carol et de là dans la Méditerranée, alors que l'Ariège est un affluent du fleuve français, la Garonne, qui se jette dans l'Atlantique. Le projet initial ne prévoyait aucune restitution des eaux au Carol, en dépit de l'importance de cette rivière pour les intérêts espagnols en matière d'irrigation. La France a offert de payer une indemnité, que l'Espagne a refusée[193]. Le projet a été ensuite modifié en sorte que, « pour compenser ce prélèvement dans les eaux qui alimentent le Carol, une galerie souterraine de restitution conduirait une partie des eaux de l'Ariège vers le Carol » et, de là, en Espagne[194]. La France a proposé de restituer au Carol une quantité d'eau équivalente à celle qui avait été détournée, mais l'Espagne s'est opposée à tout détournement des eaux du lac Lanoux en déclarant que le projet français

modifie[rait] les conditions naturelles du bassin hydrographique du lac Lanoux, en détournant ses eaux vers l'Ariège, et en faisant ainsi dépendre physiquement la restitution des eaux au Carol de la volonté humaine, ce qui entraînerait la prépondérance de fait d'une partie au lieu de l'égalité des deux parties prévue par le Traité de Bayonne du 26 mai 1866 et par l'Acte additionnel de la même date; [...][195].

---

[186] Au sujet du passage innocent, la Cour

« est arrivée à la conclusion que le détroit Nord de Corfou doit être considéré comme entrant dans la catégorie des voies maritimes internationales, où le passage ne saurait être interdit en temps de paix par un Etat côtier.

« [...]

« Pour ces motifs, la Cour ne peut accepter la thèse selon laquelle le Gouvernement du Royaume-Uni aurait porté atteinte à la souveraineté albanaise, en faisant passer par le détroit les navires de guerre sans avoir obtenu au préalable l'autorisation du Gouvernement albanais. » (*C.I.J. Recueil 1949,* p. 29 et 30.)

[187] *Ibid.*, p. 22.

[188] A ce propos, voir p. ex. les Règles d'Helsinki, commentaire (al. *a*) de l'article X (v. *supra* n. 79); et Lester, *loc. cit.* (*supra* n. 178), p. 101. Cf. le mémorandum du Secrétaire général de 1949, *Examen d'ensemble du droit international en vue des travaux de codification de la Commission du droit international* [publication des Nations Unies, numéro de vente : 1948.V.1(1)].

« (...] On reconnaît généralement la règle selon laquelle un Etat ne doit pas permettre l'utilisation de son territoire à des fins nuisibles aux intérêts d'autres Etats, d'une manière contraire au droit international. [...]. » (P. 38, par. 57.)

[189] De plus, comme le fait observer Bleicher,

« [...] La Cour se préoccupait au premier chef d'autres questions, intéressant notamment la preuve et les présomptions, la portée du droit de passage innocent des navires de guerre et la compétence de la Cour pour fixer le montant des réparations selon le texte du compromis. [...]. » (*Loc. cit.* [*supra* n. 183], p.17.)

[190] *C.I.J. Recueil 1949,* p. 22.

[191] Cf. l'observation de Lammers, selon laquelle : lorsque « les droits d'autres Etats » auront été définis, on pourra exciper de l'obligation reconnue par la Cour « pour établir que ces Etats sont non seulement tenus d'empêcher que leurs organes violent ces droits, mais encore de prévenir toute atteinte aux intérêts protégés par ces droits du fait de particuliers ou d'organismes privés opérant depuis leur territoire ». (*Op. cit.* [*supra* n. 77], p. 527.)

[192] Texte original français de la sentence arbitrale dans : *Revue générale de droit international public,* Paris, 62e année, 1958, p. 79 et suiv.; et Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. XII (numéro de vente : 63.V.3), p. 281 et suiv.; reproduit en partie dans *Annuaire... 1974,* vol. II (2e partie), p. 207 et suiv., doc. A/5409, par. 1055 à 1068; traduction partielle en anglais dans : *The American Journal of International Law,* Washington (D.C.), vol. 53, 1959, p. 156 et suiv.; et *International Law Reports, 1957,* Londres, 1961, vol. 24, p. 101 et suiv. Pour les commentaires, voir notamment J. G. Laylin et R. L. Bianchi, « The role of adjudication in international river disputes : The Lake Lanoux case »; *The American Journal of International Law,* vol. 53, 1959, p. 30 et suiv.; F. Duléry, « L'affaire du lac Lanoux », *Revue générale de droit international public,* 62e année, 1958, p. 469 et suiv.; A. Gervais, « L'affaire du lac Lanoux — étude critique de la sentence du tribunal arbitral », *Annuaire français de droit international, 1960,* Paris, vol. 6, p. 372 et suiv.; Lammers, *op. cit.* (*supra* n. 77), p. 508 à 517; Whiteman, *op. cit.* (*supra* n. 78 *a*), p. 1066 à 1073; et Bleicher, *loc. cit.* (*supra* n. 183), p. 25 à 28.

[193] Whiteman, *op. cit.*, p. 1066.

[194] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. XII, p. 294.

[195] *Ibid.*, p. 285, troisième considérant du compromis d'arbitrage.

L'Acte additionnel, qui accompagnait le Traité de Bayonne de 1866, fixant la frontière franco-espagnole depuis le Val d'Andorre jusqu'à la Méditerranée, reconnaissait les droits existant sur les cours d'eau coulant d'un pays dans l'autre ou formant une frontière entre les deux pays et exigeait que toute nouvelle construction susceptible de modifier le régime ou le volume du cours d'eau fasse l'objet d'un accord préalable entre les deux Etats[196].

112. Les négociations entre la France et l'Espagne n'ayant abouti à aucune solution, les parties ont signé un compromis par lequel elles décidaient de soumettre le différend à l'arbitrage et de poser au tribunal arbitral la question suivante[197] :

Le Gouvernement français est-il fondé à soutenir que, en exécutant, sans un accord préalable entre les deux gouvernements, des travaux d'utilisation des eaux du lac Lanoux dans les conditions prévues au projet et aux propositions français visés au préambule du présent compromis, il ne commettrait pas une infraction aux dispositions du Traité de Bayonne du 26 mai 1866 et de l'Acte additionnel de la même date[198] ?

La manière dont la question était formulée semblait indiquer que le compromis limitait la compétence du tribunal à l'application et à l'interprétation du Traité de 1866, mais le tribunal a estimé que

quand il y a matière à interprétation, celle-ci doit être opérée selon le droit international; celui-ci ne consacre aucun système absolu et rigide d'interprétation; il est donc permis de tenir compte de l'esprit qui a présidé aux Traités pyrénéens, ainsi que des règles du droit international commun[199].

113. Le tribunal a conclu que le projet français ne violait ni le Traité ni l'Acte additionnel de 1866. En exposant son opinion, le tribunal a fait plusieurs observations importantes concernant les droits et les devoirs des Etats riverains à l'égard d'un fleuve international en vertu du droit international général. Celles qui présentent le plus d'intérêt pour la présente étude seront mentionnées ici; les autres seront mentionnées par la suite à propos d'autres aspects du sujet.

114. L'article 8 de l'Acte additionnel stipulait que

Toutes les eaux stagnantes et courantes, qu'elles soient du domaine public ou privé, sont soumises à la souveraineté du pays où elles se trouvent et, par suite, à sa législation, sauf les modifications convenues entre les deux gouvernements.

Répondant à l'argument selon lequel « ces modifications devaient être interprétées d'une manière restrictive, parce que dérogeant à la souveraineté », le tribunal a déclaré qu'il

ne saurait admettre une formule aussi absolue. La souveraineté territoriale joue à la manière d'une présomption. Elle doit fléchir devant toutes les obligations internationales, quelle qu'en soit la source, mais elle ne fléchit que devant elles.

La question est donc de savoir quelles sont, en l'espèce, les obligations du Gouvernement français. [...][200].

115. Le tribunal a estimé que la question posée dans le compromis pouvait se ramener à deux questions fondamentales : premièrement, le projet français constituerait-il, en soi, une infraction aux droits reconnus à l'Espagne par les dispositions du Traité et de l'Acte additionnel de 1866 ? Deuxièmement, en cas de réponse négative à la première question, l'exécution du projet sans accord préalable entre les deux pays constituerait-elle une infraction aux dispositions du Traité et de l'Acte additionnel ?

116. En ce qui concerne la première question, l'Espagne a soutenu, comme il a été dit plus haut (par. 111), que le projet était illégal parce qu'en modifiant les conditions naturelles du bassin hydrographique du lac Lanoux il ferait « ainsi dépendre physiquement la restitution des eaux au Carol de la volonté humaine ». L'Espagne fondait cet argument sur l'article 12 de l'Acte additionnel. Le tribunal a fait l'observation suivante :

Selon le Gouvernement espagnol, cette disposition consacrerait l'idée suivant laquelle aucune des parties ne peut, sans l'accord de l'autre, modifier l'ordre naturel de l'écoulement des eaux. [...] [Mais] le Gouvernement espagnol ne donne [...] pas un sens absolu au respect de l'ordre naturel; selon le contre-mémoire [...] : « Un Etat a le droit d'utiliser unilatéralement la part d'un fleuve qui le traverse dans la limite où cette utilisation est de nature à ne provoquer sur le territoire d'un autre Etat qu'un préjudice restreint, une incommodité minime, qui entre dans le cadre de celles qu'implique le bon voisinage. »[201].

117. Le tribunal a ensuite estimé que l'argument de l'Espagne concernant la première question pouvait se décomposer en deux parties : premièrement, il était interdit à un Etat riverain de détourner de l'eau d'un bassin vers un autre sans le consentement de l'autre Etat riverain, même si ce prélèvement s'accompagnait de la restitution au bassin d'origine d'une quantité d'eau équivalente; deuxièmement, « toutes les actions qui peuvent créer, avec une inégalité de fait, la possibilité physique d'une violation du droit » étaient interdites sans le consentement de l'autre partie[202].

118. En ce qui concerne la première partie de l'argument de l'Espagne, le tribunal a conclu que « la dérivation avec restitution, telle qu'elles est prévue dans le projet et les propositions français, n'est pas contraire au Traité et à l'Acte additionnel de 1866 »[203]. Cette conclusion se fondait sur le raisonnement suivant :

[...] Le Tribunal ne saurait méconnaître la réalité, au point de vue de la géographie physique, de chaque bassin fluvial, qui constitue, comme le soutient le mémoire espagnol [...] « une unité ». Mais cette constatation n'autorise pas les conséquences absolues que voudrait en tirer la thèse espagnole. L'unité d'un bassin n'est sanctionnée sur le plan juridique que dans la mesure où elle correspond à des réalités humaines. L'eau qui constitue par nature un bien fongible peut être l'objet d'une restitution qui n'altère pas ses qualités au regard des besoins humains. Une dérivation avec restitution, comme celle envisa-

[196] Whiteman, *op. cit.*, p. 1066.

[197] « Le tribunal arbitral fut constitué conformément aux dispositions de l'article 2 du compromis; il était composé de quatre membres, M. Plinio Bolla et M. Paul Reuter (nommés par le Gouvernement français), M. Fernand de Visscher et M. Antonio de Luna (nommés par le Gouvernement espagnol), et d'un président, M. Sture Pétrén (désigné par le roi de Suède). Il siégea à Genève et rendit sa sentence le 16 novembre 1957. » (*Annuaire... 1974*, vol. II [2e partie], p. 208, doc. A/5409, par. 1061.)

[198] Art. 1er du compromis d'arbitrage (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, p. 286).

[199] Par. 2 (avant-dernier alinéa) de la sentence arbitrale (*ibid.*, p. 301).

[200] Par. 1 (deuxième et troisième alinéas) de la sentence (*ibid.*, p. 300 et 301).

[201] Par. 7 (troisième alinéa) de la sentence (*ibid.*, p. 304).

[202] Par. 7 (quatrième alinéa) de la sentence (*ibid.*).

[203] Par. 8 (troisième alinéa) de la sentence (*ibid.*, p. 305).

gée par le projet français, ne modifie pas un état de choses ordonné en fonction des exigences de la vie sociale[204].

119. Le tribunal a rejeté la deuxième partie de l'argument de l'Espagne en observant que, puisque la France avait donné l'assurance qu'elle ne porterait pas atteinte au régime établi conformément à ses propositions,

[...] Il ne saurait être allégué que, malgré cet engagement, l'Espagne n'aurait pas une garantie suffisante, car il est un principe général de droit bien établi selon lequel la mauvaise foi ne se présume pas. [...][205].

Le tribunal a conclu que :

[...] on ne trouv[ait] ni dans le Traité et l'Acte additionnel du 26 mai 1866, ni dans le droit international commun une règle qui interdise à un Etat, agissant pour la sauvegarde de ses intérêts légitimes, de se mettre dans une situation qui lui permette, en fait, en violation de ses engagements internationaux, de préjudicier même gravement à un Etat voisin[206].

120. Le tribunal a abordé ensuite la deuxième question fondamentale soulevée dans l'affaire, à savoir l'argument de l'Espagne selon lequel le projet français requérait, pour son exécution, « l'accord préalable des deux gouvernements, à défaut duquel le pays qui le propos[ait] ne [pouvait] avoir liberté d'action pour entreprendre les travaux ». Etant donné que l'Espagne fondait sa position non seulement sur le Traité et l'Acte additionnel, mais aussi sur les règles généralement admises du droit international, le tribunal a estimé qu'il était possible « de démontrer l'existence d'une règle générale de droit international de caractère non écrit », établie notamment par des précédents trouvés [...] « dans la pratique internationale des Etats en matière d'utilisation industrielle des cours d'eau internationaux »[207].

121. Le tribunal a présenté d'abord quelques observations générales :

[...] Admettre qu'en une matière déterminée il ne peut plus être exercé de compétence qu'à la condition ou par la voie d'un accord entre deux Etats, c'est apporter une restriction essentielle à la souveraineté d'un Etat, et elle ne saurait être admise qu'en présence d'une démonstration certaine. Sans doute, la pratique internationale révèle-t-elle quelques cas particuliers dans lesquels cette hypothèse se vérifie; [...]. Mais ces cas sont exceptionnels, et la jurisprudence internationale n'en reconnaît pas volontiers l'existence, surtout lorsqu'ils portent atteinte à la souveraineté territoriale d'un Etat, ce qui serait le cas dans la présente affaire.

En effet, pour apprécier, dans son essence, la nécessité d'un accord préalable, il faut se placer dans l'hypothèse dans laquelle les Etats intéressés ne peuvent arriver à un accord. Dans ce cas, il faut admettre que l'Etat normalement compétent a perdu le droit d'agir seul, par suite de l'opposition inconditionnée et discrétionnaire d'un autre Etat. C'est admettre un « droit d'assentiment », un « droit de veto », qui paralyse, à la discrétion d'un Etat, l'exercice de la compétence territoriale d'un autre Etat.

C'est pourquoi la pratique internationale recourt de préférence à des résolutions moins extrêmes, en se bornant à obliger les Etats à rechercher, par des tractations préalables, les termes d'un accord, sans subordonner à la conclusion de cet accord l'exercice de leurs compétences. [...][208].

Le tribunal a ainsi estimé que la pratique internationale ne permettait pas de dépasser :

[...] la règle suivant laquelle les Etats ne peuvent utiliser la force hydraulique des cours d'eau internationaux qu'à la condition d'un accord *préalable* entre les Etats intéressés ne peut être établie ni à titre de coutume, ni encore moins à titre de principe général du droit. [...][209].

A propos du point qui précède, le tribunal avait déclaré auparavant ce qui suit :

[...] en admettant qu'il existe un principe interdisant à l'Etat d'amont d'altérer les eaux d'un fleuve dans des conditions de nature à nuire gravement à l'Etat d'aval, un tel principe ne trouve pas son application à la présente espèce, puisqu'il a été admis par le Tribunal [...] que le projet français n'altère pas les eaux du Carol. [...][210].

122. Enfin, le tribunal a examiné la question de savoir si la France avait satisfait à l'obligation énoncée à l'article 11 de l'Acte additionnel, qui impose à l'Etat dans lequel on se propose de faire des travaux l'obligation d'en donner préalablement avis aux autorités compétentes du pays limitrophe et d'aménager un régime de réclamations et de sauvegarde de « tous les intérêts engagés de part et d'autre ». Le tribunal a conclu que la France avait satisfait à ces obligations, mais ce faisant, il a formulé d'autres observations de caractère général qui ne semblaient pas fondées uniquement sur le principe de l'accord des parties (en l'occurrence, sur l'article 11). Tout d'abord, le tribunal a noté qu'il n'avait pas été contesté que la France ait satisfait à l'obligation d'avis. Il a abordé ensuite la question de la sauvegarde de « tous les intérêts qui pourraient être engagés de part et d'autre »[211]. Estimant qu'il ne s'agissait que « des intérêts correspondant à un droit des riverains », il a déclaré :

[...] Il faut tenir compte, quelle qu'en soit la nature, de tous les intérêts qui risquent d'être affectés par les travaux entrepris, même s'ils ne correspondent pas à un droit. Seule cette solution correspond aux termes de l'article 16 [de l'Acte additionnel], à l'esprit des Traités pyrénéens, aux *tendances qui se manifestent en matière d'aménagements hydroélectriques dans la pratique internationale actuelle**[212].

Le tribunal a exposé ensuite comment, selon des principes généralement applicables, ces intérêts pouvaient être sauvegardés. Il a déclaré que la méthode à suivre à cet égard « ne saurait se ramener à des exigences purement formelles, telles que de prendre connaissance des réclamations ». Selon le tribunal :

[...] l'Etat d'amont a, d'après les règles de la bonne foi, l'obligation de prendre en considération les différents intérêts en présence, de chercher à leur donner toutes les satisfactions compatibles avec la pour-

[204] Par. 8 (premier alinéa) de la sentence (*ibid.*, p. 304). Le tribunal a noté ensuite que « dans les fédérations » la jurisprudence a reconnu la validité de la pratique qui consiste à dériver de l'eau d'un bassin vers un autre pour produire du courant électrique, en se référant à la décision rendue par la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique dans l'affaire *Wyoming* c. *Colorado* (1922) [*United States Reports*, 1923, vol. 259, p. 419], et aux affaires citées par Berber, *Die Rechtsquellen...*, *op. cit.* (*supra* n. 77), p. 180, et par G. Sauser-Hall, « L'utilisation industrielle des fleuves internationaux », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1953-II*, Leyde, Sijthoff, 1955, t. 83, p. 544.

[205] Par. 9 (deuxième alinéa) de la sentence (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, p. 305).

[206] *Ibid.*

[207] Par. 10 (troisième alinéa) de la sentence (*ibid.*, p. 306).

[208] Par. 11 (premier, deuxième et troisième alinéas) de la sentence (*ibid.*).

[209] Par. 13 (deuxième alinéa) de la sentence (*ibid.*, p. 308). Pour arriver à cette conclusion, le tribunal s'est fondé sur la Convention de Genève du 9 décembre 1923 relative à l'aménagement des forces hydrauliques intéressant plusieurs Etats (SDN, *Recueil des Traités*, vol. XXXVI, p. 76; voir aussi *Annuaire... 1974*, vol. II [2e partie], p. 61 et suiv., doc. A/5409, par. 68 à 78).

[210] Par. 13 (premier alinéa) de la sentence (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, p. 308).

[211] Par. 22 (premier alinéa) de la sentence (*ibid.*, p. 314).

[212] Par. 22 (deuxième alinéa) de la sentence (*ibid.*, p. 315).

suite de ses propres intérêts et de montrer qu'il a, à ce sujet, un souci réel de concilier les intérêts de l'autre riverain avec les siens propres[213].

123. Mais le tribunal ne s'en est pas tenu là. En examinant si la France avait pris suffisamment en considération les intérêts espagnols, le tribunal a souligné « combien sont intimement liées l'obligation de tenir compte, au cours des tractations, des intérêts adverses et l'obligation de faire à ceux-ci, dans la solution retenue, une place raisonnable »[214]. Il a estimé que la France avait tenu suffisamment compte des intérêts espagnols et que, par conséquent, « le projet français satisfaisait aux obligations de l'article 11 de l'Acte additionnel ».

124. On a vu que, dans l'affaire du lac Lanoux, le tribunal arbitral s'était appuyé sur un certain nombre de principes du droit international général, dont certains concernent spécifiquement les cours d'eau internationaux. Il s'agit notamment des principes suivants :

1) la souveraineté territoriale « doit fléchir devant toutes les obligations internationales, quelle qu'en soit la source »;

2) « l'unité d'un bassin n'est sanctionnée sur le plan juridique que dans la mesure où elle correspond à des réalités humaines » et, par conséquent « une dérivation avec restitution » qui n'altère pas sensiblement la qualité ou la quantité de l'eau « ne modifie pas un état de choses ordonné en fonction des exigences de la vie sociale »;

3) « il est un principe général de droit bien établi selon lequel la mauvaise foi ne se présume pas »;

4) on ne trouve pas « dans le droit international commun une règle qui interdise à un Etat, agissant pour la sauvegarde de ses intérêts légitimes, de se mettre dans une situation qui lui permette, en fait, en violation de ses engagements internationaux, de préjudicier même gravement à un Etat voisin »;

5) dans les circonstances de l'affaire du moins, la pratique internationale n'exige pas un accord préalable entre les Etats riverains, mais « recourt de préférence à des solutions moins extrêmes, en se bornant à obliger les Etats à rechercher, par des tractations préalables, les termes d'un accord sans subordonner à la conclusion de cet accord l'exercice de leurs compétences »;

6) « bien qu'il ne s'applique pas à la présente espèce, il existe un principe interdisant à l'Etat d'amont d'altérer les eaux d'un fleuve dans des conditions de nature à nuire gravement à l'Etat d'aval »;

7) d'après les « tendances qui se manifestent en matière d'aménagements hydroélectriques dans la pratique internationale actuelle », « il faut tenir compte, quelle qu'en soit la nature, de tous les intérêts qui risquent d'être affectés par les travaux entrepris, même s'ils ne correspondent pas à un droit »;

8) « l'Etat d'amont a, d'après les règles de la bonne foi, l'obligation de prendre en considération les différents intérêts en présence, de chercher à leur donner toutes les satisfactions compatibles avec la poursuite de ses propres intérêts et de montrer qu'il a, à ce sujet, un souci réel de concilier les intérêts de l'autre riverain avec les siens propres »; et

9) « l'obligation de tenir compte, au cours des tractations, des intérêts adverses et l'obligation de faire à ceux-ci, dans la solution retenue, une place raisonnable » sont « intimement liées ».

ii. Affaire de la Fonderie de Trail *(Trail Smelter)*[215]

125. Dans cette affaire, des fumées de dioxyde de soufre émises par une fonderie de plomb et de zinc appartenant à une société privée et située au Canada, dans la localité de Trail (Colombie britannique), à une dizaine de kilomètres de la frontière des Etats-Unis d'Amérique, étaient poussées par les vents dominants au-delà de la frontière jusque dans l'Etat de Washington (Etats-Unis), où elles provoquaient des dommages aux cultures et aux forêts appartenant à des personnes privées. L'affaire ne concerne donc pas les cours d'eau internationaux, mais étant donné que les dommages se produisaient par la voie d'un bassin atmosphérique[216] commun aux régions intéressées du Canada et des Etats-Unis — comme dans le cas d'un lac frontalier —, elle semble présenter des analogies avec les types de situation envisagés.

126. Comme l'a fait observer John E. Read :

> [...] L'objet du différend ne concernait pas directement les deux gouvernements; le litige ne comportait pas non plus de réclamations de citoyens des Etats-Unis contre le Gouvernement canadien. Il ne semblait relever d'aucune des catégories ordinaires de différends internationaux justiciables de l'arbitrage. Il s'agissait plutôt de demandes fondées sur l'existence d'un fait dommageable imputé à une société canadienne et ayant causé un préjudice à des citoyens des Etats-Unis et endommagé des biens dans l'Etat de Washington. [...][217].

Cependant, le droit interne n'offrant aux particuliers aucune voie de recours[218], les deux gouvernements ont

[213] Par. 22 (troisième alinéa) de la sentence *(ibid.)*.

[214] Par. 24 (avant-dernier alinéa) de la sentence (*ibid.*, p. 317).

[215] Le texte anglais des sentences des 16 avril 1938 et 11 mars 1941, rendues dans cette affaire, figure dans Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1905 et suiv. On en trouve le résumé et des extraits dans *Annuaire... 1974*, vol. II (2e partie), p. 205 et suiv., doc. A/5409, par. 1049 à 1054. La sentence de 1941 dont il est plus spécialement question ici est reproduite dans *The American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 35, 1941, p. 684. Voir le commentaire de John E. Read, qui était conseiller juridique du Secrétaire d'Etat aux affaires étrangères du Canada durant le litige, « The Trail Smelter dispute », *The Canadian Yearbook of International Law, 1963*, Vancouver, vol. I, p. 213. Voir aussi J. Andrassy, « Les relations internationales de voisinages », *Recueil des cours... 1951-II*, Paris, Sirey, 1952, t. 79, p. 92 et suiv.

[216] Le *Webster's New Twentieth Century Dictionary of the English Language, Unabridged*, 2e éd., New York, Simon and Schuster, 1983, p. 41, définit le mot *airshed* (bassin atmosphérique) comme suit : *an area of varying size that is dependent on a single air mass and that is uniformly affected by the same sources of air pollution* (une zone d'étendue variable alimentée par une même masse d'air et affectée uniformément par les mêmes sources de pollution atmosphérique).

[217] *Loc. cit.* (*supra* n. 215), p. 213 et 214.

[218] La Constitution de l'Etat de Washington n'autorisait pas la création d'une servitude de fumée au profit d'un étranger et, selon le précédent établi autrefois par la Chambre des lords dans l'affaire *British South Africa Company* c. *Companhia de Moçambique* (1893) [Royaume-Uni, *The Law Reports, 1893*, p. 602], les tribunaux de Colombie britannique n'auraient pas eu compétence à l'égard d'une action tendant à la réparation de dommages causés à un territoire étranger. Read indique que

> « Les juristes concernés ont généralement estimé à l'époque que les tribunaux de Colombie britannique seraient contraints de décliner leur compétence dans des actions motivées par des dommages causés à des terres situées en dehors de la province. [...] (*Loc. cit.* [*supra* n. 215], p. 222.)

finalement[219] conclu un accord de « règlement définitif » du différend[220]. L'Accord prévoyait notamment : *a*) que le Canada verserait aux Etats-Unis 350 000 dollars des Etats-Unis « à titre de dédommagement pour tous les dégâts qui ont été causés sur le territoire des Etats-Unis avant la date du 1er janvier 1932 en raison du fonctionnement de la fonderie de Trail » (art. Ier)[221]; *b*) que les deux gouvernements constitueraient un tribunal (art. II)[222] qui statuerait sur les questions ci-après :

1° S'est-il produit dans l'Etat de Washington, depuis le 1er janvier 1932, des dégâts provoqués par la fonderie de Trail ? Dans l'affirmative, quelle est l'indemnité qui devrait être versée ?

2° Au cas où la réponse à la première partie de la question précédente serait affirmative, convient-il d'exiger de la fonderie de Trail qu'elle s'abstienne de causer à l'avenir des dégâts dans l'Etat de Washington et, dans ce cas, en quelle mesure ?

3° D'après la réponse qui aura été faite à la question précédente, quelles mesures ou quel régime devraient, le cas échéant, être adoptés ou maintenus en vigueur par la fonderie de Trail ?

4° Quels indemnités ou dommages-intérêts devraient, le cas échéant, être versés comme suite à toute décision ou à toutes décisions rendues par le tribunal sur les deux questions précédentes ? (Art. III.)

et *c*) qu'en statuant sur ces questions le tribunal

appliquera la législation et la jurisprudence dans des cas analogues aux Etats-Unis d'Amérique ainsi que les prescriptions du droit international et la jurisprudence internationale, et il tiendra compte du désir des Hautes Parties contractantes d'arriver à une solution équitable pour toutes les parties intéressées. (Art. IV.)

Le tribunal s'est prononcé sur la première des questions ci-dessus dans sa sentence provisoire du 16 avril 1938[223], et sur les autres dans sa sentence finale du 11 mars 1941[224]. Dans sa première sentence, le tribunal a répondu à la question n° 1 en concluant qu'un dommage s'était effectivement produit depuis le 1er janvier 1932 et en décidant qu'une indemnité de 78 000 dollars devrait être payée à ce titre[225]. Il a jugé aussi qu'il n'était « pas nécessaire de statuer sur la question de savoir si les faits établis constitu[aient] ou non une atteinte à la souveraineté des Etats-Unis ou une violation de cette souveraineté en vertu du droit international indépendamment de l'Accord »[226], car il n'était saisi que des questions de l'existence du dommage et du quantum de l'indemnité due à ce titre, que le Canada s'était engagé à payer. Dans sa seconde sentence, le tribunal a examiné les trois autres questions[227]. Il a relevé tout d'abord qu'il fallait établir un équilibre entre les intérêts du secteur industriel et ceux de l'agriculture. Il a pris note à cet égard du désir des parties d'arriver à une « solution équitable », ce qui signifiait, à son avis, une solution

qui permettrait à la fonderie de Trail de poursuivre ses opérations, mais avec les restrictions et limitations propres à prévenir, dans toute la mesure possible, tous nouveaux dégâts aux Etats-Unis, et qui ouvrirait un droit à réparation au cas où, malgré ces restrictions et limitations, des dégâts étaient causés dans l'avenir aux Etats-Unis[228].

Le tribunal a jugé qu'il n'était pas nécessaire de décider s'il fallait appliquer la législation des Etats-Unis ou le droit international « attendu que le droit appliqué aux Etats-Unis relativement aux droits quasi souverains des Etats de l'Union en matière de pollution atmosphérique est conforme, tout en étant plus précis, aux règles générales du droit international »[229].

127. Le tribunal a cité la formule d'Eagleton selon laquelle « un Etat a le devoir à tout moment de protéger les autres Etats contre les actes préjudiciables de particuliers qui relèvent de sa juridiction »[230], et a relevé qu'« un grand nombre d'avis concordants exprimés par d'éminents auteurs » avaient été invoqués devant lui[231].

Il a estimé que

Des décisions internationales portant sur des sujets divers, depuis l'affaire de l'*Alabama* et même antérieurement, reposaient sur le même principe général [...] qui n'avait pas été contesté par le Canada [...][232].

Notant l'absence d'affaires internationales intéressant la pollution atmosphérique, le tribunal a déclaré que « la question qui [présentait] le plus d'analogie [était] celle de la pollution des eaux », mais il n'a trouvé non plus aucune décision internationale à ce propos. Il s'est donc reporté aux décisions de la Cour suprême des Etats-Unis en matière de pollution atmosphérique et de pollution des eaux et a considéré que l'on peut

légitimement s'en inspirer dans ce domaine du droit international, car il est raisonnable de suivre par analogie, dans les affaires internationales, les précédents établis par cette haute juridiction à l'occasion de différends entre Etats de l'Union ou d'autres litiges concernant les droits quasi souverains de ces Etats, dès lors qu'il n'existe pas de règle contraire en droit international et qu'aucun motif ne peut être tiré, pour rejeter ces précédents, des restrictions de la souveraineté prévues par la Constitution des Etats-Unis[233].

Le tribunal a examiné ensuite une série de décisions de la Cour suprême des Etats-Unis dans des affaires de pollution atmosphérique et de pollution des eaux entre Etats fédérés et une affaire tranchée par le Tribunal fédéral

---

Voir aussi S. C. McCaffrey, « Transboundary pollution injuries: Jurisdictional considerations in private litigation between Canada and the United States », *California Western International Law Journal*, San Diego (Cal.), vol. 3, 1973, p. 224 à 229.

[219] Les négociations et mesures prises par les deux Etats pour que le différend fût soumis à l'arbitrage avaient commencé en 1927 et comportaient la soumission du problème à la Commission mixte internationale, instituée par le Traité de 1909 relatif aux eaux limitrophes (v. *supra* n. 78 *a*). Voir à ce sujet Read, *loc. cit.*, p. 213 et 214.

[220] Accord du 15 avril 1935 visant le règlement définitif des difficultés provoquées par des réclamations relatives aux dégâts causés dans l'Etat de Washington par les fumées provenant de la fonderie de la Consolidated Mining and Smelting Company, à Trail, Colombie britannique (SDN, *Recueil des Traités*, vol. CLXII, p. 73; et Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1907 [en anglais]).

[221] Cette somme était celle qu'avait recommandée la Commission mixte internationale à laquelle le litige de la fonderie de Trail avait été soumis par les deux gouvernements en 1928 conformément à l'article IX du Traité de 1909 relatif aux eaux limitrophes.

[222] Le tribunal constitué en application de l'article II était composé de : Charles Warren (désigné par les Etats-Unis); Robert A. E. Greennshields (désigné par le Canada) et Jan Frans Hostie, président (désigné conjointement par les deux gouvernements).

[223] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1911.

[224] *Ibid.*, p. 1938.

[225] *Ibid.*, p. 1931.

[226] *Ibid.*, p. 1932.

[227] Il a aussi complété la réponse donnée à la question n° 1, en constatant que, contrairement aux prétentions des Etats-Unis, aucun dommage ne s'était produit depuis le 1er octobre 1937 — terme de la période à laquelle correspondait la somme de 78 000 dollars accordée dans la première sentence (*ibid.*, p. 1962).

[228] *Ibid.*, p. 1939.

[229] *Ibid.*, p. 1963.

[230] C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, New York, University Press, 1928, p. 80.

[231] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1963.

[232] *Ibid.*

[233] *Ibid.*, p. 1964.

suisse — dans laquelle un canton invoquait les risques créés par un champ de tir situé dans un canton voisin[234] — avant d'énoncer le principe pour lequel l'arbitrage est cité le plus souvent :

Le Tribunal [...] considère que ces décisions [de la Cour suprême des Etats-Unis], prises ensemble, constituent une base adéquate pour ses conclusions, à savoir que, selon les principes du droit international comme selon le droit des Etats-Unis, aucun Etat n'a le droit d'utiliser ni de permettre que son territoire soit utilisé d'une façon telle que des émissions de fumées puissent causer des dommages sur le territoire ou au territoire d'un autre Etat ou aux biens ou aux personnes qui s'y trouvent, quand il s'agit d'un cas grave et que l'existence des dommages a été établie de façon claire et convaincante[235].

Le tribunal a déclaré ensuite

que le Dominion du Canada est responsable en droit international du fait de la fonderie de Trail. Indépendamment des engagements qu'il a pris dans l'Accord, le Gouvernement du Dominion du Canada a donc le devoir de veiller à ce que la fonderie se conforme à l'obligation imposée au Dominion par le droit international, telle qu'elle est définie dans la présente sentence[236].

Le tribunal a donc donné une réponse affirmative à la question n° 2, en stipulant expressément que la fonderie devait s'abstenir de causer dans l'Etat de Washington un dommage tel qu'il pourrait en être demandé réparation par une action entre personnes privées devant les tribunaux des Etats-Unis[237]. Concernant la question n° 3, le tribunal a prescrit un régime qui réglementait le fonctionnement de la fonderie et dont il a estimé qu'il « aurait probablement pour effet de prévenir tout préjudice notable »[238]. Il a cependant ajouté, en réponse à la question n° 4, que :

[...] si un dommage [...] se produisait à l'avenir, que ce soit faute par la fonderie de respecter les réglementations prescrites dans la présente sentence ou nonobstant l'observation du régime, une indemnité sera due pour le dommage ainsi causé [...][239].

128. La portée de la sentence rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* a déjà été analysée en détail par ailleurs, notamment dans un rapport fort perspicace de feu Robert Q. Quentin-Baxter[240]. Il suffira ici de dire que le tribunal a recherché une « solution équitable » du litige en établissant ainsi l'équilibre entre les intérêts du secteur industriel et ceux du secteur agricole en présence : il a permis à la fonderie de continuer de fonctionner sous l'empire d'un régime réglementaire, strict et a demandé aux propriétaires fonciers de l'Etat de Washington de supporter les dommages mineurs qui pourraient néanmoins s'ensuivre; toutefois, si les propriétaires fonciers subissaient un dommage notable, ils en recevraient réparation, même si le dommage était causé par le fonctionnement de la fonderie en conformité avec le régime établi par le tribunal. Les intérêts agricoles et industriels ont été ainsi conciliés en permettant à la fonderie de continuer de fonctionner, à condition que les propriétaires fonciers soient indemnisés de tout dommage notable éventuellement causé par elle. La solution à laquelle le tribunal a abouti illustre bien une observation générale de R. Q. Quentin-Baxter :

Le monde contemporain est [...] caractérisé par le fait — amplement attesté par la jurisprudence de la CIJ — que le règlement des différends entre les Etats peut consister autant à harmoniser des intérêts rivaux qu'à établir et appliquer des prohibitions. [...][241].

iii. Autres sentences arbitrales

129. Il existe plusieurs autres sentences arbitrales qui ne sont peut-être pas aussi marquantes ou qui ne touchent pas d'aussi près à la question de l'utilisation équitable des eaux que celles qui viennent d'être examinées, mais elles sont évoquées ici par souci de précision.

130. Les deux premières sont celles qui furent rendues le 19 août 1872 et le 10 avril 1905 dans l'affaire du *Delta de l'Hilmand*, qui opposait l'Afghanistan à la Perse (Iran)[242]. L'Hilmand (ou Hilmend) prend sa source et coule en majeure partie en Afghanistan, mais forme la frontière entre ce pays et l'Iran sur 12 miles environ, avant de se subdiviser et de se jeter dans des lacs en Afghanistan et en Iran. Le litige qui surgit entre l'Afghanistan et la Perse au sujet de la délimitation de la frontière et de l'utilisation des eaux de l'Hilmand fut soumis en 1872 à l'arbitrage d'un commissaire britannique, sir Frederick Goldsmid. Dans sa sentence du 19 août 1872, l'arbitre déclara entre autres :

[...] Il doit en outre être bien entendu qu'aucun ouvrage de nature à nuire à l'approvisionnement en eau nécessaire à l'irrigation sur les deux rives de l'Hilmand ne devra être exécuté sur l'une ou l'autre de ces rives[243].

131. Le déplacement du lit de l'Hilmand fut à l'origine, en 1902, d'un deuxième arbitrage portant sur la frontière entre les deux pays et sur la répartition des eaux de la rivière. L'arbitre, sir Henry McMahon, rendit le 10 avril 1905 une sentence qui conduisait à une légère modification de la frontière et à une nouvelle répartition des eaux[244]. La partie de la sentence concernant la frontière fut acceptée par l'un et l'autre Etat; la seconde partie, en revanche, qui attribuait à la Perse un tiers du débit total de l'Hilmand mesuré en un point situé à 35 miles environ à l'intérieur de l'Afghanistan[245], ne fut acceptée qu'en partie par l'Afghanistan et rejetée entièrement par la Perse, qui estimait avoir été traitée de

[234] *Solothurn* c. *Aargau*, arrêt du 1er novembre 1900, *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse, 1900*, vol. 26, 1re partie, p. 444.

[235] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1965.

[236] *Ibid.*, p. 1965 et 1966.

[237] *Ibid.*, p. 1966.

[238] *Ibid.*, p. 1980.

[239] *Ibid.*

[240] « Deuxième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international », *Annuaire... 1981*, vol. II (1re partie), p. 113 et suiv., doc. A/CN.4/346 et Add.1 et 2, par. 22 à 40.

[241] *Ibid.*, p. 121, par. 54; l'auteur se réfère à ce sujet aux décisions de la CIJ dans l'affaire des *Pêcheries* (Royaume-Uni c. Norvège), arrêt du 18 décembre 1951, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 116, et dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays Bas), arrêt du 20 février 1969, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3.

[242] Concernant ce litige, voir C.U. Aitchison, *A Collection of Treaties, Engagements and Sanads relating to India and Neighbouring Countries*, Calcutta, Government of India Central Publication Branch, 1933, vol. 13, p. 34 et 35 et p. 209 et suiv. Voir aussi *Annuaire ... 1974*, vol. II (2e partie), p. 201 et suiv., doc. A/5409, par. 1034 à 1037; Whiteman, *op. cit.* (*supra* n. 78 *a*), p. 1031 et 1032; Lammers, *op. cit.* (*supra* n. 77), p. 302 à 304 et 505.

[243] Voir *Annuaire... 1974*, vol. II (2e partie), p. 201, doc. A/5409, par. 1035 et note 840.

[244] Le texte de la sentence McMahon figure dans Aitchison, *op. cit.* (*supra* n. 242), p. 285 et 286; et dans *Annuaire... 1974*, vol. II (2e partie), p. 202, doc. A/5409, par. 1036.

[245] Clause III de la sentence McMahon.

manière plus favorable par la précédente sentence arbitrale, rendue par Goldsmid[246].

132. La sentence Goldsmid, qui a continué à régir la répartition des eaux de l'Hilmand, tentait un partage équitable en prévoyant qu'il ne devait être effectué, sur l'une ou l'autre rive, aucun ouvrage de nature à nuire à l'approvisionnement en eau nécessaire à l'irrigation sur la rive opposée. La sentence McMahon reconnaissait des droits substantiels à l'Etat situé en aval, et si cet Etat, la Perse, refusa d'y souscrire, l'Etat d'amont l'accepta en partie.

133. D'autres sentences arbitrales intéressant des fleuves internationaux portent essentiellement sur des questions de délimitation de frontières et de navigation[247]. L'une d'elles présente encore un intérêt pour notre étude : celle rendue le 4 avril 1928 dans l'affaire de l'*Ile de Palmas* qui opposait les Etats-Unis d'Amérique aux Pays-Bas[248]. Ces Etats avaient soumis à l'arbitrage de Max Huber, agissant au nom de la Cour permanente d'arbitrage, la question de savoir « si l'île de Palmas (ou Miangas) dans sa totalité fait partie du territoire appartenant aux Etats-Unis d'Amérique ou au territoire des Pays-Bas ». C'est dire que l'affaire portait moins sur une question de cours d'eau internationaux, ou même d'utilisation de ressources naturelles, que sur le règlement de prétentions territoriales contradictoires au sujet d'une île. Dans la sentence, Huber a toutefois énoncé le principe général suivant qui présente un intérêt pour la présente étude :

> [...] la souveraineté territoriale implique le droit exclusif d'exercer les activités étatiques. Ce droit a pour corollaire un devoir : l'obligation de protéger à l'intérieur du territoire les droits des autres Etats, en particulier leur droit à l'intégrité et à l'inviolabilité en temps de paix et en temps de guerre, ainsi que les droits que chaque Etat peut réclamer pour ses nationaux en territoire étranger. L'Etat ne peut pas remplir ce devoir s'il ne manifeste pas sa souveraineté territoriale d'une manière adéquate aux circonstances. La souveraineté territoriale ne peut se limiter à son aspect négatif, c'est-à-dire au fait d'exclure les activités des autres Etats; car c'est elle qui sert à répartir entre les nations l'espace sur lequel se déploient les activités humaines, afin de leur assurer en tous lieux le minimum de protection que le droit international doit garantir[249].

S'il est vrai que, comme dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, cet énoncé ne définit pas les droits des Etats tiers qui doivent être protégés par l'Etat du territoire, il renforce néanmoins le principe qui inspire les autres décisions selon lequel les droits souverains des Etats sont corrélatifs.

iv) *Autres instruments internationaux*

134. De nombreux organes intergouvernementaux et non gouvernementaux ont adopté des déclarations de principe concernant les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. Ces instruments soutiennent dans leur immense majorité le principe de l'utilisation équitable des cours d'eau internationaux par les Etats. Beaucoup d'entre eux sont repris dans le rapport du Secrétaire général sur les problèmes juridiques posés par l'exploitation et l'utilisation des fleuves internationaux[250] et dans son supplément[251]. Pour éviter d'alourdir exagérément la présente étude, on ne les mentionnera pas tous ici. On espère que quelques exemples représentatifs suffiront à illustrer les positions adoptées généralement. Les instruments sont classés selon leur nature et le type d'organe dont ils émanent.

a. *Déclarations et résolutions adoptées par des organisations, conférences et réunions intergouvernementales*

135. La Déclaration de Montevideo sur l'utilisation des fleuves internationaux à des fins industrielles et agricoles, adoptée par la septième Conférence internationale des Etats américains à sa 5e séance plénière, le 24 décembre 1933[252], dispose notamment :

> [...]
>
> 2. Les Etats ont le droit exclusif d'exploiter à des fins industrielles ou agricoles les eaux des fleuves internationaux, sur la rive soumise à leur juridiction. Toutefois, l'exercice de ce droit est limité par la nécessité de ne pas porter atteinte au droit égal qui doit être reconnu à l'Etat voisin à l'égard de la rive placée sous sa juridiction.
>
> [...]
>
> 4. On appliquera également aux fleuves qui traversent successivement le territoire de plusieurs Etats les principes énoncés aux articles 2 et 3 à l'égard de ceux qui servent de frontière entre deux Etats[253].

136. L'Acte d'Asunción relatif à l'utilisation des cours d'eau internationaux, adopté par les ministres des affaires étrangères des pays riverains du Río de la Plata (Argentine, Bolivie, Brésil, Paraguay et Uruguay), à

[246] Voir Aitchison, *op. cit.*, p. 35. Voir aussi Whiteman, *op. cit.*, p. 1031.

[247] Voir p. ex. la sentence du 22 mars 1888 rendue par le Président des Etats-Unis d'Amérique, Grover Cleveland, agissant en qualité d'arbitre dans l'affaire relative au fleuve San Juan, qui opposait le Costa Rica et le Nicaragua [texte dans J. B. Moore, *History and Digest of International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington (D.C.), 1898, vol. II, p. 1964 et suiv.; extraits dans *Annuaire... 1974*, vol. II (2e partie), p. 203, doc. A/5409, par. 1038 à 1041]; et la décision rendue dans l'affaire Faber, entre l'Allemagne et le Venezuela, par la Commission mixte des réclamations Allemagne-Venezuela instituée en application du Protocole du 13 février 1903 [texte des Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (numéro de vente : 60.V.4), p. 438 et suiv., et J. H. Ralston, *Venezuelan Arbitrations of 1903*, Washington (D.C.), 1904, p. 600; extraits dans *Annuaire... 1974*, vol. II (2e partie), p. 204 et 205, doc. A/5409, par. 1047 et 1048].

L'autre sentence arbitrale portant sur les utilisations à des fins autres que la navigation est celle qui fut rendue le 22 août (3 septembre) 1893 dans l'affaire du fleuve Kouchk par une commission anglo-russe instituée en vue de préciser et compléter la clause III du Protocole n° 4 du 10 (22) juillet 1887, conclu entre la Grande-Bretagne et la Russie [texte dans Aitchison, *op. cit.* (*supra* n. 242), p. 253; extraits dans *Annuaire... 1974*, vol. II (2e partie), p. 204, doc. A/5409, par. 1042 à 1046]. Cette sentence, rendue par une commission composée d'un ressortissant de chacun des Etats en cause, avait trait à l'application d'un accord conclu antérieurement (1885) entre ces Etats. La sentence, énoncée dans un protocole, répartissait pour l'essentiel les eaux en prenant pour base le point du fleuve d'où les eaux étaient prélevées (ou coulaient dans le cas d'un canal).

[248] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 829 et suiv.; trad. française de Ch. Rousseau, *Revue générale de droit international public*, Paris, 42e année, 1935, p. 156 et suiv.

[249] Nations Unies, *Recueil...*, p. 839; *Revue générale...*, p. 164 et 165.

[250] Doc. A/5409, reproduit dans *Annuaire... 1974*, vol. II (2e partie), p. 37.

[251] Doc. A/CN.4/274, *ibid.*, p. 291.

[252] Voir *supra* note 150.

[253] Voir les réserves du Venezuela et du Mexique, et la Déclaration des Etats-Unis d'Amérique, dans *Conferencias Internacionales Americanas 1889-1936, op. cit.* (*supra* n. 150), p. 559 et 560, et *Annuaire... 1974*, vol. II (2e partie), p. 229, doc. A/5409, annexe I.A.

leur quatrième réunion tenue du 1er au 3 juin 1971[254], contient la Déclaration d'Asunción sur l'utilisation des cours d'eau internationaux[255], où il est dit aux paragraphes 1 et 2 :

1. Dans les cours d'eau internationaux contigus, qui relèvent simultanément de la souveraineté de deux Etats, un accord bilatéral préalable doit être conclu entre les Etats riverains avant qu'aucune utilisation soit faite des eaux.

2. Dans les cours d'eau internationaux successifs, qui ne relèvent pas simultanément de la souveraineté de deux Etats, chaque Etat peut utiliser les eaux conformément à ses besoins, à condition qu'il ne cause de préjudice notable à aucun autre Etat du bassin.

137. L'Argentine a signé en 1971 trois autres instruments au sujet des cours d'eau internationaux : l'Acte de Santiago du 26 juin 1971 concernant les bassins hydrologiques (avec le Chili)[256], la Déclaration du 9 juillet 1971 sur les ressources en eau (avec l'Uruguay)[257] et l'Acte de Buenos Aires du 12 juillet 1971 sur les bassins hydrologiques (avec la Bolivie)[258]. Les dispositions ci-après de l'Acte de Santiago sont caractéristiques :

1. Les eaux des cours d'eau et des lacs seront toujours utilisées de façon équitable et raisonnable.

[...]

4. Chaque partie reconnaîtra le droit de l'autre partie d'utiliser les eaux des lacs communs et des cours d'eau internationaux successifs à l'intérieur de son territoire conformément à ses besoins, à condition qu'il n'en résulte aucun préjudice notable pour l'autre partie.

138. La Conférence des Nations Unies sur l'environnement, de 1972, a adopté la Déclaration sur l'environnement (Déclaration de Stockholm)[259], dont le principe 21 est énoncé comme suit :

Principe 21

Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les Etats ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement, et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres Etats ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale.

La Conférence a adopté aussi le « Plan d'action pour l'environnement »[260], qui prévoit dans la recommandation 51 ce qui suit :

Recommandation 51

Il est recommandé que les gouvernements intéressés envisagent la création d'une commission fluviale internationaule ou de mécanismes appropriés pour la coopération entre Etats intéressés quand des ressources en eau relèvent de plus d'une juridiction nationale.

[...]

b) Les Etats intéressés devront envisager, lorsqu'il y aura lieu, l'application des principes suivants :

[...]

ii) L'objectif fondamental de toute activité en matière d'utilisation et de mise en valeur de ressources en eau du point de vue de l'environnement est d'assurer la meilleure utilisation de l'eau et d'éviter la pollution de l'eau dans chaque pays;

iii) Les avantages nets résultant d'activités menées dans des régions hydrologiques communes à plusieurs pays doivent être répartis équitablement entre les pays en cause;

[...]

139. Le « Plan d'action de Mar del Plata », adopté par la Conférence des Nations Unies sur l'eau, tenue à Mar del Plata (Argentine) en 1977[261], contient de nombreuses recommandations et résolutions au sujet de la gestion et de l'utilisation des ressources en eau. La recommandation 7 invite les Etats à promulguer « une législation judicieuse pour promouvoir efficacement et équitablement l'utilisation et la protection de l'eau et des écosystèmes liés à l'eau »[262]. Concernant la coopération internationale, le Plan d'action prévoit dans ses recommandations 90 et 91 :

90. Vu les interdépendances croissantes du point de vue économique, environnemental et physique qui existent par-delà les frontières, il importe que, dans le cas de ressources en eau partagées, les Etats coopèrent. Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, cette coopération doit être fondée sur l'égalité, la souveraineté et l'intégrité territoriale de tous les Etats, compte dûment tenu du concept exprimé, notamment, au principe 21 de la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement.

91. En ce qui concerne l'utilisation, la gestion et la mise en valeur des ressources en eau partagées, les politiques nationales devraient tenir compte du droit qu'a chaque Etat partageant ces ressources à les utiliser équitablement pour promouvoir des liens de solidarité et de coopération[263].

b. *Rapports et études établis par des organisations intergouvernementales ou par des conférences d'experts gouvernementaux*

140. Le rapport du Comité permanent de droit international public sur les principes généraux qui pourraient faciliter la conclusion d'accords régionaux entre Etats limitrophes au sujet de l'utilisation à des fins industrielles ou agricoles des eaux des fleuves internationaux, établi à Rio de Janeiro, le 23 juillet 1932, et présenté à la septième Conférence internationale des Etats américains (Montevideo, 1933), a défini « le droit d'un Etat riverain quant à l'utilisation des eaux fluviales à des fins industrielles en général et à des fins agricoles en particulier » comme étant « un droit exclusif mais limité dans son exercice par la nécessité de ne pas porter préjudice au droit égal de l'Etat voisin »[264].

141. Le rapport intitulé *Développement intégré des bassins fluviaux*, présenté en novembre 1957 par un collège d'experts constitué par le Secrétaire général de l'ONU, conformément à la résolution 599 (XXI) du

---

[254] Texte reproduit dans OEA, *Ríos y Lagos Internacionales (Utilización para fines agrícolas e industriales)*, 4e éd. rev. (OEA/Ser.I/VI, CIJ-75 Rev.2), Washington (D.C.), 1971, p. 183 à 186; extraits dans *Annuaire ... 1974*, vol. II (2e partie), p. 355 et 356, doc. A/CN.4/274, par. 326.

[255] Résolution n° 25 annexée à l'Acte d'Asunción.

[256] Voir *Annuaire... 1974*, vol. II (2e partie), p. 357, doc. A/CN.4/274, par. 327.

[257] *Ibid.*, p. 357 et 358, par. 328.

[258] *Ibid.*, p. 358, par. 329.

[259] *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.A.14), chap. Ier.

[260] *Ibid.*, chap. II, sect. B.

[261] *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'eau, Mar del Plata, 14-25 mars 1977* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.77.II.A.12), première partie.

[262] *Ibid.*, p. 10.

[263] *Ibid.*, p. 51.

[264] Par. 2 du rapport, reproduit dans *Annuaire ... 1974*, vol. II (2e partie), p. 231 et 232, doc. A/5409, annexe II.A.

Conseil économique et social en date du 3 mai 1956[265], indique que « en attendant que soit rédigé un code international généralement accepté, la déclaration de principes de Dubrovnik offre une excellente base théorique pour l'élaboration et l'exécution d'un projet de développement intégré de bassin fluvial international »[266]. Les principes adoptés par l'Association de droit international, à sa quarante-septième Conférence tenue à Dubrovnik, en 1956[267], étaient notamment les suivants :

III. Chaque Etat exerce sa souveraineté sur le cours d'eau international à l'intérieur de ses frontières, mais, dans l'exercice de cette souveraineté, il doit tenir dûment compte des conséquences qui en résultent pour les autres Etats riverains.

IV. Tout Etat est responsable, en droit international, de tout acte de caractère public ou privé qui modifie le régime d'un cours d'eau au préjudice d'un autre Etat, et qu'il aurait pu empêcher en faisant preuve de la diligence voulue.

V. Conformément au principe général énoncé au paragraphe III ci-dessus, les Etats riverains d'un cours d'eau international, lorsqu'ils concluent des accords, et les Etats ou tribunaux, lorsqu'ils règlent des différends, devraient évaluer les avantages qu'un Etat retire d'une utilisation particulière de l'eau et le préjudice causé à un autre Etat de ce fait. [...][268].

142. Dans un rapport présenté en 1971 au Comité des ressources naturelles du Conseil économique et social, le Secrétaire général a reconnu que, « du fait de la multiplicité des utilisations possibles et souvent incompatibles et de l'importance beaucoup plus grande des besoins globaux, il est devenu impératif d'envisager l'aménagement des bassins fluviaux selon une conception intégrée qui tienne compte de l'interdépendance croissante des facteurs économiques et physiques au-delà des frontières nationales[269] ». Le Secrétaire général poursuit en notant que les ressources internationales en eau, qui sont définies comme l'ensemble des eaux comprises à l'intérieur d'un réseau hydrographique naturel partagé par deux pays ou plus, offrent « une change unique de promouvoir l'amitié internationale », et que « si l'on veut tirer le plus grand parti possible de l'exploitation de ces eaux, il faut que la communauté internationale s'associe en prenant des mesures concrètes qui permettront à tous de retirer des bénéfices visibles et tangibles grâce à leur coopération[270] ».

143. Le Comité juridique consultatif africano-asiatique a créé en 1969 un sous-comité intersessions chargé de préparer un projet d'articles sur le droit des fleuves internationaux. En 1971, cet organe a été remplacé par un nouveau sous-comité, et en 1972 le Comité a établi un sous-comité permanent. En 1973, le Sous-Comité a recommandé au Comité plénier d'examiner le rapport du Sous-Comité à un moment approprié à une session ultérieure. Le projet de propositions révisé présenté par le Rapporteur du Sous-Comité suit de près les Règles d'Helsinki adoptées en 1966 par l'Association de droit international (v. *infra* par. 154). La proposition III comprend notamment les dispositions suivantes :

1. Chaque Etat du bassin a, sur son territoire, un droit de participation raisonnable et équitable aux avantages que présente l'utilisation des eaux d'un bassin de drainage international.

2. Les Etats du bassin intéressés déterminent, dans chaque cas particulier, ce qu'il faut entendre par une participation raisonnable et équitable, compte tenu de tous les facteurs pertinents[271].

144. Le secrétariat de la Commission économique pour l'Europe a effectué une étude sur les aspects juridiques de l'aménagement hydroélectrique des fleuves et des lacs d'intérêt commun, qui a été publiée en 1950[272]. L'étude énonce notamment les principes suivants :

Un Etat a le droit d'aménager unilatéralement la partie du cours d'eau qui le traverse ou qui le borde dans la limite où cet aménagement n'est susceptible de provoquer sur le territoire d'un autre Etat qu'un dommage restreint, qu'une incommodité minime entrant dans le cadre de celles qu'implique le bon voisinage.

Par contre, lorsque le préjudice susceptible d'être provoqué est grave et permanent, l'aménagement ne peut être entrepris qu'en vertu d'une convention préalablement établie[273].

Les auteurs de l'étude se demandent ensuite s'il est possible de déterminer un critère qui servirait de base à la distinction entre un préjudice minime et un préjudice grave et ont conclu qu'il fallait procéder en tenant compte des circonstances propres à chaque cas.

145. Dans sa recommandation n° 4, adoptée à sa onzième session, en 1954, le Comité de l'énergie électrique

Recommande que l'Etat qui entreprend sur son territoire des travaux susceptibles d'entraîner des répercussions importantes sur le territoire d'autres Etats, en aval ou en amont, communique au préalable aux Etats intéressés les informations capables de les éclairer sur lesdites répercussions;

Recommande que, dans le cas où des objections seraient soulevées à la suite de cette communication préalable par lesdits Etats intéressés, l'Etat qui entreprend des travaux poursuive avec eux, au moyen de négociations, la recherche des termes d'une convention permettant l'aménagement le plus économique du système fluvial[274].

146. Le Secrétaire général de l'ONU a constitué en 1968 un groupe d'experts des aspects institutionnels et juridiques de la mise en valeur des ressources en eau internationales, dont le rapport intitulé *Gestion des ressources en eau internationales : aspects institutionnels et juridiques*[275] a été publié en 1975. Dans la partie du rapport traitant de la « Nécessité d'une coopération ou d'une collaboration internationale », il est dit :

Chacun des Etats riverains devrait reconnaître la légitimité des intérêts des coriverains dans l'utilisation des eaux de leur bassin de drainage ou de leur système international et être disposé à coopérer en vue

---

[265] L'édition révisée du rapport a paru en 1970 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.70.II.A.4); des extraits du texte publié en 1958 sont reproduits *ibidem*, p. 233 et suiv., annexe II.B.

[266] Chap. IV du rapport, sous la rubrique : « Insuffisance des règles du droit international ».

[267] ILA, *Report of the Forty-seventh Conference, Dubrovnik, 1956*, Londres, 1957, p. x à xii, résolution 3; texte reproduit dans *Annuaire ... 1974*, vol. II (2e partie), p. 217, doc. A/5409, par. 1080.

[268] Ce dernier principe est suivi de l'énumération d'un certain nombre de facteurs dont il faut tenir compte dans le processus d'évaluation en question.

[269] E/C.7/2/Add.6, par. 1.

[270] *Ibid.*, par. 3.

[271] Le paragraphe suivant de la proposition III contient une liste non limitative de dix « facteurs à prendre en considération » pour déterminer ce qu'il faut entendre par une participation raisonnable et équitable. Voir Comité juridique consultatif africano-asiatique, *Report of the Fourteenth Session held at New Delhi* (10-18 janvier 1973), New Delhi, p. 7 à 14; texte reproduit dans *Annuaire ... 1974*, vol. II (2e partie), p. 374 et 375, doc. A/CN.4/274, par. 367.

[272] Le texte révisé de l'étude a paru en 1952 sous la cote E/ECE/136-E/ECE/EP.98/Rev.1 et Corr.1 (v. *supra* n. 77).

[273] *Ibid.*, par. 191. Voir aussi *Annuaire ... 1974*, vol. II (2e partie), p. 364 et 365, doc. A/CN.4/274, par. 340.

[274] E/ECE/EP/147. Voir aussi *Annuaire ... 1974*, vol. II (2e partie), p. 366, doc. A/CN.4/274, par. 343.

[275] Ressources naturelles/Série Eau n° 1 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.75.II.A.2).

d'une utilisation optimale des ressources en eau, ainsi qu'à rechercher un mode de gestion à long terme applicable à l'ensemble du système. A cette fin, ils devraient notamment minimiser, sinon éliminer, les conséquences dommageables que peuvent avoir, pour d'autres Etats, l'utilisation faite de ces ressources par un Etat, ou d'autres activités mettant en cause ces ressources. En outre, l'absence de coopération ou de mesures positives concernant la gestion rationnelle du système se révélera, à long terme, préjudiciable à l'intérêt national de chacun des Etats du bassin ou du système, non seulement dans la mesure où les eaux du système contribuent au bien-être de la population et au développement de l'économie des Etats intéressés, mais aussi par l'influence disruptive que cet état de choses aura généralement sur les relations bilatérales[276].

147. L'étude intitulée *La lutte contre la pollution marine et la protection des ressources biologiques de la mer : étude comparative des mesures prévues par le droit international et par les législations et les administrations nationales*, présentée en 1970 à la Conférence technique de la FAO sur la pollution des mers et ses effets sur les ressources biologiques et la pêche[277], contient le passage ci-après concernant l'état actuel du droit international coutumier :

[...] En bref, la théorie de la souveraineté territoriale absolue, qui était en vogue au début du siècle et selon laquelle chaque Etat a le droit souverain de faire ce qu'il veut sur son propre territoire, quelles que soient les conséquences pouvant en résulter en dehors de celui-ci, est maintenant tombée en disgrâce. Il en est de même de l'opinion contraire, selon laquelle un Etat ne peut rien faire sur son territoire qui risque de produire des effets nuisibles, si minimes soient-ils, sur le territoire d'un autre Etat. En ce qui concerne la pollution des eaux intérieures, la plupart des auteurs adoptent maintenant une position de compromis entre ces deux extrêmes : chaque Etat doit agir de manière à éviter de causer des dommages sensibles et déraisonnables sur le territoire d'un Etat voisin. [...][278].

148. En 1972, dans le cadre de l'assistance technique de la FAO à la Commission du bassin du lac Tchad, le Bureau juridique (Sous-Division de la législation) de la FAO a préparé un projet d'accord relatif à l'utilisation et à la conservation des eaux du bassin du lac Tchad. L'article V de ce projet contient les dispositions suivantes :

1) Chaque Etat membre a droit, en vue d'utiliser lesdites ressources à des fins bénéfiques, à prélever dans son territoire une part raisonnable et équitable des ressources en eau du bassin.

2) A la demande d'un Etat membre, la Commission pourra déterminer ce qu'il convient d'entendre par part raisonnable et équitable, en tenant compte de toutes les conditions hydrologiques, écologiques, économiques et sociales pertinentes[279].

149. Le 12 mai 1969, l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe a adopté la recommandation 555 (1969)[280], par laquelle elle recommandait « au Comité des ministres de charger un comité d'experts gouvernementaux d'élaborer aussi rapidement que possible une convention européenne sur la base du projet ci-après ». Le préambule du projet de convention prévoit que les Etats membres du Conseil de l'Europe considèrent que « selon un principe général de droit international, aucun pays n'a le droit d'exploiter ses ressources naturelles d'une manière telle qu'il risque d'en résulter un dommage substantiel dans un pays voisin » et que ces Etats sont « désireux de mettre en œuvre le principe de l'utilisation équitable des eaux des bassins de drainage internationaux ». Le paragraphe 1 de l'article 2 du projet stipule, entre autres, que

1. Les Etats contractants s'engagent à prendre toute mesure pour supprimer la pollution existante ainsi que pour prévenir de nouvelles formes de pollution des eaux ou l'augmentation de leur degré de pollution qui causent ou sont susceptibles de causer un préjudice ou un dommage substantiel sur le territoire d'un ou de plusieurs Etats contractants. [...][281].

150. En 1963, le Comité juridique interaméricain de l'OEA[282] a adopté un projet de convention sur l'utilisation industrielle et agricole des cours d'eau et des lacs internationaux. Après que les Etats membres eurent fait des commentaires sur le projet, le Comité a établi, en 1965, un projet de convention révisé[283], dont les dispositions pertinentes sont les suivantes :

Article 4

Le droit d'un Etat à l'utilisation industrielle ou agricole des cours d'eau et des lacs internationaux relevant de sa souveraineté n'implique pas la méconnaissance du droit éventuel des autres Etats riverains.

Article 5

L'utilisation des cours d'eau et des lacs internationaux à des fins industrielles ou agricoles ne doit pas [...], conformément au droit international, causer de préjudices substantiels aux Etats riverains, ou altérer la frontière de ces Etats.

Article 6

Toutes les fois que l'utilisation par un Etat d'un cours d'eau ou d'un lac international cause ou peut causer un dommage ou un préjudice à un autre Etat intéressé, le premier devra obtenir le consentement de celui-ci et, sur sa demande, l'indemniser en raison du dommage ou du préjudice souffert[284].

c. *Etudes émanant d'organisations non gouvernementales internationales*

151. Bon nombre d'études du droit des utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres autres que

[276] *Ibid.*, p. 21, par. 53.

[277] FAO, doc. FIR : MP/70/R-15.

[278] *Ibid.*, p. 6; cité dans *Annuaire ... 1974*, vol. II (2e partie), p. 370, doc. A/CN.4/274, par. 357.

[279] FAO/PNUD, *Etude des ressources hydrauliques du bassin du lac Tchad aux fins de développement — Ressources en eaux de surface dans le bassin du lac Tchad*, rapport technique 1 (AGL: DP/RAF/66/579), annexe 1, p. 127 et suiv.; le texte du projet est reproduit dans *Annuaire ... 1974*, vol. II (2e partie), p. 371 et 372, doc. A/CN.4/274, par. 358.

[280] Conseil de l'Europe, Assemblée consultative, Commission de l'aménagement du territoire et des pouvoirs locaux, « Rapport sur un projet de convention européenne relative à la protection des eaux douces contre la pollution » (doc. 2561). Le projet de convention est reproduit dans *Annuaire ... 1974*, vol. II (2e partie), p. 380 et suiv., doc. A/CN.4/274, par. 374.

[281] Le Comité des ministres, après avoir examiné le projet de convention, a estimé que ce projet ne pouvait, tel quel, servir de base à une action concertée, en raison principalement des dispositions du titre III (art. 7 et suiv.) concernant la responsabilité des Etats [Conseil de l'Europe, Comité des ministres, doc. CM (70) 134; texte reproduit dans *Annuaire ... 1974*, vol. II (2e partie), p. 383, doc. A/CN.4/274, par. 375]. Il ne semble pas que les dispositions citées ci-dessus, en particulier celles concernant l'utilisation équitable des eaux présentent des obstacles importants.

[282] Bien que l'OEA soit une organisation intergouvernementale et que le Comité soit un organe de l'OEA, il est admis que les membres du Comité y siègent à titre individuel, en qualité d'experts, et non pas en tant que représentants d'Etat.

[283] *Rapport du Comité juridique interaméricain sur les travaux accomplis pendant sa réunion de 1965* (OEA/Ser.I/VI.1, CIJ-83), Washington (D.C.), 1966, p. 7 à 10; le texte du projet de convention est reproduit dans *Annuaire ... 1974*, vol. II (2e partie), p. 387 à 389, doc. A/CN.4/274, par. 379.

[284] L'article 8 prévoit notamment que « L'Etat qui projette d'effectuer des travaux en vue de l'utilisation d'un cours d'eau ou d'un lac international devra en donner préalablement notification aux autres Etats intéressés. »

la navigation ont été faites par des groupes de spécialistes du droit international, au premier rang desquelles celles de l'Institut de droit international et de l'Association de droit international. Elles consacrent toutes le principe de l'utilisation équitable.

152. A sa session de Madrid, en 1911, l'Institut de droit international a adopté une résolution sur la « Réglementation internationale de l'usage des cours d'eau internationaux »[285] qui comportait notamment les règles suivantes :

I. Lorsqu'un cours d'eau forme la frontière de deux Etats, aucun de ces Etats ne peut, sans l'assentiment de l'autre, et en l'absence d'un titre juridique spécial et valable, y apporter ou y laisser apporter par des particuliers, des sociétés, etc., des changements préjudiciables au territoire de l'autre Etat. D'autre part, aucun des deux Etats ne peut, sur son territoire, exploiter ou laisser exploiter l'eau d'une manière qui porte une atteinte grave à son exploitation par l'autre Etat ou par les particuliers, sociétés, etc., de l'autre Etat.

Les dispositions qui précèdent sont encore applicables lorsqu'un lac s'étend entre les territoires de plus de deux Etats.

II. Lorsqu'un cours d'eau traverse successivement les territoires de deux ou de plusieurs Etats :

[...]

2) Toute altération nuisible de l'eau, tout déversement de matières nuisibles (provenant de fabriques, etc.) est également interdit;

3) Il ne peut être prélevé par les établissements (spécialement les usines pour l'exploitation des forces hydrauliques) une quantité d'eau telle que la constitution, autrement dit le caractère utilisable ou le caractère essentiel du cours d'eau à son arrivée sur le territoire d'aval, s'en trouve gravement modifiée;

[...]

5) Un Etat situé en aval ne peut ériger ni permettre d'ériger sur son territoire des ouvrages ou établissements qui soumettraient l'autre Etat au danger d'inondation;

[...][286].

153. A sa session de Salzbourg, en 1961, l'Institut a adopté une autre résolution sur l'utilisation des cours d'eau à des fins autres que la navigation[287]. Ce texte, intitulé « Utilisation des eaux internationales non maritimes (en dehors de la navigation) », prévoit notamment :

Article premier

Les présentes règles et recommandations s'appliquent à l'utilisation des eaux faisant partie d'un cours d'eau ou d'un bassin hydrographique qui s'étend sur le territoire de deux ou plusieurs Etats.

Article 2

Tout Etat a le droit d'utiliser les eaux qui traversent ou bordent son territoire, sous réserve des limitations imposées par le droit international et notamment de celles résultant des dispositions qui suivent.

Ce droit a pour limite le droit d'utilisation des autres Etats intéressés au même cours d'eau ou bassin hydrographique.

Article 3

Si les Etats sont en désaccord sur la portée de leurs droits d'utilisation, le règlement se fera sur la base de l'équité en tenant compte notamment de leurs besoins respectifs, ainsi que des autres circonstances propres au cas d'espèce.

Article 4

Un Etat ne peut procéder à des travaux ou utilisations des eaux d'un cours d'eau ou d'un bassin hydrographique qui affectent sérieusement les possibilités d'utilisation des mêmes eaux par d'autres Etats qu'à condition de leur assurer la jouissance des avantages auxquels ils ont droit conformément à l'article 3, ainsi qu'une compensation adéquate pour les pertes et dommages subis.

Article 5

Les travaux ou utilisations visés à l'article précédent ne peuvent être entrepris qu'après avis préalable donné aux Etats intéressés.

154. L'Association de droit international étudie la question des utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation depuis que l'examen de ce sujet a été proposé initialement à l'Association par Clyde Eagleton, à sa quarante-sixième session, tenue à Edimbourg, en 1954[288]. L'Association a rédigé plusieurs projets sur le sujet[289], dont le plus fameux, intitulé « Règles d'Helsinki sur les utilisations des eaux des fleuves internationaux », a été adopté à sa cinquante-deuxième Conférence tenue à Helsinki en 1966[290]. Le chapitre 2 des Règles d'Helsinki, relatif à l'« Utilisation équitable des eaux d'un bassin de drainage international », comporte notamment les dispositions ci-après :

---

[285] *Annuaire de l'Institut de droit international, 1911,* Paris, 1911, vol. 24, p. 365 à 367. La résolution se fondait sur le deuxième rapport du rapporteur, L. von Bar, *ibid.*, p. 168 à 183.

[286] Dans l'« Exposé des motifs » qui accompagnait les règles, l'Institut avait indiqué qu'il paraissait opportun de combler la lacune, due au fait que « l'exploitation de l'eau à l'usage de l'industrie, de l'agriculture, etc., [était] restée en dehors des prévisions » du droit international, en « constatant les règles de droit qui découlent de l'interdépendance existant incontestablement entre Etats riverains du même cours d'eau et entre Etats dont les territoires sont traversés par le même cours d'eau » (*ibid.* p. 365).

[287] Cette résolution, fondée sur le rapport définitif que le rapporteur, J. Andrassy, a présenté à la session de Neuchâtel de l'Institut, en 1959 (*Annuaire de l'Institut de droit international, 1959*, Bâle, vol. 48, t. I, p. 319 et suiv.), a été adoptée par 50 voix contre zéro, avec une abstention; pour le texte voir *Annuaire de l'Institut de droit international, 1961*, Bâle, vol. 49, t. II, p. 370 à 373; reproduit dans *Annuaire ... 1974*, vol. II (2e partie), p. 216, doc. A/5409, par. 1076.

[288] Voir ILA, *Report of the Fourty-sixth Conference, Edinburgh, 1954*, Londres, 1955, p. 324 et suiv.

[289] Les projets de l'Association de droit international concernant les utilisations des eaux des fleuves internationaux sont les suivants :

— La résolution adoptée à la quarante-septième Conférence, tenue à Dubrovnik, en 1956, contenant une déclaration de principes pour servir de base à des règles de droit concernant l'utilisation des fleuves internationaux, dont des extraits sont cités au paragraphe 141 (voir *supra* note 267);

— La déclaration énonçant les « Principes de droit international ayant fait l'objet d'un accord », où le principe 2 stipule notamment :

« [...] chacun des Etats coriverains a le droit de participer dans une mesure raisonnable et équitable, à l'exploitation des eaux du bassin hydrographique. La question de savoir ce qu'il faut entendre par l'expression « participer, dans une mesure raisonnable et équitable », devra être réglée, dans chaque cas, compte tenu de tous les facteurs pertinents. »

(Voir le troisième rapport du Comité sur les utilisations des eaux des fleuves internationaux, présenté à la quarante-huitième Conférence, tenue à New York, en 1958, ILA, *Report of the Forty-eighth Conference, New York, 1958*, Londres, 1959, p. 99 et suiv.; reproduit dans *Annuaire ... 1974*, vol. II (2e partie), p. 218 et 219, doc. A/5409, par. 1082);

— Les « Recommandations de Hambourg relatives à la procédure applicable en matière d'utilisation des eaux à d'autres fins que la navigation », où il est recommandé que, en cas de litige entre Etats coriverains quant à leurs droits ou intérêts, les Etats concernés engagent des consultations, et que si les consultations ne règlent pas le litige, les Etats conviennent de créer une commission *ad hoc* dont la composition et les procédures sont prévues dans les recommandations (ILA, *Report of the Forty-ninth Conference, Hamburg, 1960*, Londres, 1961, p. xvi à xviii). Voir aussi la « Recommandation de Hambourg sur la lutte contre la pollution » (*ibid.*, p. xviii). Ces deux textes sont reproduits dans *Annuaire ... 1974*, vol. II (2e partie), p. 220 et 221, doc. A/5409, par. 1084.

[290] Voir *supra* note 79.

Article IV

Chaque Etat du bassin a, sur son territoire, un droit de participation raisonnable et équitable aux avantages que présente l'utilisation des eaux d'un bassin de drainage international.

Article V

1. Le sens de l'expression « participation raisonnable et équitable », à l'article IV, sera déterminé, dans chaque cas particulier, compte tenu de tous les facteurs pertinents.

Le paragraphe 2 de l'article V donne une liste non limitative de onze facteurs à prendre en considération pour déterminer ce qu'est une part raisonnable et équitable des avantages que présente l'utilisation des eaux d'un bassin de drainage international. Les dispositions des Règles d'Helsinki concernant la pollution des eaux, qui font l'objet du chapitre 3, sont à l'origine des Règles sur la pollution des eaux d'un bassin de drainage international, qui ont été approuvées par l'Association, à sa soixantième Conférence, tenue à Montréal, en 1982[291]. L'article 1er des Règles de Montréal prévoit que les Etats sont tenus, en particulier :

a) de prévenir toute nouvelle pollution des eaux ou toute augmentation de la pollution des eaux qui causerait un dommage notable au territoire d'un autre Etat;

b) de prendre toutes les mesures raisonnables pour réduire la pollution des eaux existante dans une mesure telle qu'aucun dommage notable ne soit causé au territoire d'un autre Etat;

c) de tenter de réduire plus encore cette pollution des eaux, jusqu'au niveau le plus bas possible et raisonnable dans les circonstances.

Les Règles de Montréal prévoient aussi, entre autres, que « les Etats coopèrent avec les autres Etats concernés » pour donner effet aux dispositions des articles (art. 4); que les Etats du bassin informent régulièrement les autres Etats concernés au sujet de la pollution des eaux dans le bassin, leur notifient « en temps opportun toutes activités envisagées sur leur propre territoire qui peuvent comporter une menace notable de pollution de l'eau dans les territoires de ces autres Etats ou d'augmentation de la pollution » et « informent promptement les Etats susceptibles d'être affectés de tout changement de circonstances soudain qui peut causer une pollution des eaux ou augmenter cette pollution dans les territoires des autres Etats » (art. 5); que les Etats du bassin « se consultent mutuellement sur les problèmes de pollution des eaux effectifs ou virtuels dans le bassin de drainage » d'une manière qui ne retarde pas « abusivement la mise en application des projets qui font l'objet de la consultation » (art. 6); elles prévoient enfin que

S'il est allégué que le comportement d'un Etat n'est pas conforme à ses obligations en vertu des présents articles, cet Etat engage promptement des négociations avec l'Etat plaignant en vue de rechercher une solution qui soit équitable dans les circonstances. (Art. 10.)

155. Enfin, l'autre étude émanant d'une organisation non gouvernementale internationale qui mérite considération dans ce contexte est celle qui a été faite sous les auspices de l'Association interaméricaine des avocats (Inter-American Bar Association) dont les résultats sont repris dans une résolution adoptée à l'unanimité à la dixième Conférence de l'Association tenue à Buenos Aires en 1957[292]. Cette résolution, qui porte sur les principes de droit régissant l'utilisation des fleuves internationaux, dispose notamment :

1. Que les principes généraux énoncés ci-après, qui font partie du droit international actuel, sont applicables à tout cours d'eau ou tout réseau des fleuves ou de lacs (eaux non maritimes) qui traverse ou sépare les territoires de deux ou plusieurs Etats (un tel réseau étant ci-après dénommé « bassin hydrographique international » :

1. Tout Etat ayant sous sa juridiction une partie d'un bassin hydrographique international a le droit de faire usage des eaux dudit bassin à condition de ne pas léser le droit égal des Etats qui ont sous leur juridiction d'autres parties du même bassin;

2. Les Etats qui ont sous leur juridiction une partie d'un bassin hydrographique international sont tenus, par application du princpe de l'égalité des droits, de reconnaître le droit qu'ont les autres Etats ayant juridiction sur une partie de ce même bassin d'en tirer profit, en prenant comme base le droit de chaque Etat au maintien du *statu quo* en ce qui concerne l'usage qu'il fait des eaux et à la jouissance, compte tenu des besoins respectifs de tous les Etats intéressés, des avantages découlant d'améliorations ultérieures. Au cas où les Etats ne parviendraient pas à s'entendre, ils devraient soumettre leurs différends à un tribunal international ou à une commission arbitrale;

3. Les Etats ayant sous leur juridiction une partie d'un bassin hydrographique international sont tenus de s'abstenir d'apporter au régime existant des modifications de nature à porter atteinte à la jouissance des eaux de ce bassin par un ou plusieurs autres Etats ayant juridiction sur une partie de ce même bassin, sauf si ces modifications sont conformes 1) à un accord conclu avec l'Etat ou les Etats intéressés ou 2) à une décision rendue par un tribunal international ou par une commission arbitrale.

A sa quinzième Conférence tenue à San José (Costa Rica) en 1967, l'Association a adopté une autre résolution qui stipule notamment

3. Que les eaux internationales ont pour l'Amérique une importance exceptionnelle, au point qu'il est difficile de concevoir un développement économique et social et l'intégration du continent sans une utilisation équitable et adéquate de ces eaux, objectif dans la réalisation duquel le droit joue un rôle essentiel[293].

v) *L'opinion des publicistes*

156. Les ouvrages et articles consacrés au droit régissant les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation et notamment leur utilisation équitable sont trop nombreux pour qu'on puisse songer même à les résumer dans la présente revue des auteurs faisant autorité. On peut toutefois mentionner quelques ouvrages particulièrement marquants pour donner, autant que possible, un échantillon représentatif des vues des publicistes sur la question des droits des Etats, au regard du droit international, en matière d'utilisation des cours d'eau internationaux.

157. Les commentateurs qui se sont penchés sur la question souscrivent, à une énorme majorité, à la doctrine de l'utilisation équitable, considérée comme une règle du droit international général[294]. En 1962, un émi-

[291] ILA, *Report of the Sixtieth Conference, Montreal, 1982*, Londres, 1983, p. 535 et suiv.

[292] Texte anglais dans Inter-American Bar Association, *Proceedings of the Tenth Conference held at Buenos Aires,* Argentina, from the 14th to the 21st of november 1957, Buenos Aires, 1958, p. 82 et 83; texte espagnol dans OEA, *Ríos y Lagos..., op. cit. (supra n. 254)*, p. 621. Voir aussi *Annuaire... 1974*, vol. II (2e partie), p. 223, doc. A/5409, par. 1092.

[293] Texte anglais dans Inter-American Bar Association, *Resolutions, Recommendations and Declarations approved by the XV Conference,* San José, Costa Rica, 10-15 avril 1967, p. 1 et 2; texte espagnol dans OEA, *Ríos y Lagos...*, p. 624. Voir aussi *Annuaire... 1974*, vol. II (2e partie), p. 395, doc. A/CN.4/274, par. 401.

[294] Les auteurs de traités sur le droit des cours d'eau internationaux appuient la thèse selon laquelle la doctrine de l'utilisation équitable fait partie intégrante du droit international général. Voir p. ex.

nent juriste, alors membre de la Commission, sir Humphrey Waldock, constatait « qu'il existait dorénavant certains principes généraux du droit des cours d'eau internationaux, mais qu'il restait peut-être encore à les formuler avec précision[295] ». Il énonçait six principes dont le troisième était formulé en ces termes :

3) Lorsque, dans l'exercice de ses droits en matière d'eau, un Etat entre en conflit avec un autre Etat, le principe à appliquer est le suivant : chacun est en droit de revendiquer un partage équitable des avantages que procure le système fluvial, proportionnellement à ses besoins et compte tenu de toutes les caractéristiques propres audit système[296];

158. De même, sir Hersch Lauterpacht écrit :

[...] il est interdit à tout Etat non seulement d'arrêter ou de dériver le cours d'une rivière qui coule de son territoire vers celui d'un Etat voisin, mais ausi d'utiliser l'eau de la rivière d'une manière qui constitue un danger pour l'Etat voisin ou qui l'empêche de faire un usage convenable du cours de la rivière sur la partie se trouvant sur son territoire[297].

Sur un plan plus général, il dit encore :

La responsabilité de l'Etat peut se trouver engagée du fait de l'abus d'un droit dont la jouissance lui est reconnue par le droit international. Cette situation se produit lorsque, se prévalant de son droit de manière arbitraire, un Etat inflige à un autre Etat un préjudice qui ne peut être justifié par la prise en considération légitime de son propre avantage [...] Le devoir de l'Etat de ne pas interférer avec le cours d'une rivière au détriment d'autres Etats riverains découle du même principe. La maxime *sic utere tuo ut alienum non laedas* s'applique aux relations entre Etats autant qu'à celles entre individus; elle est à la base d'une bonne partie de la *law of torts* [droit de la responsabilité] en droit anglais et des branches correspondantes des autres systèmes de droit; elle est l'un des principes généraux de droit reconnus par les Etats civilisés que la Cour permanente est tenue d'appliquer en vertu de l'Article 38 de son statut [...][298].

159. Sous le titre « Principe général : utilisation commune de la voie par les coriverains », Charles Rousseau formule comme suit le droit international actuellement applicable :

Le droit international contemporain considère l'ensemble des riverains de la voie d'eau comme une entité régionale soumise au principe de l'utilisation commune du fleuve et de ses affluents. La conséquence directe de ce principe est l'*interdiction de toute utilisation exclusive* par l'un des Etats riverains en vertu de sa souveraineté territoriale et particulièrement la prohibition de toute action unilatérale par l'Etat

---

E. Caratheodory, *Du droit international concernant les grands cours d'eau,* Leipzig, Brockhaus, 1861, p. 32; H. P. Farnham, *The Law of Waters and Water Rights; International, National, State, Municipal and Individual, including Irrigation, Drainage and Municipal Water Supply,* Rochester (N.Y.), The Lawyers Co-operative Publishing Co., 1904; A. Lederle, *Das Recht der internationalen Gewässer unter besonderer Berücksichtigung Europas,* Mannheim, Bensheimer, 1920, p. 51 et suiv. et 60 et suiv.; G. R. Björksten, *Das Wassergebiet Finnlands in völkerrechtlicher Hinsicht,* Helsinki, Tilgmann, 1925, p. 8 et 166 et suiv; Smith, *op. cit.* (*supra* n. 44), notamment p. 150; E. Hartig, *op. cit.* (*supra* n. 76). J. Dräger, *Die Wasserenthahme aus internationalen Binnengewässern,* Bonn, Röhrscheid, 1970; et J. Barberis, *op. cit.* (*supra* n. 76), p. 35 à 45, et les ouvrages qui y sont cités. Voir aussi C. Sosa-Rodríguez, *Le droit fluvial international et les fleuves de l'Amérique latine,* Paris, Pedone, 1935. Cependant, Berber conclut que « sauf dans certaines zones d'Europe et peut-être d'Amérique du Nord, il n'existe pas de règle de droit coutumier régissant les rapports en matière d'eau entre Etats indépendants (*Rivers in International Law, op. cit.* [*supra* n. 77], p. 265). La conclusion de Berber, comme M. Schwebel l'explique dans son troisième rapport, est sans doute imputable au fait qu'il « adopte, comme point de départ, une vue restrictive du droit international coutumier » (doc. A/CN.4/348 [v. *supra* n. 14], note 146; voir aussi les études citées dans cette note). Berber reconnaît toutefois que « à la base de presque tous les [...] systèmes [de droit interne] on trouve le principe selon lequel l'usager doit, de quelque manière, prendre en considération l'utilisation de l'eau par les autres usagers » (*Rivers...,* p. 254). Il reconnaît en outre l'existence du « principe du bon voisinage » et du « principe du respect général et mutuel des Etats riverains les uns vis-à-vis des autres » qu'il considère comme les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ». (*Ibid.,* p. 266.) La portée de sa conclusion, selon laquelle il n'existe pas de règle de droit coutumier régissant des rapports entre Etats en matière de cours d'eau internationaux, semble donc sensiblement limitée par les autres normes et pratiques qu'il s'accorde à reconnaître.

La doctrine de l'utilisation équitable trouve appui dans les articles ou études érudits, notamment de L. von Bar, « L'exploitation industrielle des cours d'eau internationaux au point de vue du droit international », *Revue générale de droit international public,* Paris, vol. 17, 1910, p. 281; A. W. Quint, « Nouvelles tendances dans le droit fluvial international », *Revue de droit international et de législation comparée,* Bruxelles, 58e année, 1931, p. 325; C.-A. Colliard, « Evolution et aspects actuels du régime juridique des fleuves internationaux », *Recueil des cours... 1968-III,* Leyde, Sijthoff, 1970, vol. 125, p. 343 et suiv.; R. B. Bilder, « International law and natural resources policies », *Natural Resources Journal,* Albuquerque (N.M.), vol. 20, 1980, p. 451; Andrassy, Griffin, Lipper et Villagrán Kramer, cités *supra* note 76; et Bourne, *supra* note 114.

Enfin, les auteurs d'ouvrages généraux de droit public international souscrivent eux aussi à la doctrine de l'utilisation équitable en tant que règle du droit international général. Voir p. ex. P. Fauchille, *Traité de droit international public,* 8e éd. rev. du *Manuel de droit international public* de H. Bonfils, Paris, Rousseau, 1925, t. I, deuxième partie, p. 450 et suiv.; L. Oppenheim, *International Law : A Treatise,* 8e éd. rev. par H. Lauterpacht, Londres, Longmans, Green, 1955, vol. I, p. 345 à 347 et 475; Brierly-Waldock, *op. cit.* (*supra* n. 76), p. 231 et 232; et Ch. Rousseau, *Droit international public,* Paris, Sirey, 1980, t. IV, p. 499 et 500.

[295] Brierly-Waldock, *op. cit.* (*supra* n. 76), p. 231.

[296] Les cinq autres principes formulés par sir Humphrey valent d'être notés :

« 1) Lorsqu'un système fluvial draine les territoires de deux ou plusieurs Etats, chaque Etat a le droit de faire considérer ce système fluvial comme un tout et de revendiquer la prise en considération de ses intérêts conjointement avec ceux des autres Etats; 2) chaque Etat dispose, en principe, d'un droit égal à l'utilisation maximale de l'eau sur son territoire, mais il doit, dans l'exercice de ce droit, respecter les droits correspondants des autres Etats; 3) [...]; 4) un Etat ne peut, en principe, apporter à un système fluvial des modifications qui léseraient substantiellement le droit de jouissance d'un autre Etat, à moins que ce dernier n'y consente; 5) toutefois, il n'a pas à obtenir le consentement de l'autre Etat s'il lui offre une certaine proportion des avantages que procurera cette modification, ou tout autre dédommagement adéquat pour la perte de jouissance subie par l'autre Etat; 6) un Etat dont la jouissance de l'eau n'est pas substantiellement diminuée par des aménagements en vue de l'utilisation d'un cours d'eau qui sont bénéfiques à un autre Etat ne peut s'opposer à ces aménagements. » (*Ibid.,* p. 231 et 232.)

L'auteur ajoute :

« L'application de ces principes généraux peut présenter des problèmes extrêmement difficiles à résoudre dans certains cas d'espèce, comme le prouvent les dispositions détaillées incluses dans certains des traités existants. [...]. (*Ibid.,* p. 232.)

Lipper fait une observation analogue dans son étude bien connue sur l'utilisation équitable :

« Bien que le domaine de l'utilisation équitable puisse ne pas se prêter à la formulation de règles précises, il convient à celle de principes directeurs généraux.

« Autrement dit, il n'existe pas de formule automatique qui vaille pour tous les cours d'eau et qui, appliquée à des situations spécifiques, donne lieu à chaque fois à une juste répartition des eaux entre Etats coriverains et à une solution judicieuse des conflits entre les diverses utilisations des eaux. Il est évident, par exemple, que les besoins en matière d'irrigation d'un pays aride du Moyen-Orient ne sont pas nécessairement satisfaits en appliquant des solutions qui ont permis de résoudre heureusement des différends ayant trait à l'énergie hydroélectrique au nord-ouest des Etats-Unis ou du Canada, ou au flottage du bois en Scandinavie. » (*Loc. cit.* [*supra* n. 76], p. 41 et 42.)

[297] Oppenheim-Lauterpacht, *op. cit.* (*supra* n. 294), vol. I, p. 475.

[298] *Ibid.,* p. 345 à 347. Voir aussi P. Guggenheim, *Traité de droit international public,* Genève, 1953, Librairie de l'Université, t. I, p. 397.

d'amont dont le résultat serait, par des détournements opérés d'une manière discrétionnaire, de priver d'eau l'Etat ou les Etats d'aval[299].

Sous la rubrique « Procédé technique : le partage de l'eau », Rousseau introduit la question comme suit :

Il existe plusieurs méthodes de répartition des eaux entre les Etats utilisateurs d'un même bassin fluvial. Toutes tendent à réaliser un partage raisonnable (*equitable apportionment*), suivant la formule dégagée par le professeur Smith [...][300].

160. Après avoir examiné le droit interne de la France, de l'Italie, de la Suisse, de l'Allemagne et des Etats-Unis, Georges Sauser-Hall a conclu en 1953 à l'existence d'un principe de droit généralement consacré qu'il a énoncé ainsi :

[...] pas de dérivation de cours d'eau qui soit de nature à porter un préjudice important aux autres propriétaires ou collectivités dont les fonds sont bordés ou traversés par un même cours d'eau[301].

Au sujet des relations qui se sont établies entre l'Autriche et la Bavière à propos de toute une série de cours d'eau contigus et successifs, Sauser-Hall a conclu que

[...] pour arriver à réaliser l'aménagement industriel de toute une région fluviale, les Etats contractants se sont inspirés avant tout de considérations de bon voisinage, acceptant dans certains cas la dérivation de cours d'eau de leur lit naturel, y renonçant dans d'autres cas, prenant les mesures nécessaires pour maintenir un volume d'eau jugé nécessaire à l'industrie des Etats d'aval et pour rendre tolérable le reflux dans l'Etat d'amont des barrages établis[302].

161. Herbert W. Briggs, par contre, a estimé en 1952 que « aucun principe général de droit international n'empêche un Etat riverain d'interdire aux navires étrangers la navigation d'un cours d'eau de ce type [c'est-à-dire d'un cours d'eau qui n'est pas soumis à un régime conventionnel spécial] ou de dériver ou polluer ses eaux[303] ». Charles C. Hyde semble, à première vue, aller encore plus loin en déclarant que « le propriétaire d'amont [...] peut, en fait, revendiquer le droit de dériver à son gré et sans restriction les eaux dont il peut avoir besoin, quelles qu'en soient les conséquences pour le propriétaire d'aval[304] ». Juraj Andrassy a fait observer toutefois :

[...] On peut opposer à cette opinion l'avis du même auteur quant à la pollution des eaux. En invoquant l'arbitrage de Trail, M. Hyde affirme que les Etats sont obligés d'empêcher tout usage de leur territoire qui provoquerait la pollution des eaux ou de l'air de l'Etat voisin. En combinant les deux principes énoncés par le savant auteur, on arriverait à conclure qu'il serait défendu de causer une diminution sensible de la pêche à l'aval d'un cours d'eau, mais qu'il serait légitime de supprimer ce cours d'eau par une dérivation et de cette façon priver l'Etat d'aval de tous les bénéfices, même les plus nécessaires[305].

Hyde admet également que « la tendance croissante des Etats intéressés à consentir, par des accords appropriés, à des projets de dérivations réglementées par l'intermédiaire d'organismes acceptés, témoigne du caractère de la pratique qui est en cours de développement[306] ».

Charles B. Bourne observe à ce propos que si, pour Hyde,

la doctrine Harmon représentait encore le droit en vigueur en 1945, la pratique en cours de développement présageait déjà l'établissement d'une nouvelle règle. Le droit et la pratique en matière de fleuves internationaux ont beaucoup évolué depuis 1945, de sorte que les opinions de Hyde sur ce point de droit, de même que les opinions analogues d'auteurs antérieurs, n'ont pas beaucoup de poids aujourd'hui[307].

162. En fait, la plupart des commentateurs abordent la question de l'utilisation d'un cours d'eau commun à deux ou plusieurs Etats en se référant à la notion de « souveraineté territoriale limitée ». Par exemple, Lipper dit que cette notion, « sans aller aussi loin que le principe d'une communauté des eaux, restreint néanmoins le principe de la souveraineté absolue dans la mesure où cela est nécessaire pour assurer à chaque riverain une utilisation raisonnable des eaux[308] ». Après avoir passé en revue des décisions de gouvernements, des jugements, des traités, des conventions et des déclarations, ainsi que la doctrine, Lipper conclut que :

Le fait que les juristes et les théoriciens du droit s'accordent à estimer que les fleuves internationaux ne peuvent pas faire l'objet d'une appropriation exclusive de la part d'un Etat confirme, en s'ajoutant aux preuves déjà citées, que le principe de la souveraineté limitée est une règle du droit international[309].

163. Andrassy a écrit que « la règle la plus acceptable est celle du partage équitable qui se trouve appliquée dans certains cas de jurisprudence[310] ». Il est, en fait, d'avis que le droit international exige que les questions relatives à l'utilisation des cours d'eau internationaux soient abordées sous l'angle de la « souveraineté limi-

---

[299] Rousseau, *op. cit.* (*supra* n. 294 *in fine*), p. 499 et 500.

[300] *Ibid.*, p. 501, citant Smith, *op. cit.* (*supra* n. 44), p. 151 et 152.

[301] Sauser-Hall, *loc. cit.* (*supra* n. 204), p. 517.

[302] *Ibid.*, p. 565; voir aussi *Annuaire... 1974*, vol. II (2e partie), p. 145, doc. A/5409, par. 627 et note 507.

[303] H. W. Briggs, *The Law of Nations*, 2e éd., New York, Appleton-Century-Crofts, 1952, p. 274.

[304] Hyde, *op. cit.* (*supra* n. 85) p. 565.

[305] Andrassy, « Les relations internationales de voisinage », *loc. cit.* (*supra* n. 215), p. 120.

[306] Hyde, *op. cit.*, p. 571.

[307] Bourne, *loc. cit.* (*supra* n. 114), p. 206 et 207; il cite les auteurs antérieurs dont Hyde partage le point de vue : Klüber (1821), Heffter (1888), Bousek (1913), et renvoie aux autres auteurs cités dans Berber, *op. cit.* (*supra* n. 77), p. 14 à 19, et dans l'étude de la CEE (v. *supra* n. 77) [E/ECE/136-E/ECE/EP/98/Rev.1 et Corr.1], par. 39 et suiv.

De son côté, Ian Brownlie (dans *Principles of Public International Law*, 3e éd., Oxford, Clarendon Press, 1979) adopte une attitude exceptionnellement prudente pour un auteur moderne.

« Dans ce domaine, le juriste doit résister à la tentation de choisir comme règles de droit coutumier les principes bruts d'équité régissant les relations entre riverains dont s'inspirent certaines dispositions conventionnelles et les travaux de certains juristes et de certains organismes spécialisés. » (p. 271.)

Il admet toutefois que

« Dans certaines circonstances, une action unilatérale créant des conditions susceptibles de causer aux autres Etats riverains un préjudice spécifique, et non pas seulement la perte d'avantages, peut créer une responsabilité internationale d'après les principes énoncés dans l'arbitrage de la *Fonderie de Trail* et dans l'arrêt rendu dans l'affaire du *Détroit de Corfou* (fond). » (*Ibid.*)

Brownlie relève que dans l'affaire du *Lac Lanoux*, le tribunal arbitral a admis ce principe. Il note ensuite qu'en adoptant les Règles d'Helsinki l'Association de droit international a voulu énoncer les « règles existantes du droit international » (p. 273), et, pour conclure son étude sur le sujet, il cite les deux premiers chapitres de ces règles, mais sans essayer de concilier sa position avec le point de vue de l'utilisation équitable adopté dans les Règles. La façon dont Brownlie envisage la situation actuelle n'est donc pas très claire.

[308] *Loc. cit.* (*supra* n. 76), p. 18. Lipper analyse la théorie de la souveraineté territoriale limitée aux pages 23 à 38 de son étude. Voir aussi Andrassy, « L'utilisation des eaux des bassins fluviaux internationaux », *loc. cit.* (*supra* n. 76), p. 26 et 37; et Bourne, *loc. cit.* (*supra* n. 114), p. 189.

[309] *Loc. cit.*, p. 38.

[310] « Les relations internationales de voisinage » *loc. cit.* (*supra* n. 215), p. 120; Andrassy se réfère notamment à l'affaire *Kansas* c. *Colorado* (1907) [voir *infra* n. 315].

tée » en raison de la règle selon laquelle aucun préjudice ne doit être causé aux autres Etats :

En examinant les règles du droit de voisinage en ce qui concerne les eaux, on trouve tout d'abord une règle bien établie interdisant tout changement des conditions naturelles ou du régime existant, si ce changement est préjudiciable au voisin. Un Etat ne peut pas, par des travaux sur son territoire, changer la direction du cours d'eau, le dériver complètement ou en partie ou changer le point de son entrée en territoire voisin. [...][311].

Cette assertion découle de la conclusion plus générale de cet auteur selon laquelle « il y a obligation générale de ne pas faire ou de ne pas laisser faire que soient provoqués des dommages au préjudice de l'Etat voisin[312] ».

vi) *Décisions des tribunaux nationaux*

164. Dans son troisième rapport, M. Schwebel a noté que la doctrine de l'utilisation équitable « est d'abord apparue dans les pratiques nationales, s'agissant en particulier des arbitrages entre Etats fédérés[313] ». Les tribunaux de ces Etats, pour régler les différends entre leurs subdivisions politiques quasi souveraines relatifs à l'utilisation des eaux formant leurs frontières ou les traversant, appliquent souvent ce qu'ils considèrent comme des principes du droit international. Ces décisions présentent donc ici de l'intérêt, dans la mesure où elles constituent des sources du droit international en vertu de l'alinéa *c* ou *d* du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la CIJ[314]. On évoquera brièvement plusieurs décisions significatives rendues par des tribunaux nationaux pour illustrer l'application de la doctrine de l'utilisation équitable par ces tribunaux.

165. En 1907, la Cour suprême des Etats-Unis a estimé, dans l'affaire *Kansas* c. *Colorado,* qu'il fallait prendre en considération les droits de ces deux Etats « sur la base de l'égalité des droits, de manière à assurer autant que possible au Colorado les avantages de l'irrigation sans priver pour autant le Kansas des avantages analogues d'une voie d'eau courante[315] ». Illustrant ainsi la souplesse de la doctrine, la même Cour a décidé en 1936 que, du moment que l'Etat de Washington n'avait pas besoin des eaux de la Walla Walla, le détournement, par l'Etat de l'Oregon, de la totalité du flux de cette rivière en période de pénurie d'eau n'était pas nécessairement incompatible avec le principe de l'égalité des droits[316].

166. Dans la célèbre affaire du *Donauversinkung* (1927)[317] qui avait opposé, en Allemagne, les Etats de Wurtemberg et de Prusse au riverain d'amont, l'Etat de Bade, au sujet des eaux du Danube, la Cour suprême d'Allemagne a énoncé les principes généraux de droit ci-après :

[...] Tout Etat, dans l'utilisation sur son territoire d'un cours d'eau qui possède en commun avec un autre Etat, est soumis à des restrictions qui découlent des principes généraux du droit international et qui s'opposent à ce qu'il porte atteinte aux droits d'un autre membre de la communauté internationale [...] Aucun Etat n'a le droit de porter une atteinte grave aux intérêts d'un autre Etat par l'utilisation qu'il donne aux eaux d'un cours d'eau naturel.

[...]

Dans l'application de cette règle au cas concret, il faut en considérer les circonstances spéciales. Les intérêts légitimes des Etats en cause doivent être équitablement pesés et comparés. Il ne faut pas seulement retenir l'étendue absolue du dommage subi par un Etat par suite des actes de l'autre Etat, mais aussi le rapport qu'il y a entre le bénéfice qu'en tire l'un et le dommage que subit l'autre [...][318].

167. En 1939, la Cour de cassation italienne a rendu une décision dans un différend entre une société française et une société italienne au sujet de l'utilisation de la rivière Roya[319]. Le plaignant avait intenté en France une action en dommages-intérêts pour le préjudice qu'il affirmait avoir subi du fait de la construction par le défendeur d'une centrale hydroélectrique sur la partie italienne de la rivière. Le plaignant a obtenu un jugement en sa faveur, mais les tribunaux italiens ont refusé de l'exécuter, en invoquant un traité entre la France et l'Italie régissant l'utilisation de la rivière. Les observations ci-après faites par la Cour de cassation italienne présentent un intérêt actuel :

Le droit international reconnaît à chaque Etat riverain le droit de jouir, en qualité de membre d'une sorte de communauté créée par la présence de la rivière, de tous les avantages que procure ladite rivière aux fins d'assurer le bien-être et le progrès économique et social de la nation.[...] Si un Etat, dans l'exercice de son droit de souveraineté, peut soumettre les cours d'eau d'intérêt commun au régime qu'il juge le meilleur, il ne peut se soustraire à ses obligations internationales découlant du principe qu'il faut éviter que par l'effet de ce régime soit entravée ou supprimée la faculté des autres Etats d'utiliser les cours d'eau pour leurs propres besoins nationaux [...][320].

168. Enfin, sans qu'il s'agisse à proprement parler d'une décision judiciaire, le rapport de la Commission de l'Indus (Commission Rau), établie pour connaître du différend entre les provinces indiennes du Sind et du

[311] « Les relations internationales de voisinage » (*loc. cit.*, p. 117). Andrassy déclare aussi que « puisque la nature ne fait pas de distinction d'après les dénominations que les hommes ont données aux cours d'eau, il faut regarder comme une unité tous les cours d'eau qui sont en connexité. » (*Ibid.*, p. 115 et 116.)

[312] *Ibid.*, p. 110. Andrassy poursuit ainsi : « Il y a donc en premier lieu le devoir de s'abstenir. [...] Il y a plus encore. Dans certains cas, les Etats sont obligés d'entreprendre eux-mêmes certains actes pour empêcher des effets nuisibles à l'encontre de l'Etat voisin. » (*Ibid.*)

[313] Doc. A/CN.4/348 (v. *supra* n. 14), par. 44.

[314] L'alinéa *c* du paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut fait état des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », et l'alinéa *d* mentionne notamment « les décisions judiciaires [...] des différentes nations ». Voir, à titre général, H. Lauterpacht, « Decisions of municipal courts as a source of international law », *The British Year Book of International Law, 1929,* Londres, vol. 10, p. 65.

[315] *Kansas* c. *Colorado* (1907), *United States Reports,* 1921, vol. 206, p. 100.

[316] *Washington* c. *Oregon* (1936) [*ibid.*, 1936, vol. 297, p. 517]. Voir aussi *Kansas* c. *Colorado* (1902) [*ibid.*, 1910, vol. 185, p. 125]; *State of North Dakota* c. *State of Minnesota* (1923) [*ibid.*, 1924, vol. 263, p. 365]; *Connecticut* c. *Massachusetts* (1931) [*ibid.*, 1931, vol. 282, p. 660]; *New Jersey* c. *New York* (1931) (*ibid.*, 1931, vol. 283, p. 336); *Nebraska* c. *Wyoming,* (1945) [*ibid.*, 1946, vol. 325, p. 589]; et les autres affaires citées dans le troisième rapport de M. Schwebel, doc. A/CN.4/348 (v. *supra* n. 14), note 92.

[317] *Wurtemberg et Prusse* c. *Bade* (1927) [*Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen,* Berlin, 1927, vol. 116, appendice, p. 18; *Annual Digest of Public International Law Cases, 1927-1928,* Londres, 1931, vol. 4, p. 128, affaire n° 86].

[318] *Entscheidungen...*, p. 31 et 32; trad. française de Sauser-Hall, *loc. cit.* [*supra* n. 204], p. 501.

[319] *Société énergie électrique du littoral méditerranéen* c. *Compagnia imprese elettriche liguri* (1939) [*Il Foro italiano,* Rome, vol. 64, 1939, 1re partie, p. 1036; *Annual Digest... 1938-1940,* Londres, 1942, vol. 9, p. 120, affaire n° 47].

[320] *Il Foro...*, p. 1046; *Annual Digest...*, p. 121. Voir également l'affaire *Zürich* c. *Aargau,* arrêt du 12 janvier 1878 du Tribunal fédéral suisse, dans lequel celui-ci affirme l'égalité des droits des cantons de Zurich et d'Argovie en ce qui concerne l'utilisation des eaux en cause (*Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse, 1878,* vol. 4, p. 34, et notamment p. 37 et 47); et l'étude de la CEE (v. *supra* n. 77) [E/ECE/136-E/ECE/EP/98/Rev.1 et Corr.1], par. 61.

Pendjab au sujet des dérivations de l'Indus envisagées par le Penjab, est instructif. La Commission a obtenu l'accord des parties sur un certain nombre de principes afin de parvenir à un règlement du différend par accord mutuel. Parmi ces principes, qui ont été dégagés d'une étude extrêmement détaillée des textes faisant autorité en la matière, il faut citer le suivant :

3) En l'absence d'accord [...], il faut déterminer les droits des différentes provinces et Etats en appliquant la règle du « partage équitable », chacun recevant une part équitable des eaux du fleuve commun (arrêts des tribunaux américains)[321].

vii) *Résumé et conclusions*

169. L'étude de tous les éléments dont nous disposons comme preuves de l'existence d'une pratique générale des Etats, acceptée comme étant le droit, en ce qui concerne les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation — dispositions conventionnelles, positions adoptées par les Etats dans certains différends, décisions des cours et des tribunaux internationaux, règles de droit énoncées par des organismes intergouvernementaux et non gouvernementaux, opinions des experts et décisions de tribunaux nationaux dans des affaires similaires —, montre clairement que la doctrine de l'utilisation équitable est unanimement admise en tant que principe général et directeur du droit pour déterminer les droits des Etats en ce qui concerne les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. Le caractère général et souple de cette doctrine lui permet de s'adapter et de s'appliquer à des situations extrêmement diverses. Il semble, en fait, que son applicabilité ne soit limitée que par d'éventuels obstacles politiques à l'acceptation d'un partage équitable, plutôt que par des considérations proprement juridiques[322].

170. Mais la souplesse même de la doctrine, qui est sa vertu essentielle, risque d'être une source d'inquiétude pour certains, qui lui reprocheront peut-être de ne pas assurer de protection suffisante ou de ne pas se prêter à la formulation de règles précises. Il est clair toutefois, d'après l'analyse ci-dessus, qu'il existe dans ce domaine un « noyau » de normes universellement acceptées ainsi que des critères bien définis auxquels des Etats peuvent se référer pour déterminer si une certaine répartition des utilisations et des avantages est équitable ou raisonnable. Comme l'a noté Lipper :

Il est évident que chaque fleuve pose des problèmes qui, normalement, lui sont propres, et que les règles générales ne valent que dans la mesure où elles sont applicables dans une situation donnée. [...] Par contre, les règles fondamentales concernant la répartition de l'eau n'ont pas besoin d'être considérées en fonction de cas d'espèce [...][323].

Le Rapporteur spécial examinera dans les paragraphes suivants : *a*) les bases juridiques de la doctrine, et *b*) son caractère « juridique ». Il conclura ensuite la présente partie du rapport en indiquant à titre provisoire ses vues sur la manière dont la Commission devait régler, pour le moment du moins, la question de la détermination de l'usage équitable.

171. La pierre angulaire de la doctrine de l'utilisation équitable est le principe fondamental exprimé par la maxime *sic utere tuo ut alienum non laedas*. Comme on l'a déjà vu, cette maxime est généralement acceptée comme un principe du droit régissant les relations entre Etats[324]. Dans le contexte de l'utilisation d'un cours d'eau qui sépare ou traverse deux ou plusieurs Etats, cela signifie qu'un des ces Etats ne peut pas utiliser le cours d'eau ou permettre que le cours d'eau soit utilisé d'une manière qui porte préjudice à l'autre ou aux autres Etats. Les Etats ont donc des droits « égaux » ou, plus exactement, des droits « corrélatifs » en ce qui concerne l'utilisation du cours d'eau[325], notion qui trouve son expression dans la doctrine de la souveraineté territoriale limitée : un Etat a le droit souverain

[321] *Report of the Indus Commission and Printed Proceedings* (Simla, 1941, réimpr. Lahore, 1950), p. 10 et 11. La série complète des principes est citée dans Whiteman, *op. cit.* (*supra* n. 78 *a*), p. 943 et 944.

[322] Dans l'hypothèse, bien entendu, qu'il n'y ait pas d'accord applicable.

On peut se demander si la pratique qui consiste, dans quelques cas, à accorder une certaine préférence aux utilisations existantes, est une exception à la doctrine de l'utilisation équitable. Par exemple, la Cour suprême des Etats-Unis a considéré la doctrine des « droits acquis » (*prior appropriation*) comme une sorte de coutume régionale dans des affaires mettant en cause des Etats fédérés situés dans les régions arides de l'Ouest, où cette doctrine est appliquée comme faisant partie du droit interne des Etats en question (voir p. ex. *Wyoming* c. *Colorado* (1922) [*supra* note 204] et *Nebraska* c. *Wyoming* (1945) [*supra* note 316]. Attendu que dans la première affaire, les Etats en cause appliquaient la doctrine des droits acquis sur le plan interne, la Cour « a jugé juste d'appliquer le même principe dans une controverse entre les deux Etats » (Lipper, *loc. cit.* [*supra* n. 76] p. 54). Cf. le quatrième principe formulé par la Commission Rau dans le contexte du différend entre les provinces indiennes du Sind et du Pendjab :

« Dans l'intérêt général de l'ensemble de la communauté habitant des territoires secs et arides, il faut souvent accorder la priorité à un projet d'irrigation antérieur sur un projet plus récent; [...] » (*Report of the Indus Commission..., op. cit.* [*supra* n. 321], p. 10 et 11.)

Il est admis que, quand le cours d'eau est déjà utilisé par un Etat, cette utilisation préexistante est considérée à juste titre, dans le contexte international, comme un facteur à prendre en considération pour établir un juste équilibre entre les besoins et les intérêts des Etats en cause, en vue de parvenir à une répartition équitable des utilisations des cours d'eau internationaux et des avantages qu'ils procurent. D'une manière générale, voir Lipper, *loc. cit.*, p. 49 à 62.

[323] *Loc. cit.*, p. 42.

[324] Parmi les nombreux précédents examinés plus haut à l'appui de cette proposition, voir p. ex. : l'affaire du *Détroit de Corfou* (*supra* par. 109 et 110); l'arbitrage de l'affaire du *Lac Lanoux* (*supra* par. 121); l'arbitrage de l'affaire de la *Fonderie de Trail* (*supra* par. 127); le principe 21 de la Déclaration de Stockholm (*supra* par. 138); les Règles d'Helsinki, par. *a* du commentaire de l'article X (*op. cit.* [*supra* n. 79], p. 497 à 499); Lester, « Pollution », *loc. cit.* [*supra* n. 178], p. 101; Oppenheim-Lauterpacht, *op. cit.* (*supra* n. 294 *in fine*), p. 345 à 347; le mémorandum du Secrétaire général de 1949 (v. *supra* n. 188), p. 38. Voir aussi la Charte des droits et devoirs économiques des Etats, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 3281 (XXIX) du 12 décembre 1974, qui dispose :

« *Article 3*

« Dans l'exploitation des ressources naturelles communes à deux ou à plusieurs pays, chaque Etat doit coopérer sur la base d'un système d'information et de consultations préalables afin d'assurer l'exploitation optimale de ces ressources sans porter préjudice aux intérêts légitimes des autres Etats. »

En faveur de l'inclusion du principe *sic utere tuo* dans le corps des règles du droit international, voir l'abondante documentation citée par M. Schwebel dans son troisième rapport, doc. A/CN.4/348 (v. *supra* n. 14), par. 113 à 129.

[325] Comme le dit Lipper, « La pierre angulaire de l'utilisation équitable est l'égalité des droits », et il explique que cete notion « signifie en premier lieu que tous les Etats riverains d'une voie d'eau internationale sont égaux entre eux en ce qui concerne leur droit à l'utilisation de l'eau. » (*Loc. cit.* [*supra* n. 76], p. 44 et 45, ainsi que les précédents cités et commentés.)

d'utiliser comme il le veut les eaux situées sur son territoire, mais ce droit est limité par le devoir de ne pas causer de préjudice à d'autres Etats.

172. Pour comprendre cette notion, et la doctrine de l'utilisation équitable en général, il est indispensable d'évaluer le sens du terme « préjudice » dans ce contexte : ce terme est employé ici dans son sens juridique, et non pas factuel. Ainsi, le partage entre deux Etats des utilisations des eaux d'un cours d'eau international et des avantages qu'elles procurent peut causer à l'un des Etats ou, le plus souvent, aux deux Etats un certain préjudice — au sens factuel du terme, dans la mesure où certains besoins ne sont pas satisfaits[326] — tout en restant « équitable ». Cela découle inévitablement de la nature même du type de situation où se pose la question des droits des Etats à l'égard des cours d'eau internationaux, c'est-à-dire des circonstances dans lesquelles il n'y a pas suffisamment d'eau pour satisfaire les besoins des Etats en cause et où il existe, de ce fait, un conflit entre ces besoins. Comme M. Schwebel l'explique dans son troisième rapport :

> [...] Chaque Etat d'un système possède naturellement [le droit d'utiliser les eaux d'un système de cours d'eau international sur son territoire], mais si la quantité ou la qualité des eaux ne permettent pas à tous les Etats du système de les utiliser raisonnablement et de façon bénéfique à tous égards, il s'ensuit un « conflit d'utilisation ». La pratique internationale reconnaît alors la nécessité de procéder à certains ajustements ou accommodements pour préserver l'égalité des droits de tous les Etats du système. Ces ajustements ou accommodements doivent se fonder sur l'équité, s'il n'existe pas d'accord précis concernant la « part » qui revient à chaque Etat du système dans les utilisations des eaux.[...][327].

173. Ainsi, en vertu du principe de l'égalité des droits, aucun Etat dont le territoire est bordé ou traversé par un fleuve international ne possède en soi la primauté sur l'utilisation des eaux de ce fleuve. Lorsqu'il y a conflit entre les besoins en eau des Etats qui utilisent ces eaux, ce conflit doit être réglé sur la base de l'équité, en tenant compte de tous les facteurs pertinents[328]. A supposer que deux Etats soient en cause, la conciliation de leurs besoins aura, par définition, pour résultat de ne pas satisfaire tous les besoins d'un des Etats ou, généralement, des deux. L'insatisfaction des besoins qui en résultera risque d'entraîner un préjudice, au sens factuel du terme, pour l'un des Etats ou pour les deux à la fois; mais, en établissant un équilibre raisonnable entre les intérêts ou les besoins des Etats en cause, conformément à la doctrine du partage équitable, on réduit au minimum les dommages factuels causés à chacun d'eux et on aboutit ainsi à une situation dans laquelle aucun des deux Etats ne subit un préjudice reconnaissable comme tel du point de vue juridique, car le droit de l'un des Etats prend fin là où commence le droit de l'autre (ce qui revient à dire que les droits des Etats en cause sont corrélatifs et non absolus). On peut dire que chaque Etat a droit à une part équitable des utilisations des eaux et des avantages qu'elles procurent. Ainsi, la doctrine de l'utilisation équitable est compatible avec le principe *sic utere tuo.*

174. La ligne de démarcation entre les droits des Etats en cause doit être établie de manière à obtenir une répartition raisonnable ou équitable des utilisations des eaux et des avantages qu'elles procurent. Comme on l'a vu, le recours à la notion d'équité pour régler le conflit entre les besoins en eau des Etats n'est pas nouveau, et on constate, en fait, que cette notion est de plus en plus utilisée pour régler des différends entre Etats dans d'autres domaines[329]. Son utilisation pour délimiter les droits des

---

[326] On se bornera, dans la présente étude, à la définition du terme « besoins » donnée par Lipper : « Le terme « besoins » englobe les besoins économiques et sociaux des Etats riverains qui, dans une plus ou moins grande mesure, rendent ces Etats dépendants des eaux du fleuve. » (*Loc. cit.*, p. 44, ainsi que les précédents cités.)

[327] Doc. A/CN.4/348 (v. *supra* n. 14), par. 41, se référant à la résolution adoptée par l'Institut de droit international à sa session de Salzbourg en 1961 (v. *supra* par. 153). Dans le même sens, voir p. ex. le troisième principe formulé par la Commission Rau (*supra* par. 168).

[328] Lipper a décrit comme suit le processus à suivre pour régler un conflit entre les besoins de deux ou plusieurs Etats sur la base du principe de l'utilisation équitable, ainsi que les objectifs de ce règlement :

> « Pour appliquer le principe de l'utilisation équitable, il faut :
>
> « 1) Evaluer les besoins économiques et sociaux des Etats riverains en tenant compte objectivement de différents facteurs et d'éléments opposés [...] relatifs à l'utilisation des eaux par ces Etats;
>
> « 2) Répartir les eaux entre ces Etats de manière à satisfaire leurs besoins dans toute la mesure possible;
>
> « 3) Faire en sorte que cette répartition procure à chaque Etat le maximum d'avantages et lui cause le minimum d'inconvénients. » (*Loc. cit.* [*supra* n. 76], p. 45.)

[329] La délimitation des frontières maritimes, qui fait partie de ces autres domaines, est à certains égards analogue à la répartition des utilisations et des avantages d'un cours d'eau international : elle consiste, à la différence de la répartition des eaux, à fixer une frontière, mais, dans l'un comme dans l'autre cas, il s'agit essentiellement de répartir des ressources entre deux ou plusieurs Etats. Le recours à l'équité dans le domaine de la délimitation des frontières maritimes a son origine dans la proclamation Truman du 28 septembre 1945 concernant le plateau continental (*United States Statutes at Large 1945*, vol. 59, part. 2, p. 884, proclamation n° 2667). Comme l'a noté Mark B. Feldman (« The Tunisia-Libya continental shelf case : Geographic justice or judicial compromise ? » *American Journal of International Law,* Washington [D.C.], vol. 77, 1983, p. 228):

> « [...] le critère des principes équitables [énoncé dans la proclamation Truman] a été adopté par la CIJ dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* et par le Tribunal d'arbitrage dans l'affaire de la *Délimitation du plateau continental* entre la Grande-Bretagne et la France. La notion a été poussée encore plus loin dans la référence aux « circonstances spéciales » que l'on trouve à l'article 6 de la Convention de Genève sur le plateau continental. »

L'auteur s'est référé aux affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas), arrêt du 20 février 1969, *C.I.J. Recueil 1969,* p. 32 et 33, par. 47, p. 47, par. 86, et p. 53, par. 101, al. C; à la décision du Tribunal arbitral du 30 juin 1977 dans l'affaire de la *Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République française,* par. 97 et 195 (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. XVIII [numéro de vente : E/F/80.V.7], p. 188 et 228 et 229); et à la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental (Nations Unies, *Recueil des Traités,* vol. 499, p. 311).

Dans son arrêt du 24 février 1982 relatif à l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne), C.I.J. Recueil 1982,* p. 18, la CIJ déclare que :

> « la délimitation doit s'opérer conformément à des principes équitables en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes » (p. 92, par. 133, al. A.1.).

La Cour précise bien que le résultat de la délimitation devrait être équitable

> « [...] L'application de principes équitables doit aboutir à un résultat équitable. [...] C'est [...] le résultat qui importe : les principes sont subordonnés à l'objectif à atteindre [...] » (p. 59, par. 70).

Voir aussi l'arrêt rendu le 12 octobre 1984 par une Chambre de la Cour dans l'affaire de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine* (Canada/Etats-Unis d'Amérique), *C.I.J. Recueil 1984,* p. 246, où il est dit que

> « La règle fondamentale du droit international général régissant la matière des délimitations maritimes [...] exige que la ligne de délimitation soit établie en appliquant à cette opération des critères

(Suite de la note page suivante.)

Etats en ce qui concerne un cours d'eau international ne doit donc pas être considérée comme nouvelle ou non juridique[330].

175. Enfin, il convient de dire quelques mots sur l'application du principe de l'utilisation équitable — c'est-à-dire sur la manière de déterminer la répartition équitable des utilisations des eaux et des avantages qu'elles procurent. Cette question ayant été traitée en détail dans les rapports des précédents rapporteurs spéciaux[331], on ne répétera pas ici ce qui a déjà été dit à son sujet. En gros, pour arriver à une répartition équitable, il faut établir un équilibre entre les besoins des Etats concernés de manière qu'il en résulte pour chacun le maximum d'avantages et le minimum d'inconvénients. Selon les sources faisant autorité en la matière, il faut, pour établir un tel équilibre, tenir compte de tous les facteurs pertinents. Selon la sentence arbitrale rendue dans l'affaire du *Lac Lanoux :*

> [...] Il faut tenir compte, quelle qu'en soit la nature, de tous les intérêts qui risquent d'être affectés par les travaux entrepris, même s'ils ne correspondent pas à un droit [...].
>
> [...] Le tribunal est d'avis que l'Etat [...] a, d'après les règles de la bonne foi, l'obligation de prendre en considération les différents intérêts en présence, de chercher à leur donner toutes les satisfactions compatibles avec la poursuite de ses propres intérêts et de montrer qu'il y a, à ce sujet, un souci réel de concilier les intérêts de l'autre riverain avec les siens propres[332].

176. Divers organismes ont établi des listes indicatives des intérêts, ainsi que des autres facteurs à prendre en considération pour opérer un partage équitable. Parmi ces organismes, il faut citer surtout le Comité juridique consultatif africano-asiatique et l'Association de droit international[333]. Des listes analogues figurent dans l'article 8 proposé par le précédent Rapporteur spécial et renvoyé au Comité de rédaction en 1984 (v. *supra* par. 28) et dans l'article 7 proposé par M. Schwebel dans son troisième rapport[334]. Toutes ces listes ont toutefois été établies étant entendu que

> [...] il est impossible d'arriver à un ensemble déterminé et automatiquement applicable de facteurs, non plus qu'à une formule de priorités ou de pondérations qui réponde à toutes les situations[335].

177. Ainsi, l'application du principe de l'utilisation équitable dépend, en fin de compte, de la bonne foi et de la coopération des Etats concernés. Dans l'idéal, cette coopération de bonne foi devrait s'opérer au moyen de dispositifs institutionnels établis par les Etats concernés en vue notamment de déterminer les modalités d'un partage équitable. Cette détermination doit donc se faire à l'avance, dans le cadre de la gestion globale de l'ensemble du système de cours d'eau, sans attendre l'apparition d'une situation qui donne naissance à un différend. La gestion d'un cours d'eau international au moyen d'un dispositif institutionnel présente un certain nombre d'avantages, y compris la possibilité de faire participer des experts scientifiques et techniques au stade de la planification et de répartir les utilisations entre les parties avant que celles-ci ne deviennent trop exigeantes, ne changent de position et n'engagent des fonds publics.

> [...] Dans le passé, les dispositifs à cet effet faisaient défaut dans la plupart des systèmes des cours d'eau internationaux, et le climat de méfiance, d'« antagonisme », pourrait-on dire, dans lequel se situait le désaccord en matière d'utilisation conduisait beaucoup trop souvent à des différends acerbes et durables[336].

178. Etant donné la demande sans cesse grandissante, liée au développement des Etats, qui s'exerce sur les ressources en eau douce dans le monde entier, les risques de différends portant sur ces ressources, elles-mêmes de plus en plus rares, ne feront qu'augmenter. Le Rapporteur spécial estime qu'il serait extrêmement regrettable que la Commission ne saisisse pas l'occasion que lui offrent ses travaux sur les cours d'eau internationaux pour recommander aux Etats d'établir des dispositifs institutionnels, en vue notamment d'éviter des différends sur le partage des cours d'eau internationaux. Néanmoins, la Commission, dans l'immédiat, a pour tâche essentielle le développement progressif et la codification des règles du droit régissant les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. Le Rapporteur spécial pense à cet égard — sous réserve, bien entendu, des vœux de la Commission — qu'en énonçant le principe de l'utilisation équitable la Commission devrait indiquer les types de facteurs à prendre en considération pour arriver à un partage équitable (peut-être dans le commentaire d'un article sur cette matière), mais qu'elle pourrait remettre à plus tard l'examen de la question de savoir s'il y a lieu d'inclure dans le projet un article contenant une liste de ces facteurs. En procédant ainsi, la Commission pourrait dès à présent concentrer son attention sur la formulation des règles fondamentales de droit international général sur

(Suite de la note 329.)

équitables, et ceci en vue de parvenir à un résultat équitable. [...] » (p. 339, par. 230).

Plus généralement, voir J. Schneider, « The Gulf of Maine case: The nature of an equitable result », *American Journal of International Law,* Washington (D.C.), vol. 79, 1985, p. 539.

La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 (*Documents officiels de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer,* vol. XVII [publication des Nations Unies, numéro de vente : F.84.V.3], p. 157, doc. A/CONF.62/122) exige aussi, à l'article 74, relatif à la délimitation de la zone économique exclusive, et à l'article 83, relatif à la délimitation du plateau continental, une délimitation équitable des frontières maritimes. Les passages pertinents du paragraphe 1 de ces articles sont identiques et contiennent la disposition suivante :

> « 1. La délimitation [...] est effectuée par voie d'accord conformément au droit international tel qu'il est visé à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, afin d'aboutir à une solution équitable. »

Enfin, la Convention de Vienne de 1983 sur la succession d'Etats en matière de biens, archives et dettes d'Etat (A/CONF.117/14) a également recours aux principes équitables, p. ex au paragraphe 2 des articles 28 et 31.

[330] Outre les exemples cités dans la note précédente au sujet de l'application des principes équitables en tant que doctrine juridique, il y a peut-être lieu de rappeler l'analyse faite par le juge Hudson, dans son opinion individuelle relative à l'affaire des *Prises d'eau à la Meuse,* montrant que la faculté que la CPJI a de statuer *ex acquo et bono* découle des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » (*C.P.J.I. série A/B/ n° 70,* p. 76).

[331] Voir en particulier l'examen consacré par M. Schwebel dans son troisième rapport à l'arbitrage de l'affaire du *Lac Lanoux*, aux propositions présentées au Comité juridique consultatif africano-asiatique, aux résolutions de l'Association de droit international et aux implications des accords internationaux (doc. A/CN.4/348 [v. *supra* n. 14], par. 92 à 110).

[332] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales,* vol. XII, p. 315, par. 22 (deuxième et troisième alinéas) de la sentence.

[333] Les listes établies par ces deux organismes figurent dans le troisième rapport de M. Schwebel, doc. A/CN.4/348 (v. *supra* n. 14), par. 94 à 96.

[334] *Ibid.,* par. 106.

[335] *Ibid.,* par. 101.

[336] *Ibid.,* par. 102.

le sujet, tout en donnant les directives nécessaires sur la manière de déterminer les modalités d'un partage équitable.

c) *Le devoir de ne pas causer de « dommage appréciable »*

179. L'article 9, présenté par le précédent Rapporteur spécial dans son deuxième rapport et renvoyé au Comité de rédaction en 1984 (v. *supra* par. 29), dispose :

Un Etat du cours d'eau s'abstiendra de toutes utilisations ou activités, en ce qui concerne un cours d'eau international, qui pourraient causer un dommage appréciable aux droits ou aux intérêts d'autres Etats du cours d'eau, et empêchera (dans les limites de sa juridiction) de telles utilisations ou activités, à moins qu'un accord de cours d'eau ou un autre accord ou arrangement n'en dispose autrement.

On peut voir dans ce texte l'expression, appliquée aux cours d'eau internationaux, du principe *sic utere tuo ut alienum non laedas*[337], qui est lui-même à l'origine de la doctrine de l'utilisation équitable, examinée plus haut. L'assentiment général qui est donné à ce principe et son acceptation en tant que norme du droit international ont déjà été signalés. De l'avis du Rapporteur spécial, la première tâche de la Commission au sujet de l'article 9 sera donc de déterminer la meilleure façon de formuler ce principe, tel qu'il s'applique aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation.

180. Comme on l'a déjà vu, le souci de répartir équitablement les utilisations et les avantages possibles d'un cours d'eau international peut fort bien faire obstacle à l'entière satisfaction des besoins de tous les Etats intéressés. Il se peut donc que l'utilisation équitable d'un cours d'eau par un Etat cause à un autre Etat un dommage « appréciable » ou « substantiel », sans que cette utilisation soit pour autant cause de « préjudice » au sens juridique du terme ou illégale de quelque autre façon. Aussi le Rapporteur spécial estime-t-il nécessaire de remanier le texte ci-dessus de l'article 9 afin qu'il concorde avec le ou les articles énonçant le principe de l'utilisation équitable.

181. Il y a plusieurs moyens de parvenir à cette fin. Mais, quel que soit le moyen choisi, le but est d'indiquer avec netteté que les actes interdits sont ceux par lesquels un Etat excède sa part équitable, ou prive un autre Etat de sa part équitable dans les utilisations et les avantages du cours d'eau. Autrement dit, il s'agit d'affirmer plutôt le devoir de ne pas causer de préjudice légal (par une utilisation non équitable) que le devoir de ne pas causer de dommage de fait. On ne veut pas dire par là qu'il n'existe pas de devoir général de s'abstenir de causer des dommages de fait à un autre Etat — mais que, dans le cas des cours d'eau, même un dommage substantiel peut ne pas porter atteinte aux droits de l'Etat qui en est victime, si ce dommage ne dépasse pas les limites autorisées par une répartition équitable.

182. Un des moyens de parvenir au but indiqué ci-dessus serait de remplacer simplement, dans le texte précité de l'article 9, les mots « un dommage appréciable aux droits ou aux intérêts » par les mots « un préjudice ». L'article se lirait alors comme suit :

« Un Etat du cours d'eau s'abstiendra de toutes utilisations ou activités, en ce qui concerne un cours d'eau international, qui pourraient causer un préjudice aux autres Etats du cours d'eau, et empêchera (dans les limites de sa juridiction) de telles utilisations ou activités, à moins qu'un accord de cours d'eau ou un autre accord ou arrangement n'en dispose autrement. »

Cette solution a l'avantage de ne pas obliger à récrire entièrement l'article; elle a toutefois l'inconvénient de ne pas établir, en termes exprès, le lien entre cet article et le principe de l'utilisation équitable. Cela peut sans doute se faire dans le commentaire. Mais, de l'avis du Rapporteur spécial, il est préférable que la chose soit dite clairement dans l'article lui-même, car les articles doivent autant que possible se suffire à eux-mêmes, afin de constituer dans leur ensemble un tout parfaitement cohérent.

183. Le deuxième moyen d'assurer le lien entre l'article 9 et le principe de l'utilisation équitable serait de remplacer, dans le texte, la notion de dommages appréciables par la notion de l'Etat excédant sa part équitable, ou privant un autre Etat de sa part. Le texte pourrait en être le suivant :

« Un Etat du cours d'eau s'abstiendra de toutes utilisations ou activités, en ce qui concerne un cours d'eau international, qui pourraient le conduire à excéder sa part équitable ou à priver un autre Etat du cours d'eau de sa part équitable dans les utilisations et les avantages du cours d'eau, et empêchera (dans les limites de sa juridiction) de telles utilisations ou activités, à moins qu'un accord de cours d'eau ou un autre accord ou arrangement n'en dispose autrement. »

Selon le Rapporteur spécial, cette formule serait préférable à la première, car elle met en lumière le type de comportement qui, dans le droit des cours d'eau internationaux, donne lieu à un préjudice reconnu en droit. En outre, on y trouve affirmée l'idée que l'Etat peut prétendre à sa part équitable, mais à rien de plus.

184. Enfin, le troisième moyen de formuler l'article 9 serait d'y mentionner expressément l'obligation de s'astenir de causer des dommages, mais en précisant que, même lorsqu'une certaine utilisation du cours d'eau par l'Etat cause un dommage, cette obligation n'est pas violée si l'utilisation en question est équitable par rapport à l'autre Etat, ou aux autres Etats. L'article pourrait être alors formulé comme suit :

« Dans son utilisation d'un cours d'eau international, un Etat du cours d'eau ne causera pas de dommage appréciable à un autre Etat du cours d'eau, excepté dans les limites admissibles d'une utilisation équitable dudit cours d'eau international par le premier Etat. »

Cette formule a pour avantage d'énoncer expressément l'obligation de ne pas causer de dommage, tout en indiquant clairement que cette obligation doit s'entendre sous réserve de ce qui revient à un Etat en vertu de son droit à une utilisation équitable du cours d'eau international[338]. Cette troisième variante concilie donc explicitement le droit à une utilisation équitable avec le devoir de ne pas causer de dommage : le droit de l'Etat

[337] *Ibid.*, par. 113.

[338] Voir le paragraphe 1 de l'article 8 présenté par M. Schwebel dans son troisième rapport, *ibid.*, par. 156.

d'utiliser le cours d'eau est limité par l'obligation de ne pas causer de dommage aux autres Etats, mais cette obligation n'est pas absolue, certains dommages peuvent être tolérés (et, par conséquent, ne pas être illégaux), s'ils sont causés par des actes qui n'outrepassent pas les limites d'une utilisation « équitable » du cours d'eau par rapport à l'autre Etat intéressé, ou aux autres Etats intéressés. Cette formulation étant plus précise que les deux premières, le Rapporteur spécial estime qu'un article rédigé sur cette base serait le meilleur moyen de parvenir au but recherché : énoncer une règle de « non-dommage », tout en la rendant compatible avec le principe de l'utilisation équitable.

185. Comme on l'a vu plus haut au sujet du principe de l'utilisation équitable, il n'y a pas de formule toute faite permettant de déterminer si telle ou telle utilisation du cours d'eau par un Etat est « équitable » par rapport à un autre Etat, et donc si cette utilisation, au cas où elle causerait un dommage à l'autre Etat, est ou non illégale. Cela serait évidemment plus aisé à déterminer si l'utilisation du cours d'eau était régie par un accord ou un arrangement conclu entre les Etats intéressés, qui appliqueraient au cours d'eau en question le principe de l'utilisation équitable, ou si l'utilisation du cours d'eau était soumise à un régime d'utilisation équitable fermement établi en droit, ou encore s'il existait une institution habilitée à trancher dans ce cas.

186. Or, en l'absence de tels moyens, une situation de ce genre relèverait du système des règles de procédure (avec les conséquences prévues en cas de non-observation desdites règles) qui était exposé au chapitre III du projet présenté par le précédent Rapporteur spécial. (Certaines de ces règles sont énoncées dans les articles qui sont soumis à l'examen de la Commission, au chapitre III du présent rapport.) Selon ce système, les règles de notification et de consultation applicables aux nouveaux projets, programmes ou utilisations pouvant causer un dommage substantiel à d'autres Etats permettraient en principe de prévenir les actes par lesquels un Etat excéderait sa part équitable. ou priverait un autre Etat de la sienne. Au cas où il n'y aurait pas eu notification, et où un Etat affirmerait qu'il risque de subir — ou qu'il a subi — un dommage appréciable en raison des activités nouvelles, cet Etat aurait le droit de recevoir de l'Etat entreprenant les activités nouvelles les informations requises sur ces activités, sur leurs conséquences, et sur les mesures correctives proposées[339]. L'Etat (potentiellement) affecté aurait droit également à être indemnisé pour tout dommage subi du fait d'avoir été privé de sa part équitable.

187. De par le caractère général et souple du principe de l'utilisation équitable, ce type de règles de procédure revêt une importance fondamentale si l'on veut éviter que l'utilisation des cours d'eau ne donne lieu à des différends graves et prolongés. Il n'est donc pas surprenant que les innombrables cas de conflits d'utilisation — réels ou éventuels — qui se sont produits dans le monde entier aient donné naissance, au cours des années, à une importante pratique étatique justifiant l'utilité de telles règles de procédure. Ce sont ces règles qui sont examinées plus en détail au chapitre III du présent rapport.

[339] Voir le paragraphe 2 de la section 2 de l'« ébauche de plan », présentée par Robert Q. Quentin-Baxter dans son troisième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, *Annuaire... 1982,* vol. II (1re partie), p. 75, doc. A/CN.4/360, par. 53.

ANNEXES[a]

Dispositions conventionnelles relatives à l'utilisation équitable

ABRÉVIATIONS ET SIGLES

BFSP	*British and Foreign State Papers*
Textes législatifs	Nations Unies, série législative, *Textes législatifs et dispositions de traités concernant l'utilisation des fleuves internationaux à des fins autres que la navigation* (numéro de vente : 63.V.4).
Document A/5409	« Problèmes juridiques posés par l'exploitation et l'utilisation des fleuves internationaux », rapport du Secrétaire général, reproduit dans *Annuaire ... 1974*, vol. II (2e partie), p. 37.
Document A/CN.4/274	« Problèmes juridiques posés par l'utilisation des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation », rapport supplémentaire du Secrétaire général, reproduit dans *Annuaire... 1974,* vol. II (2e partie), p. 291.

NOTE. — Les instruments sont classés dans l'ordre chronologique; par souci de concision, le titre de plusieurs d'entre eux est donné en abrégé.

[a] Ces annexes, placées pour plus de commodité à la fin du présent chapitre, se rapportent aux paragraphes 75 à 99 qui traitent, dans ce chapitre, de l'utilisation et de la répartition équitables.

ANNEXE I

Dispositions conventionnelles relatives aux cours d'eau contigus

On trouvera ci-après, à titre d'illustration, une liste de dispositions conventionnelles relatives aux cours d'eau contigus, qui consacrent l'égalité des droits des Etats riverains quant à l'utilisation des eaux en question[a].

AFRIQUE

Accord des 2 et 9 février 1888 entre la Grande-Bretagne et la France concernant la Côte somalie (Protectorats anglais et français) : utilisation commune des puits situés sur la frontière (*BFSP, 1890-1891,* vol. 83, p. 672; *Textes législatifs,* p. 118, n° 16; doc. A/5409, par. 132);

Convention du 27 juin 1900 entre la France et l'Espagne pour la délimitation des possessions françaises et espagnoles sur la côte du Sahara et sur la côte du golfe de Guinée : *art. V* (l'aménagement et la jouissance des eaux des rivières Mouni et Outemboni feront l'objet d'arrangements concertés entre les deux gouvernements) [*BFSP, 1899-1900,* vol. 92, p. 1014; *Textes législatifs,* p. 117, n° 15; doc. A/5409, par. 139];

Echange de notes du 19 octobre 1906 constituant un accord entre le Royaume-Uni et la France relatif à la frontière entre les possessions anglaises et françaises du golfe de Guinée au Niger : respect des droits acquis (*BFSP, 1905-1906,* vol. 99, p. 217; *Textes législatifs,* p. 122, n° 22; doc. A/5409, par. 125); voir les accords analogues conclus entre le Royaume-Uni et la France au sujet de la délimitation de la frontière : i) entre les possessions britanniques et françaises au nord et à l'est du Sierra Leone (22 janvier et 4 février 1895) [*BFSP, 1894-1895,* vol. 87, p. 17; *Textes législatifs,* p. 119, n°18; A/5409, par. 130]; ii) entre l'Afrique équatoriale française et le Soudan anglo-égyptien (21 janvier 1924)] *BFSP, 1924,* vol. 119, p. 354; *Textes législatifs,* p. 125, n° 25; A/5409, par. 127]; iii) entre les territoires du Togo sous mandats britannique et français (21 octobre 1929, et 30 janvier et 19 août 1930) [G. F. de Martens, éd., *Nouveau Recueil général de traités,* 3e série, t. XXV, p. 452; *Textes législatifs,* p. 127, n° 26; doc. A/5409, par. 126];

Arrangement du 22 novembre 1934 entre la Belgique et le Royaume-Uni concernant les droits relatifs à l'usage des eaux à la frontière entre le Tanganyika et le Ruanda-Urundi : *art. 4* (droit de prélever jusqu'à la moitié du volume d'eau); *art. 3* (interdiction de mener des activités minières ou industrielles qui pourraient polluer les eaux des fleuves contigus ou successifs ou de leurs affluents) [SDN, *Recueil des Traités,* vol. CXC, p. 103; *Textes législatifs,* p. 97, n° 4; doc. A/5409, par. 87 *a* et 88 *b*;

Echange de notes des 11 mai 1936 et 28 décembre 1937 constituant un accord entre le Royaume-Uni et le Portugal concernant la frontière entre le territoire du Tanganyika et le Mozambique : *note I, par. 5* (« les habitants des deux rives auront le droit, sur toute la largeur du fleuve, de puiser de l'eau, de se livrer à la pêche et de retirer des sables salifères pour en extraire le sel ») [SDN, *Recueil des Traités,* vol. CLXXXV, p. 205; *Textes législatifs,* p. 136, n° 30; doc. A/5409, par. 148];

Convention du 26 juillet 1963, entre la Guinée, le Mali, la Mauritanie et le Sénégal, relative à l'aménagement général du bassin du fleuve Sénégal* : *art. 8* (les programmes d'aménagement intéressant un Etat riverain doivent être approuvés par le Comité inter-Etats institué par l'article 1er); *art. 13* (le fleuve Sénégal est déclaré « fleuve international », y compris ses affluents) [*Revue juridique et politique,* Paris, 19e année, 1965, p. 299; doc. A/CN.4/274, par. 37 et 38];

Convention du 7 février 1964 entre la Guinée, le Mali, la Mauritanie et le Sénégal relative au statut du fleuve Sénégal*: *art. 3* (les Etats riverains s'engagent à soumettre, dès leur phase initiale, au Comité inter-Etats, institué par la Convention du 26 juillet 1963, les projets dont l'exécution est susceptible de modifier d'une manière sensible certaines caractéristiques du régime du fleuve); cf. *art. 2* (l'exploitation du fleuve Sénégal est ouverte à chaque Etat riverain sur la portion se trouvant sur son territoire et relevant de sa souveraineté) [*Revue juridique et politique,* ..., 1965, p. 302; doc. A/CN.4/274, par. 46 et 47];

Convention du 11 mars 1972, entre le Mali, la Mauritanie et le Sénégal, relative au statut du fleuve Sénégal* : *art. 1er* (sur le territoire des parties contractantes, le fleuve Sénégal est déclaré « fleuve international »); *art. 4* (tout projet susceptible de modifier les caractéristiques du régime du fleuve, etc., doit avoir été approuvé au préalable par les parties contractantes [Nations Unies, *Traités concernant l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation : Afrique,* Ressources naturelles/Série eau n° 13 (numéro de vente : E/F.84.II.A.7), p. 16];

Cf. Acte du 26 octobre 1963 relatif à la navigation et à la coopération économique entre les Etats du bassin du Niger (Cameroun, Côte d'Ivoire, Dahomey, Guinée, Haute-Volta, Mali, Niger, Nigéria et Tchad) : *art. 2* (« l'exploitation du fleuve Niger, de ses affluents et ses sous-affluents est ouverte à chaque Etat riverain dans la portion du bassin du fleuve Niger se trouvant sur son territoire et dans le respect de sa souveraineté ») [Nations Unies, *Recueil des Traités,* vol. 587, p. 9; doc. A/CN.4/274, par. 41].

AMÉRIQUE

Traité du 11 janvier 1909 entre la Grande-Bretagne et les Etats-Unis d'Amérique relatif aux eaux limitrophes : *art. IV* (les parties n'autoriseront pas la construction ou le maintien d'ouvrages, etc., ayant pour effet d'élever le niveau naturel des eaux de l'autre côté de la frontière, à moins que ces travaux n'aient été approuvés par la Commission instituée par le Traité); *art. VIII* (droits égaux et analogues quant à l'utilisation des eaux limitrophes) [*BFSP, 1908-1909,* vol. 102, p. 137; *Textes législatifs,* p. 260, n° 79; doc. A/5409, par. 161 et 165 *a*];

Traité de paix, d'amitié et d'arbitrage du 20 février 1929 entre la République dominicaine et Haïti: *art. 10* (utilisation des fleuves contigus et successifs d'une manière juste et équitable) [SDN, *Recueil des Traités,* vol. CV, p. 215; *Textes législatifs,* p. 225, n° 68; doc. A/5409, par. 275];

Convention du 20 décembre 1933 pour la fixation du statut juridique de la frontière entre le Brésil et l'Uruguay : art. XIX (« chacun des deux Etats aura le droit de disposer de la moitié de l'eau ») [SDN, *Recueil des Traités,* vol. CLXXXI, p. 69; Textes législatifs, p. 174, n° 49; doc. A/5409, par. 268];

Convention préliminaire du 17 juillet 1935 entre la Bolivie et le Pérou pour l'exploitation des pêcheries dans le lac Titicaca : art. 3 (conclusion d'une convention future prévoyant l'égalité des droits et des possibilités économiques pour les pêcheurs boliviens et péruviens) [*Textes législatifs,* p. 164, n° 42; doc. A/5409, par. 247];

Traité du 9 avril 1938 relatif à la délimitation de la frontière entre le Guatemala et El Salvador : *art. II* (« chaque gouvernement se réserve le droit de faire usage de la moitié du volume d'eau ») [SDN, *Recueil des Traités,* vol. CLXXXIX, p. 275; *Textes législatifs,* p. 227, n° 70; doc. A/5409, par. 279];

Traité du 3 février 1944 entre les Etats-Unis d'Amérique et le Mexique relatif à l'utilisation des eaux du Colorado, de la Tijuana et du Rio Grande (Rio Bravo) depuis Fort-Quitman (Texas) jusqu'au golfe du Mexique : *art. 4* (la répartition des eaux du Rio Grande et de certains de ses affluents ne tient pas compte du tracé de la frontière fluviale) [Nations Unies, *Recueil des Traités,* vol. 3, p. 313; *Textes législatifs,* p. 236, n° 77; doc. A/5409, par. 213 *a*];

Accord du 30 décembre 1946 entre l'Argentine et l'Uruguay concernant l'utilisation des rapides du fleuve Uruguay : *art. 1er* (les eaux du fleuve seront utilisées en commun sur la base de l'égalité [*Textes législatifs,* p. 160, n° 40; doc. A/5409, par. 258].

ASIE

Traité d'amitié du 26 février 1921 entre la Perse et la République socialiste fédérative des Soviets de Russie : *art. 3* (droits égaux d'utilisation des eaux) [SDN, *Recueil des Traités,* vol. IX, p. 383; *Textes législatifs,* p. 371, n° 102; doc. A/5409, par. 402];

Convention du 20 février 1926 entre l'URSS et la Perse relative à l'utilisation commune des eaux et fleuves limitrophes : répartition des eaux frontières [*Textes législatifs,* p. 371, n° 103; doc. A/5409, par. 325];

---

[a] Voir aussi la liste des instruments figurant dans J. Lipper, « Equitable utilization », *in* A. H. Garretson, R. D. Hayton, C. J. Olmstead, éd., *The Law of International Drainage Basins,* Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana Publications, 1967, p. 70 et 71, note 31.

* On ne dispose d'aucun renseignement concernant l'entrée en vigueur de cette convention.

Convention du 8 janvier 1927 entre l'URSS et la Turquie pour la jouissance des eaux limitrophes : *art. 1er* (les deux parties jouissent de la moitié du volume des eaux); *art. 11* (droits égaux d'utilisation des eaux); *art. 3 du Protocole* annexé à la Convention (droit pour le Gouvernement turc de puiser dans le réservoir formé par le barrage, jusqu'à concurrence de 50 % de l'eau y contenue) [*BFSP, 1927*, vol. 127, p. 926; *Textes législatifs*, p. 384, n° 106; doc. A/5409, par. 306, 317 et 324];

Protocole final d'abornement, du 3 mai 1930, de la Commission d'abornement de la frontière turco-syrienne : *clause II* (la mitoyenneté du Tigre nécessite l'établissement de régles concernant les droits des parties; la solution de toutes les questions relatives à la pêche et à l'exploitation industrielle et agricole des eaux doit être basée sur le principe de la complète égalité) [*Textes législatifs*, p. 290, n° 94; doc. A/5409, par. 416];

Traité du 18 janvier 1958 entre l'URSS et l'Afghanistan relatif au régime de la frontière soviéto-afghane : *art. 8, par. 1* (libre utilisation des eaux frontières) [Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 321, p. 77; *Textes législatifs*, p. 276, n° 86; doc. A/5409, par. 395].

EUROPE

Echange de notes des 29 août et 2 septembre 1912 constituant un accord entre l'Espagne et le Portugal relatif à l'exploitation des fleuves frontaliers à des fins industrielles : note 1, clause 1 (les deux Etats auront les mêmes droits sur les parties limitrophes des fleuves; en conséquence, chacun d'eux aura droit à la moitié du débit) [*Textes législatifs*, p. 908, n° 246; doc. A/5409, par. 584];

Convention du 10 avril 1922 entre le Danemark et l'Allemagne relative au règlement de la question des eaux et des digues à la frontière germano-danoise : *art. 35* (droit égal à l'utilisation de l'eau; attribution de la moitié du volume d'eau; consentement requis pour l'attribution de plus de la moitié du volume d'eau) [SDN, *Recueil des Traités*, vol. X, p. 200; *Textes législatifs*, p. 577, n° 166; doc. A/5409, par. 561 *b*];

Traité du 27 janvier 1926 entre l'Allemagne et la Pologne concernant le règlement des questions de frontière : *art. 28* (« les eaux de frontière peuvent être utilisées jusqu'à la frontière par les personnes qui possèdent un droit d'usage en vertu de la législation nationale »); *art. 31* (« il est interdit d'empêcher l'écoulement des eaux par l'établissement d'installations hydrauliques au bord des cours d'eau de frontière »); *art. 34* (les dispositions relatives aux cours d'eau de frontière « s'appliquent par analogie aux cours d'eau des régions frontières qui, sans constituer des cours d'eau de frontière, se jettent dans un de ces derniers ou coulent sur le territoire de l'une ou l'autre partie ») [SDN, *Recueil des Traités*, vol. LXIV, p. 113];

Convention du 10 mai 1927 entre la Finlande et la Suède concernant l'exploitation en commun de la pêche du saumon dans les fleuves de Tornea et Muonio : *art. III* (chacun des deux Etats disposera de la moitié de la pêche) [SDN, *Recueil des Traités*, vol. LXX, p. 201; *Textes législatifs*, p. 621, n° 171; doc. A/5409, par. 754];

Convention du 14 novembre 1928 entre la Hongrie et la Tchécoslovaquie concernant le règlement des questions découlant de la délimitation de la frontière entre les deux pays : *art. 25, par. 1* (« dans les cours d'eau frontières, chacune des deux parties est fondée à disposer de la moitié des eaux courantes, sous réserve des droits déjà acquis ») [SDN, *Recueil des Traités*, vol. CX, p. 425];

Convention du 19 novembre 1930 entre la France et la Suisse concernant la concession de la chute de Châtelôt sur le Doubs : *art. 5* (« chacun des deux Etats riverains aura droit à la moitié de l'énergie produite par l'usine ») [*BFSP, 1930*, vol. 133, p. 487; *Textes législatifs*, p. 713, n° 199; doc. A/5409, par. 674];

Accord du 16 avril 1954 entre la Tchécoslovaquie et la Hongrie sur la réglementation de questions techniques et économiques concernant les cours d'eau limitrophes : *art. 23, par. 1* (les parties disposent de la moitié du débit d'eau naturel) [Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 504, p. 231; *Textes législatifs*, p. 564, n° 163; doc. A/5409, par. 539 *a*];

Convention du 17 septembre 1955 entre l'Italie et la Suisse au sujet de la régularisation du lac de Lugano : *art. III, par. 1* (les deux parties reconnaissent que la régularisation du lac est une œuvre d'utilité publique) [Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 291, p. 213; *Textes législatifs*, p. 856, n° 234; doc. A/5409, par. 724];

Convention du 9 avril 1956 entre la Hongrie et l'Autriche réglementant les questions d'hydroéconomie dans la zone frontière : *art. 2, par. 5* (sous réserve des droits acquis, chacune des parties pourra utiliser la moitié du débit naturel des eaux frontalières) [Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 438, p. 123; doc. A/5409, par. 570];

Convention du 29 janvier 1958 entre la Roumanie, la Bulgarie, la Yougoslavie et l'URSS relative à la pêche sur le Danube : *préambule* (les parties reconnaissent la nécessité de coopérer en vue d'exploiter et d'augmenter rationnellement les réserves de poissons dans le Danube) [Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 339, p. 23; *Textes législatifs*, p. 427, n° 125; doc. A/5409, par. 439];

Convention du 10 juillet entre le Luxembourg et l'Etat rhénopalatin de la République fédérale d'Allemagne concernant l'aménagement d'installations hydroélectriques sur l'Our : *art. 1er* (les deux parties conviennent d'utiliser les eaux de l'Our pour l'exploitation des installations hydroélectriques et de veiller à l'utilisation la plus efficace possible des ressources énergétiques disponibles) [*Textes législatifs*, p. 726, n° 202; doc. A/5409, par. 773];

Traité du 15 février 1961 relatif au régime de la frontière d'Etat soviéto-polonaise ainsi qu'à la coopération à l'assistance mutuelle pour les questions de frontière : *art. 12, par. 2* (utilisation des eaux frontières eu égard au respect des droits et des intérêts respectifs des parties); *art. 18, par. 1* (partage égal des dépenses de curage des eaux frontières) [Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 420, p. 161; doc. A/CN.4/274, par. 179 et 185];

Accord du 30 novembre 1963 entre la Yougoslavie et la Roumanie sur l'aménagement et l'exploitation du système de production d'électricité et de navigation des Portes de Fer sur le Danube : *art. 6, par. 1* (les parties participeront à parts égales à la totalité des investissements nécessaires à l'aménagement du système); *art. 8* (utilisation en proportions égales du potentiel hydroélectrique fourni par le système) [Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 512, p. 43; doc. A/CN.4/274, par. 240 et 241];

Traité du 7 décembre 1967 entre l'Autriche et la Tchécoslovaquie sur le règlement des questions économiques relatives aux eaux frontalières : *art. 3, par. 1* (les parties s'engagent chacune à ne pas appliquer aux eaux frontalières, sans l'assentiment de l'autre partie, des mesures qui auraient des effets préjudiciables sur le régime des eaux dans le territoire de l'autre partie); *art. 3, par. 2* (les parties s'engagent à examiner au sein de la Commission austro-tchécoslovaque des eaux frontalières [instituée par le Traité] les mesures envisagées concernant les eaux frontalières avant d'engager une procédure concernant les droits d'eau); *art. 3, par. 3* (sans préjudice des droits acquis, chacune des parties disposera dans les eaux frontalières de la moitié du débit naturel); *art. 3, par. 5* (chaque partie veillera à ce que l'exploitation d'ouvrages et d'installations hydrauliques de tous types dans les eaux frontalières ne porte pas préjudice aux intérêts de l'autre partie en matière d'économie des eaux) [Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 728, p. 313];

Accord du 16 septembre 1971 entre la Finlande et la Suède relatif aux fleuves frontières : *chap. Ier, art. 5* (si un fleuve frontière a plusieurs bras, chaque partie a droit à une part égale du débit, même si celui-ci est plus grand dans l'un des Etats) [Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 825, p. 191; doc. A/CN.4/274, par. 310];

Cf. Traité du 8 avril 1960 entre les Pays-Bas et la République fédérale d'Allemagne portant réglementation de la coopération dans l'estuaire de l'Ems : *art. 1 et 48* (les parties contractantes s'engagent à coopérer dans l'estuaire de l'Ems, dans un esprit de bon voisinage, y compris en ce qui concerne le règlement des questions d'intérêt commun qui ne sont pas expressément prévues dans le Traité) [Nations Unies, *Recueil des Traités*. vol. 509, p. 65; doc. A/CN.4/274, par. 165].

ANNEXE II

Dispositions conventionnelles relatives aux cours d'eau successifs

On trouvera ci-après à titre d'illustration une liste de dispositions relatives aux cours d'eau successifs. Ces dispositions régissent le partage des eaux, limitent la liberté d'action de l'Etat d'amont, réglementent le partage des avantages procurés par les eaux ou répartissent ces

avantages d'une autre manière équitable ou reconnaissent les droits corrélatifs des Etats en cause.

AFRIQUE

Protocole du 15 avril 1891 entre l'Italie et le Royaume-Uni pour la démarcation des sphères d'influence respective dans l'Afrique orientale : *art. III* (l'Italie s'engage à ne construire sur l'Atbara aucun ouvrage destiné à l'irrigation qui pourrait sensiblement modifier l'écoulement de ce cours d'eau dans le Nil [BFSP, 1890-1891, vol. 83, p. 19; *Textes législatifs*, p. 127, n° 27; doc. A/5409, par. 128];

Traité du 15 mai 1902 entre l'Ethiopie et le Royaume-Uni concernant la frontière entre le Soudan anglo-égyptien, l'Ethiopie et l'Erythrée: *art. III* (l'Ethiopie s'engage à n'entreprendre la construction, sur le Nil bleu, le lac Tsana ou le Sobat, d'aucun ouvrage qui empêcherait l'écoulement de leurs eaux dans le Nil, si ce n'est avec l'accord des Gouvernements britannique et soudanais) [*BFSP, 1901-1902*, vol. 95, p. 467; *Textes législatifs*, p. 115, n° 13; doc. A/5409, par. 129];

Accord du 9 mai 1906 entre la Grande-Bretagne et l'Etat indépendant du Congo, modifiant l'Accord de 1894 relatif à la démarcation des sphères d'influence respectives dans l'Afrique occidentale et centrale : *art. III* (le Congo s'engage à n'entreprendre la construction d'aucun ouvrage, sur la rivière Semliki (ou Isango), ou dans son voisinage, qui pourrait diminuer le volume d'eau qui afflue dans le lac Albert, sauf accord avec le Gouvernement soudanais) [*BFSP, 1905-1906*, vol. 99, p. 173; *Textes législatifs*, p. 99, n° 5; doc. A/5409, par. 149];

Arrangement du 22 novembre 1934 entre la Belgique et le Royaume-Uni concernant les droits relatifs à l'usage des eaux à la frontière entre le Tanganyika et le Ruando-Urundi : *art. 1er* (les eaux prélevées seront restituées sans réduction substantielle en deçà de l'endroit où le cours d'eau coule dans l'autre territoire) [SDN, *Recueil des Traités*, vol. CXC, p. 103; *Textes législatifs*, p. 97, n° 4; doc. A/5409, par. 86;

Accord du 8 novembre 1959 entre la République arabe unie et le Soudan relatif à la pleine utilisation des eaux du Nil : *art. 1er* (confirmation des droits acquis de l'une et l'autre partie); *art. 2* (dispositions très détaillées concernant les « ouvrages de régularisation des eaux du Nil » et la « répartition entre les deux Républiques des avantages qui en découleront »); *art. 3* (« ouvrages permettant d'utiliser les eaux perdues dans le bassin du Nil ») — *par. 1* : le surplus dû à ces ouvrages sera réparti en parts égales entre les deux Républiques, qui supporteront aussi par moitié les dépenses y afférentes); *art. 5, par. 2* (si, à la suite d'une étude faite de concert par les deux parties au sujet des réclamations d'autres Etats riverains portant sur une part des eaux du Nil, « il est décidé d'allouer à l'un ou à l'autre de ces pays riverains une certaine quantité des eaux du Nil, la quantité convenue sera déduite, par moitié, de la part de chacune des deux Républiques, calculée à Assouan ») [Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 453, p. 51; *Textes législatifs*, p. 143, n° 34; doc. A/5409, par. 110, 111 et 113];

Cf. Convention du 26 juillet 1963 entre la Guinée, le Mali, la Mauritanie et le Sénégal relative à l'aménagement général du bassin du fleuve Sénégal : *art. 8 et 13**;

Acte du 26 octobre 1963 relatif à la navigation et la coopération économique entre les Etats du bassin du Niger (Cameroun, Côte d'Ivoire, Dahomey, Guinée, Haute-Volta, Mali, Niger, Nigéria et Tchad) : *art. 2**;

Convention du 7 février 1964 entre la Guinée, le Mali, la Mauritanie et le Sénégal relative au statut du fleuve Sénégal: *art. 2 et 3**;

Convention du 11 mars 1972 entre le Mali, la Mauritanie et le Sénégal relative au statut du fleuve Sénégal : *art. 1 et 4**;

Accord du 24 août 1977 portant création de l'Organisation pour l'aménagement et le développement du bassin de la rivière Kagera (Burundi, Rwanda et République-Unie de Tanzanie) par lequel les parties s'engagent à aménager et développer de manière intégrée les ressources hydrauliques du bassin de la rivière Kagera (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1089, p. 165).

AMÉRIQUE

Convention du 21 mai 1906 entre les Etats-Unis d'Amérique et le Mexique réglant la répartition équitable des eaux du Rio Grande[a] pour les besoins de l'irrigation : *préambule* (« désireux d'assurer la répartition équitable des eaux »); *art. I, II et III* (les Etats-Unis acceptent de fournir gratuitement, chaque année, une quantité déterminée d'eau au Mexique) [C. Parry, éd. *The Consolidated Treaty Series*, vol. 201 (1906), p. 225; *Textes législatifs*, p. 232, n° 75; doc. A/5409, par. 201 à 203];

Traité du 11 janvier 1909 entre la Grande-Bretagne et les Etats-Unis relatif aux eaux limitrophes : *art. IV* (les parties n'autoriseront pas la construction ou le maintien d'ouvrages, etc., soit dans des eaux prenant leur source dans les eaux frontières, soit dans des eaux situées en aval de la frontière, s'agissant des fleuves qui traversent la frontière, si lesdits ouvrages ont pour effet d'élever le niveau naturel des eaux de l'autre côté de la frontière, à moins que la Commission instituée par le Traité n'ait donné son accord); *art. VI* (les eaux du St. Mary et du Milk, ainsi que leurs affluents, « seront réparties entre les deux pays, mais cette répartition égale sera faite de telle sorte que l'un ou l'autre des deux pays puisse utiliser plus de la moitié des eaux de l'une des rivières et moins de la moitié de celles de l'autre afin que leur utilisation soit plus profitable à chacun d'eux » [BFSP, 1908-1909, vol. 102, p. 137; *Textes législatifs*, p. 260, n° 79; doc. A/5409, par. 167 *b*];

Traité de paix, d'amitié et d'arbitrage du 20 février 1929 entre la République dominicaine et Haïti : *art. 10**;

Traité du 3 février 1944 entre les Etats-Unis d'Amérique et le Mexique relatif à l'utilisation des eaux du Colorado, de la Tijuana et du Rio Grande (Rio Bravo) depuis Fort-Quitman (Texas) jusqu'au golfe du Mexique : *art. 10* (répartition des eaux du Colorado, y compris l'attribution au Mexique d'une « quantité annuelle garantie » et d'une quantité supplémentaire en cas d'excédent); *art. 16, par. 1* (élaboration par la Commission internationale des frontières et des eaux de recommandations portant sur la « répartition équitable entre les deux pays des eaux du bassin de la Tijuana » [Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 3, p. 313; *Textes législatifs*, p. 236, n° 77; doc. A/5409, par. 214 *a* et 215 *a*];

Traité du 17 janvier 1961 entre le Canada et les Etats-Unis d'Amérique relatif à la mise en valeur des ressources hydrauliques du bassin du Columbia : *art. V* (le Canada a droit à la moitié des avantages énergétiques d'aval); *art. XII* (l'inondation de terres canadiennes pour créer la retenue d'eau d'un barrage aux Etats-Unis est autorisée en échange d'avantages procurés au Canada par ce barrage) [Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 542, p. 245; *Textes législatifs*, p. 206, n° 65; doc. A/5409, par. 194 *b* et 195];

Traité du bassin du Rio de la Plata, du 23 avril 1969 (Brésil, Argentine, Bolivie, Paraguay et Uruguay) : *art. 1er* (les parties sont convenues d'unir leurs efforts en vue de promouvoir le développement harmonieux et l'intégration physique du bassin du Rio de la Plata, et de prendre des mesures visant l'utilisation rationnelle des ressources en eau, en particulier en régularisant les cours d'eau et en assurant leur exploitation multiple et équitable [Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 875, p. 3; doc. A/CN.4/274, par. 61];

Acte de Santiago du 26 juin 1971 sur les bassins hydrologiques (Argentine et Chili) : *préambule* (les parties conviennent de règles fondamentales qui serviront de base à une convention et qu'elles déclarent immédiatement applicables); *par. 1* (« les eaux des cours d'eau et des lacs seront toujours utilisées de façon équitable et raisonnable »); *par. 4* (« chaque partie reconnaîtra le droit de l'autre partie d'utiliser les eaux des lacs communs et des cours d'eau internationaux successifs à l'intérieur de son territoire conformément à ses besoins, à condition qu'il n'en résulte aucun préjudice notable pour l'autre partie ») [OEA, *Ríos y Lagos Internacionales (Utilización para fines agrícolas e industriales)*, 4e éd. rév. (OEA/Ser.1/VI, CIJ-75 Rev.2), p. 495 et 496; doc.A/CN.4/274, par. 327];

Cf. Déclaration commune du 23 septembre 1960 de la Conférence tripartite de Buenos Aires (Argentine, Brésil et Uruguay) chargée d'examiner la situation créée par l'Accord de 1946 entre l'Argentine et l'Uruguay concernant l'utilisation des rapides du fleuve Uru-

* Voir annexe I.

[a] Le Rio Grande est un fleuve successif dans la mesure où il prend sa source et coule aux Etats-Unis avant d'atteindre le point où il commence à former la frontière entre les Etats-Unis et le Mexique.

guay : l'Argentine et l'Uruguay reconnaissent au Brésil le droit, conformément aux accords internationaux en vigueur et aux règles du droit international, d'exécuter librement des ouvrages hydrauliques de toute nature sur la partie brésilienne du fleuve Uruguay et de ses affluents; de son côté, le Brésil, conformément aux règles et à la pratique internationales, consultera les autres Etats riverains avant d'exécuter tout ouvrage hydraulique de nature à modifier le régime actuel du fleuve Uruguay; les trois Etats annoncent leur intention de préparer un plan régional commun d'utilisation et de mise en valeur de tout le bassin du fleuve Uruguay et des régions adjacentes [doc. A/5409, par. 267 et note 228].

ASIE

Accord du 20 octobre 1921 entre la France et la Turquie en vue de réaliser la paix : *art. XII* (Les eaux du Koveik seront réparties de manière à donner équitablement satisfaction aux deux parties) [SDN, *Recueil des Traités* vol. LIV, p. 177; *Textes législatifs*, p. 288, n° 91, doc. A//§09, par. 409];

Traité du 22 novembre 1921 entre l'Afghanistan et le Royaume-Uni en vue de l'établissement de relations de bon voisinage [frontière indo-afghane] : *art. 2* (respect des droits acquis en matière d'irrigation) [SDN, *Recueil des Traités*, vol. LIV, p. 177; *Textes législatifs*, p. 288, n° 91, doc. A/5409, par. 409];

Accord du 4 décembre 1959 entre le Népal et l'Inde sur l'aménagement du fleuve Gandak en vue de l'irrigation et de la production d'énergie hydroélectrique : *clause 10* (réduction proportionnelle de l'approvisionnement en eau en cas d'insuffisance) [*Textes législatifs*, p. 295, n° 96; doc. A/5409, par. 350];

Cf. Accord du 5 novembre 1977 entre le Bangladesh et l'Inde relatif au partage des eaux du Gange : *préambule* (partage et utilisation optimale des ressources hydrauliques de leur région dans le cadre d'efforts conjoints) [*International Legal Materials*, vol. XVII, 1978, p. 103; à paraître dans Nations Unies, *Recueil des Traités*, n° 16210].

EUROPE

Traité du 12 mai 1863 entre la Belgique et les Pays-Bas pour régler le régime des prises d'eau à la Meuse (conclu en vue de régler d'une manière définitive le régime des prises d'eau à la Meuse pour l'alimentation des canaux de navigation et d'irrigation) : *art. 5* (répartition de la quantité d'eau à puiser); *art. 7* (interdiction de détourner le cours naturel des fleuves qui, ayant leur source en Belgique, se dirigent vers le territoire néerlandais) [G. G. de Martens, éd., *Nouveau Recueil général des traités*, 2e série, t. I, p. 117; *Textes législatifs*, p. 550, n° 157; doc. A/5409, par. 736, 738 et 739];

Traité de délimitation entre l'Espagne et la France, du 26 mai 1866 : *art. XX* (le canal conduisant les eaux de l'Aravo à Puycerda, et situé presque entièrement en France, est la propriété privée de la ville espagnole de Puycerda [*BFSP, 1865-1866*, vol. 56, p. 212; *Textes législatifs*, p. 671, n° 184, doc. A/5409, par. 959]. Voir aussi l'Acte final du 11 juillet 1868 de la délimitation de la frontière internationale des Pyrénées entre la France et l'Espagne : *sect. IV, art. Ier* (répartition des eaux du canal de Puycerda sur la base du principe de l'alternance : 12 heures par jour pour chaque groupe d'usagers) [*BFSP, 1868-1869*, vol. 59, p. 430; *Textes législatifs*, p. 674, n° 186; doc. A/5409, par. 982 *a*];

Convention du 28 octobre 1922 entre la Finlande et la République des Soviets de Russie concernant le maintien des chenaux principaux et la réglementation de la pêche dans les eaux limitrophes de la Finlande et de la Russie : *art. 3* (interdiction de dériver l'eau des cours d'eau ou d'y établir des constructions de nature à porter atteinte au débit de l'eau, à nuire aux poissons ou à causer des dommages aux terres ou autres propriétés situées sur le territoire de l'autre Etat) [SDN, *Recueil des Traités*, vol. XXIX, p. 183; *Textes législatifs*, p. 642, n° 173; doc. A/5409, par. 520];

Dispositions du 6 novembre 1922 relatives à la frontière commune à la Belgique et à l'Allemagne, établies par une commission de délimitation composée de représentants de l'Empire britannique, de la France, de l'Italie, du Japon, de la Belgique et de l'Allemagne en exécution des clauses du Traité de Versailles du 28 juin 1919, concernant cette frontière : *IIIe partie, art. 4* (la Belgique et l'Allemagne s'engagent à n'aggraver en rien le régime actuel des cours d'eau qui traversent la frontière); *IIe partie, clause 8, et IIIe partie, art. 1 et 3* (l'Allemagne et la Belgique s'engagent à s'entendre avant de prendre toute mesure susceptible d'avoir une fâcheuse influence sur la quantité ou la qualité de l'eau acheminée par des conduites d'alimentation en eau qui traversent la frontière); *IIIe partie, art. 2* (aucune construction, établissement ou usine dont les écoulements pourraient polluer les eaux des bassins de Dreilägerbach et de la Vesdre, n'est autorisée; accord sur les mesures de protection à prendre avant l'édification de toute installation pouvant avoir une mauvaise influence sur la nature des eaux; aucun Etat ne permettra des détournements de cours d'eau capables de porter préjudice aux apports des bassins situés sur son territoire sans entente préalable avec le gouvernement de l'autre Etat) [G. F. de Martens, éd., *Nouveau Recueil général de traités*, 3e série, t. XIV, p. 834; *Textes législatifs*, p. 411, n° 118; doc. A/5409, par. 465 et 466];

Convention du 11 mai 1929 entre la Norvège et la Suède au sujet de certaines questions relatives au régime juridique des eaux : *art. 12, par. 1* (toute autorisation de travaux ne peut être accordée par l'un des pays qu'avec l'assentiment de l'autre s'il y a lieu de présumer que les travaux entraîneront un préjudice de quelque importance dans ce dernier pays en ce qui concerne l'utilisation des eaux) [SDN, *Recueil des Traités*, vol. CXX, p. 263; *Textes législatifs*, p. 871, n° 237; doc. A/5409, par. 545, *h*, *i*];

Accord du 16 octobre 1950 entre l'Autriche et la Bavière concernant le détournement de certaines eaux : répartition des eaux (l'Autriche renonce, sans compensation, à la dérivation des eaux d'une rivière et de ses affluents; en contrepartie, la Bavière accepte, sans compensation, le détournement par l'Autriche d'une partie des eaux de quatre autres rivières, sauf pendant les périodes d'étiage spécifiées) [*Textes législatifs*, p. 469, n° 136; doc. A/5409, par. 627];

Convention du 25 mai 1954 entre la Yougoslavie et l'Autriche concernant certaines questions d'hydroéconomie intéressant la Drave : *préambule* (assurer l'exploitation des eaux de la Drave en vue de la production d'énergie électrique, de manière à prévenir les conséquences dommageables du régime d'exploitation des centrales autrichiennes, et compte tenu des dérivations d'eau pratiquées dans le bassin de captation de la Drave); *art. 4* (avis préalable requis au cas où l'Autriche envisagerait de nouveaux projets de dérivation d'eau ou des travaux qui pourraient modifier le régime des eaux de la Drave au préjudice de la Yougoslavie; à défaut d'une entente à l'amiable, les questions de ce genre sont renvoyées à un tribunal d'arbitrage prévu par la Convention) [Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 227, p. 111; *Textes législatifs*, p. 513, n° 144; doc. A/5409, par. 693 et 697];

Convention du 9 avril 1956, entre la Hongrie et l'Autriche réglementant les questions d'hydroéconomie dans la zone frontière : *art. 2, par. 6* (l'Etat d'amont d'un cours d'eau qui traverse la frontière n'a pas le droit de réduire de plus d'un tiers l'écoulement minimal naturel en aval sur le territoire de l'autre Etat, tel que cet écoulement aura été fixé par la Commission créée par la Convention) [Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 438, p. 123; doc. A/5409, par. 570;

Convention du 27 mai 1957 entre la Suisse et l'Italie au sujet de l'utilisation de la force hydraulique du Spöl : *préambule* (l'utilisation des eaux du Spöl présente un intérêt majeur pour le développement des ressources électriques de l'Italie — Etat d'amont — et de la Suisse — Etat d'aval; les deux Etats conviennent de répartir la force hydraulique à laquelle chacun a droit) : *art. Ier* (la Suisse consent au détournement d'une partie des eaux qui s'écoulent de l'Italie et à l'utilisation de la force hydraulique correspondante sur le versant italien [*Textes législatifs*, p. 859, n° 235; doc. A/5409, par. 849 et 850 *a*]; voir aussi l'Accord du 18 juin 1949 entre la Suisse et l'Italie au sujet de la concession des forces hydrauliques du Reno di Lei [*Textes législatifs*, p. 846, n° 231; doc. A/5409, par. 792 et suiv.];

Accord du 18 juillet 1957 entre l'Italie et la Yougoslavie concernant l'alimentation en eau de la commune de Gorizia : *art. Ier* (assurer le maintien de l'alimentation en eau de la commune de Gorizia) [*Textes législatifs*, p. 866, n° 236; doc. A/5409, par. 711];

CHAPITRE III

Examen de certaines questions traitées au chapitre III du projet

188. Dans son rapport préliminaire, le Rapporteur spécial se proposait d'aborder dans son deuxième rapport certaines des questions traitées au chapitre III du projet présenté par le précédent Rapporteur spécial (v. supra par. 47). Les cinq premiers articles (art. 10 à 14) de ce chapitre intitulé « Coopération et gestion en ce qui concerne les cours d'eau internationaux » étaient consacrés aux règles de procédure, qui sont un complément indispensable au principe général de l'utilisation équitable. Il a déjà été fait allusion à certaines de ces procédures dans le chapitre précédent du présent rapport. On trouvera ci-dessous, en complément, quelques indications générales sur les règles de procédure en question, ainsi que certaines réflexions sur la façon d'harmoniser lesdites règles avec le projet d'articles considéré dans son ensemble. Cet examen de caractère préliminaire est présenté ici dans le seul but d'aider la Commission à étudier les moyens de procéder à l'élaboration de cette partie du projet. En conclusion du présent rapport, le Rapporteur spécial soumet à l'examen de la Commission cinq projets d'articles, suivis de quelques observations sur les travaux futurs concernant les règles de procédure.

A. — Indications générales

189. Comme il est indiqué plus haut, les règles de procédure — qui correspondent pour la plupart à des obligations de moyen plutôt que de résultat[340] — sont un élément essentiel du système juridique régissant l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. Cela, comme on l'a vu, est dû à la souplesse du principe de l'utilisation équitable, principe qui découle de la nécessité de concilier des besoins contradictoires afin de développer au maximum les avantages de l'exploitation d'une même ressource tout en limitant au minimum les dommages qui peuvent en résulter pour les Etats.

190. Le besoin de conciliation qui résulte implicitement du principe de l'utilisation équitable exige que les voies de communication entre les Etats intéressés restent ouvertes, de façon à permettre la libre circulation des informations ainsi que la solution des contradictions, réelles ou éventuelles, entre les utilisations du cours d'eau. Le meilleur moyen de fixer les modalités applicables en la matière est évidemment de les prévoir dans des accords spécialement conçus pour tenir compte des caractéristiques propres à chaque Etat et à chaque cours d'eau dont il s'agit. Il ne s'ensuit pas cependant qu'il n'existe pas de normes générales applicables aux méthodes permettant de déterminer les parts équitables et d'en ajuster l'attribution. Dans le monde entier, d'ailleurs, la pratique des Etats en matière de cours d'eau internationaux confirme que, lorsque les ressources en eau ne sont pas suffisantes pour répondre aux besoins de tous les pays intéressés, la répartition des utilisations, des avantages et des obligations en matière de conservation doit se faire par voie de consultation et de coopération.

191. Les normes appliquées dans ce domaine dérivent des mêmes considérations fondamentales que celles qui s'appliquent à l'attribution des autres ressources dont dépend plus d'un Etat. Il n'est donc pas surprenant que la répartition de ces ressources soit fonction des mêmes types d'obligations. L'attribution des zones de pêches[341] et la délimitation du plateau continental[342] fournissent deux exemples de situations où il est admis que le droit international exige : *a*) une attribution équitable; *b*) des négociations de bonne foi en vue de parvenir à ladite attribution. De façon plus générale, la nécessité de la coopération entre deux ou plusieurs Etats au sujet d'un cours d'eau international découle à la fois du fait même de la dépendance mutuelle de ces Etats à l'égard de ce cours d'eau, et « de la nature même des droits respectifs des parties », comme l'a dit la CIJ à propos de l'obligation de négocier en matière de pêcheries[343]. Les précédents rapporteurs spéciaux ont d'ailleurs montré dans leurs rapports toute l'étendue de l'approbation qui est donnée à l'obligation de coopérer et aux autres règles de procédure applicables à la mise en œuvre du principe de l'utilisation équitable[344].

192. Les procédures applicables à la détermination et au maintien d'une répartition équitable des utilisations et des avantages des cours d'eau internationaux ont toujours pour but d'atteindre ce résultat au moyen du règlement par voie d'accord de tout conflit, réel ou éventuel,

---

[340] Il va de soi que certaines obligations de moyen se confondent plus ou moins avec les obligations de résultat. Par exemple, l'obligation de négocier pour déterminer les parts équitables est liée à l'obligation de parvenir à une répartition équitable desdites parts. Voir p. ex. le passage de la sentence arbitrale rendue dans l'affaire du *Lac Lanoux* qui est cité plus haut (par. 123 et note 214). Cf. aussi l'obligation de négocier et l'obligation de parvenir à une attribution équitable en matière de ressources maritimes, définies notamment par la CIJ dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni* c. *Islande), fond,* arrêt du 25 juillet 1974, *C.I.J. Recueil 1974,* p. 31 à 34, par. 73, 74, 75, 78 et 79, al. 3; et dans les affaires du *Plateau continental de la Mer du Nord* (République fédérale d'Allemagne/Danemark, République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas), arrêt du 20 février 1969, *C.I.J. Recueil 1969,* p. 47, par. 85.

[341] Voir l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries* (*supra* note 340). Cette affaire, où un Etat (le Royaume-Uni) autre que l'Etat côtier (l'Islande) avait des droits sur une zone de pêche se rapporte au type de situation que l'on rencontre généralement lorsqu'un cours d'eau est utilisé par plus d'un Etat.

[342] Voir les affaires du *Plateau continental de la Mer du Nord* (*supra* note 340 *in fine*).

[343] *Compétence en matière de pêcheries, C.I.J. Recueil 1974,* p. 32, par. 75. La nature des droits de l'Etat en matière de pêcheries diffère évidemment de la nature des droits de l'Etat en matière de cours d'eau. Dans les deux cas, cependant, il y a risque de dommages pour un ou plusieurs Etats en raison de leurs besoins conflictuels sur une ressource finie, et par conséquent, nécessité de parvenir à un ajustement équitable des parts des Etats en cause.

[344] Voir en particulier le troisième rapport de M. Schwebel, doc. A/CN.4/348 (v. *supra* n. 14), par. 113 à 186, et notamment par. 170 à 186. Voir aussi C. B. Bourne, « Procedure in the development of international drainage basins: The duty to consult and to negotiate », *The Canadian Yearbook of International Law, 1972,* Vancouver, vol. X, p. 212; et Kirgis, *op. cit.* (*supra* n. 85), p. 16 à 87.

entre les utilisations que deux ou plus de deux Etats veulent faire d'un même cours d'eau. Or, le bon sens, confirmé par la pratique des Etats, indique qu'un tel système de procédures ne peut fonctionner réellement : *a*) s'il ne comporte pas un mécanisme permettant de déterminer si un Etat excède ou non sa part équitable; *b*) s'il donne un « droit de veto » à un Etat qui risque d'être victime de l'utilisation envisagée par un autre Etat; ou *c*) s'il permet à un Etat de prendre des mesures qui peuvent affecter substantiellement d'autres Etats sans d'abord notifier et consulter ces derniers[345]. Pour être efficaces, les règles de procédure doivent donc, au minimum, prévoir plusieurs situations différentes. Pour plus de simplicité, on distinguera deux catégories de situations : celles qui comportent des problèmes relatifs aux utilisations existantes; et celles qui comportent des problèmes relatifs aux utilisations nouvelles. Pour plus de simplicité également, on supposera que, dans tous les cas, deux Etats seulement sont en cause : l'Etat A et l'Etat B.

193. Dans la première catégorie, la situation type est celle où l'Etat A estime que l'Etat B excède sa part équitable ou, en d'autres termes, que l'Etat B prive l'Etat A de sa part équitable. Pour résoudre un tel problème, il importe : *a*) de déterminer si l'Etat B excède véritablement sa part équitable; *b*) dans l'affirmative, de remédier à cet état de choses grâce à des mesures appropriées à la situation (par exemple, en ajustant les utilisations de l'Etat B, ou en accordant à l'Etat A des compensations suffisantes). Peut-être les règles du droit international général ne peuvent-elles pas garantir dans tous les cas une solution facile et efficace pour ce type de problème, mais elles fournissent tout au moins un cadre juridique pour la recherche d'une issue équitable. Ce cadre peut d'ailleurs être complété — et doit être complété — par des règles de procédure plus détaillées, conçues en fonction de chaque situation particulière, et inscrites dans des accords spécifiques.

194. On peut se demander si les articles du chapitre II du projet relatifs à l'utilisation équitable suffisent à régler ce type de problème, ou s'il vaudrait mieux remplacer — ou compléter — ces dispositions par des dispositions distinctes au sein du chapitre III. En l'occurrence, les principales obligations en cause sont le devoir de coopérer[346], le devoir de se consulter[347] et le devoir de négocier de bonne foi pour parvenir à une répartition équitable[348]. Ces obligations sont prévues au paragraphe 2 de l'article 8, et aux paragraphes 1 et 3 de l'article 10 par le précédent Rapporteur spécial[349]. Attendu qu'une telle situation exige avant tout la détermination des justes parts qui doivent revenir aux Etats intéressés, l'actuel Rapporteur spécial est provisoirement d'avis qu'il conviendrait de traiter la question à l'article 8, qui porte sur cette matière. Revenir sur la question au chapitre III ne serait donc pas nécessaire, et si la Commission le juge bon les obligations en question pourront être énoncées de façon plus précise au paragraphe 2 de l'article 8.

195. L'autre catégorie de situations dont il faut tenir compte dans les articles sur les règles de procédure est celle qui se rapporte aux problèmes liés aux utilisations nouvelles des cours d'eau. On se trouve en présence ici de deux types au moins de situations. Dans l'une comme dans l'autre, on partira de l'hypothèse que les Etats A et B ne revendiquent, qualitativement ou quantitativement, pas plus que leurs parts équitables respectives des utilisations et avantages du cours d'eau. Dans le premier type de situations, l'Etat A souhaite faire une nouvelle utilisation du cours d'eau qui risque d'avoir d'importants effets négatifs sur l'utilisation qu'en fait l'Etat B. Le droit de l'Etat B à une part équitable ne sera alors protégé de façon suffisante que si, au minimum[350] : *a*) l'Etat A informe l'Etat B de l'utilisation envisagée; *b*) l'Etat A consulte l'Etat B, par exemple sur les conséquences de l'utilisation envisagée sur les parts des Etats parties, ainsi que sur les ajustements qui pourraient être nécessaires pour respecter une répartition équitable; *c*) l'Etat A négocie avec l'Etat B en cas de désaccord sur les questions ci-dessus ou autres, en vue de parvenir à une répartition équitable; *d*) l'Etat B est habilité, au cas où l'Etat A ne l'aurait pas informé de l'utilisation envisagée et où il en aurait cependant une connaissance générale, à invoquer les obligations de l'Etat A en matière d'information, de consultation et de négociation.

196. Ce type de situation se trouve visé au chapitre III du projet présenté par le précédent Rapporteur spécial

[345] Ces critères, de caractère tout à fait élémentaire, ne sont évidemment par les seules conditions nécessaires au bon fonctionnement d'un système de procédures pour la gestion des cours d'eau internationaux. Parmi les autres questions à prendre en considération et pour lesquelles il serait bon, de l'avis des Etats, de prévoir des dispositions figurent la collecte et l'échange régulier d'informations et de données, la lutte contre la pollution et sa limitation, et les systèmes d'alerte en cas de danger. Pour plus de détails sur ces aspects, entre autres, de la gestion des cours d'eau internationaux, voir le troisième rapport de M. Schwebel, doc. A/CN.4/348 (v. *supra* n. 14), par. 187 et suivants.

[346] Voir les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* (*supra* note 340 *in fine*) et *Lac Lanoux, supra* note 192 et en particulier les cinquième, septième, huitième et neuvième principes, tels que résumés au par. 124 du présent rapport. Voir aussi, par exemple, la résolution 3129 (XXVIII) de l'Assemblée générale, du 13 décembre 1973, sur la « coopération dans le domaine de l'environnement en matière de ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs Etats », et l'article 3 de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 3281 (XXIX) du 12 décembre 1974.

[347] Voir de façon générale Kirgis, *op. cit.* (*supra* n. 85) et les sources citées; et Bourne, « Procedure in the development of international drainage basins... », *loc. cit.* (*supra* n. 344). Cf. l'article 6 des Règles de Montréal sur la pollution des eaux d'un bassin international de drainage :

« *Article 6*

« Les Etats du bassin se consulteront sur les problèmes de pollution des eaux effectifs ou virtuels dans le bassin de drainage, afin de parvenir, par des moyens de leur choix, à une solution conforme à leurs droits et à leurs obligations en vertu du droit international. Cependant, cette consultation ne retardera pas indûment la mise en œuvre des plans qui en sont l'objet. » (ILA, *op. cit.* [*supra* n. 291], p. 541.)

[348] Voir les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* et de la *Compétence en matière de pêcheries* (*supra* note 340).

[349] Pour le texte de l'article 8, voir *supra* note 28; pour celui de l'article 10, voir doc. A/CN.4/381 (v. *supra* n. 16), par. 64. Cf. le paragraphe 2 de l'article 7 (obligation de tenir des consultations pour déterminer l'utilisation équitable), présenté par M. Schwebel dans son troisième rapport (doc. A/CN.4/348 [v. *supra* n. 14], par. 106).

[350] Si ces procédures sont dites ici constituer un minimum, c'est que, dans l'idéal, elles ne devraient pas être des procédures *ad hoc*, mais faire partie d'un programme organisé d'échanges réguliers de données et de renseignements.

dans son deuxième rapport, et plus particulièrement aux articles 11 à 14[351]. L'autre solution serait d'en parler à propos du devoir de ne pas causer de dommage appréciable, qui est énoncé à l'article 9[352]. Mais vu que le texte de l'article 9 qui a été renvoyé au Comité de rédaction ne contient pas de règles de procédure telles que celles évoquées plus haut, la Commission jugera peut-être plus pratique, du moins pour le moment, de traiter la question dans le cadre du chapitre III.

197. Le second type de situations se rapportant aux utilisations nouvelles qu'il conviendrait de régler d'une façon ou d'une autre dans le projet est le suivant : l'Etat A souhaite faire une utilisation nouvelle du cours d'eau international et s'en trouve matériellement empêché, en partie du moins, par les utilisations qu'en fait déjà l'Etat B (par suite, on peut le supposer, d'une répartition équitable antérieurement acceptée). La question de savoir si le principe de l'utilisation équitable exige un ajustement des parts respectives dépend évidemment de plusieurs facteurs, qui ne sont pas indiqués dans cet exemple[353]. Ce type de situations n'est expressément prévu ni dans les articles du chapitre II, ni dans ceux du chapitre III du projet présenté par le précédent Rapporteur spécial. On pourrait dire qu'il est implicitement prévu aux articles 6 et 7, et peut-être à l'article 8, selon l'interprétation qu'on donne à ces dispositions. Or, comme l'utilisation envisagée par l'Etat A ne peut, par définition, se faire de façon unilatérale, les dispositions du chapitre III consacrées à la notification et à la consultation ne semblent pas correspondre aux situations envisagées ici. On pourrait évidemment considérer que les dispositions de l'article 10 du projet, qui sont de caractère plus général, s'appliquent ici. Le Rapporteur spécial aimerait donc que la Commission lui fasse savoir la façon dont elle entend régler ce type de situations, et dans quelle partie du projet.

[351] Doc. A/CN.4/381 (v. *supra* n. 16), par. 67 à 74.

[352] Voir l'article 8, présenté par M. Schwebel dans son troisième rapport, qui énonce aux paragraphes 1 et 2 le devoir de ne pas causer de dommages appréciables, et prescrit aux paragraphes 3 et suiv. des règles de notification, de consultation et de négociation (doc. A/CN.4/348) [v. *supra* n. 14], par. 156).

[353] Voir p. ex. les facteurs énumérés dans : l'article 8 renvoyé au Comité de rédaction en 1984 (v. *supra* n. 28); l'article 7 présenté par M. Schwebel dans son troisième rapport, doc. A/CN.4/348 (v. *supra* n. 14) par. 106, l'article V des Règles d'Helsinki (v. *supra* par. 154). Parmi ces facteurs, on citera : la mesure dans laquelle les utilisations en conflit sont essentielles à la vie de l'homme, socialement et économiquement utiles, susceptibles de modifications dans leur mise en œuvre, ou susceptibles d'être satisfaites grâce à une efficacité accrue de l'exploitation des eaux du bassin; et la mesure dans laquelle le conflit entre les utilisations en question peut être résolu par indemnisation de l'Etat B par l'Etat A. Un fait important, mais non mentionné ici parce qu'implicite dans l'hypothèse retenue, est que l'Etat B fait, au moment considéré, une utilisation du cours d'eau dont l'Etat A peut demander la modification. Il est certain en effet que les utilisations en cours doivent bénéficier d'une certaine protection, mais non pas au point d'interdire la mise en valeur d'un cours d'eau international. Une telle utilisation doit donc pouvoir continuer aussi longtemps que les raisons qui la justifient ne sont pas supplantées par des raisons d'ordre supérieur montrant qu'il faut la modifier, l'éliminer progressivement ou la supprimer (moyennant, le cas échéant, versement d'une indemnité) pour faire place à une autre utilisation, incompatible avec elle. Cf. l'article VIII des Règles d'Helsinki et le paragraphe *a* du commentaire y relatif (v. *supra* note 79).

B. — Projets d'articles sur les règles de procédure

198. Compte tenu de ce qui précède et prenant en considération les enseignements de la doctrine et de la pratique évoqués au chapitre II, ainsi qu'au présent chapitre, le Rapporteur spécial soumet à l'examen de la Commission cinq projets d'articles traitant de certaines des situations exposées plus haut. Il se peut que, en raison de plusieurs des facteurs signalés dans la section A ci-dessus, cet examen ne puisse avoir qu'un caractère préliminaire. Le Rapporteur spécial est néanmoins prêt à ce que la Commission procède à un débat formel sur ces articles, si elle le juge souhaitable.

Article 10. — Notification des utilisations nouvelles envisagées

Tout Etat [du cours d'eau] donnera en temps voulu notification aux autres Etats [du cours d'eau] de toute utilisation nouvelle envisagée, y compris toute extension ou modification à une utilisation actuelle susceptible de causer un dommage appréciable auxdits autres Etats. Cette notification sera accompagnée des données et renseignements techniques existants qui seront suffisants pour permettre aux autres Etats de déterminer et d'évaluer les risques de dommage que comporte l'utilisation nouvelle envisagée.

Commentaires

1) Le numéro 10 attribué à cet article ne préjuge pas de la présence éventuelle dans le projet d'un article concernant, par exemple, les principes généraux de coopération, tel que l'article 10 présenté par le précédent Rapporteur spécial.

2) Cet article traite de la même matière que l'article 11 présenté par le précédent Rapporteur spécial.

3) L'expression « cours d'eau », lorsqu'elle qualifie le terme « Etat » ou « Etats », est placée entre crochets, en attendant la décision de la Commission sur l'emploi du mot « système ».

4) L'expression « en temps voulu » signifie que la notification doit être donnée dès les premiers stades de la planification pour permettre des consultations et des négociations effectives, si cela est nécessaire.

5) Le terme « envisagée » signifie que l'utilisation nouvelle en est encore au stade préliminaire de la planification et n'a pas encore été entreprise, autorisée ou permise.

6) La Commission jugera peut-être souhaitable de définir en temps voulu les termes tels que « utilisation » et « utilisation envisagée », afin de ne pas avoir à préciser, dans les articles eux-mêmes ou dans le commentaire, que ces termes désignent l'utilisation du cours d'eau en question et s'entendent, par exemple, des projets, programmes et extensions ou modifications des utilisations existantes.

7) Il est, semble-t-il, évident que la nouvelle utilisation envisagée, telle que visée dans cet article, est une utilisation qui est censée être entreprise par l'Etat ou dans cet Etat, lequel est tenu d'en donner notification. Cepen-

dant cela ne ressort pas de façon suffisamment claire du présent libellé de l'article, il sera facile de le rendre plus explicite.

8) Bien qu'il n'y ait de préjudice au sens juridique du terme que si un Etat est privé de sa part équitable, la notion de « dommage » est utilisée dans l'article, afin de permettre aux Etats intéressés de déterminer conjointement si le dommage résultant éventuellement de l'utilisation nouvelle est illégitime (parce que cette utilisation excède la part équitable de l'Etat qui se propose de la faire) ou si ce dommage doit être toléré par les Etats qui en seraient éventuellement victimes (parce que l'utilisation nouvelle n'excède pas la part équitable de l'Etat proposant).

9) Le mot « existants », qui qualifie les données et renseignements techniques, indique que, normalement, l'Etat notificateur n'est pas tenu de procéder à des recherches supplémentaires à la demande de l'Etat potentiellement affecté et qu'il doit seulement fournir les données et renseignements pertinents qui ont été réunis en vue de l'utilisation envisagée, et dont il peut disposer (un autre article traitera des renseignements qui ne peuvent être communiqués pour des raisons de sécurité nationale). Si l'Etat notifié souhaite obtenir des renseignements qui ne sont pas dans le domaine public, et que l'Etat auteur de la notification est seul à posséder, il conviendra normalement qu'il offre d'indemniser l'Etat pour les frais entraînés par la communication de ces renseignements.

Article 11. — Délai de réponse aux notifications

1. L'Etat [du cours d'eau] donnant notification d'une utilisation nouvelle envisagée conformément à l'article 10 laissera aux Etats qui reçoivent la notification un délai raisonnable pour qu'ils puissent étudier et évaluer les risques de dommage découlant de l'utilisation envisagée, et communiquer leurs conclusions à l'Etat auteur de la notification. Pendant ce délai, l'Etat auteur de la notification coopérera avec les Etats qui l'ont reçue en leur fournissant, sur leur demande, tous renseignements et données supplémentaires dont il dispose et qui sont nécessaires pour une évaluation précise, et il n'entreprendra pas la nouvelle utilisation envisagée ni ne permettra qu'elle soit entreprise.

2. Si l'Etat auteur de la notification et les Etats qui la reçoivent ne peuvent convenir de ce qui constitue, en l'occurrence, un délai d'étude et d'évaluation raisonnable, ils négocieront de bonne foi en vue de convenir d'un tel délai, compte tenu de tous les facteurs pertinents, y compris le degré d'urgence de l'utilisation nouvelle et la difficulté d'en évaluer les effets possibles. Les activités d'étude et d'évaluation des Etats ayant reçu la notification se poursuivront parallèlement aux négociations prévues au présent paragraphe, et ces négociations ne retarderont pas indûment le commencement de l'utilisation envisagée ni l'accord sur une solution convenue conformément au paragraphe 3 de l'article 12.

Commentaires

1) Cet article traite de la même matière que l'article 12 présenté par le précédent Rapporteur spécial.

2) On remarquera que le paragraphe 1 n'assigne pas de durée précise (par exemple, six mois) pour le délai minimal à observer aux fins d'étude et d'évaluation. Cela tient à ce qu'un délai « raisonnable » peut varier considérablement selon les circonstances : dans certains cas, un délai de six mois serait beaucoup trop long; dans d'autres, il serait beaucoup trop court. Si l'Etat qui reçoit la notification bénéficiait automatiquement de ce qui serait en l'occurrence un délai d'étude et d'évaluation beaucoup trop long, cela pourrait avoir pour effet de décourager l'Etat qui envisage la nouvelle utilisation d'en donner notification. A l'inverse, un délai beaucoup trop court, qui serait fixe et applicable en toutes circonstances, risquerait, s'il était appliqué à un cas concret, d'être automatiquement tenu pour raisonnable, présomption que l'Etat potentiellement affecté trouverait fort difficile d'écarter. Peut-être, malgré ces considérations, serait-il souhaitable d'inscrire dans l'article un délai objectif à titre de référence — par exemple, six mois — afin d'aider les Etats intéressés, s'ils sont en désaccord, à s'entendre sur un délai mutuellement acceptable et raisonnable dans le cas envisagé. C'est là une question qui mérite d'être examinée attentivement par la Commission.

3) L'obligation de négocier qui est énoncée au paragraphe 2 est tirée, par analogie, de la même obligation qui s'applique à la détermination des parts raisonnables ou équitables. Dans l'un et l'autre cas, l'opération consiste à juger du poids respectif à accorder aux diverses considérations pertinentes. De plus, comme un délai exagérément court pourrait avoir pour résultat la mise en train d'une utilisation qui porte atteinte à une répartition équitable, la nécessité d'une étude et d'une évaluation efficaces découle à la fois de l'obligation d'éviter de causer tout préjudice et du principe de l'utilisation équitable.

4) La dernière phrase du paragraphe 2 a pour but de veiller, dans la mesure du possible, à ce que les moyens souples prévus dans ce paragraphe pour fixer un délai d'étude et d'évaluation raisonnable n'entraînent pas à leur tour une perte de temps déraisonnable ou ne fassent pas obstacle aux autres aspects du processus de conciliation.

Article 12. — Réponse aux notifications, consultations et négociations sur les utilisations envisagées

1. Si un Etat auquel une utilisation envisagée a été notifiée conformément à l'article 10 conclut que cette utilisation lui causerait ou pourrait lui causer un dommage appréciable, ou qu'elle aurait ou pourrait avoir pour effet que l'Etat auteur de la notification priverait l'Etat ayant reçu la notification de sa part équitable des utilisations et des avantages du cours d'eau international, l'Etat ayant reçu la notification en informe l'Etat auteur de la notification dans le délai prescrit à l'article 11.

2. L'Etat auteur de la notification, une fois dûment informé par l'Etat ayant reçu la notification conformément au paragraphe 1, est tenu de se consulter avec l'Etat ayant reçu la notification en vue de confirmer ou de corriger les conclusions visées audit paragraphe.

3. Si les Etats intéressés ne peuvent apporter de corrections satisfaisantes à leurs conclusions par voie de consultations conformément au paragraphe 2, ils entament sans retard des négociations en vue de parvenir à une solution équitable par voie d'accord. Une telle solution peut comprendre la modification de l'utilisation envisagée de façon à éliminer les causes de dommage, l'ajustement des autres utilisations faites par l'un ou l'autre des Etats, et l'offre par l'Etat envisageant l'utilisation nouvelle d'une réparation, financière ou autre, acceptable pour l'Etat ayant reçu la notification.

4. Dans les négociations prévues au paragraphe 3, chaque Etat doit de bonne foi tenir raisonnablement compte des droits et intérêts de l'autre Etat.

Commentaires

1) Cet article traite de la même matière que l'article 13 présenté par le précédent Rapporteur spécial.

2) On remarquera que le paragraphe 1 exige deux conclusions distinctes : l'une, sur le fait que l'utilisation envisagée causerait ou pourrait causer un dommage appréciable à l'Etat ayant reçu la notification; l'autre, sur le fait que cette utilisation conduirait ou pourrait conduire l'Etat auteur de la notification à priver l'Etat qui reçoit la notification de sa part équitable. Si ces deux conclusions sont requises, c'est que, comme on l'a vu plus haut, le fait que l'utilisation du cours d'eau par un Etat cause un dommage à un autre Etat ne signifie pas, en soi, que le second de ces Etats soit victime d'un préjudice au sens juridique du terme.

3) La réparation prévue au paragraphe 3 peut prendre des formes diverses : versement d'une indemnité, fourniture d'énergie électrique ou de moyens de lutte contre les inondations, autorisation donnée à l'Etat ayant reçu la notification d'accroître l'une de ses utilisations existantes.

4) L'obligation de négocier énoncée au paragraphe 3 est fondée sur les prescriptions de la CIJ, au paragraphe 85 de son arrêt relatif aux affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*[354].

5) Les dispositions du paragraphe 4 s'inspirent du paragraphe 78 de l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*[355] et de la sentence arbitrale rendue dans l'affaire du *Lac Lanoux*[356]. Le terme « intérêts » est tiré de cette sentence, où était affirmée la nécessité de tenir compte, « quelle qu'en soit la nature, de tous les intérêts qui risquent d'être affectés par les travaux entrepris, même s'ils ne correspondent pas à un droit »[357].

Article 13. — Conséquences du non-respect des dispositions des articles 10 à 12

1. Si un Etat [du cours d'eau] ne donne pas aux autres Etats [du cours d'eau] notification d'une utilisation nouvelle envisagée, comme prévu à l'article 10, les autres Etats [du cours d'eau] qui estiment que l'utilisation envisagée risque de leur causer un dommage appréciable peuvent invoquer les obligations que l'article 10 imposent au premier Etat. Si les Etats intéressés ne peuvent décider conjointement si l'utilisation nouvelle envisagée risque de causer un dommage appréciable à d'autres Etats au sens de l'article 10, ils entament sans retard des négociations, dans les conditions requises aux paragraphes 3 et 4 de l'article 12, en vue de régler leurs désaccords.

2. Sous réserve des dispositions de l'article 9, l'Etat auteur de la notification peut, si l'Etat ayant reçu celle-ci ne lui répond pas dans un délai raisonnable conformément à l'article 12, entreprendre l'utilisation envisagée conformément aux termes de la notification et aux autres données et renseignements communiqués à l'Etat ayant reçu la notification, à condition d'avoir pleinement satisfait aux dispositions des articles 10 et 11.

3. Si un Etat [du cours d'eau] ne donne pas notification de l'utilisation envisagée comme prévu à l'article 10, ou omet de toute autre façon de respecter les dispositions des articles 10 à 12, il encourt la responsabilité de tout dommage causé à d'autres Etats par l'utilisation nouvelle, que ce dommage constitue ou non une violation des dispositions de l'article 9.

Commentaires

1) Cet article traite de la même matière que l'article 14 présenté par le précédent Rapporteur spécial.

2) Le paragraphe 1 vise le cas où l'Etat qui envisage une utilisation nouvelle n'en donne pas notification, comme l'exige l'article 10. Ce texte permet aux autres Etats — qui ont pu être informés indirectement de la nouvelle utilisation envisagée, et de façon très générale seulement — d'invoquer l'obligation que l'article 10 fait au premier Etat d'en donner une notification détaillée.

3) Il peut se faire que l'Etat qui envisage une utilisation nouvelle n'en donne pas notification parce qu'il n'estime pas que cette utilisation soit de nature à causer un dommage appréciable à d'autres Etats. En pareil cas, le paragraphe 1 obligerait cet Etat, à la demande des autres Etats intéressés, à entamer promptement des négociations avec eux en vue de déterminer d'un commun accord si la nouvelle utilisation envisagée peut être cause ou non de dommage appréciable.

4) Le paragraphe 2 permettrait à l'Etat qui envisage l'utilisation nouvelle d'entreprendre celle-ci si l'Etat qui en a reçu notification ne réagit pas dans un délai raisonnable. Le premier de ces Etats resterait néanmoins tenu par l'obligation, énoncée à l'article 9, de ne pas causer de « préjudice » juridique aux autres Etats utilisant le cours d'eau.

5) Le paragraphe 3 a pour but d'inciter les Etats à respecter les procédures de notification, de consultation et de négociation qui sont prévues aux articles 10 à 12, en rendant l'Etat qui envisage l'utilisation nouvelle responsable de tout dommage que celle-ci pourrait causer à d'autres Etats, même si ce dommage peut être considéré, aux termes de l'article 9, comme une conséquence de l'utilisation équitable du cours d'eau par l'Etat qui

[354] Voir *supra* note 340.

[355] *Idem.*

[356] Voir les passages du paragraphe 22 de la sentence (*supra* par. 122 et notes 212 et 213).

[357] *Idem* (note 212).

envisage ladite utilisation. On prend évidemment ici comme hypothèse que l'article 9 sera modifié de façon à tenir compte de la distinction entre « dommage » de fait et « préjudice » juridique.

Article 14. — Utilisations envisagées d'extrême urgence

1. Sous réserve des dispositions du paragraphe 2 ci-dessous, l'Etat ayant donné notification de l'utilisation envisagée conformément à l'article 10 peut, nonobstant toutes conclusions affirmatives faites en vertu du paragraphe 1 de l'article 12 par l'Etat ayant reçu la notification, entreprendre l'utilisation envisagée s'il conclut de bonne foi que celle-ci est d'une extrême urgence pour des raisons de santé publique, de sécurité ou autres raisons similaires, et à condition qu'il informe formellement l'Etat ayant reçu la notification de l'urgence de l'utilisation proposée ainsi que de son intention de l'entreprendre.

2. L'Etat ayant donné notification ne peut entreprendre l'utilisation envisagée en vertu du paragraphe 1 ci-dessus qu'en pleine conformité avec les prescriptions des articles 10, 11 et 12.

3. L'Etat ayant donné notification sera responsable de tout dommage appréciable qu'il aura causé à l'Etat ayant reçu la notification en entreprenant l'utilisation envisagée en vertu du paragraphe 1 ci-dessus, excepté dans les limites permises aux termes de l'article 9.

Commentaires

1) Cet article est, sur certains points, similaire au paragraphe 3 de l'article 13 présenté par le précédent Rapporteur spécial dans son premier rapport[358] et au paragraphe 7 de l'article 8 présenté par M. Schwebel dans son troisième rapport[359].

2) L'article a principalement pour but de permettre à l'Etat qui notifie ou envisage une utilisation nouvelle d'entreprendre cette utilisation dans certains cas exceptionnels d'urgence publique. Les exemples de menaces pour la santé publique ou la sécurité sont donnés dans le texte de l'article pour souligner la gravité et le caractère exceptionnel des circonstances qui y sont envisagées[360].

3) La disposition du paragraphe 1 par laquelle l'Etat envisageant l'utilisation nouvelle est tenu de conclure « de bonne foi » au caractère d'extrême urgence de cette utilisation est tirée, par analogie, de la condition de bonne foi énoncée au paragraphe 78 de l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*[361].

4) Comme dans le cas du paragraphe 3 de l'article 13, la référence à l'article 9 qui se trouve au paragraphe 3 du présent article est fondée sur l'hypothèse que l'article 9 sera modifié de façon à faire une distinction entre « dommage » de fait et « préjudice » juridique.

C. — Observations finales concernant d'autres projets d'articles sur les règles de procédure

199. Les projets d'articles présentés plus haut ne traitent pas de certaines des situations décrites dans la section A du présent chapitre, et en particulier des cas où : *a*) l'Etat A estime que l'Etat B excède, au moment considéré, sa part équitable; *b*) l'Etat A souhaite faire une utilisation nouvelle du cours d'eau, mais se trouve matériellement empêché de le faire par les utilisations qu'en fait l'Etat B. La nécessité de rédiger d'autres articles sur les règles de procédure pour traiter de ces cas, entre autres, dépendra de la position qu'adoptera la Commission sur la façon de régler les diverses situations exposées plus haut.

---

[358] Doc. A/CN.4/367 (v. *supra* n. 15), par. 125.

[359] Doc. A/CN.4/348 (v. *supra* n. 14), par. 156.

[360] Pour plus de détails sur le but et les dispositions de cet article, voir le troisième rapport de M. Schwebel, *ibid.*, par. 165 et 166.

[361] Voir *supra* note 340.

RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE POUR LES CONSÉQUENCES PRÉJUDICIABLES DÉCOULANT D'ACTIVITÉS QUI NE SONT PAS INTERDITES PAR LE DROIT INTERNATIONAL

[Point 7 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/402*

Deuxième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, par M. Julio Barboza, rapporteur spécial

[Original : espagnol]
[13 mai 1986]

TABLE DES MATIÈRES

Chapitres	*Paragraphes*	*Pages*
I. INTRODUCTION	1-11	149
A. Emploi de certains termes	2-5	149
B. L'unité du sujet	6-10	151
C. La portée du sujet	11	152
II. L'ÉBAUCHE DE PLAN	12-28	152
III. ANALYSE CRITIQUE DE L'ÉBAUCHE DE PLAN	29-69	155
A. Les activités	29-33	155
B. Les obligations	34-41	157
C. Le préjudice causé en l'absence de régime conventionnel	42-69	159

CHAPITRE PREMIER

Introduction

1. L'essentiel du présent rapport s'articule sur l'ébauche de plan, que le précédent Rapporteur spécial, Robert Q. Quentin-Baxter, a présentée dans son troisième rapport et révisée dans son quatrième rapport[1]. Il convient, toutefois, d'examiner au préalable deux questions importantes : celle qui procède de la distinction établie dans la terminologie juridique anglo-saxonne entre *responsibility* et *liability*, et celle de l'unité du sujet.

A. — Emploi de certains termes

2. La première question va bien au-delà d'un simple problème de terminologie dans l'une des langues officielles de l'ONU, comme on le verra par la suite. Dans son rapport préliminaire[2], le précédent Rapporteur spécial a expliqué que le choix du terme *liability* dans le titre anglais du présent sujet résultait d'un échange de vues qui s'était déroulé à la vingt-cinquième session de la Commission du droit international et au cours duquel on avait précisé que le terme *responsibility* renvoyait dans la langue de la « common law » aux conséquences

* Incorporant les documents A/CN.4/402/Corr.1 et 4.

[1] Voir *infra* note 21.

[2] Le rapport préliminaire a été présenté à la Commission à sa trente-deuxième session : *Annuaire... 1980*, vol. II (1re partie), p. 243, doc. A/CN.4/334 et Add.1 et 2.

Les autres rapports présentés par le précédent Rapporteur spécial à la Commission, de ses trente-troisième à trente-sixième sessions, sont :

Deuxième rapport : *Annuaire... 1981*, vol. II (1re partie), p. 107, doc. A/CN.4/346 et Add.1 et 2;

Troisième rapport : *Annuaire... 1982*, vol. II (1re partie), p. 61, doc. A/CN.4/360;

Quatrième rapport : *Annuaire... 1983*, vol. II (1re partie), p. 209, doc. A/CN.4/373;

Cinquième rapport : *Annuaire... 1984*, vol. II (1re partie), p. 161, doc. A/CN.4/383 et Add.1.

de faits illicites, alors que le terme *liability* renvoyait aussi à l'obligation même imposée par la règle primaire[3]. La langue française ne disposant que du terme « responsabilité », celui-ci serait utilisé pour exprimer les deux notions. Il faut ajouter que l'espagnol — également langue officielle de l'ONU — ne permet pas non plus d'établir la distinction faite par la langue anglaise, le seul terme utilisable étant *responsabilidad.* Néanmoins, dans son cinquième rapport, le précédent Rapporteur spécial était, semble-t-il, parvenu à des conclusions différentes au sujet de l'emploi des deux termes. Se fondant sur leur utilisation dans certains traités, en particulier ceux relatifs à l'espace ou au milieu marin, il en déduisait qu'« il ressort clairement des textes que le terme *responsibility* a, dans ces traités, un sens tout différent. Il se rapporte au contenu d'une obligation primaire, non à sa violation[4] ».

3. De même, le terme *liability* n'était pas présenté tout à fait sous le même jour que dans le rapport préliminaire. Après examen du paragraphe 1 de l'article 235 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982[5], le précédent Rapporteur spécial notait qu'« il est donc tout à fait clair qu'il peut y avoir *liability*, qu'il y ait ou non eu violation d'une obligation internationale[6] », et il indiquait plus loin que « l'expression *responsibility and liability* (responsabilité), telle qu'elle est employée dans le texte anglais de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, correspond donc étroitement aux deux aspects de la prévention et de la réparation, qui sont à la base même du sujet à l'étude[7] ». Pour étayer cette conclusion, il renvoyait à plusieurs autres textes juridiques[8].

4. Ces observations fort appropriées trouvent confirmation chez un autre spécialiste de la « common law », L. F. E. Goldie. Analysant les différences de connotation entre les termes anglais *responsibility* et *liability* et se fondant sur l'examen de l'article 139, par. 1 et 2, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, et sur des articles VI et XII de la Convention de 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par les objets spatiaux[9], cet auteur fait observer que les deux termes

> [...] sont employés avec des connotations différentes. Dans les deux instruments, le mot *responsibility* est utilisé pour exprimer une obligation ou pour désigner les normes que le système juridique impose en matière de comportement social, tandis que le mot *liability* se rapporte aux conséquences de la non-exécution de l'obligation ou du non-respect des normes requises. Autrement dit, *liability* suppose l'idée d'un recours légal, une fois la *responsibility* établie et le préjudice né de la non-exécution de l'obligation juridique. Bien que les publicistes et les magistrats se servent parfois de *responsibility* et de *liability* de façon quasi interchangeable ou synonyme, ces deux termes seront employés ici dans leurs acceptions distinctes qui viennent d'être indiquées[10].

A propos de la responsabilité pour risque en droit interne, et prenant comme exemples la « responsabilité de l'entreprise » *(entreprise liability)* et la « responsabilité du fait des produits » *(products liability)*, Goldie déclare :

> [...] Tous les différents types de cas qui ont été examinés reposent sur le principe que l'auteur d'un acte est juridiquement tributaire de devoirs à l'égard de la société. Cela implique qu'il est tenu d'appliquer les procédés et les méthodes les plus sûrs, et, au besoin, de lancer les avertissements qui s'imposent. A défaut, l'ampleur est appelé à indemniser les victimes des dommages résultant des manquements à ses devoirs, et même si ces derniers ont été scrupuleusement observés, à indemniser ceux qui ont néanmoins subi des dommages. [...]. Dans ce sens, le terme *responsibility* correspond, au regard du droit, à ce dont l'auteur d'un acte est redevable à l'égard de la société dont il fait partie[11].

5. Comme l'indique la phrase extraite du cinquième rapport citée plus haut (par. 3), la distinction entre les termes anglais *responsibility* et *liability* correspond donc « étroitement aux deux aspects de la prévention et de la réparation ». En résumé, le droit considère que certaines personnes sont tenues à certaines obligations déterminées avant même que ne se produise l'événement qui entraîne les conséquences préjudiciables. En ce sens, la responsabilité renvoie à l'ensemble des obligations que le droit met à la charge des personnes en raison du rôle qu'elles remplissent; dans le cas du présent sujet, il s'agit de l'Etat et de ses obligations de contrôle qui procèdent du caractère exclusif de la juridiction qu'il exerce sur son territoire. En l'absence d'un régime conventionnel conférant une responsabilité directe à des individus dans certains cas, l'Etat serait donc non seulement responsable de la survenance de conséquences préjudiciables de certaines activités menées sur son territoire ou sous son contrôle, mais il serait aussi tenu à des obligations de prévention, c'est-à-dire tout ce qui doit être fait pour éviter ou limiter l'apparition de telles conséquences. Le mot espagnol *responsabilidad*, et certainement aussi le mot français « responsabilité », qui à lui seul exprime les deux idées rendues par deux termes anglais, engloberait sans difficulté les obligations de prévention et de réparation, et ferait apparaître sous un nouveau jour une objection qui a été élevée contre l'inclusion des

---

[3] Doc. A/CN.4/334 et Add.1 et 2 (v. *supra* n. 2), par. 10.

[4] Doc. A/CN.4/383 et Add.1 (v. *supra* n. 2), par. 39.

[5] *Documents officiels de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer*, vol. XVII (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.84.V.3), p. 157, doc. A/CONF.62/122.

[6] Doc. A/CN.4/383 et Add.1 (v. *supra* n. 2), par. 39.

[7] *Ibid.*, par. 40.

[8] *Ibid.*, notes 100 et 101.

[9] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 961, p. 187.

[10] L. F. E. Goldie, « Concepts of strict and absolute liability and the ranking of liability in terms of relative exposure to risk », *Netherlands Yearbook of International Law, 1985*, La Haye, vol. 16, p. 180. Dans ce même article, Goldie cite plus loin un extrait de l'une de ses études antérieures, où il affirme ces mêmes principes :

> « La notion de *responsibility* implique donc que l'on supporte les conséquences de sa conduite telles qu'elles résultent des devoirs de l'homme vivant en société. En second lieu, elle permet de situer le rôle du défendeur qui est la « partie à laquelle est imputable » le dommage subi. Dans cette seconde acception, elle définit la responsabilité éventuelle de l'auteur. En revanche, la notion de *liability* en est, en quelque sorte, la contrepartie et implique que l'on est tenu d'assumer les conséquences du non-respect des obligations qui découlent de la *responsibility*, en d'autres termes, de réparer le préjudice. La responsabilité est donc la conséquence juridique (considérée aussi bien sous l'angle de l'imputation que sous celui de la répartion) du manquement à un devoir. » (« Devoir et responsabilité selon la « common law », *Aspects juridiques de la pollution transfrontière*, Paris, OCDE, 1977, p. 368.)

Et il termine sur une idée importante pour le sujet à l'étude :

> « Ces considérations pragmatiques montrent qu'il est important de faire la distinction dans les cas appropriés entre *responsibility*, qui est un facteur constant, et *liability*, qui est sujet à des considérations nombreuses et variables dans le processus de décision. » *(Ibid.)*.

[11] « Concepts of strict and absolute liability... », *loc. cit.* (*supra* n. 10), p. 181.

obligations de prévention dans le cadre du sujet à l'étude, au motif qu'en droit la responsabilité se bornait strictement aux conséquences de la violation d'une obligation. Selon ce point de vue, la prévention n'avait rien à voir avec la responsabilité[12].

B. — L'unité du sujet

6. En élargissant ainsi la signification du terme « responsabilité », on fait place aux obligations de prévention dans le titre et dans le sujet lui-même conformément à la tendance manifestée à la CDI et à la Sixième Commission de l'Assemblée générale[13], selon laquelle il fallait éviter d'une manière ou d'une autre de laisser de côté tout ce qui avait trait à la prévention. Le titre englobe donc les deux aspects, mais il reste à déterminer le lien profond qui permet d'opérer la symbiose entre la prévention et la réparation, qui peuvent apparaître à première vue comme des éléments hétérogènes. Pour le précédent Rapporteur spécial, la base du continuum prévention-réparation était la prévention, car tout ce qui la concerne était bien mieux ancré dans la pratique des Etats et se situait sur un terrain beaucoup plus solide que ce qui avait trait à la réparation. Il dit en effet dans son quatrième rapport :

> Mais qu'est-ce que la « prévention » et qu'est-ce que la « réparation » ? La réparation a toujours pour but de rétablir dans toute la mesure possible une situation préexistante, ce qui, dans le cadre du sujet à l'examen, peut souvent revenir à prendre des mesures préventives *a posteriori*. [...][14].

Le lien entre la prévention et la réparation résiderait dans les modalités pratiques puisque prévenir et réparer sont la même réalité envisagée sous des angles différents ou, si l'on veut, à des moments différents. Comme le précédent Rapporteur spécial l'indique dans son deuxième rapport[15], le « devoir de diligence » *(duty of care)* s'étend à la réparation de tout préjudice pouvant être raisonnablement attribué à l'accomplissement licite d'une activité licite. Toutefois, les régimes établis par voie de traité fournissent amplement la preuve que l'indemnisation est une forme de prévention moins adéquate et elle ne doit pas devenir le prix à payer pour pouvoir causer un préjudice évitable[16].

7. Enfin, il n'y aurait de différence conceptuelle entre les règles de prévention et les règles de réparation que lorsque ces dernières découlent de l'illicéité d'un acte, c'est-à-dire lorsqu'elles procèdent de règles secondaires. Le précédent Rapporteur spécial déclare, dans son quatrième rapport, que, d'un point de vue formel, la matière du sujet à l'examen « doit être considérée comme une obligation « primaire » complexe qui couvre tout le champ de la prévention, de la limitation et de la réparation du préjudice matériel transfrontière »[17]. Il convient de rappeler à nouveau que dès lors que la prévention et la réparation relèvent du domaine des règles primaires, il s'ensuit que, si le préjudice se produit et que naît donc l'obligation de réparer, la réparation est imposée par la norme primaire comme condition de la licéité de l'activité en question; ce n'est que si l'Etat d'origine n'opère pas la réparation imposée par la règle primaire que l'on entre dans le domaine des règles secondaires et qu'intervient alors la responsabilité pour fait illicite venant de ce que l'Etat a violé l'obligation primaire. L'ensemble du présent sujet se situerait donc dans le champ des règles primaires.

8. Il s'agit là, comme on l'a dit plus haut (par. 6), d'un critère formel d'unité. Mais quelle serait l'unité du sujet quant au fond ? Pour construire une théorie à ce propos, c'est sans doute le préjudice qui fournira le critère unificateur de la prévention et de la réparation. A bien y regarder, c'est autour de lui que tout tourne : dans le cas de la réparation, il s'agit du préjudice déjà survenu, et dans celui de la prévention, du préjudice potentiel, qui n'est en fait rien d'autre que le risque. La réparation se justifie par le préjudice causé, qui apparaît comme la condition suspensive dont la réalisation fait, à son tour, naître l'obligation. Quant aux obligations de prévention, elles naissent du risque, c'est-à-dire de la possibilité d'un préjudice, de sa prévisibilité générique. Si l'activité ne présentait aucun risque, si l'éventualité d'un préjudice n'était pas envisageable, les obligations de prévention n'auraient pas lieu d'être.

9. Ce rôle central du préjudice — effectif ou potentiel — permet de faire une distinction nette entre le présent sujet et celui de la responsabilité des Etats pour faits illicites, et situe clairement le premier dans le champ général de la responsabilité internationale, selon la conception suivie jusqu'à présent par la Commission. En effet, dans la première partie du sujet de la responsabilité des Etats, le dommage n'est pas une condition *sine qua non* de la responsabilité, contrairement à ce qu'exigerait le droit coutumier actuel d'après de nombreux auteurs[18].

10. En fait, dans son deuxième rapport sur la responsabilité des Etats, le Rapporteur spécial, M. Ago, disait :

> Une dernière question doit être mentionnée avant de conclure. On parle parfois, à côté des deux éléments, subjectif et objectif, que l'on a mis en évidence comme constitutifs d'un fait illicite international qui est lui-même source de responsabilité, d'un troisième élément, que l'on désigne généralement par le terme « dommage ». Il semble toutefois que de telles affirmations ne vont pas sans équivoque. Il y a des cas où, en soulignant la nécessité de la présence d'un dommage, ce que l'on a en vue c'est plutôt l'exigence que se soit produit cet événement extérieur qui, comme on l'a rappelé aux paragraphes précédents, doit parfois se joindre au comportement proprement dit de l'Etat pour que ce comportement réalise un manquement à une obligation internationale [...][19].

---

[12] Voir *Annuaire... 1982*, vol. I, p. 284, 1743e séance, par. 40, et p. 289 et 290, 1744e séance, par. 26 (observations de M. Thiam).

[13] Voir le troisième rapport du précédent Rapporteur spécial, doc. A/CN.4/360 (v. *supra* n. 2), par. 9 et note 12; et son quatrième rapport, doc. A/CN.4/373, par. 10 et note 31.

[14] Doc. A/CN.4/373 (v. *supra* n. 2), par. 47.

[15] Doc. A/CN.4/346 et Add.1 et 2 (v. *supra* n. 2), par. 40.

[16] *Ibid.*, par. 91.

[17] Doc. A/CN.4/373 (v. *supra* n. 2), par. 40.

[18] Voir p. ex. E. Jiménez de Aréchaga, « International responsibility », in Manual of Public International Law, M. Søorensen, éd. Londres, Macmillan, 1968, p. 534. Selon K. Zemanek, « Parce que les réclamations pour dommages matériels subis par des nationaux à l'étranger furent si fréquemment à l'origine de la jurisprudence internationale, celle-ci, ainsi que la doctrine, furent amenées à considérer le dommage comme un élément constitutif de la responsabilité. » (« La responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites ainsi que pour faits internationalement licites », *Responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1987, p. 19.).

[19] *Annuaire... 1970*, vol. II, p. 208, doc. A/CN.4/233, par. 53.

Et il terminait sur ces mots :

[...] Il ne semble donc pas qu'il y ait lieu de tenir compte de cet élément du dommage dans la définition des conditions d'existence d'un fait illicite international[20].

C. — La portée du sujet

11. Dans l'ébauche de plan du sujet, présentée par le précédent Rapporteur spécial[21], l'élément déterminant est l'obligation qui incombe à l'Etat d'origine d'éviter, de limiter ou de réparer toute perte ou préjudice matériel transfrontière « appréciable » ou « sensible » dans les cas où l'on peut prévoir qu'il existe un risque lié à la conduite d'une activité. Cette obligation, qui dépend de facteurs tels que le partage de la responsabilité et la répartition des coûts et des avantages, « va de pair avec la compétence exclusive ou prééminente que le droit international confère à l'Etat d'origine en tant qu'autorité territoriale ou autorité de contrôle », comme l'affirme le précédent Rapporteur spécial dans son quatrième rapport[22]. Cette observation d'ordre général appelle trois précisions importantes :

a) Le champ du sujet sera limité aux activités concrètes qui causent un préjudice matériel transfrontière, car, à l'heure actuelle, la pratique des Etats n'est pas suffisamment développée en ce qui concerne les autres aspects.

b) L'exposé des principes, qui fait l'objet de la section 5 de l'ébauche de plan, pourra être développé et étoffé dans la mesure où il apparaîtra que la pratique des Etats le justifie, et la liste d'éléments, qui figure à la section 6, sera alors adaptée en conséquence. C'est ainsi que l'on procédera « pour déterminer jusqu'à quel point les solutions proposées dans l'ébauche se rapprochent de la norme de la responsabilité objective[23] ».

c) Le champ du sujet pourra peut-être dépendre d'un examen du rôle que peuvent jouer les organisations internationales, non pas dans l'hypothèse où une telle organisation se trouverait dans la même situation qu'un Etat d'origine, mais en ce sens que « les formes que peut prendre l'interaction des Etats en tant que membres d'organisations internationales peuvent avoir des répercussions sensibles sur toutes les procédures indiquées aux sections 2, 3 et 4 de l'ébauche de plan[24] ». De même, les procédures de consultation des organisations internationales et les services techniques que celles-ci fournissent pourraient remplacer le régime envisagé à la section 3 ou jouer un certain rôle en ce qui concerne l'évaluation de la réparation prévue à la section 4[25].

L'actuel Rapporteur spécial accepte ces indications comme point de départ, sous réserve de ce que pourra faire apparaître ultérieurement l'étude du sujet.

[20] *Ibid.*, par. 54.

[21] Pour le texte de l'ébauche de plan, voir le troisième rapport du précédent Rapporteur spécial, doc. A/CN.4/360 (v. *supra* n. 2), par. 53; et pour les modifications qui lui ont été apportées, voir le quatrième rapport, doc. A/CN.4/373, par. 63 et 64.

[22] Doc. A/CN.4/373 (v. *supra* n. 2), par. 63.

[23] *Ibid.*

[24] *Ibid.*, par. 64.

[25] *Ibid.*

CHAPITRE II

L'ébauche de plan

12. L'actuel Rapporteur spécial a indiqué dans son rapport préliminaire son intention d'axer ses prochains travaux sur ce qu'il considérait comme la matière première essentielle pour le présent sujet, c'est-à-dire l'ébauche de plan[26]. En effet, on peut considérer que celle-ci a été acceptée dans ses grandes lignes, malgré les quelques critiques et les quelques suggestions d'améliorations qui ont été émises à la CDI et à la Sixième Commission de l'Assemblée générale. La première chose à faire semble donc être d'examiner ce texte pour tenter d'en conceptualiser la dynamique, d'en réexaminer les fondements théoriques et de le confronter à la pratique des Etats en la matière.

13. La présente analyse visera donc essentiellement à comprendre l'économie de l'ébauche de plan et à déterminer les différentes obligations qui s'en dégagent. A ce stade, on se bornera uniquement à l'étude de l'ébauche de plan elle-même. Les modifications que le précédent Rapporteur spécial y a introduites par le biais des cinq premiers projets d'articles, présentés par la suite dans son cinquième rapport[27], seront examinées à part, en même temps que des questions aussi importantes que celle de savoir si les « situations » entrent aussi dans le champ du sujet ou si celui-ci n'englobe que les « activités ». La section 1 de l'ébauche de plan, consacrée au champ d'application, comporte les définitions nécessaires et exprime une réserve. On a déjà commenté plus haut certains aspects du champ d'application. Les activités, qui constituent le cœur même de l'ébauche de plan et la matière même du sujet, appellent toutefois de plus amples commentaires. Il s'agit des « activités menées sur le territoire ou sous le contrôle d'un Etat qui causent ou peuvent causer des pertes ou dommages à des personnes ou à des choses se trouvant sur le territoire ou sous le contrôle d'un autre Etat » (sect. 1.1). Aucune indication n'est donnée au sujet du type de risque visé. Il n'est pas précisé s'il s'agit de l'existence d'une très faible probabilité de dommages catastrophiques, par exemple, ou si seules sont envisagées les activités que Jenks qualifie de *ultra-hazardous*[28] ou encore si le risque est constitué par

[26] *Annuaire... 1985*, vol. II (1re partie), p. 100, doc. A/CN.4/394, par. 14 et suiv.

[27] Doc. A/CN.4/383 et Add.1 (v. *supra* n. 2), par. 1.

[28] Voir C. W. Jenks, « Liability for ultra-hazardous activities in international law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1966-I*, Leyde, Sijthoff, 1967, vol. 117, p. 105.

la provocation certaine de dommages mineurs ayant un effet cumulatif, comme dans le cas de la pollution. Il s'agirait, en somme, d'activités ayant des probabilités supérieures à la normale de produire des dommages importants sur le territoire d'un autre Etat ou en des lieux soumis à son contrôle.

14. Avant d'entreprendre une telle activité — ou si celle-ci a déjà été entreprise, dès qu'il prend conscience de ses caractéristiques — l'Etat sur le territoire ou sous le contrôle duquel l'activité doit être menée ou est déjà menée aurait à sa charge une première obligation : celle d'aviser de la situation l'Etat auquel un dommage pourrait éventuellement être causé et de lui fournir « tous les renseignements pertinents et disponibles, y compris l'indication expresse des types et degrés de pertes ou dommages qu'il estime prévisibles, de même que les mesures qu'il propose pour y remédier » (sect. 2, par. 1). La même obligation incomberait à l'Etat affecté s'il était le premier à prendre conscience des mêmes circonstances : il devrait alors en avertir l'Etat d'origine (sect. 2, par. 2).

15. En cas de désaccord entre l'Etat d'origine et l'Etat affecté, celui-ci estimant que les mesures proposées ne sont pas suffisantes pour sauvegarder ses intérêts, une deuxième obligation incomberait à l'Etat d'origine : celle de « coopérer de bonne foi pour parvenir à un accord avec l'Etat victime » au sujet de l'ouverture d'une enquête dès lors que l'Etat affecté en a fait la proposition (sect. 2, par. 5). Ce mécanisme va en fait plus loin qu'une simple enquête sur les faits. C'est un véritable mécanisme de conciliation, puisque les experts chargés de l'enquête pourraient non seulement « mesurer les incidences » des renseignements recueillis, ce qui est parfaitement normal, mais aussi, « dans la mesure du possible, recommander des solutions » (sect. 2, par. 6, *a*). Leur rapport aurait valeur de conseil et ne serait pas contraignant (sect. 2, par. 6, *b*).

16. Quelle est la nature de ces deux premières obligations ? En réalité, l'ébauche de plan établit une distinction entre l'obligation d'informer, dont le non-respect par l'Etat d'origine entraînerait, selon le paragraphe 4 de la section 5, certaines conséquences procédurales défavorables (la possibilité pour l'Etat affecté de recourir largement aux moyens de preuve offerts par les faits et les circonstances pour établir si l'activité cause ou peut causer des pertes ou dommages), et les autres prestations correspondant aux deux premières obligations (en vertu de la première obligation, proposer des mesures de prévention, et en vertu de la deuxième, coopérer à la constitution de l'organe d'enquête et de conciliation). Il est précisé, au paragraphe 8 de la section 2 et au paragraphe 4 de la section 3, qu'un manquement aux deux premières obligations prévues dans l'ébauche de plan ne donnerait lieu par lui-même à aucun droit d'action.

17. Mais il y a plus : les deux paragraphes susmentionnés prévoient une obligation qui vaut jusqu'à l'exécution des deux premières obligations et dont le caractère d'obligation n'est pas non plus tout à fait clair dans l'ébauche de plan, car les termes employés sont quelque peu ambigus. En effet, s'il est indiqué que l'Etat auteur « a l'obligation permanente de garder à l'examen l'activité qui cause ou peut causer des pertes ou dommages », il est dit tout de suite après qu'il est aussi tenu « de prendre toutes les mesures nécessaires et possibles pour sauvegarder les intérêts de l'Etat affecté et, autant que possible, de fournir des renseignements à l'Etat affecté au sujet des mesures qu'il prend ». Bien entendu, si un article devait être rédigé, la formule pourrait être modifiée et rendue plus objective. S'il en était ainsi, on se trouverait face à une obligation qui, au cas où surviendrait un dommage, autoriserait la comparaison des mesures préventives réellement prises avec celles qui auraient effectivement empêché le dommage, et on introduirait peut-être ainsi dans le sujet une notion de « diligence due ».

18. Dans certaines conditions — essentiellement en cas d'échec du mécanisme d'enquête et de conciliation, soit parce que le délai raisonnable dans lequel ce mécanisme aurait dû être mis en place ou accomplir son mandat est échu (sect. 3, par. 1, *a*), soit parce que l'un des Etats concernés n'accepte pas ses conclusions (sect. 3, par. 1, *b*) — ou, bien entendu, parce que le rapport du mécanisme comporte une recommandation en ce sens (sect. 3, par. 1, *c*), une troisième obligation naît pour les Etats concernés : celle de négocier « à la demande de l'un quelconque d'entre eux afin de déterminer si un régime est nécessaire et quelle forme il devrait prendre » *(ibid., in fine)*. Pour ces négociations, les parties sont incitées à appliquer les principes énoncés à la section 5 et à tenir compte des éléments visés à la section 7, mais elles ne sont pas tenues de le faire, puisque la possibilité d'une convention contraire entre elles est prévue. Là encore, le paragraphe 4 de la section 3 précise qu'un manquement à cette obligation de négocier ne donne lieu par lui-même à aucun droit d'action, et il est imposé à nouveau une obligation de diligence identique à celle que prévoit le paragraphe 8 de la section 2.

19. La section 4 de l'ébauche de plan est extrêmement importante du point de vue théorique, et les membres de la Commission se souviendront des longs débats auxquels a donné lieu en son temps la question de la responsabilité pour risque, ou *strict liability*. En réalité, on est ici au cœur même du sujet, puisqu'il s'agit d'établir les droits des parties lorsqu'une activité du type de celles envisagées dans l'ébauche de plan a produit un dommage et qu'aucun régime n'a été convenu pour déterminer ces droits, soit parce que les parties ne sont pas encore parvenues à un accord, bien qu'elles aient engagé des négociations, soit parce que l'une d'elles a refusé d'engager des négociations. Il faut, là encore, faire le compte des obligations. Les trois premières, qui ont été signalées, sont des obligations « envers » la création d'un régime; celles qui sont examinées maintenant sont des obligations « envers » la réparation du dommage causé. Celle visée au paragraphe 17, en revanche, est purement une obligation de prévention.

20. Le paragraphe 2 de la section 4 établit l'obligation de donner réparation en principe « pour toute perte ou tout dommage ». Cette disposition doit être rapprochée du principe, peut-être le plus important de l'ébauche de plan, énoncé au paragraphe 3 de la section 5 : « Pour autant que les articles précédents le permettent, les pertes ou dommages subis par une victime innocente ne devraient pas être laissés à sa charge. » Ce principe est toutefois subordonné à deux conditions importantes. La première est exprimée au paragraphe 2 de la section 4 : « sauf s'il est établi que l'octroi d'une réparation pour

une perte ou un dommage de ce type ou de cette nature n'est pas conforme aux anticipations communes desdits Etats », et la deuxième, contenue au paragraphe 3 de la section 4, est la négociation elle-même, puisque, outre les anticipations communes des parties, « il est tenu compte du caractère raisonnable du comportement des parties, eu égard aux documents relatifs à tous échanges ou négociations entre elles, et aux mesures prises par l'Etat auteur [appelé désormais « Etat d'origine »] pour sauvegarder les intérêts de l'Etat affecté »; en outre, « il peut être tenu compte aussi de tous éléments pertinents, dont ceux qui sont énoncés à la section 6, et il est possible, dans la conduite à suivre, de s'inspirer de l'un quelconque des aspects indiqués à la section 7 ». Il semble donc que les négociations engagées peuvent aboutir à une réparation dont le montant varierait entre autres selon la nature du dommage, celle de l'activité qui l'a causé ou des mesures de prévention adoptées. Il ne serait peut-être pas inconcevable que les parties conviennent que la réparation ne doit pas avoir lieu en raison d'une exception qui l'exclut par principe. La négociation, en somme, est ouverte et doit tenir compte de nombreux éléments pour régler la question de l'indemnisation.

21. Le texte espagnol du paragraphe 2 de la section 4 dit : *a menos que conste que la reparación ... no responde a las expectativas compartidas de esos Estados*, alors que le texte anglais dit : *unless it is established that the making of reparation ... is not in accordance with the shared expectations of those States.* Il aurait été possible de traduire les mots *unless it is established* par leur équivalent direct en espagnol en disant : *a menos que se establezca.* La formulation *a menos que conste* peut donner lieu à une interprétation beaucoup plus stricte en ce qui concerne la charge de la preuve; dans le texte anglais, cet aspect n'est pas très clair; généralement, il faut rapporter la preuve des faits et non pas de leur inexistence. Quoi qu'il en soit, si l'intention dans l'ébauche de plan est de faire supporter la charge de la preuve par l'Etat d'origine, il ne fait aucun doute que celui-ci peut se prévaloir de présomptions et de tous les moyens de preuve. En revanche, dans le texte espagnol, la charge de la preuve incombe sans aucun doute à l'Etat d'origine, dont on exige même qu'il apporte la preuve d'un fait négatif, à savoir qu'il est indiqué expressément quelque part que la réparation recherchée n'était pas une anticipation commune. C'est là, du moins, une interprétation possible qui éliminerait au fond toute conditionnalité et ferait qu'en pratique la réparation aurait toujours lieu, parce qu'il serait impossible de rapporter la preuve contraire. Les observations qui précèdent ne sont donc pas inspirées par de simples considérations de sémantique, surtout si l'on tient compte du fait que certaines formes de responsabilité objective — les moins absolues — sont utilisées comme moyens d'atteindre le même résultat par le biais du renversement de la charge de la preuve.

22. Les « anticipations communes » sont celles qui *a*) « ont été exprimées dans la correspondance ou dans d'autres échanges entre les Etats concernés, ou, si nulle prévision n'a été exprimée de la sorte, *b*) [celles qui] peuvent être déduites de normes communes, législatives ou autres, ou de modes de comportement communs normalement observés par les Etats concernés ou dans tout groupement régional ou autre auquel lesdits Etats appartiennent, ou parmi la communauté internationale » (sect. 4, par. 4). Quelle est la nature de ces « anticipations communes » ? Les anticipations sont dans une certaine mesure sources de droits. On le voit par exemple à travers l'application du principe de la bonne foi, à travers l'*estoppel* ou à travers ce que l'on a coutume d'appeler dans certains systèmes juridiques la théorie du comportement raisonnable. Si l'une des parties agit en fonction des anticipations créées par l'autre partie, elle pourra avoir droit à réparation dans le cas où ces anticipations ne se matérialisent pas par la faute de l'autre partie. En ce sens, les anticipations ont une certaine valeur contractuelle, ou quasi contractuelle. Mais est-ce là le caractère qu'on a voulu leur donner dans l'ébauche de plan ? On ne peut écarter cette hypothèse, du moins si l'on tient compte du texte de l'alinéa *a* du paragraphe 4 de la section 4, qui, pour déterminer la source des anticipations communes, mentionne en premier lieu « la correspondance ou [...] d'autres échanges entre les Etats concernés », et ne fait intervenir d'autres sources que « si nulle prévision n'a été exprimée de la sorte ». Cependant, l'intention semble avoir été plutôt ici de recourir à un fonds de valeurs communes, que ce soit aux deux parties, à une région ou enfin à l'ensemble de la communauté internationale. En faisant intervenir la notion d'anticipation commune, on semble avoir cherché à faire reposer la réparation sur une base plus ou moins coutumière, ou quasi coutumière. On en trouve l'illustration dans certaines affaires citées plus loin [29], et il a été notamment affirmé dans l'une d'elles que le principe admis en Europe était que, quand une activité à risques était entreprise, des négociations étaient obligatoires avec les Etats susceptibles d'être affectés.

23. En résumé, l'ébauche de plan poursuit deux objectifs essentiels : prévoir pour les Etats une procédure tendant à l'établissement de régimes destinés à réglementer les activités qui causent ou peuvent causer des dommages transfrontières; envisager le cas où un dommage se produit alors qu'aucun régime n'a encore été instauré.

24. En ce qui concerne le premier objectif, l'Etat d'origine a fondamentalement deux types d'obligations :

a) Aviser l'Etat susceptible d'être affecté par une activité dangereuse menée dans l'Etat d'origine, l'informer des caractéristiques de l'activité en rapport avec le dommage prévisible et proposer des mesures pour remédier à la situation;

b) Coopérer de bonne foi à la mise en place d'une procédure d'enquête et de conciliation, lorsque les mesures précitées ne semblent pas suffisantes à l'Etat affecté.

Il est précisé dans l'ébauche de plan qu'un manquement à ces deux obligations ne donne lieu par lui-même à aucun droit d'action; toutefois, le manquement à l'obligation d'informer entraîne certaines conséquences procédurales défavorables.

25. Une obligation supplémentaire pèse sur l'Etat d'origine tant qu'il n'exécute pas les deux premières, et on peut affirmer que, dès lors qu'il perçoit les dangers d'une activité, il est tenu de la surveiller en permanence

[29] Voir *infra* note 40 *d*.

et d'adopter les mesures qu'il juge nécessaires et possibles pour sauvegarder les intérêts de l'Etat affecté.

26. Quant au second objectif, il semble viser à créer un régime applicable à la réparation du dommage. Son fondement théorique est mixte : d'une part, le précédent Rapporteur spécial a cherché à l'asseoir sur les obligations de prévention, de manière que celles-ci — dont il semble généralement admis qu'elles sont ancrées dans la pratique des Etats et dans le droit international général — incluent aussi l'obligation de réparer quand le dommage s'est produit. Néanmoins, l'obligation de réparer est fondée aussi sur une certaine forme de responsabilité objective dont le caractère automatique est très atténué par les deux éléments de conditionnalité susmentionnés : les anticipations communes et la négociation (v. par. 20), où interviennent les aspects visés à la section 7, de telle sorte que les formules de l'équilibre des intérêts semblent être recherchées dans la détermination du dommage causé par un acte précis et dans sa compensation.

27. Quant aux principes, éléments et aspects de l'ébauche de plan à prendre en considération, il convient à ce stade d'examiner les principes visés à la section 5, étant donné la grande importance qu'ils ont pour le fonctionnement des mécanismes dont on tente d'exposer ici la dynamique.

a) Le premier principe (par. 1) fait écho au principe 21 de la Déclaration des Nations Unies sur l'environnement (Déclaration de Stockholm)[30], autrement dit il cherche à assurer que sur le territoire d'un Etat toutes les activités humaines s'exercent avec la plus grande liberté compatible avec les intérêts des autres Etats. C'est le principe directeur de l'ensemble du sujet, celui qui va autoriser et justifier le critère de l'équilibre des intérêts et celui sur lequel reposeront tous les régimes et toutes les compensations en l'absence de régime.

b) Le deuxième principe (par. 2) est celui de la prévention et éventuellement de la réparation lié au premier. Les normes de prévention sont déterminées comme il convient selon l'importance de l'activité en question et sa viabilité économique.

c) Le troisième principe (par. 3) veut que les pertes ou dommages subis par une victime innocente ne soient pas laissés à sa charge, sous réserve cependant des conditions déjà indiquées. Intervient ici aussi une forme d'équilibre des intérêts selon la répartition des avantages produits par l'activité dangereuse, des moyens à la disposition de l'Etat d'origine, des normes appliquées dans l'Etat affecté, et de la pratique régionale et internationale.

d) Il existe enfin un principe (par. 4), de nature procédurale, dont il a déjà été question (*supra* par. 16), qui autorise un Etat affecté, auquel l'Etat d'origine n'a pas communiqué de renseignements au sujet de la nature et des effets d'une activité, non plus que les moyens de vérifier et d'évaluer ces renseignements, à recourir largement aux moyens de preuve offerts par les faits et circonstances pour établir si l'activité cause ou peut causer des pertes ou dommages. Ce principe semble destiné à compenser le déséquilibre qui, du point de vue de la nature et des effets de l'activité, existe entre l'Etat d'origine, lequel a juridiction exclusive sur son territoire, et l'Etat victime qui, en raison de cette exclusivité, ne peut enquêter sur l'activité et ses effets[31].

28. Quel est le caractère de ces principes ? Dans l'optique de la constitution de régimes, il s'agit de principes directeurs qui en faciliteront l'élaboration. Mais dans l'hypothèse d'un dommage survenant en l'absence de régime, ils semblent avoir un caractère plus contraignant. A tout le moins, l'une des parties pourra les invoquer et ils ne seront écartés qu'en cas de convention à cet effet. Le reste de l'ébauche de plan, bien qu'il soit important pour le présent sujet, n'a pas d'influence décisive sur la dynamique du plan, ou en tout cas son influence paraît se borner à ce qui a été déjà signalé au paragraphe 26, à savoir les éléments dont les parties doivent tenir compte (sect. 6), les aspects relatifs à la prévention et à la réparation (sect. 7), et la mise en place éventuelle de moyens de règlement des différends (sect. 8). Tout cela sera analysé au fur et à mesure de l'étude du sujet.

[30] *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.A.14), 1re partie, chap. Ier.

[31] Voir le raisonnement de la CIJ dans l'affaire du *Détroit de Corfou* (fond), arrêt du 9 avril 1949, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 18.

CHAPITRE III

Analyse critique de l'ébauche de plan

A. — Les activités

29. On observera d'abord que l'ébauche de plan se réfère constamment aux « activités » qui prêtent à conséquences préjudiciables, et non aux « actes », qui est cependant le terme retenu à la fois dans le titre espagnol et le titre anglais du sujet. De la sorte, on fait sans le dire expressément la soudure entre les versions espagnole et anglaise, d'une part, et la version française, d'autre part, dont le titre se réfère aux « activités ». On peut, si l'on veut, considérer qu'une activité s'analyse en une série d'actes. C'est à l'activité qu'est associée l'idée de danger et c'est elle qui dicte la forme que prend génériquement, et même parfois statistiquement, le préjudice. Ce sont les activités qu'il convient d'étudier pour les soumettre éventuellement à un certain régime, et non pas seulement les actes isolés, pour lesquels on aura plus de mal à définir un tel régime. Une activité du genre de celles qui sont examinées en relation avec le présent sujet recouvre, il est facile de le voir, une grande quantité d'actes de caractère différent — par exemple l'activité consistant à gérer une usine comme la Fonderie de Trail

ou encore la multiplicité d'actes divers accomplis par un certain nombre d'individus et qui, pris ensemble, finissent par provoquer des émissions nocives. On est donc bien fondé, semble-t-il, à prendre cette position dont il faudra peut-être, le moment venu, tenir compte pour modifier les titres espagnol et anglais du sujet.

30. Les activités visées dans l'ébauche de plan sont celles « qui causent ou peuvent causer » un préjudice transfrontière (sect. 1.1), c'est-à-dire des activités à risque, sans que soit du reste précisée la catégorie de risque qui les caractérise. On a vu plus haut (par. 13 *in fine*) que l'on peut concevoir divers types d'activités selon le risque qu'elles créent. Zemanek distingue les activités qui causent un préjudice seulement en cas d'accident et celles qui provoquent en permanence l'émission de matières nuisibles[32]. Gunther Handl, pour sa part, exclut du champ du sujet un type particulier d'activités relevant de la seconde catégorie, à savoir celles dont l'Etat d'origine doit ou devrait savoir — s'agissant d'émissions continues et parfaitement prévisibles — qu'elles causent un préjudice transnational notable, que cet Etat doit ou devrait être en mesure d'empêcher. On se trouverait en pareil cas devant un fait internationalement illicite[33]. Les deux auteurs admettent l'existence d'un minimum ou seuil de préjudice, qui, en vertu de la coutume établie, devrait être supporté par l'Etat affecté, mais Handl souligne que, si l'Etat d'origine a pour le moins conscience d'un risque de franchissement de seuil et dispose du moyen de l'empêcher, on se trouvera, comme on l'a vu, en présence d'une responsabilité pour faits illicites. Il en sera certainement ainsi dans les cas où le préjudice substantiel considéré résulte de l'inobservation d'une interdiction. Il faut noter cependant que même dans les cas d'« émissions permanentes de matières nocives », dont parle Zemanek, il peut arriver qu'il y ait accident, et que la responsabilité à mettre en jeu soit de nature objective, comme cela a été le cas dans l'affaire de la Fonderie de Trail *(Trail Smelter)*[34]. A cette occasion, le tribunal arbitral a été conduit à définir certaines règles et conditions tendant à éviter que ne se produise un préjudice substantiel; néanmoins, il a prévu l'indemnisation dans l'hypothèse où le préjudice résulterait d'un accident, bien que toutes les mesures préventives eussent été prises.

31. En somme, une activité qui n'a pas été interdite, même si elle présente un danger et risque d'être interdite par la suite, relève du champ du présent sujet. On ne pourra parler de « zone crépusculaire » que dans des cas limites d'activités difficilement saisissables et en passe d'être interdites, mais non dans les autres cas, car, de toute évidence, relèveront du sujet les activités qui, bien que causant un préjudice notable, seront autorisées, parce que la comparaison des intérêts adverses en présence penche en faveur de leur poursuite, malgré les risques y afférents et l'éventualité des dommages à réparer.

32. A ces deux types d'activités, caractérisés par la prévisibilité du risque ou du préjudice potentiel, il faut ajouter celles pour lesquelles le préjudice est imprévisible, comme dans les circonstances excluant l'illicéité pour les motifs invoqués dans les articles 31 (Force majeure et cas fortuit), 32 (Détresse) et 33 (Etat de nécessité) de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats[35]. L'article 35 de ce projet dispose que « L'exclusion de l'illicéité d'un fait d'un Etat en vertu des dispositions des articles 29, 31, 32 ou 33 ne préjuge pas des questions qui pourraient se poser à pro-

---

[32] Zemanek considère que :

« Le terme « responsabilité pour risque » est fréquemment utilisé pour ce type de responsabilité. Mais ce terme est peu convenable dans le présent contexte parce qu'il doit s'appliquer à deux situations dont seulement une comporte, proprement dit, un élément de risque :

« *a*) L'activité risquée propre : dans ce cas-là, l'activité ne cause pas de dommages dans son opération normale, mais en est capable en cas d'accident. C'est la dimension du dommage qu'on craint et c'est la raison pour laquelle on ne permet cette activité que sous condition que tout dommage éventuel soit compensé.

« *b*) L'émission permanente de matières nuisibles : dans ce cas la société accepte apparemment une certaine mesure de pollution (qui souvent n'est pas clairement perçue par l'individu) mais si la limite fixée est dépassée, soit par un accident soit par un changement du standard technologique, le préjudice en résultant doit être compensé.

« Nous proposons d'utiliser le terme « responsabilité absolue » pour couvrir les deux cas. Le terme implique en même temps que cette responsabilité n'est pas la conséquence d'un délit. » (*Op. cit.* [*supra* n. 18], p. 17.)

[33] Pour Handl,

« [...] La question fondamentale est évidemment de savoir quand un comportement de l'Etat, qui est en soi licite puisqu'il relève de l'exercice légitime d'un droit souverain, mais qui produit des effets transfrontières préjudiciables, doit être considéré comme internationalement illicite. [...]. Sans doute les Etats ont-ils l'obligation générale de s'abstenir de causer tout dommage transfrontière. Mais cette obligation ne signifie pas que les Etats affectés jouissent d'une protection absolue contre les atteintes transfrontières causées au milieu naturel. En effet, la pratique internationale montre que seul un dommage transfrontière, qualifié de « substantiel », d'« important » ou de toute autre façon analogue, équivaut à une violation des droits de l'Etat affecté. Dans ces conditions, la constatation *ex post facto* des effets transfrontières dommageables ne sert qu'à déterminer si l'utilisation par un Etat de ressources naturelles partagées, aussi acceptable qu'elle puisse être en elle-même, a eu pour conséquence la violation des droits d'un autre Etat. Le constat d'une telle infraction ne permet cependant pas de conclure que le comportement préjudiciable est internationalement illicite. »

Toutefois, l'auteur enchaîne aussitôt sur ce concept important :

« Par contre, l'examen de la nature de la pollution transfrontière peut autoriser une conclusion de ce genre. S'il s'agit en effet d'une pollution de type continu, on peut dire que l'Etat d'origine en avait connaissance, ou présumer qu'il en avait connaissance. Cette connaissance sera d'ailleurs d'autant plus facile à présumer que les Etats commenceront à fixer des normes environnementales pour la protection de la santé et du bien-être publics et pour la préservation des ressources naturelles. Des normes de cette nature imposent nécessairement une surveillance étroite des concentrations de polluants dans l'environnement et de leurs modes de dispersion; il faut donc que les pollutions transfrontières d'une certaine ampleur fassent l'objet d'une vigilance accrue de la part des Etats. Si donc un Etat rejette intentionnellement des polluants, en sachant avec certitude ou avec un degré de certitude suffisant que ce rejet causera des effets préjudiciables transnationaux importants, l'Etat d'origine sera manifestement tenu responsable du dommage en résultant. Le comportement causant ce dommage sera alors considéré comme internationalement illicite. En fait, dans la plupart des cas, les effets transfrontières préjudiciables à l'environnement sont la conséquence d'une pollution transfrontière continue, et soulèvent donc par là même des questions de responsabilité étatique. »

(G. Handl, « Liability as an obligation established by a primary rule of international law: Some basic reflections on the International Law Commission's work », *Netherlands Yearbook of International Law, 1985*, La Haye, vol. 16, p. 56 à 59.)

[34] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1905.

[35] *Annuaire... 1980*, vol. II (2e partie), p. 29.

pos de l'indemnisation des dommages causés par ce fait ». Cette réserve trouverait donc son complément dans le présent projet, où l'obligation d'indemniser serait établie en vertu du principe énoncé au paragraphe 3 de la section 4, sous réserve, évidemment, des conditions déjà évoquées (anticipations communes, négociations).

33. Les activités et les cas envisagés sont certes hétérogènes, mais l'unité du sujet n'en souffre pas, car elle se fait autour du préjudice; en outre, il faut observer que, dans tous les systèmes juridiques, la responsabilité pour fait illicite et la responsabilité pour risque apparaissent liées, la seconde venant habituellement compléter à point nommé la première[36].

B. — Les obligations

34. Il semble ressortir de l'analyse que les obligations « envers » le régime sont de deux sortes : informer et négocier.

35. La première obligation consiste pour l'Etat d'origine à informer l'Etat risquant d'être affecté qu'une activité jugée dangereuse a commencé ou va commencer sur son territoire et à fournir à cet Etat toutes données nécessaires concernant les caractéristiques de l'activité en question, les risques qu'elle présente et le type de préjudice qu'elle peut causer, afin que cet Etat soit en mesure d'évaluer correctement la situation. La même obligation incombe à l'Etat d'origine si l'Etat risquant d'être affecté appelle son attention sur une activité de ce type déjà commencée ou sur le point de commencer sur le territoire de l'Etat d'origine. Cette obligation semble correspondre à deux types d'objectifs différents dont l'un, de caractère général, a trait à la coopération avec l'Etat affecté eu égard aux circonstances. Il convient toutefois de ne pas oublier la nature de ces circonstances, à savoir l'existence d'un risque et donc d'un préjudice éventuel pour l'Etat affecté. En outre, selon le régime que prévoit l'ébauche de plan, il s'agira d'un préjudice dont la responsabilité incombera en principe à l'Etat d'origine, étant donné qu'en principe également ce préjudice ne doit pas être laissé à la charge de la victime innocente. Intervient alors l'autre objectif : prévenir et éviter un préjudice qui serait imputable à l'Etat d'origine, ce qui donne plus de force à l'obligation que le simple devoir, plus ou moins général, de coopérer.

36. La violation de cette obligation autorise l'Etat affecté — à titre de contre-mesure qui semble aller de soi — à mettre en œuvre des moyens, lesquels seraient interdits en d'autres circonstances, afin de prouver le caractère dangereux de l'activité (sect. 5, par. 4) et, ajoutera-t-on — bien que l'ébauche de plan ne le dise pas expressément —, afin d'établir, sauf preuve du contraire, la présomption qu'il existe une relation de causalité entre l'activité et le préjudice, si le préjudice s'est produit avant qu'on ait pu s'entendre sur le régime applicable. La première hypothèse vise le cas où, malgré une dénégation initiale, on en est arrivé à instituer un mécanisme d'établissement des faits; cette hypothèse répond adéquatement, semble-t-il, au raisonnement suivi par la CIJ dans l'affaire du *Détroit de Corfou*[37], la Cour n'ayant pas admis alors que le Royaume-Uni procède par présomption pour établir que le Gouvernement albanais connaissait l'existence du champ de mines. En fait, quelle autre possibilité envisager, compte tenu du caractère absolu de la souveraineté territoriale ? Etant donné ce qui a été dit plus haut, on est, par conséquent, fondés à considérer cette obligation d'information comme faisant partie des obligations de prévention.

37. Quant aux autres obligations, elles semblent toutes ressortir à l'obligation de négocier. Mais que faut-il négocier ? En général, il s'agit de négocier un régime qui ait pour objet de prévenir, de limiter et éventuellement de réparer les préjudices résultant de l'activité dont il s'agit. En fait, au paragraphe 1 de la section 2, l'obligation d'informer est assortie de l'indication des mesures proposées pour remédier à la situation. Il est bien évident que si l'Etat d'origine se propose effectivement de prendre des mesures préventives touchant l'activité considérée, il doit en informer l'Etat affecté, et il doit aussi, s'il fournit des informations concernant les dangers liés à une activité nouvelle, proposer des mesures tendant à prévenir, limiter ou réparer le préjudice éventuel. Il convient de distinguer à cet égard l'hypothèse dans laquelle l'Etat affecté signalerait lui-même comme dangereuse une activité que l'Etat d'origine ne considère pas telle. En pareille circonstance, il n'y a cependant pas obligation de proposer des mesures, car on ne s'est pas encore entendu sur les faits. Mais il est clair que l'Etat d'origine a l'obligation d'informer l'Etat affecté quant aux caractéristiques de l'activité considérée pour que l'existence éventuelle d'un risque puisse être établie. Dans le premier cas, il y aurait obligation de proposer des mesures préventives, cette obligation étant liée à celle de négocier un régime, étant donné que les mesures en question constituent le premier pas de toute négociation.

38. Néanmoins, l'obligation générale de négocier un régime suppose en réalité que les parties se sont déjà mises d'accord sur les circonstances de fait; c'est la logique qui le veut. L'obligation de négocier doit reposer sur une base commune, et si les parties ne s'accordent pas à reconnaître que l'activité comporte effectivement un risque, il deviendra nécessaire d'établir exactement la portée du risque éventuel. Ainsi est-il prévu dans l'ébauche de plan que, si les mesures proposées semblent insuffisantes à l'Etat affecté, on instituera un mécanisme d'établissement des faits. Il faut ajouter que la même mesure s'impose dans le cas où l'Etat d'origine n'a pas le même avis que l'Etat affecté quant à la nature du risque lié à l'activité (sect. 2, par. 4 et 5). Dans les deux cas, l'obligation initiale de proposer des mesures se transforme en une autre obligation, celle de négocier l'institution du mécanisme d'établissement des faits et de conciliation. On ne peut donc pas dire que l'inexécution des deux obligations primaires énoncées à la section 2 soit dépourvue de conséquence : l'obligation d'informer a une conséquence procédurale défavorable

[36] Selon Handl, « Cette hypothèse [l'homogénéité du contenu du sujet] paraît cependant difficile à justifier, vu qu'il existe dans la plupart des systèmes juridiques internes des domaines de responsabilité objective, ou responsabilité sans faute, dont la raison d'être ne peut pas toujours être ramenée à un dénominateur commun. » (*Loc. cit.* [*supra* n. 33], p. 63.)

[37] Voir *supra* note 31.

pour l'Etat d'origine, et la seconde obligation se transforme en une autre obligation spécifique, à savoir l'institution du mécanisme susmentionné.

39. Cependant, l'obligation d'informer constitue non seulement une obligation « envers » l'institution d'un régime, mais aussi une obligation « envers » la réparation d'un dommage effectivement causé. De toute évidence, si un préjudice se produit en conséquence d'une activité conduite sur le territoire d'un Etat, lequel s'est abstenu de donner toute information concernant le caractère dangereux de cette activité à ceux qui peuvent en être affectés, l'Etat d'origine se trouve placé dans une situation très défavorable, non seulement du point de vue procédural (une relation de causalité est présumée entre le préjudice et l'activité), mais encore du fait que son acte sera réputé illicite, avec toutes les conséquences qui s'ensuivent. Supposons, par exemple que les Etats-Unis d'Amérique n'aient pas lancé d'avertissement ou pris les mesures de précaution voulues avant de procéder à leurs expériences nucléaires. On ne saurait guère douter qu'en pareille circonstance l'affaire du « *Fukuryu Maru* » (1954)[38] aurait eu une signification bien différente. Par conséquent, soustraire — comme on le fait au paragraphe 8 de la section 2 — cette obligation à l'exercice de tout droit d'action, notamment en rapport avec la survenance d'un dommage, n'est guère approprié. On se trouve là, comme dans le cas de l'obligation de négocier en vue d'instituer un mécanisme d'établissement des faits, devant trois possibilités. La première est de ne rien changer à l'ébauche de plan, de sorte que les Etats puissent arriver plus facilement à un consensus, en évitant les difficultés que soulèverait un régime qui leur imposerait d'emblée des obligations lourdes de conséquences. La deuxième est de prévoir expréssement ces conséquences dans le projet même. La dernière, enfin, serait de supprimer purement et simplement, dans le paragraphe 8 de la section 2, la phrase relative à l'absence de droit d'action.

40. Pour permettre à la Commission de se prononcer plus facilement sur ces trois possibilités, il convient de rappeler la nature de l'obligation de négocier, car on pourrait croire qu'il s'agit d'une obligation incomplète ou d'une obligation de *soft law*, dont le non-respect, aurait-on naturellement tendance à penser, est sans conséquence. La question a été étudiée par la Commission dans les premiers rapports sur le droit relatif à l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, et il n'y a pas lieu d'ajouter grand-chose à ce qui a été dit alors[39]. Les analyses antérieures font uniformément apparaître que l'obligation de négocier est bien établie en droit international pour ce qui est du règlement des conflits d'intérêts, et cela est particulièrement vrai des conflits d'intérêts examinés ici, où l'obligation est liée à la prévention d'un préjudice, dont l'une des parties au processus de négociation est éventuellement responsable. L'interdiction générale de causer un préjudice à autrui, qu'exprime la maxime *sic utere tuo ut alienum non laedas,* aura peut-être pour effet, dans le cas présent, de renforcer le caractère obligatoire de la négociation, dans la mesure où le mécanisme de négociation est nécessaire pour donner effet à ce principe de droit[40]. En réalité, l'obligation de négocier n'apparaît pas tant comme une obligation incomplète que comme une obligation dont l'inexécution n'est pas toujours facile à déterminer. Il est utile, à cet égard, de s'appuyer sur la sentence arbitrale rendue dans l'affaire du *Lac Lanoux* (1957), qui fait ressortir deux points pertinents au regard du raisonnement suivi ici :

> [...] On a ainsi parlé, quoique souvent d'une manière impropre, de « l'obligation de négocier un accord ». En réalité, les engagements

[38] Voir M. M. Whiteman, éd., *Digest of International Law*, Washington (D.C.), 1967 vol. 8, p. 764.

[39] Voir en particulier le premier rapport de M. Schwebel sur ce sujet : *Annuaire... 1979*, vol. II (1re partie), p. 176, doc. A/CN.4/320, par. 86 et 87.

[40] Il convient de rappeler à cet égard l'Article 33 de la Charte des Nations Unies, ainsi que

a) les dispositions de nombreux traités multilatéraux qui reprennent cette obligation, notamment : art. 5 de la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance (E/ECE/1010); art. 142 (par. 2) de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 (v. *supra* n. 5); art. III de la Convention internationale sur l'intervention en haute mer en cas d'accident entraînant ou pouvant entraîner une pollution par les hydrocarbures (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 970, p. 211); art. 12 de la Convention pour la protection et la mise en valeur du milieu marin dans la région des Caraïbes (*International Legal Materials*, Washington [D.C.], vol. XXII, n° 2, 1983, p. 227);

b) les dispositions de nombreux traités bilatéraux tels que : art. II (par. 1) et IV et V de l'Accord de 1975 entre le Canada et les Etats-Unis d'Amérique concernant l'échange de renseignements relatifs aux activités visant à modifier le temps (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 977, p. 385); art. 30 et 31 de la Convention de 1922 relative au règlement de la question des eaux et des digues à la frontière germano-danoise (SDN, *Recueil des Traités*, vol. X, p. 200); art. 3 de la Convention générale de 1931 entre la Roumanie et la Yougoslavie concernant le régime des eaux (*ibid.*, vol. CXXXV, p. 31); art. 14 de la Convention de 1929 entre la Norvège et la Suède au sujet de certaines questions relatives au régime juridique des eaux (*ibid.*, vol. CXX, p. 263);

c) certaines décisions judiciaires connues telles que l'avis consultatif de la CPJI, du 15 octobre 1931, dans l'affaire du *Trafic ferroviaire entre la Lithuanie et la Pologne*, où se trouve définie pour la première fois l'obligation de négocier, laquelle « n'est pas seulement d'entamer des négociations, mais encore de les poursuivre dans toute la mesure possible en vue d'arriver à des accords » (*C.P.J.I. série A/B n° 42*, p. 116); l'arrêt de la CIJ du 20 février 1969 dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* (*C.I.J. Recueil 1969*, p. 3); et celui du 25 juin 1974, dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni* c. *Islande)* [*C.I.J. Recueil 1974*, p. 3]; la sentence arbitrale du 16 novembre 1957 dans l'affaire du *Lac Lanoux* (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII [numéro de vente : 63.V.3], p. 281).

d) la pratique des Etats offre également des exemples intéressants dans le sens des précédents susmentionnés. Il a déjà été fait allusion à certaines affaires (*supra* par. 22 *in fine*), dont l'une concernait l'installation de réacteurs nucléaires pour la production d'électricité, à Dukovany (Tchécoslovaquie), à 35 km de la frontière autrichienne. Le Gouvernement tchécoslovaque avait, en la circonstance, accepté d'engager des pourparlers avec le Gouvernement autrichien au sujet de la sécurité de l'installation. Une autre affaire avait trait à la construction d'une centrale nucléaire à Rüthi (Suisse), dans la haute vallée du Rhin, près de la frontière autrichienne. A la suite des objections soulevées par le Gouvernement autrichien, des négociations se sont ouvertes entre la Suisse et l'Autriche et ont abouti à une réévaluation complète par le Gouvernement suisse de l'ensemble du projet. Une autre affaire encore concernait la construction d'une raffinerie en Belgique, près de la frontière néerlandaise. Les Pays-Bas avaient formulé des objections et fait observer que, en vertu d'un principe admis en Europe, l'Etat d'origine, avant d'entreprendre toute activité pouvant causer des dommages aux Etats voisins, devait négocier avec eux. Le Parlement belge avait, de son côté, exprimé une préoccupation analogue et demandé au gouvernement comment il se proposait de régler le problème. [Pour plus de précisions concernant ces affaires, ainsi que les autres précédents, voir l'étude du Secrétariat sur la pratique des Etats concernant la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international : *Annuaire... 1985*, vol. II (1re partie)/Add.1, doc. A/CN.4/384, par. 97 à 113.]

ainsi pris par les Etats prennent des formes très diverses et ont une portée qui varie selon la manière dont ils sont définis et selon les procédures destinées à leur mise en œuvre; mais la réalité des obligations ainsi souscrites ne saurait être contestée et peut être sanctionnée, par exemple, en cas de rupture injustifiée des entretiens, de délais anormaux, de mépris des procédures prévues, de refus systématiques de prendre en considération les propositions ou les intérêts adverses, plus généralement en cas d'infraction aux règles de la bonne foi [...][41].

Les deux points à retenir de ce texte sont les suivants : *a*) le fait qu'il s'agit incontestablement d'une obligation réelle, et *b*) les hypothèses de violation données en exemple.

41. Quant aux trois possibilités qui s'offrent en relation avec l'obligation de négocier inscrite dans le projet à l'étude, elles appellent les réflexions suivantes :

a) Etant donné qu'il y a obligation de négocier, ainsi qu'il ressort des paragraphes précédents, il faut penser que l'inexécution de cette obligation par un Etat pourra normalement entraîner certaines conséquences défavorables. C'est ainsi que l'Etat affecté pourra fort bien, à titre de rétorsion, s'abstenir d'exécuter telle ou telle obligation qui pourrait lui incomber en vertu d'un autre traité et à laquelle l'Etat d'origine portera un intérêt particulier. C'est là une attitude possible eu égard à l'article 73 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités[42]. Si le texte de l'ébauche de plan est laissé tel quel, peut-être l'Etat affecté serait-il privé de cette faculté que lui ouvre le droit international général. Il semble assez dangereux d'exclure tout droit d'action comme le fait le projet, et ces arguments militent contre la première possibilité, celle de laisser le texte inchangé.

b) La Commission doit-elle prévoir des sanctions dans le projet ? Le Rapporteur spécial estime que, si le projet vient à prendre la forme d'un traité, les Etats parties disposeraient toujours des moyens prévus par l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969. Ajouter quoi que ce soit à ce régime ne paraît guère pratique.

c) On est ainsi amené à conclure que le mieux serait de supprimer, dans l'ébauche de plan, la première phrase du paragraphe 8 de la section 2 et celle du paragraphe 4 de la section 3. On verra plus loin ce qu'il convient de faire de la deuxième phrase de ces deux paragraphes.

C. — Le préjudice causé en l'absence de régime conventionnel

42. La section 4 de l'ébauche de plan est le texte qui a provoqué les discussions les plus difficiles à la CDI et à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, ainsi que dans la doctrine, car il vise la situation où, en l'absence de régime réglant conventionnellement les droits des parties, se produit, en conséquence d'une activité accomplie sur le territoire ou sous le contrôle d'un Etat, un préjudice qui atteint des personnes ou des biens situés sur le territoire d'un autre Etat. Si on passe, pour la clarté de l'exposé, au commentaire de la section 5, il faut souligner ici que l'ébauche de plan énonce le principe selon lequel « les pertes ou dommages subis par une victime innocente ne devraient pas être laissés à sa charge » (par. 3), mais cela, naturellement, « pour autant que les articles précédents le permettent ». On a déjà vu (*supra* par. 20 à 22) que le système retenu subordonne la réparation à deux critères importants : *a*) les anticipations communes, et *b*) la négociation elle-même, où intervient éventuellement la prise en considération de différents facteurs.

43. De toute évidence, ces dispositions ont pour objet de servir d'amortisseurs entre le dommage causé et la responsabilité absolue de l'Etat d'origine, de façon que n'entrent pas en jeu les mécanismes automatiques particuliers à cette responsabilité. Tel est sans aucun doute l'un des principaux apports de l'ébauche de plan pour tenter d'éliminer les difficultés apparues, au sein même de la Commission et parmi les Etats en général, à propos de l'application éventuelle à l'échelon international de la responsabilité objective en l'absence d'une convention au sujet d'une activité déterminée. On a déjà vu (*supra* par. 20) que c'est sur ce point que les parties négocieraient. On pourrait ajouter à cela le commentaire fait par le précédent Rapporteur spécial, dans son quatrième rapport, sur l'opinion de Caubet :

[...] A défaut d'une stipulation expresse dans un régime applicable, il doit toujours y avoir une certaine marge d'appréciation pour répondre à des questions telles que : comment une perte ou un dommage doit-il être qualifié ? Ce genre de perte ou de dommage était-il prévisible ? La perte ou le dommage est-il important ? Et le quantum de la réparation est-il affecté par une question de partage ou par une modification des circonstances existant au moment où a été établie l'activité génératrice de la perte ou du dommage ? [...][43].

Cette phase des négociations fait dire à Handl que l'on est en présence d'un *negotiable duty*, c'est-à-dire d'une obligation négociable pour l'Etat d'origine, et que « l'acceptation en vue » du projet par les Etats en général « est au prix d'un affaiblissement sensible du contenu normatif de la responsabilité »[44].

44. Il reste à voir si c'est là un prix nécessaire, et seul le temps le dira. Dans l'immédiat, la négociation est une étape inévitable, si le projet lui-même ne prévoit pas de mécanisme de règlement des différends. Par quel autre moyen les droits des parties pourront-ils être mis en accord avec les principes établis à la section 5 ? D'autre part, attendu qu'il s'agit d'une activité qui n'est pas couverte par un régime, et à laquelle il faut donc appliquer les principes généraux, comment déterminer le quantum de la réparation en vue d'une éventuelle répartition des coûts si des mesures préventives ont été prises et compte tenu des autres éléments déjà mentionnés ou de ceux qui sont énumérés à la section 6 ? Comment déterminer si le préjudice est sensible ou considérable ou appréciable, ou mérite un autre qualificatif, et dépasse donc le seuil de tolérance que la coutume semble avoir imposé en la matière ?

45. Selon le paragraphe 1 *(in fine)* de la section 4, « Les Etats concernés négocient de bonne foi pour atteindre ce but », c'est-à-dire pour déterminer les droits et obligations des parties. Cette formule semble signifier que l'on crée une nouvelle obligation de négocier, mais cette fois non pas « envers » un régime, mais

[41] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, p. 306 et 307, par. 11.

[42] Nations Unies, *Annuaire juridique 1969* (numéro de vente : F.71.V.4), p. 146.

[43] Doc. A/CN.4/373 (v. *supra* n. 2), par. 54.

[44] Handl, *loc. cit.* (*supra* n. 33), p. 72.

« envers » la réparation du préjudice causé. Il est à noter que cette obligation de négocier n'est pas dépourvue de protection juridictionnelle comme l'est celle de négocier un mécanisme d'enquête sur les faits ou un régime, prévue à la section 3.

46. Quant à la responsabilité « objective », les rapports antérieurs consacrent une énergie considérable, tout d'abord, comme on l'a vu, pour en atténuer les effets, et ensuite, pour ne la considérer que comme l'un des divers éléments du fondement juridique de la réparation éventuellement accordée en cas de préjudice en l'absence de régime conventionnel préexistant. On a vu en effet que l'obligation de réparer s'appuie sur l'obligation de prévention réputée reconnue en droit international. L'obligation de réparer n'est rien d'autre en somme que « la prévention après l'événement »[45]. De même, tout bien considéré, l'emploi du critère des « anticipations communes » peut s'interpréter comme une tentative de donner un deuxième point d'appui à l'obligation de réparer, s'ajoutant naturellement à sa fonction première de déclencheur des automatismes de la responsabilité objective. Ce deuxième point d'appui serait constitué, selon le cas, par la nature « quasi » contractuelle de ces anticipations, quand elles résultent d'échanges entre les parties révélant des zones d'accords imparfaits entre elles, ou par leur nature « quasi » coutumière (si l'on peut user d'une formule aussi hétérodoxe), quand les anticipations dérivent de « normes communes, législatives ou autres, ou de modes de comportement communs normalement observés par les Etats concernés ou dans tout groupement régional ou autre auquel lesdits Etats appartiennent, ou parmi la communauté internationale », aux termes de l'alinéa *b* du paragraphe 4 de la section 4.

47. Cependant, même si l'on admet ce qui précède, le troisième point d'appui ne peut manquer d'être la responsabilité objective. Le précédent Rapporteur spécial souligne, en effet, dans son troisième rapport :

> Au stade ultime, une fois épuisées toutes les possibilités d'établir un régime — ou encore quand il s'est produit une perte ou un dommage que nul n'avait prévu —, il existe une obligation, qui relève de la responsabilité objective, de réparer le préjudice. [...][46].

On entre ainsi dans le domaine controversé de la responsabilité objective.

48. La première considération qui se présente à ce propos est que la responsabilité objective n'est pas monolithique : son fonctionnement est loin d'être uniforme, autrement dit, il existe divers degrés de rigueur dans ce domaine, au point que, selon le Rapporteur spécial, il faudrait parler de « formes » de responsabilité objective. Goldie relève les différences, en droit anglo-saxon, entre la responsabilité objective *(strict liability)* et la responsabilité absolue *(absolute liability)*, selon la rigueur avec laquelle l'une et l'autre s'appliquent[47].

49. Du point de vue du droit international, Goldie met en évidence les écarts qui existent, dans le sens qui vient d'être indiqué, entre les conventions telles que celles qui concernent l'énergie nucléaire, où est prévu le critère nouveau d'« enchaînement des causes » *(channelling)*, qui « fait remonter la responsabilité à l'exploitant nucléaire, aussi distendu que soit le lien de causalité et aussi nouveaux que soient les facteurs intermédiaires (à l'exception d'un très petit nombre de facteurs exonératoires)[48] ». Les exceptions à la responsabilité sont très limitées dans ce domaine, comme le montre l'article 9 de la Convention de Paris de 1960 sur la responsabilité civile en matière d'énergie nucléaire, telle que modifiée par son Protocole additionnel de 1964[49], où les seules causes d'exonération de l'exploitant nucléaire sont :

> [...] certains troubles de caractère international comme les actes d'un conflit armé ou d'une invasion, de caractère politique comme la guerre civile ou l'insurrection, enfin des cataclysmes naturels de caractère exceptionnel, c'est-à-dire catastrophiques et totalement imprévisibles; tous ces événements, en effet, mettent en jeu la responsabilité de la nation dans son ensemble. [...][50].

Une telle formule exclurait donc l'application de motifs aussi traditionnels que la force majeure, les cas fortuits, le dol ou le fait des tiers. Même la négligence du demandeur ne parvient pas à exonérer totalement l'exploitant nucléaire[51].

50. Goldie cite d'aures traités qui établissent des formes de responsabilité absolue, dans l'article qui est commenté ici et dans lequel les membres de la Commission trouveront une illustration plus abondante de cet aspect[52]. Par exemple, la Convention de 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par les objets spatiaux[53] (où la sévérité est moindre, puisque l'« enchaînement des causes » ne fonctionnerait pas pour établir la responsabilité, et que l'Etat demandeur devrait prouver la relation causale). De même, dans le domaine de la pollution marine, il existe des degrés de sévérité différents dans l'appréciation de la responsabilité, qui vont en s'aggravant à mesure que le temps passe. Ainsi, la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par

---

[45] Voir *supra* par. 6 et note 14.

[46] Doc. A/CN.4/360 (v. *supra* n. 2), par. 41.

[47] Goldie écrit :

> « [...] S'il est vrai que, dans certains ouvrages anciens, ces deux qualificatifs [objective et absolue] étaient employés de façon interchangeable pour désigner ce type de responsabilité, l'usage a changé depuis la publication, il y a près de soixante ans, de l'important article de sir Percy Winfield, « The myth of absolute liability ».
>
> « L'auteur soutenait, avec une logique qui n'a pas fini d'influencer le monde juridique, que les règles exonératoires appliquées par les tribunaux pour tempérer la responsabilité du défendeur, conformément au principe établi par l'affaire *Rylands* c. *Fletcher* (ainsi que les règles qui sont apparues dans les juridictions qui reconnaissent la doctrine des activités comportant des risques exceptionnels) ont rendu l'adjectif « absolue » quelque peu impropre; c'est ainsi que l'expression « responsabilité objective » a fini par prévaloir dans la pratique des pays de « common law ». Or, si l'expression « responsabilité absolue » est remise en usage dans le présent article, ce n'est pas pour nier la pertinence des arguments de sir Percy Winfield touchant la terminologie, mais pour indiquer que l'on a maintenant affaire, surtout dans le domaine international, à une forme de responsabilité plus rigoureuse que l'on appelle habituellement la « responsabilité objective ».

(« Concepts of strict and absolute liability... », *loc. cit.* [*supra* n. 10], p. 194.)

[48] *Ibid.* p. 196.

[49] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 956, p. 251 et 332.

[50] Voir *Annuaire européen*, vol. VIII, La Haye, 1961, p. 248, « Exposé des motifs », par. 48, cité par Goldie, *loc. cit.* (*supra* n. 10), p. 196.

[51] Goldie, *loc. cit.*, p. 197.

[52] *Ibid.*, p. 193 à 204.

[53] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 961, p. 187.

les hydrocarbures, conclue à Bruxelles en 1969[54], s'écartait déjà de l'opinion du Comité maritime international, dont le projet de convention reposait sur la faute et sur le renversement de la charge de la preuve. Le régime qui a été établi à Bruxelles, en vertu de l'article III de la Convention, pourrait donc être qualifié de « responsabilité absolue ». Il a été complété par la création, en 1971, d'un fonds d'indemnisation, qui prévoyait un supplément d'indemnisation et des causes d'exonération encore plus limitées (v. *infra* par. 59). Enfin, la Conférence internationale sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de certaines substances dangereuses, réunie à Londres, en 1984, sous les auspices de l'OMI, a adopté deux protocoles — l'un modifiant la Convention de Bruxelles de 1969, l'autre, la Convention de 1971 portant création d'un Fonds international d'indemnisation — qui augmentent les montants des indemnisations[55].

51. En effet, la responsabilité pour risque, ou responsabilité objective, n'est qu'une technique appliquée par le droit pour obtenir un résultat; en d'autres termes, il n'y a entre la responsabilité des Etats et la responsabilité internationale que des différences de degré d'interdiction, comme on l'a déjà relevé. Lorsqu'il s'agit d'empêcher certains faits ou d'en indemniser les conséquences s'ils se sont produits, on peut concevoir différents types de moyens qui aboutiront à des régimes plus ou moins rigoureux, selon la valeur que la communauté internationale attache en général aux circonstances. Il est évident que, dans les exemples mentionnés au paragraphe précédent, la communauté internationale et les Etats qui sont devenus parties à ces régimes conventionnels étaient très sensibilisés aux risques créés par les activités susmentionnées, et il en est résulté un type de responsabilité que Goldie préfère appeler « absolue » plutôt qu'« objective ». Toutefois, il paraît certain qu'il n'y a pas de division tranchée entre les deux types, mais de multiples nuances dans la rigueur, depuis l'« enchaînement des causes » et la quasi-absence d'exception, jusqu'à des formes plus atténuées qui seraient, par exemple, le simple renversement de la charge de la preuve ou l'établissement de certaines présomptions qui jouent en faveur du demandeur[56]. En outre, il est évident que ces formes de responsabilité absolue, si sévères dans l'imputation des conséquences à l'Etat d'origine, n'ont leur place que dans des conventions sur des activités déterminées et très dangereuses, mais non dans un régime général comme celui qui est envisagé ici. Certes, si les Etats concluent, dans le cadre des présents articles, des conventions particulières au sujet de certaines activités, ils opteront pour le type de responsabilité qu'ils considèrent comme la mieux adaptée au risque en cause ou à ses caractéristiques. Mais s'il s'agit de la prévention ou de la réparation d'un dommage, sans qu'il existe un régime préalable, comme dans le cas étudié ici, la responsabilité doit être alors moins stricte ou conditionnelle. Telle est, semble-t-il, l'intention exprimée dans l'ébauche de plan, qui débouche sur un régime de responsabilité peu rigoureux et subordonné aux conditions déjà signalées, qui paraissent appropriées moyennant certaines modifications.

52. Comme il a déjà été indiqué, la responsabilité pour risque ou responsabilité objective s'est heurtée à une forte hostilité de la part de certains membres de la CDI et de représentants à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, au motif, peut-être justifié, qu'elle ne se fonde sur aucune règle du droit international général. Cela est évidemment possible si l'on pense à une règle de caractère très général que l'on appliquerait à un cas spécifique. Cependant, il existe tous les éléments nécessaires pour voir dans ce mode de responsabilité quasiment une conséquence de prémisses vérifiables par le simple jeu de la logique. Ces prémisses se situent à la base de l'ordre juridique international. En effet, il n'est pas nécessaire de démontrer que la notion de souveraineté est un des fondements de cet ordre juridique, et il faut recourir à cette notion pour fonder le droit indéniable de tout Etat de ne pas subir de trouble dans l'usage et la jouissance de son territoire. D'un point de vue théorique, un Etat n'a aucune obligation d'admettre que cet usage et cette jouissance soient perturbés aussi peu que ce soit par l'action d'un autre Etat ou de per-

[54] *Ibid.*, vol. 973, p. 3.

[55] Goldie, *loc. cit.*, p. 202 à 204. La Conférence de Londres a été également saisie d'un projet de convention sur la responsabilité et l'indemnisation dans le contexte du transport par mer de substances nocives ou dangereuses, qui, de manière plus significative encore, élargit la responsabilité à d'autres substances dangereuses. Voir l'Acte final de la Conférence, auquel sont joints les textes des instruments et résolutions adoptés (publication de l'OMI, numéro de vente : 456 85.15.F). Le projet de convention, distribué par l'OMI sous la cote LEG/CONF.6/3, est publié en anglais dans *International Legal Materials*, Washington (D.C.), vol. 23, n° 1, janvier 1984, p. 150.

[56] Par exemple, le Code civil argentin envisage divers degrés de responsabilité. S'agissant de la responsabilité du fait des employés, considérée comme fondée sur le risque :

« [...] s'il est prouvé que l'accident s'est produit par la faute exclusive de la victime, il n'y aura pas lieu à indemnisation; s'il est prouvé que la faute de la victime a concouru au dommage, l'indemnisation sera partielle. Ces solutions ne sont pas incompatibles avec la théorie du risque créé, parce que, une fois établie la faute de la victime, il est établi aussi que l'activité dangereuse n'est pas la cause unique de l'accident et, en présence de causes multiples, le dommage doit être réparti, compte tenu de cette circonstance. » (G. A. Borda, *Manual de obligaciones*, 4e éd., Buenos Aires, Perrot, 1970, p. 484.)

En revanche, la responsabilité des exploitants d'hôtels, pensions et établissements analogues, de même que celle des capitaines de navire et agents de transport, en cas de dommages causés aux biens des clients des établissements susmentionnés ou aux biens transportés, ou en cas de dommages causés par des objets lancés depuis un bâtiment, est soumise à un régime plus rigoureux, puisque, en vertu de l'article 1118 du Code civil, leur responsabilité demeure, « même s'ils prouvent qu'il leur a été impossible d'empêcher le dommage ».

S'agissant de la responsabilité pour les dommages causés par les animaux, les nuances sont multiples. Là encore, on considère que la responsabilité procède du risque créé, bien que la théorie classique exige qu'elle repose sur la faute *in vigilando*, car, souvent, on ne trouvera aucune faute à imputer à celui qui est tenu pour responsable (Borda, *op. cit.*, p. 500). Les motifs d'exonération sont : *a*) le fait que l'animal a été provoqué par un tiers (art. 1125); *b*) le fait que l'animal s'est détaché ou échappé, sans qu'il y ait faute du gardien (art. 1127) — c'est-à-dire par la faute d'un tiers exclusivement; *c*) la force majeure ou la faute de la victime (art. 1128). Dans le cas d'un animal féroce (art. 1129), en revanche, ni la force majeure, ni l'absence de faute de la part du gardien ne sont exonératoires. Toutefois, la faute de la victime elle-même exonère le gardien.

En cas de dommages causés par des objets inanimés — compte tenu de l'amendement apporté à l'article 1113 et aux autres dispositions pertinentes du Code civil par la loi 17.711 de 1968 —, on établit une distinction selon que la chose recèle ou ne recèle pas de vice ou de risque. Dans le second cas, le propriétaire ou le détenteur de l'objet s'exonère en prouvant qu'il n'a pas commis de faute; dans le premier cas, sa responsabilité ne disparaît que s'il prouve qu'il y a eu faute de la part de la victime ou de celle d'un tiers (*ibid.*, p. 505).

sonnes se trouvant sur le territoire de cet autre Etat. Tel est le principe dans sa forme la plus pure.

53. L'autre face de la médaille, qui procède aussi du principe même de la souveraineté nationale, est constituée par le droit supposé d'un Etat de mener ou d'autoriser toute activité sur son territoire, sans égard pour les conséquences pour le territoire des autres Etats. Ces deux propositions découlent de l'idée de souveraineté, et aucune n'est valide si elle est formulée de la sorte. Il est bien connu que la souveraineté, comme le dieu Janus, a deux visages. Cela vient de la contradiction interne dont elle souffre : nul n'est vraiment souverain s'il doit coexister avec d'autres entités égales. L'idée de souveraineté est incompatible avec celle de multiplicité, puisqu'il ne peut y avoir qu'un seul souverain et qu'il n'y a pas de souverain dans une communauté d'égaux. La souveraineté envisagée de manière absolue existerait dans un empire universel, mais non dans une communauté de nations comme celle que l'on connaît. Les deux notions sont incompatibles avec le droit international et avec la simple coexistence de fait entre égaux. Ainsi, la notion que l'Etat a la liberté absolue d'agir sur son propre territoire et, partant de là, l'idée que toute activité autorisée par l'Etat d'origine est valide et que, si un dommage se produit, il n'est pas susceptible de réparation en vertu du droit des gens, est aussi irréelle que l'hypothèse contraire, à savoir que, comme il est interdit de causer des dommages en troublant l'usage de la jouissance du territoire d'un autre Etat, toute activité qui peut créer un risque est en principe interdite, et qu'elle ne peut être entreprise sans l'autorisation préalable des autres Etats. Enfin, si le dommage causé à des étrangers sur le territoire d'un Etat doit être réparé, que dire de celui qui est causé aux personnes qui vivent dans leur propre pays ? La conclusion est claire. A la base même de l'ordre juridique international réside la souveraineté conçue de la seule manière possible, compte tenu du fait de la coexistence internationale, c'est-à-dire dans le contexte de l'interdépendance. Cette coexistence n'est pas concevable, elle non plus, sans l'égalité juridique des Etats qui y participent. Ne pas tenir compte du droit d'un Etat à l'usage et à la jouissance sans trouble de son territoire (et en définitive refuser d'entrer dans un régime réglementant les droits et devoirs de chacun par rapport à l'activité), ou refuser d'indemniser les dommages survenus, ne fait que modifier l'équilibre et rompre l'égalité entre les Etats. Le principe de l'égalité juridique est très général, et son respect nécessite des règles très précises, primaires ou secondaires selon la nature du sujet. Dès lors, proposer des règles qui en favorisent le respect n'est rien de plus qu'appliquer à la situation des techniques juridiques inévitables.

54. Il n'est donc pas possible de fonder une norme juridique sur une réalité internationale qui n'existe pas, car ni l'indépendance absolue ni la souveraineté absolue n'existent. En revanche, l'interdépendance a toujours existé et est sans cesse plus réelle, et c'est sur cette base que le droit international reconnaît la responsabilité pour risque. C'est donc à bon droit que l'on cherche, dans l'ébauche de plan, à fonder aussi l'obligation de réparer sur l'obligation de prévention. Cette démarche est acceptable parce qu'il est certain que la prévention et la réparation forment un « continuum », puisque l'une et l'autre tendent à des effets similaires, c'est-à-dire à faire en sorte qu'une activité soit conduite de telle manière que l'effet du dommage qu'elle produit — autrement dit, son aspect négatif — soit aussi léger que possible, d'une part grâce à des mesures préventives, de l'autre, par le moyen de l'indemnisation, qui en efface autant que possible les conséquences. Comme on l'a déjà vu (chap. Ier, sect. B), c'est le dommage, sa prévention et son élimination qui dominent le sujet. Il est donc juste qu'une activité socialement utile, mais créant un risque, soit soumise à un examen permettant d'étudier les divers intérêts en jeu, et soit autorisée quand ces intérêts s'équilibrent, afin d'éviter qu'il ne soit porté atteinte à l'égalité souveraine des Etats. L'analyse juridique de la matière est peut-être nouvelle. Cowan, par exemple, considère la création d'un risque par l'exercice d'une activité dangereuse comme une expropriation de certains droits[57]. En effet, si l'on ne répare pas les dommages produits, ces activités engendrent un véritable transfert de coûts de l'auteur à la victime. A travers les dommages subis, ce sont les tiers qui supporteraient des coûts devant normalement être portés au débit de l'entreprise. Dans l'ordre international, ce seraient les autres Etats qui subventionneraient des activités profitables à un Etat donné. Il serait légitime de soutenir que la réparation opère une véritable « internalisation » des coûts : des coûts qui apparaissent, à tort, externes à une entreprise ou à une activité sont répercutés à l'intérieur de celle-ci et s'internalisent[58].

---

[57] Rappelant l'opinion de Cowan, Goldie écrit :

« Peut-être voit-on apparaître un principe qui voudrait que toute entreprise, dont les travaux comportant des risques exceptionnels peuvent engendrer des dommages pour les personnes qui en consomment les produits ou qui entrent en contact avec ses activités, serait responsable du préjudice résultant du risque ainsi créé. Se contenter de rendre les entreprises responsables en cas de faute reviendrait en effet à leur permettre de procéder à leurs activités aux dépens d'autrui, en rejetant leurs dépenses d'exploitation sur leurs voisins ou sur les utilisateurs finaux de leurs produits ou de leurs services. M. Cowan voit à juste titre dans la nouvelle pratique judiciaire, qui admet le recours en justice dans de tels cas, « une politique consistant à considérer le risque délibérément créé comme une expropriation ». (*Loc. cit.* [*supra* n. 10], p. 185.)

[58] Selon Fleming,

« De façon très prosaïque, on peut illustrer le problème par un accident survenu dans un champ pétrolifère, où l'exploitant, ayant décidé d'« éteindre » un puits en danger, avait procédé pour ce faire conformément aux techniques habituelles. Cependant, celles-ci n'avaient pas empêché certaines substances inconnues et nocives d'échapper des entrailles de la terre, notamment de l'arsenic qui s'était répandu sur les pâturages avoisinants. L'exploitant avait alors résolu la déplaisante alternative devant laquelle il se trouvait en faisant passer les intérêts d'autrui après les siens. Les risques d'émission de substances délétères, même s'ils étaient relativement limités, étaient manifestes, et d'autant plus difficiles à éviter qu'il aurait fallu pour cela renoncer à l'extinction du puits. Or celle-ci était nécessaire, et représentait une technique habituelle dans l'industrie pétrolière — industrie d'une importance économique telle que seules des raisons absolument contraignantes pourraient en justifier l'arrêt. Affirmer que la décision de l'exploitant était entachée de négligence serait en supposer l'illicéité, et supposer par conséquent qu'elle pouvait être empêchée par décision de justice. C'est précisément pour résoudre ce dilemme que la loi dit à l'exploitant : « Ce que vous voulez faire n'est pas interdit, et nous ne pouvons donc vous en empêcher. Mais, si vous passez à l'action, soyez prêt à payer les conséquences en cas d'accident, ce que vous espérez évidemment éviter, mais qui, vous le savez, peut fort bien se produire ». (L. G. Fleming, *An Introduction to the Law of Torts*, Oxford, Clarendon Press, 1967, p. 158 et 159, cité par Goldie, *loc. cit.*, p. 187.)

55. On a déjà vu le rôle modérateur que le critère des anticipations partagées joue dans l'ébauche de plan. Peut-être le même critère peut-il servir à renforcer le fondement de l'obligation de réparer. Malgré ces vertus, il faut réfléchir à nouveau à la notion. En premier lieu, il faut dire que les anticipations sont quelque chose de moins qu'un droit : elles représentent l'espérance fondée sur la logique et sur les expériences passées que l'on obtiendra un résultat, en l'occurrence, une indemnisation. Il est indéniable que les anticipations jouent un rôle en matière juridique; dans certains cas, en effet, les tribunaux ont accordé une indemnisation ou une réparation sous une forme ou une autre sur cette base.

56. L'étude du Secrétariat sur la pratique internationale concernant le sujet contient des éléments intéressants à cet égard. On y lit par exemple :

> Les auteurs de l'étude n'ont pas ignoré la difficulté qu'il y a à déterminer si un fait particulier est une « preuve » de la pratique des Etats. Des politiques différentes peuvent motiver la conclusion de certains traités ou l'adoption de certaines décisions. Il peut s'agir de compromis ou d'arrangements dictés par des raisons extérieures. Cependant, des exemples répétés de pratique des Etats, lorsqu'ils sont inspirés par des politiques semblables, peuvent laisser présumer que ces précédents inspireront le comportement futur. Même si certaines de ces politiques n'ont pas été énoncées de façon explicite lors des événements considérés ou même si elles ont été tenues à dessein dans le vague, un comportement qui se perpétue peut déboucher sur la création d'une norme coutumière. Que les normes examinées ici soient ou non considérées comme faisant partie du droit coutumier, elles *mettent en évidence* une tendance des anticipations et peuvent contribuer à préciser les politiques suivies en ce qui concerne certains principes détaillés applicables en matière de responsabilité internationale. La pratique montre également comment des principes concurrents comme ceux de la « souveraineté de l'Etat » et de la « juridiction interne » doivent être conciliés avec les nouvelles normes[59].

Il semble donc que si le volume appréciable de la pratique examinée n'autorise pas encore à déclarer que des règles coutumières existent en la matière, il montre néanmoins qu'il peut exister des anticipations fondées ou, du moins, une tendance à la reconnaissance de telles anticipations.

57. Toutes ces précautions de langage attestent la difficulté du présent sujet. Si, après une étude aussi complète, on parvient à la conclusion qu'elle indique certaines tendances à la création d'anticipations, il ne semble pas cependant que l'on puisse exiger l'accomplissement de formalités aussi lourdes que la preuve des anticipations partagées dans un cas d'espèce. Dans certaines circonstances, ces anticipations se manifesteront facilement, par exemple quand elles seront consignées au procès-verbal des négociations entre les parties. Dans d'autres hypothèses encore, le juge ou la partie adverse à la négociation admettra une anticipation commune de caractère régional, comme cela s'est produit, semble-t-il dans les cas évoqués plus haut d'installation de centrales nucléaires et d'une raffinerie près des frontières entre pays européens[60]. Cependant, en général, une telle preuve sera difficile à rapporter. Une possibilité serait de retenir certains éléments de ce que l'ébauche de plan définit comme des anticipations communes, sans qu'il faille accepter la notion dans sa totalité. Un aspect, exprimé à l'alinéa *b* du paragraphe 4 de la section 4, semble important et ne devrait pas être négligé : il concerne l'existence de normes communes, législatives ou autres. Peut-être la clef se trouve-t-elle ici dans les principes du droit interne, qu'ils soient exprimés dans la loi ou dans la jurisprudence des tribunaux. Il paraît en effet hautement injuste qu'un Etat, sur le territoire ou sous le contrôle duquel l'activité en question a lieu, prévoie l'obligation d'indemniser si le sinistre se produit sur son territoire et refuse de réparer au motif que le préjudice est causé à un autre territoire. Il ne semble pas non plus très logique que l'Etat affecté, qui ne prévoit pas d'indemnisation dans son droit interne pour de semblables événements, réclame réparation quand le dommage prend origine dans un Etat voisin. Des dispositions expresses ne seraient donc pas exigées dans ce cas, car cela obligerait à entrer dans les complexités de l'interprétation d'un droit interne étranger; il suffirait qu'existent les principes imposant une réparation. Le projet aurait peut-être ainsi une application suffisamment large, attendu que le droit interne de la majeure partie des Etats qui constituent la communauté internationale contient de tels principes[61].

58. Néanmoins, il ne serait pas conforme à la nature du mécanisme d'indemnisation des dommages de faire peser sur l'Etat affecté la charge de la preuve de l'existence de tels principes. La solution pourrait donc être celle de l'exception : l'Etat d'origine pourrait s'exonérer de l'obligation d'indemniser, s'il établissait que les principes pertinents n'existent ni dans son droit interne ni dans celui de l'Etat affecté. On pourrait aussi admettre en tant qu'exception l'existence d'une pratique régionale, selon laquelle aucune indemnisation n'est due dans un cas analogue, ou encore l'existence chez l'Etat affecté de la pratique selon laquelle il n'y a pas d'indemnisation dans une situation similaire. Il faut insister sur le caractère régional ou individuel de cette sorte d'antici-

---

De ces éléments, Goldie conclut que les dommages causés par certaines activités, comme celles qui sont examinées ici, devraient être réputés causés sans faute, mais considérés comme provoquant nécessairement une expropriation indemnisable de certains droits — qu'il nomme *amenities*, tels que le droit de chacun à une eau pure et une atmosphère propre — et comme une atteinte à la sécurité personnelle, quand certains dommages sont la conséquence du caractère licite de l'activité (*loc. cit.*, p. 189). L'absence d'indemnisation de cette expropriation provoquerait un enrichissement sans cause *(unjust enrichment)*. En droit interne, ces *amenities* devraient être considérées à la fois comme un droit personnel et comme un droit réel *(both a personal and a property right)*. « En droit international, les analogies avec l'une et l'autre de ces catégories devraient être admises et développées du point de vue de l'intégrité territoriale des Etats [...] et de leur droit souverain de jouir de leurs ressources naturelles. » (*Ibid.*, p. 193.)

[59] *Annuaire... 1985*, vol. II (1re partie)/Add.1, doc. A/CN.4/384, par. 10.

[60] Voir *supra* note 40 *d*.

[61] L'étude de M. H. Arsanjani, intitulée « No-fault liability from the perspective of the general principles of law » (à paraître), est intéressante à cet égard. L'auteur y montre que les principes de la responsabilité pour risque, sous leurs diverses appellations et formes, sont acceptés par un grand nombre de pays, au point que l'auteur considère qu'existent les conditions nécessaires pour en faire un principe général du droit, au sens de l'Article 38 du Statut de la CIJ :

> « En tant que notion juridique, la responsabilité objective est maintenant acceptée dans la plupart des systèmes juridiques, et notamment dans ceux des pays techniquement avancés, où les règles en matière de quasi-délit sont plus comnplexes. [...] Il apparaît cependant que la responsabilité objective est un principe commun à un nombre appréciable de pays appartenant à différents systèmes juridiques, qui se trouvent être particulièrement confrontés à des activités entrant dans le cadre de ce principe. Même si les Etats diffèrent sur l'application concrète du principe, l'interprétation et la formulation qu'ils en donnent sont essentiellement identiques. »

pation négative, car c'est une exception qui doit être claire, ce qui ne serait pas le cas si l'on envisage la situation générale.

59. Certaines conventions prévoient des exceptions pour des cas déterminés de force majeure ou fortuits (ni tous les cas de force majeure, ni tous les cas fortuits). Comme on l'a déjà vu (*supra* par. 49), les exceptions dans la Convention de Paris de 1960 sur la responsabilité civile en matière d'énergie nucléaire, telle que modifiée par son Protocole additionnel de 1964, sont très limitées. La Convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures[62] admet, au paragraphe 2, al. *a*, de son article III, les mêmes causes d'exonération, à savoir que le dommage par pollution « résulte d'un acte de guerre, d'hostilité, d'une guerre civile, d'une insurrection ou d'un phénomène naturel de caractère exceptionnel, inévitable et irrésistible ». Au paragraphe 2, al. *a*, de son article 4, la Convention internationale de 1971 portant création d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures[63] prévoit en faveur du Fonds une exonération similaire, mais en la bornant aux actes de guerre, hostilités, guerres civiles ou insurrections. De son côté, le projet de convention sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de certaines substances dangereuses[64] retient entre autres motifs, au paragraphe 2, al. *a*, de son article 3, les « acte de guerre, hostilités, guerre civile et insurrection, ou un phénomène naturel de caractère exceptionnel, inévitable et irrésistible ».

60. On peut envisager comme autres exceptions la négligence de la victime et le fait des tiers avec l'intention de nuire, d'ailleurs reconnus dans diverses conventions internationales[65] et dans le droit interne de nombreux pays.

61. Ces exceptions, qui atténuent le jeu de la responsabilité objective, pourraient ne pas s'appliquer si l'Etat d'origine avait adopté un comportement incompatible avec ses obligations d'informer ou de négocier, dès lors que, s'agissant de la première obligation, il connaissait, ou aurait dû connaître le caractère dangereux de l'activité considérée. Il faudrait faire intervenir à ce sujet la latitude d'appréciation de la preuve mentionnée précédemment à propos de l'affaire du *Détroit de Corfou* (voir par. 36). Ce serait un moyen d'inciter les Etats à respecter les obligations mentionnées, et il paraît juste, en outre, que celui qui manifeste un désintérêt si flagrant à l'égard des droits ou intérêts du voisin ne puisse se réfugier ensuite derrière des exceptions.

62. Comme on l'a vu précédemment, la question de la prévention a occupé une place centrale dans les débats sur le présent sujet, lesquels ont montré en particulier que, de l'avis de la majorité, le souci de prévention devait être retenu parmi les éléments essentiels du projet[66]. Dans ce domaine de la prévention, comme dans l'ensemble du sujet, l'équilibre des intérêts intervient comme un étalon important des obligations. Lorsque les pays engagent des négociations, qui aboutissent finalement à l'établissement d'un régime pour une activité à risque, le rôle du projet schématisé dans l'ébauche de plan ne peut être que de fournir des orientations générales pour le traité qui sera finalement signé. Là n'est donc pas le problème qui doit retenir l'attention, si ce n'est en relation avec les activités dangereuses au sujet desquelles aucun accord n'est intervenu entre les parties.

63. L'obligation mentionnée à la fin du paragraphe 8 de la section 2 et du paragraphe 4 de la section 3 de l'ébauche de plan est une obligation de diligence due qui repose, en cas de survenance d'un dommage, sur des critères qui sont fonction de l'état des techniques de prévention du dommage considéré, sur la proportionnalité entre les précautions exigibles compte tenu du danger que crée l'activité et attendu que, si le dommage virtuel se produit effectivement, il devra être indemnisé selon les modalités prévues dans l'ébauche de plan. Pour parvenir au résultat recherché, qui est d'éviter le dommage ou d'en effacer autant que possible les conséquences, il y aurait la possibilité théorique de combiner un régime de responsabilité pour faits illicites avec un régime de responsabilité pour risque, afin d'obtenir un régime semblable à celui établi par le tribunal arbitral dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*[67]. Ce régime fixe un ensemble de procédures que l'entrepreneur doit suivre pour réduire la pollution au niveau acceptable le plus bas possible compte tenu de l'état actuel de la technique et eu égard aussi aux exigences de la rentabilité de l'entreprise. Dans l'hypothèse où le niveau de pollution recherché et généralement obtenu augmenterait au point de dépasser les limites fixées, une enquête aurait lieu, et si cette dernière révélait que les procédures n'avaient pas été respectées, le comportement de l'Etat canadien pourrait être considéré comme illicite au cas où, par exemple, il aurait manqué à ses devoirs de contrôle sur les activités de la fonderie. Il semble que, dans l'exemple cité, même s'il ne se produit pas de dommages substantiels, on se trouve en présence d'obligations de comportement à la charge du Gouvernement canadien du type de celles qui sont définies à l'article 20 de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats, comme suit :

Article 20. — Violation d'une obligation internationale requérant d'adopter un comportement spécifiquement déterminé

Il y a violation par un Etat d'une obligation internationale le requérant d'adopter un comportement spécifiquement déterminé lorsque le comportement de cet Etat n'est pas conforme à celui requis de lui par cette obligation[68].

Le régime de la responsabilité pour risque coexiste avec ce régime de responsabilité des Etats dès lors que, malgré le respect de toutes les procédures prévues, le dommage se produit par ce que l'on pourrait considérer comme un accident, et il faut alors aussi réparer le dommage causé.

---

[62] Voir *supra* note 54.

[63] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1110, p. 57.

[64] Voir *supra* note 55.

[65] Voir l'étude du Secrétariat sur la pratique des Etats, doc. A/CN.4/384 (v. *supra* n. 40 *d in fine*), par. 484 à 507.

[66] Voir *supra* note 13.

[67] Voir *supra* note 34.

[68] *Annuaire... 1980*, vol. II (2e partie), p. 31.

64. L'obligation de diligence due paraît avoir ici un autre caractère : elle serait dépendante de la survenance du dommage. Si ce dernier se produit, c'est alors seulement qu'entrent en jeu les conséquences de sa violation, et elles le font dans le cadre du régime de la responsabilité pour risque, se muant en une nouvelle obligation d'indemniser, dont la portée est modifiée (élargie) par l'effet des obligations inexécutées. Ce ne serait pas des obligations autonomes, comme les obligations de comportement, dont l'inexécution suffit à faire naître l'illicéité, mais des obligations subordonnées au régime de la responsabilité pour risque et dont le fonctionnement dépend de la même condition que l'application de ce dernier : la réalisation du dommage. Peut-être pourrait-on faire une comparaison avec les obligations de prévenir un événement donné, décrites à l'article 23 ci-après de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats :

Article 23. — Violation d'une obligation internationale requérant de prévenir un événement donné

Lorsque le résultat requis d'un Etat par une obligation internationale est de prévenir, par un moyen de son choix, la survenance d'un événement donné, il n'y a violation de cette obligation que si, par le comportement adopté, l'Etat n'assure pas ce résultat[69].

Les procédures et précautions appliquées sont du ressort exclusif de l'Etat soumis à l'obligation, et ce n'est que si l'événement qu'il s'agissait d'éviter se produit néanmoins que l'on comparera les méthodes préventives adoptées à celles qui auraient dû être adoptées selon les règles de l'art.

65. La différence notable entre la prévention quand il y a obligation d'éviter un événement déterminé et la prévention dans le cadre d'un régime de responsabilité pour risque est que, dans le premier cas, l'Etat qui a appliqué des moyens raisonnables pour éviter le résultat[70] peut être exonéré des conséquences adverses, tandis qu'en régime de responsabilité pour risque l'indemnisation a toujours lieu, étant entendu que son quantum dépend de tous les facteurs mentionnés précédemment, y compris les exceptions. On peut donc dire que, dans un tel régime, les obligations ne sont pas autonomes et dépendent de ce qui conditionne la réparation (c'est-à-dire la survenance du dommage) et que, en tout cas, un tel régime a pour effet d'aggraver la situation de l'Etat auteur quant à la forme et quant au fond. En effet, entre les obligations d'empêcher un événement donné et les obligations de réparer, qui apparaissent dans un régime de responsabilité pour risque, même s'il ne s'agit pas d'un régime vraiment pur dans le cas de l'ébauche de plan, il y a la même différence qu'entre les obligations secondaires et les obligations primaires. Dans le premier cas, la survenance de l'événement qu'il faut éviter provoque finalement l'illicéité du comportement de l'Etat (du moins si les mesures prises pour prévenir l'événement n'ont pas été raisonnables ou ont été prévisiblement insuffisantes), tandis que, dans l'autre cas, il n'y a pas illicéité, mais exécution d'une obligation dont la formulation même englobe la réparation.

66. On en vient donc à conclure que l'obligation, énoncée à la fin du paragraphe 8 de la section 2 et du paragraphe 4 de la section 3, fait partie d'un régime de prévention, dont les effets ne se produisent qu'après la survenance du dommage et consistent principalement à aggraver la situation de l'Etat auteur quant à la forme et quant au fond. Mais que devient l'obligation d'informer (sect. 2, par. 1 et 2) et de négocier au sujet d'un régime (sect. 3, par. 1) ? S'agit-il d'une véritable obligation de prévention ? Il semble que c'en soit une en partie. Avertir l'Etat qui risque d'être affecté et l'informer de l'activité qui va être entreprise, de sa nature et de ses effets préjudiciables éventuels, tout cela contribuera à éviter ou à atténuer les dommages grâce aux précautions unilatérales que cet Etat peut prendre. Cependant, le but immédiat de cette obligation est d'amener les parties à établir un régime, où seront fixés leurs droits et obligations par rapport à l'activité considérée, un régime qui prendra en considération l'équilibre des intérêts, les obligations de prévention unilatérales et de coordination des comportements des deux Etats en vue de la prévention et de la réparation. Bien que la prévention soit donc une préoccupation majeure dans ces régimes, elle n'est cependant pas la seule. C'est là, semble-t-il, la principale différence entre cette forme de prévention et celle qui a été étudiée précédemment et qui consiste en mesures unilatérales à la charge de l'Etat auteur pour contrôler l'activité et tenir compte des intérêts des victimes éventuelles.

67. Cette caractéristique donne-t-elle une autonomie propre aux obligations qui sont examinées ? En d'autres termes, faut-il attendre la survenance du dommage pour qu'elles entrent en jeu, comme dans le cas précédent ? C'est là une question capitale, car il est évident que, s'il en va ainsi, les comportements incompatibles avec ces obligations seront illicites, et il faudra donc voir s'il convient de les inclure dans l'étude du sujet. Le Rapporteur spécial estime que les obligations d'informer et de négocier sont suffisamment établies en droit international pour que leur violation engendre l'illicéité. Tout bien considéré, cependant, cela ne signifie pas qu'elles ne peuvent pas figurer dans le projet.

---

[69] *Ibid.*

[70] Au paragraphe 6 du commentaire de l'article 23 de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats, la Commission déclare :

« La survenance de l'événement [le préjudice, en l'occurrence] ne constitue toutefois pas la seule condition spécifiquement requise pour qu'il y ait violation d'une obligation internationale exigeant de l'Etat qu'il assure le résultat consistant à prévenir la survenance d'un tel événement. En assumant des obligations de cette espèce, les Etats ne souscrivent pas une sorte d'assurance, au profit des Etats cocontractants, contre la survenance, quelles qu'en soient les conditions, d'événements du genre prévu — c'est-à-dire même en dehors de toute possibilité matérielle pour eux d'empêcher que, dans un cas d'espèce donné, l'événement se produise. L'Etat ne peut évidemment être tenu qu'à s'opposer par son action à l'éventualité d'un tel événement — qu'à faire échec, pour autant que cela dépende de lui, à la survenance de cet événement. C'est alors que ce dernier a pu se produire du fait que l'Etat n'a pas su le prévenir par son comportement, et alors qu'il ressort que par un comportement différent il aurait pu l'éviter, que l'on peut conclure à ce que le résultat requis par l'obligation n'a pas été assuré [...] Il n'est guère besoin d'ajouter que c'est aussi à la lumière de l'objet de chaque obligation et du caractère plus ou moins essentiel de la prévention de tel ou tel type d'événement que devra se faire, une fois que l'événement à prévenir se sera produit, la comparaison entre le comportement effectivement adopté par l'Etat et celui qu'en l'occurrence on aurait pu raisonnablement s'attendre qu'il adopte pour éviter la survenance de l'événement. » [*Annuaire... 1978*, vol. II (2e partie), p. 93.]

68. On a examiné, au début du présent rapport (chap. Ier, sect. A), la portée du terme « responsabilité » en ce qui concerne les devoirs incombant à certaines personnes. Il est donc clair que les devoirs d'informer et de négocier font partie de la responsabilité internationale pour des activités qui ne sont pas interdites. On en revient ainsi aux difficultés soulevées par l'intitulé du sujet et à la distinction entre « actes » et « activités ». Le Rapporteur spécial pense, comme il l'a déjà dit (par. 29), que la version française est la bonne et que c'est elle qui donne au sujet sa portée véritable. Selon le mandat défini par l'Assemblée générale, la Commission doit traiter des conséquences préjudiciables découlant d'activités non interdites par le droit international. Les activités se manifestent par des comportements complexes et variés, qui s'imbriquent et finissent par se confondre. L'activité occasionne une quantité innombrable d'actes particuliers qui lui sont intimement liés, et il peut y avoir parmi eux quelques actes illicites qui ne rendent pas pour autant l'activité illicite. Rien n'empêche donc la Commission, alors qu'elle cherche à établir un régime de la responsabilité pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites, de se préoccuper aussi d'activités qui en sont inséparables et qui sont illicites parce qu'incompatibles avec des obligations établies (en l'espèce, les obligations d'informer et de négocier). Telle est donc la portée du mandat qui est confié à la Commission, et elle ne l'outrepassera pas en faisant entrer aussi dans un régime conventionnel les obligations « envers » un régime, dont la violation fait naître l'illicéité.

69. Quant aux principes, l'analyse critique de l'ébauche de plan montre que celle-ci s'en est apparemment inspirée, et que les principes fondamentaux et nécessaires à l'étude du sujet sont exprimés correctement dans leurs grandes lignes à la section 5. Certains doutes demeurent néanmoins à propos d'aspects plus précis, qui s'affirmeront progressivement à mesure que les travaux avanceront et que l'on tentera de mettre les notions énoncées dans ladite section sous forme d'articles. Dans cette tâche, qui est la prochaine étape de son étude, le Rapporteur spécial espère pouvoir s'appuyer sur ces textes qui donnent les orientations générales, en s'assurant toutefois de leur viabilité à l'intérieur de l'édifice normatif qui sera créé, sans jamais perdre de vue la pratique des Etats. Le Rapporteur spécial croit que telle est la meilleure manière d'arriver à une formulation définitive des principes applicables au sujet.

RELATIONS ENTRE LES ÉTATS ET LES ORGANISATIONS INTERNATIONALES (DEUXIÈME PARTIE DU SUJET)

[Point 8 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/401

Troisième rapport sur les relations entre les Etats et les organisations internationales (deuxième partie du sujet), par M. Leonardo Díaz González, rapporteur spécial

[Original : espagnol]
[9 mai 1986]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	Pages
Note			167
Introduction		1-6	168
I.	Débat de la Sixième Commission sur le sujet, à la quarantième session de l'Assemblée générale	7-14	168
II.	Conclusions qui se dégagent des débats de la CDI et de la Sixième Commission de l'Assemblée générale	15-19	169
III.	Champ du projet d'articles	20-27	170
IV.	Etendue des privilèges et immunités : privilèges et immunités des organisations internationales intergouvernementales	28-35	170
V.	Conclusions	36-41	172

NOTE

Conventions multilatérales mentionnées dans le présent rapport :

	Sources
Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies (New York, 13 février 1946)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1, p. 15.
Convention sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées (New York, 21 novembre 1947)	*Ibid.*, vol. 33, p. 261.
Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Vienne, 18 avril 1961)	*Ibid.*, vol. 500, p. 95.
Convention de Vienne sur les relations consulaires (Vienne, 24 avril 1963)	*Ibid.*, vol. 596, p. 261.
Convention sur les missions spéciales (New York, 8 décembre 1969)	Nations Unies, *Annuaire juridique 1969* (numéro de vente : F.71.V.4), p. 130.
Convention de Vienne sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (Vienne, 14 mars 1975)	*Id.*, *Annuaire juridique 1975* (numéro de vente : F.77.V.3), p. 90.

Introduction

1. Le Rapporteur spécial a soumis son deuxième rapport[1] sur les « Relations entre les Etats et les organisations internationales (deuxième partie du sujet) »[2], à la trente-septième session de la Commission du droit international, en 1985.

2. Dans ce rapport, le Rapporteur examinait la notion d'organisation internationale et les conceptions possibles du champ d'application du futur projet d'articles sur le sujet. Il y traitait aussi de la question de la personnalité juridique des organisations internationales et de la capacité qui en découle.

3. Le rapport contenait, sur cette dernière question, un projet d'article pour lequel deux variantes étaient proposées[3].

4. La Commission est également saisie de l'étude complémentaire établie à sa demande par le Secrétariat à partir des réponses au nouveau questionnaire que le Conseiller juridique de l'ONU avait envoyé en 1978 aux conseillers juridiques des institutions spécialisées et de l'AIEA, au sujet de la pratique suivie par ces organisations en ce qui concerne leur statut juridique, leurs privilèges et leurs immunités[4].

5. La Commission a examiné le sujet de ses 1925e à 1927e et 1929e séances, du 15 au 18 juillet 1985. Le débat qui s'est déroulé, bien que très fructueux, est resté inachevé, en raison du peu de temps dont la Commission disposait pour l'examen du sujet. La Commission n'a donc pas pu prendre de décision sur le projet d'article présenté par le Rapporteur spécial et elle a jugé souhaitable de reprendre le débat à sa trente-huitième session pour permettre à un plus grand nombre de membres de faire connaître leur position sur la question.

6. La Commission a également demandé au Rapporteur spécial d'examiner la possibilité de lui présenter à sa trente-huitième session des propositions concrètes, en tenant compte des opinions exprimées par les membres de la Commission, concernant le champ d'application possible du projet d'articles qui devait être élaboré sur le sujet, et de donner un aperçu du plan qu'il entendait suivre pour la rédaction des divers articles du projet[5].

I. — Débat de la Sixième Commission sur le sujet, à la quarantième session de l'Assemblée générale[6]

7. A la quarantième session de l'Assemblée générale, les représentants qui ont pris la parole à la Sixième Commission sur le sujet à l'étude ont exprimé, à deux ou trois exceptions près, leur satisfaction de ce que la CDI poursuive ses travaux sur ce sujet. Ils ont fait état, comme à d'autres occasions, de l'intérêt, de l'importance et de la complexité de ce sujet, ainsi que de l'opportunité de le codifier.

8. Un représentant s'est demandé s'il était utile que la CDI poursuive ses travaux sur le sujet[7]. Un autre représentant a déclaré que sa délégation « continuait à se demander dans quelle mesure la Commission pouvait faire œuvre utile »[8]. Un autre représentant a estimé qu'il ne fallait pas donner au sujet un rang de priorité élevé, car les gouvernements étaient peu disposés à étendre les privilèges et immunités des organisations internationales[9]. Néanmoins, un représentant a fait observer à cet égard que c'était précisément l'Assemblée générale qui avait demandé à la CDI d'étudier le sujet et qu'il importait que la CDI poursuive ses travaux dans ce domaine.

9. Un représentant a déclaré que le sujet risquait, de par sa nature, de soulever toutes sortes de difficultés doctrinales, mais, dans l'ensemble, sa délégation n'avait pas d'objection quant à la portée générale des travaux présentés par le Rapporteur spécial[10].

10. Un représentant a indiqué que son pays, en tant que pays hôte de l'Organisation des Nations Unies et d'autres organisations internationales importantes, s'intéressait particulièrement à la question des relations entre les Etats et les organisations internationales, et se félicitait de ce que l'étude de la deuxième partie de ce sujet se poursuive[11].

---

[1] *Annuaire... 1985*, vol. II (1re partie), p. 103, doc. A/CN.4/391 et Add.1.

[2] La première partie du sujet, consacrée au statut et aux privilèges et immunités des représentants d'Etats auprès des organisations internationales, a fait l'objet de la Convention sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, adoptée à Vienne le 14 mars 1975 (dénommée ci-après « Convention de Vienne sur la représentation des Etats »).

[3] Les deux variantes du projet d'article présenté par le Rapporteur spécial étaient les suivantes :

« TITRE PREMIER. — PERSONNALITÉ JURIDIQUE

« VARIANTE A :

« *Article premier*

« 1. Les organisations internationales jouissent de la personnalité juridique en droit international et dans le droit interne de leurs Etats membres. Elles ont la capacité, pour autant qu'il est compatible avec l'instrument qui les a créées,

« *a*) de contracter;

« *b*) d'acquérir des biens meubles et immeubles, et d'en disposer;

« *c*) d'ester en justice.

« 2. La capacité d'une organisation internationale de conclure des traités est régie par les règles pertinentes de cette organisation. »

« VARIANTE B :

« *Article premier*

« Les organisations internationales jouissent de la personnalité juridique en droit international et dans le droit interne de leurs Etats membres. Elles ont la capacité, pour autant qu'il est compatible avec l'instrument qui les a créées,

« *a*) de contracter;

« *b*) d'acquérir des biens meubles et immeubles, et d'en disposer;

« *c*) d'ester en justice.

« *Article 2*

« La capacité d'une organisation internationale de conclure des traités est régie par les règles pertinentes de cette organisation. »

[4] Doc. A/CN.4/L.383 et Add.1 à 3, reproduit dans *Annuaire... 1985*, vol. II (1re partie)/Add.1.

[5] *Annuaire... 1985*, vol. II (2e partie), p. 68, par. 267, *d* et *e*.

[6] Voir « Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats de la Sixième Commission sur le rapport de la CDI durant la quarantième session de l'Assemblée générale » (A/CN.4/L.398), sect. F.

[7] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Sixième Commission*, 31e séance, par. 32 (Australie).

[8] *Ibid.*, 32e séance, par. 33 (Royaume-Uni).

[9] *Ibid.*, 31e séance, par. 15 (Nouvelle-Zélande).

[10] *Ibid.*, 29e séance, par. 37 (Etats-Unis d'Amérique).

[11] *Ibid.*, 28e séance, par. 56 (Autriche).

11. Divers représentants ont approuvé le premier projet d'article sur la personnalité juridique des organisations internationales, présenté par le Rapporteur spécial. On a dit à ce sujet qu'en prévoyant, dans le premier article, que les organisations internationales jouissent de la personnalité juridique en droit international, le Rapporteur spécial exprimait le principe fondamental qui devait être à la base du projet d'articles. Un représentant s'est référé, en particulier, au paragraphe 2 du projet d'article (variante A), qui prévoyait que la capacité d'une organisation internationale de conclure des traités était régie par les règles pertinentes de cette organisation. Alors qu'en vertu du principe de l'égalité souveraine des Etats les Etats étaient les principaux sujets du droit international, il n'en était pas de même des organisations internationales, qui étaient le résultat d'un acte de volonté des Etats, acte qui modelait la figure juridique des organisations. Il était essentiel, lorsqu'on examinait le sujet, de ne pas perdre de vue ce principe, sur lequel se fondait le projet d'article. Il était normal, vu la différence de nature entre les Etats et les organisations internationales, de limiter la capacité de ces dernières. Le projet d'article touchait aussi, il fallait le noter, au droit des traités. Un autre représentant a estimé que les deux paragraphes du projet d'article devaient être considérés comme deux articles distincts.

12. Un représentant s'est demandé, à propos du premier projet d'article sur la personnalité juridique des organisations internationales, en vertu de quoi les organisations internationales pouvaient être soumises au droit interne des Etats. C'était là une question qui devait être résolue au moyen d'accords individuels conclus entre les Etats et chaque organisation, et il ne convenait pas de l'examiner dans le contexte du sujet à l'étude.

13. En ce qui concerne les travaux futurs de la CDI sur le sujet, on a appuyé les conclusions formulées par cette dernière au paragraphe 267 de son rapport sur sa trente-septième session et, en particulier, la recommandation tendant à ce que le Rapporteur spécial présente à la Commission un aperçu du plan qu'il entend suivre pour la rédaction des divers projets d'articles sur le sujet[12]. On a aussi exprimé l'espoir que le Rapporteur spécial et la CDI seraient en mesure de proposer une définition aussi complète que possible d'une organisation internationale en tant que sujet de droit international — définition qui faisait actuellement défaut.

14. Un représentant a dit que la CDI devrait obtenir les vues des Etats, ainsi que des renseignements sur l'état des conventions multilatérales sur le sujet. Un autre représentant a dit qu'il fallait aussi connaître les vues des organisations internationales elles-mêmes. On a fait observer que, dans le questionnaire adressé en 1978 aux organisations internationales (v. *supra* par. 4), une question essentielle avait été omise, à savoir si la codification et le développement du droit dans ce domaine étaient nécessaires ou souhaitables.

[12] Voir *supra* note 5.

II. — Conclusions qui se dégagent des débats de la CDI et de la Sixième Commission de l'Assemblée générale

15. Les conclusions formulées par la Commission, à la suite du court débat qu'elle a consacré au sujet, sont consignées dans son rapport sur cette session, qui a été présenté à l'Assemblée générale, à sa quarantième session. Ces conclusions sont, notamment, les suivantes :

d) [...] le Rapporteur spécial pourrait envisager de faire des suggestions concrètes à la Commission à sa trente-huitième session, en gardant présentes à l'esprit les opinions exprimées par des membres de la Commission quant au champ d'application possible du projet d'articles sur le sujet;

e) Le Rapporteur spécial pourrait aussi envisager de présenter à la Commission, à sa trente-huitième session, un aperçu du plan qu'il entend suivre pour la rédaction des différents projets d'articles sur le sujet en question[13];

16. On peut inférer du débat qui s'est déroulé à la Sixième Commission que la majorité des représentants ont approuvé les conclusions de la CDI, en particulier en ce qui concernait « le champ d'application possible du projet d'articles sur le sujet » et la présentation par le Rapporteur spécial d'« un aperçu du plan qu'il entend[ait] suivre pour la rédaction des différents projets d'articles sur le sujet en question ».

17. Le précédent Rapporteur spécial, le regretté Abdullah El-Erian, avait traité ces questions dans son rapport préliminaire[14] et dans son deuxième rapport[15], qu'il avait soumis à la CDI à sa vingt-neuvième session (1977) et à sa trentième session (1978), respectivement. Après examen du sujet, la Commission avait approuvé les conclusions et recommandations du Rapporteur spécial et les avait fait siennes avant de les transmettre à l'Assemblée générale dans ses rapports sur ses sessions de 1977 et 1978[16]. L'Assemblée générale a approuvé, à son tour, ces conclusions et recommandations[17].

18. L'actuel Rapporteur spécial est donc parti de l'hypothèse que tant la Commission que l'Assemblée générale avaient approuvé les conclusions et les recommandations du précédent Rapporteur spécial. L'actuel Rapporteur spécial en a d'ailleurs fait état dans le rapport préliminaire qu'il a présenté à la Commission à sa trente-cinquième session[18].

19. La Commission a également approuvé les conclusions et recommandations contenues dans le rapport préliminaire de l'actuel Rapporteur spécial, et les a transmises à l'Assemblée générale dans son rapport sur sa trente-cinquième session[19]. A son tour, l'Assemblée générale a approuvé ces conclusions et recommandations[20].

[13] *Ibid.*

[14] *Annuaire... 1977*, vol. II (1re partie), p. 147, doc. A/CN.4/304.

[15] *Annuaire... 1978*, vol. II (1re partie), p. 257, doc. A/CN.4/311 et Add.1.

[16] *Annuaire... 1977*, vol. II (2e partie), p. 127, par. 95; et *Annuaire... 1978*, vol. II (2e partie), p. 164, par. 156.

[17] Résolutions 32/151 de l'Assemblée générale du 19 décembre 1977, par. 6; et 33/139 du 19 décembre 1978, par. 6.

[18] *Annuaire... 1983*, vol. II (1re partie), p. 238, doc. A/CN.4/370, par. 11.

[19] *Annuaire... 1983*, vol. II (2e partie), p. 85, par. 277.

[20] Résolution 38/138 de l'Assemblée générale, du 19 décembre 1983, par. 3.

III. — Champ du projet d'articles

20. Dans son rapport préliminaire, le précédent Rapporteur spécial avait mentionné trois types de privilèges et immunités susceptibles de constituer la matière de l'étude envisagée : *a*) les privilèges et immunités de l'organisation; *b*) les privilèges et immunités des fonctionnaires de l'organisation; *c*) les privilèges et immunités des experts en mission pour le compte de l'organisation et des personnes ayant des affaires officielles à traiter avec l'organisation qui ne sont pas des représentants d'Etats. Il avait cité en outre les représentants résidents et les observateurs, qui peuvent représenter une organisation internationale ou être envoyés par une organisation internationale auprès d'une autre organisation internationale[21].

21. A la Commission même, lors de l'examen de ce rapport préliminaire, à la vingt-neuvième session, en 1977, on a indiqué quels pouvaient être le contenu et le champ de l'étude, y compris les questions dont traitait le Rapporteur spécial : place de la coutume dans le droit des immunités internationales; différences entre les relations diplomatiques entre Etats et les relations entre Etats et organisations internationales; et portée des privilèges et immunités et uniformité ou adaptation des immunités internationales[22].

22. Au cours de cet examen, la Commission a souligné, en outre, la nécessité d'analyser la pratique des Etats et des organisations internationales en matière d'immunités internationales ainsi que son incidence sur le système des Nations Unies; la nécessité d'étudier les dispositions du droit interne des Etats régissant les immunités internationales; la possibilité d'étendre le champ de l'étude à toutes les organisations internationales, qu'elles soient de caractère universel ou régional; la nécessité de tenir compte des particularités du droit diplomatique pour son application aux relations entre les Etats et les organisations internationales; et la nécessité de concilier les exigences fonctionnelles des organisations internationales et les intérêts des Etats hôtes touchant leur sécurité[23].

23. Dans les conclusions de son deuxième rapport, présenté en 1978, le précédent Rapporteur spécial s'est félicité de ce que lors des délibérations, tant à la CDI qu'à la Sixième Commission, à part

[...] quelques réserves, concernant des questions de méthodologie et de mode d'approche plutôt que de principe, les membres de la CDI et les délégations à la Sixième Commission s'étaient déclarés favorables à une étude des immunités des organisations internationales, en vue de compléter des travaux de la CDI dans le domaine du droit diplomatique qui avaient abouti à l'adoption de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques, de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires, de la Convention de 1969 sur les missions spéciales et de la Convention de Vienne de 1975 sur la représentation des Etats [...][24].

24. D'autre part, il a été généralement convenu à la CDI et à la Sixième Commission de l'Assemblée générale que l'on ne devait pas, dès le début de l'étude, en restreindre sans nécessité la matière, et qu'il fallait, par conséquent, laisser une certaine latitude au Rapporteur spécial. La CDI et la Sixième Commission ont adopté la même position ouverte en ce qui concernait l'inclusion des organisations internationales à vocation régionale, et aussi l'objet de l'étude, attendu que la question de la priorité ne serait réglée qu'une fois l'étude terminée[25].

25. La situation n'a pas changé. L'actuel Rapporteur spécial a mentionné expressément dans son rapport préliminaire qu'il avait consulté la Commission sur ce point. Le Rapporteur spécial a considéré pour acquis que le plan établi par son prédécesseur dans ses deux rapports, qui avait été approuvé aussi bien par la CDI que par l'Assemblée générale, était toujours valable et qu'il devait guider la suite des travaux de la Commission sur ce sujet. Bien entendu, ce plan pourra être développé ou modifié, selon les exigences de l'étude ou les décisions de la Commission. La Commission a ratifié cette opinion en approuvant les conclusions contenues dans le rapport préliminaire du Rapporteur spécial, lesquelles ont été ensuite approuvées par l'Assemblée générale (v. *supra* par. 19).

26. Comme on l'a vu (*supra* par. 15), dans ses conclusions faisant suite à son débat sur le deuxième rapport du Rapporteur spécial, à sa trente-septième session, la Commission a demandé au Rapporteur spécial de présenter un aperçu du plan qu'il entendait suivre pour la rédaction des différents projets d'articles sur le sujet à l'étude. Les trois catégories de privilèges et immunités susceptibles de constituer la matière de l'étude, qui étaient indiquées dans les précédents rapports, sont également énoncées plus haut (par. 20).

27. Lors de leur premier examen, à la vingt-neuvième session, ces trois catégories ont été approuvées par la Commission. Un membre a toutefois émis l'avis « qu'il conviendrait de sélectionner quelques problèmes pouvant être examinés dans un premier temps, comme ceux qui concernent les organisations internationales, et de laisser pour plus tard les problèmes beaucoup plus délicats, comme ceux qui intéressent les fonctionnaires internationaux[26] ».

IV. — Etendue des privilèges et immunités : privilèges et immunités des organisations internationales intergouvernementales

28. Outre la capacité de contracter que possèdent les organisations internationales intergouvernementales (capacité de contracter, d'acquérir et de vendre des biens meubles et immeubles et d'ester en justice), mentionnée dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial[27], l'ONU et les institutions spécialisées jouissent de certains privilèges et immunités reconnus dans les conventions générales et dans les accords de siège, ainsi que dans d'autres instruments complémentaires.

[21] *Annuaire... 1977*, vol. II (1re partie), p. 162 à 164, doc. A/CN.4/304, par. 70 à 73 et 78.

[22] *Ibid.*, p. 160 et suiv., chap. IV.

[23] *Annuaire... 1977*, vol. II (2e partie), p. 127, par. 94.

[24] *Annuaire... 1978*, vol. II (1re partie), p. 276, doc. A/CN.4/311 et Add.1.

[25] Voir *Annuaire... 1983*, vol. II (2e partie), p. 85, par. 269 et 276.

[26] *Annuaire... 1977*, vol. I, p. 213, 1453e séance, par. 13 (M. Reuter).

[27] Voir *supra* note 1.

29. L'analyse des accords de siège (qui sont les instruments les plus précis dans ce domaine) ainsi que des conventions générales et des réponses au questionnaire du Secrétariat de l'ONU sur la pratique suivie par les institutions spécialisées et l'AIEA en ce qui concerne leur statut juridique, leurs privilèges et leurs immunités (v. *supra* par. 4), permet d'établir un schéma provisoire des privilèges et immunités et autres facilités accordées aux organisations internationales intergouvernementales, qui pourra servir à délimiter la matière qui doit être traitée dans le projet d'articles, comme l'a demandé la Commission.

30. Il est évident que tous les privilèges accordés aux organisations internationales concernées par les instruments mentionnés ont leur fondement dans le principe sur lequel repose le statut juridique de ces organisations, c'est-à-dire la garantie que le pays hôte leur accorde d'exercer, sur son territoire, en toute liberté et indépendance les activités prévues par leurs actes constitutifs et leurs règlements ou toute autre activité liée aux fonctions qui leur ont été dévolues. Comme on l'a déjà noté à d'autres occasions, certains pays hôtes d'organisations internationales inscrivent expressément cette garantie dans les accords de siège conclus avec ces organisations. C'est le cas de la Suisse, qui l'inscrit expressément dans les accords de siège auxquels elle est partie[28]. L'article Ier de ces accords est généralement rédigé comme suit :

> Le Conseil fédéral garantit à [...] l'indépendance et la liberté d'action qui lui appartiennent en sa qualité d'institution internationale.

Cette question sera examinée plus longuement en temps voulu. Pour le moment, il s'agit seulement d'ébaucher un plan pour répondre aux souhaits exprimés par la Commission.

31. Le plan provisoire est le suivant :

I. Privilèges et immunités de l'organisation

A. Privilèges et immunités autres que fiscaux :

a) immunités de juridiction;

b) inviolabilité des locaux des organisations et exercice par ces dernières du contrôle sur lesdits locaux;

c) exemption de perquisition et de toute autre forme d'ingérence dans les biens et avoirs de l'organisation;

d) inviolabilité des archives et documents;

e) privilèges et immunités en ce qui concerne les facilités de communication (utilisation de codes et expédition de correspondance par courriers ou valises diplomatiques, etc.).

B. Privilèges financiers et fiscaux :

a) exonération d'impôts;

b) exonération des droits de douane;

c) exemption de restrictions en matière de change;

d) dépôts bancaires.

II. Privilèges et immunités des fonctionnaires

A. Privilèges et immunités autres que fiscaux :

a) immunité des fonctionnaires en ce qui concerne les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions officielles;

b) exemption des obligations relatives au service national;

c) non-assujettissement aux dispositions limitant l'immigration et aux formalités d'enregistrement des étrangers;

d) privilèges et immunités diplomatiques des chefs de secrétariat et autres fonctionnaires de rang élevé;

e) facilités de rapatriement en période de crise internationale.

B. Privilèges et immunités financiers et fiscaux :

a) exonération des impôts sur les traitements et émoluments;

b) exonération des droits de douane.

III. Privilèges et immunités des experts envoyés en mission pour le compte de l'organisation et des personnes ayant des affaires officielles à traiter avec l'organisation

32. En vertu de l'article VI de la Convention de 1946 sur les privilèges et immunités des Nations Unies, les experts en mission pour le compte de l'ONU bénéficient de certaines immunités. La Convention de 1947 sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées ne contient pas d'article équivalent. La seule mention relative aux experts figure à la section 29 de l'article VIII, où il est demandé aux Etats parties d'accorder des facilités de voyage « aux experts et autres personnes » qui voyagent « pour le compte d'une institution spécialisée ». Toutefois, les dispositions de l'article VI de la Convention de 1946 sont reproduites dans les annexes I à IV, VII et XII de la Convention de 1947, relatives à l'OIT, la FAO, l'OACI, l'UNESCO, l'OMS et l'IMCO[29].

33. Outre les experts en mission pour le compte de l'ONU ou des institutions spécialisées, il existe une autre catégorie de personnes (distincte des représentants des Etats Membres) à laquelle on peut accorder certains privilèges et immunités : c'est celle des personnes qui ont des affaires officielles à traiter avec l'ONU et les institutions spécialisées. Plusieurs accords de siège et accords complémentaires contiennent des dispositions qui accordent à ces personnes des droits de transit pour se rendre aux locaux de l'organisation en question, telles que l'article IV de l'Accord entre l'ONU et les Etats-Unis d'Amérique relatif au siège de l'ONU[30], l'article 9 de l'Accord entre l'UNESCO et la France relatif au siège de l'UNESCO et à ses privilèges et immunités sur le territoire français[31] et la section 27 de l'article V de l'Accord entre l'OACI et le Canada relatif au siège de l'OACI[32].

34. Ayant ainsi délimité le champ possible du projet d'articles, le Rapporteur spécial propose de suivre pour la rédaction des projets d'articles le plan suivant :

1. Définitions et portée. Fondements des privilèges et immunités :

a) organisation internationale;

b) fonctionnaires internationaux;

c) autres personnes ayant un lien avec le fonctionnement de l'organisation (experts, etc.);

d) autres termes employés.

2. Personnalité juridique.

3. Biens et avoirs.

---

[28] Voir A. H. Zarb, *Les institutions spécialisées du système des Nations Unies et leurs membres*, Paris, Pedone, 1980, p. 221.

[29] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 33, p. 291 et suiv.; et vol. 645, p. 341.

[30] *Ibid.*, vol. 11, p. 11.

[31] *Ibid.*, vol. 357, p. 3.

[32] *Ibid.*, vol. 96, p. 155.

4. Privilèges et immunités de l'organisation internationale :
   A. Privilèges et immunités autres que fiscaux :
      a) immunité de juridiction;
      b) liberté de réunion :
         i) liberté d'accès, de séjour et de circulation tant pour les représentants d'Etats que pour les experts et fonctionnaires de l'organisation;
         ii) délivrance rapide et gratuite de visas et non-assujettissement aux dispositions tendant à limiter l'entrée d'étrangers dans le pays hôte ou à réglementer les conditions de leur séjour;
         iii) facilités de rapatriement en cas de crise internationale;
      c) inviolabilité des locaux;
      d) inviolabilité des archives et documents;
      e) facilités de communication (utilisation de codes, valise diplomatique, envoi de correspondance, etc.).
   B. Privilèges et immunités financiers et fiscaux : exonération d'impôts, de droits de douane, exemption de restrictions en matière de change, etc.
5. Privilèges et immunités des fonctionnaires :
   A. Privilèges et immunités autres que fiscaux :
      a) immunité des fonctionnaires en ce qui concerne les actes exécutés dans l'exercice de leurs fonctions officielles;
      b) exemption des obligations relatives au service national;
      c) non-assujettissement aux dispositions limitant l'immigration et aux formalités d'enregistrement des étrangers;
      d) privilèges et immunités diplomatiques des chefs de secrétariat et des autres fonctionnaires de rang élevé;
      e) facilités de rapatriement en période de crise internationale.
   B. Privilèges et immunités financiers et fiscaux :
      a) exonération d'impôts sur les traitements et émoluments;
      b) exonération des droits de douane.
6. Privilèges et immunités des experts envoyés en mission pour le compte de l'organisation et des personnes ayant des affaires officielles à traiter avec l'organisation.
7. Laissez-passer.
8. Abus des privilèges et immunités.
9. Retrait des privilèges et immunités.
10. Règlement des différends.
11. Clauses finales.

35. Bien entendu, l'énumération ci-dessus n'est pas exhaustive. Ce plan, qui a été établi pour répondre à la demande de la Commission, peut à tout moment être modifié, si les circonstances l'exigent ou si la Commission le juge bon pour une raison quelconque, ou sur la proposition du Rapporteur spécial.

V. — Conclusions

36. L'évolution du droit international relatif au statut juridique et aux immunités et privilèges des organisations internationales a mis en évidence l'existence d'un corps important de règles juridiques qui régissent ce domaine de l'activité internationale. Cet ensemble normatif consiste en un ensemble complexe et varié de dispositions conventionnelles qui doivent être harmonisées et en une pratique abondante qui mérite d'être entérinée. Les débats qui se sont déroulés en 1985 à la CDI et à la Sixième Commission de l'Assemblée générale permettent d'affirmer que les conclusions que la Commission avait adoptées dans le passé sur ce sujet demeurent valables.

37. Lorsque la Commission a entrepris de développer et de codifier cette branche du droit diplomatique en application d'un mandat exprès de l'Assemblée générale, c'était pour compléter le *corpus juris* du droit diplomatique élaboré sur la base des travaux de la Commission, qui ont abouti à la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques, à la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires, à la Convention de Vienne de 1969 sur les missions spéciales et à la Convention de Vienne de 1975 sur la représentation des Etats.

38. Loin de confirmer la tendance selon laquelle les gouvernements étaient peu disposés à étendre des privilèges et immunités des organisations internationales, comme l'avait dit un représentant à la Sixième Commission (v. *supra* par. 8), l'étude complémentaire établie par le Secrétariat montre que, au 1er juin 1985, 90 Etats étaient parties à la Convention de 1947 sur les privilèges et immunités des institutions spécialisées[33].

39. On constate également que les Etats qui ne sont pas parties à la Convention de 1947, ou qui n'en ont pas étendu l'application à toutes les institutions, ont convenu, dans leur majorité, d'appliquer les dispositions de la Convention aux institutions qui exercent leurs activités sur leur territoire. Les accords concernent des projets d'assistance technique ou des accords de conférence conclus pour des réunions tenues à l'extérieur du siège ou des bureaux permanents de l'organisation. Dans le cas de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement, de l'Association internationale de développement, de la Société financière internationale et du Fonds monétaire international, si un pays membre n'est pas partie à la Convention de 1947, ce sont les statuts de l'organisation concernée qui s'appliquent.

40. En ce qui concerne l'Accord sur les privilèges et immunités de l'AIEA[34], qui est ouvert aux 112 Etats membres de l'Agence, 56 Etats étaient parties à cet accord au 1er juin 1985[35].

41. Enfin, on n'a pas connaissance de cas où l'on aurait retiré à une organisation internationale les privilèges et immunités qui lui avaient été accordés précédemment.

---

[33] Doc. A/CN.4/L.383 et Add.1 à 3 (v. *supra* n. 4), par. 244.

[34] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 374, p. 147.

[35] Doc. A/CN.4/L.383 et Add.1 à 3 (v. *supra* n. 4), par. 247.

RÉPERTOIRE DES DOCUMENTS DE LA TRENTE-HUITIÈME SESSION

Cotes	*Titres*	*Observations et références*
A/CN.4/395	Ordre du jour provisoire	Reprographié. Pour l'ordre du jour adopté, voir volume II (2e partie), p. 6, par. 8.
A/CN.4/396 [et Corr.1]	Huitième rapport sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, par M. Sompong Sucharitkul, rapporteur spécial	Reproduit dans le présent volume (p. 21).
A/CN.4/397 [et Corr.2] et Add.1 [et Add.1/Corr.1]	Septième rapport sur la responsabilité des Etats, par M. Willem Riphagen, rapporteur spécial	*Ibid.* (p.1).
A/CN.4/398 [et Corr.1 à 3]	Quatrième rapport sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, par M. Doudou Thiam, rapporteur spécial	*Ibid.* (p. 53).
A/CN.4/399 et Add.1 et 2	Deuxième rapport sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, par M. Stephen C. McCaffrey, rapporteur spécial	*Ibid.* (p. 89).
A/CN.4/400	Septième rapport sur le statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique non accompagnée par un courrier diplomatique, par M. Alexander Yankov, rapporteur spécial	*Ibid.* (p. 39).
A/CN.4/401	Troisième rapport sur les relations entre les Etats et les organisations internationales (deuxième partie du sujet), par M. Leonardo Díaz González, rapporteur spécial	*Ibid.* (p. 167).
A/CN.4/402 [et Corr. 1 et 4]	Deuxième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, par M. Julio Barboza, rapporteur spécial	*Ibid.* (p. 149).
A/CN.4/L.398	Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats de la Sixième Commission sur le rapport de la CDI durant la quarantième session de l'Assemblée générale	Reprographié.
A/CN.4/L.399	Projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens. — Titres et textes adoptés par le Comité de rédaction : titres des deuxième et troisième parties du projet; articles 2 à 6 et 20 à 28	Textes reproduits dans le volume I, comptes rendus des 1968e, 1969e (par. 68 et suiv.), 1970e à 1972e (par. 1 à 21) séances.
A/CN.4/L.400	Projet d'articles sur le statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique non accompagnée par un courrier diplomatique. — Titres et textes adoptés par le Comité de rédaction : titres des quatre parties du projet et articles 28 à 33	*Idem*, compte rendu de la 1980e séance (par. 52 et suiv.).
[A/CN.4/L.401]		[Non attribué.]
A/CN.4/L.402	Projet de rapport de la CDI sur les travaux de sa trente-huitième session : chapitre Ier (Organisation de la session)	Reprographié. Pour le texte adopté, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante et unième session, Supplément n° 10* (A/41/10). Le texte définitif fait l'objet du volume II (2e partie).
A/CN.4/L.403 et Add.1 et 2 et Add.2/Corr.1	*Idem :* chapitre II (Immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens)	*Idem.*
A/CN.4/L.404 et Add.1	*Idem :* chapitre III (Statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique non accompagnée par un courrier diplomatique)	*Idem.*
A/CN.4/L.405 et Add.1	*Idem :* chapitre IV (Responsabilité des Etats)	*Idem.*
A/CN.4/L.406 [et Corr.1] et Add.1 [et Add.1/Corr.1]	*Idem :* chapitre V (Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité)	*Idem.*
A/CN.4/L.407 et Add.1	*Idem :* chapitre VI (Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international)	*Idem.*
A/CN.4/L.408 et Add.1	*Idem :* chapitre VII (Droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation)	*Idem.*
A/CN.4/L.409	*Idem :* chapitre VIII (Autres décisions et conclusions de la Commission)	*Idem.*
A/CN.4/SR.1940 à A/CN.4/SR.1989	Comptes rendus analytiques provisoires des 1940e à 1989e séances	Reprographié. Le texte définitif fait l'objet du volume I.

كيفية الحصول على منشورات الامم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الامم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع انحاء العالم . استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب الى : الامم المتحدة ،قسم البيع في نيويورك او في جنيف .

如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à : Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

COMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.

Printed at United Nations, Geneva
GE.88-60149
September 1988—1,040

01900P

United Nations publication
Sales No. F.87.V.8 (Part I)

ISBN 92-1-233176-9
ISSN 0497-9877