A/CN.4/SER.A/1993/Add.1 (Part 2)

ANNUAIRE DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

1993

Volume II
Deuxième partie

Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-cinquième session

NATIONS UNIES

A/CN.4/SER.A/1993/Add.1 (Part 2)

ANNUAIRE DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

1993

Volume II
Deuxième partie

Rapport de la Commission
à l'Assemblée générale
sur les travaux
de sa quarante-cinquième session

NATIONS UNIES
New York et Genève, 1995

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... 1991*).

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.

Copyright © Nations Unies, 1995
Tous droits réservés
Imprimé aux Nations Unies, Genève (Suisse)

Le Secrétaire du Comité des publications (United Nations Headquarters, New York, NY 10017, États-Unis d'Amérique) accueillera favorablement les demandes d'autorisation de reproduction totale ou partielle du présent ouvrage. Les États Membres de l'Organisation des Nations Unies et leurs institutions publiques peuvent le reproduire librement, mais sont priés d'en informer l'Organisation des Nations Unies.

A/CN.4/SER.A/1993/Add.1 (Part 2)

PUBLICATION DES NATIONS UNIES

Numéro de vente : F.95.V.4 (Part 2)
ISBN 92-1-233280-3

Édition complète de deux volumes :
ISBN 92-1-233281-1

ISSN 0497-9877

TABLE DES MATIÈRES

Pages

***Document A/48/10.* — Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-cinquième session (3 mai-23 juillet 1993)** **1**

Répertoire des documents de la quarante-cinquième session **139**

DOCUMENT A/48/10*

Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-cinquième session (3 mai-23 juillet 1993)

TABLE DES MATIÈRES

		Pages
Abréviations et sigles		5
Note concernant les citations		5
Instruments multilatéraux cités dans le présent volume		6
Chapitres	*Paragraphes*	
I. ORGANISATION DES TRAVAUX DE LA SESSION	1-20	9
A. Composition de la Commission	2	9
B. Bureau	3-4	9
C. Comité de rédaction	5-8	9
D. Groupe de travail sur un projet de statut pour une cour criminelle internationale	9	10
E. Secrétariat	10	10
F. Ordre du jour	11-12	10
G. Description générale des travaux de la Commission à sa quarante-cinquième session	13-20	10
II. PROJET DE CODE DES CRIMES CONTRE LA PAIX ET LA SÉCURITÉ DE L'HUMANITÉ	21-100	12
A. Introduction	21-32	12
B. Examen du sujet à la présente session	33-100	13
1. Onzième rapport du Rapporteur spécial	34-95	14
a) Présentation du onzième rapport par le Rapporteur spécial	35-51	14
b) Résumé du débat	52-95	16
i) Observations générales	52-53	16
ii) Nature de la cour	54-58	16
iii) Mode de création de la cour	59	16
iv) Lien avec l'Organisation des Nations Unies	60-61	16
v) Le droit applicable	62-63	17
vi) Compétence	64-69	17
vii) Nomination des juges	70-71	17
viii) Structure de la cour	72-73	18
ix) Saisine de la cour	74	18
x) L'accusation	75-76	18
xi) L'enquête	77-78	18
xii) Remise de l'accusé à la cour	79-81	18
xiii) Procédure de jugement	82-83	18
xiv) Peines	84-85	19
xv) Révision et appel	86-87	19
xvi) Droit de grâce et libération conditionnelle	88-95	19
2. Création du Groupe de travail sur un projet de statut pour une cour criminelle internationale	96-97	20
3. Résultats des travaux effectués par le Groupe de travail sur un projet de statut pour une cour criminelle internationale	98-100	20

* Paru initialement comme *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 10.*

Chapitres	*Paragraphes*	*Pages*
III. RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE POUR LES CONSÉQUENCES PRÉJUDICIABLES DÉCOULANT D'ACTIVITÉS QUI NE SONT PAS INTERDITES PAR LE DROIT INTERNATIONAL	101-192	21
A. Introduction	101-105	21
B. Examen du sujet à la présente session	106-192	22
1. Questions de caractère général	108-137	22
a) La notion de risque	118-119	24
b) Questions relatives à la prévention	120-137	24
2. Observations sur les articles	138-187	27
a) Article 11. — Autorisation préalable	138-141	27
b) Article 12. — Évaluation des effets transfrontières	142-147	27
c) Article 13. — Activités préexistantes	148-151	28
d) Article 14. — Exercice des activités	152-158	29
e) Article 15. — Notification et information	159-169	29
f) Article 16. — Échange d'informations	170-171	31
g) Article 17. — Sécurité nationale et secrets industriels	172-174	31
h) Article 18. — Consultation préalable	175-179	31
i) Article 19. — Droits de l'État présumé affecté	180-182	32
j) Article 20. — Facteurs de l'équilibre des intérêts	183-185	32
k) Article 20 *bis*. — Non-déplacement des risques ou des dommages	186-187	33
3. Questions diverses	188-192	33
a) La question des procédures de règlement des différends	188-189	33
b) La question du principe « pollueur-payeur »	190-192	34
IV. RESPONSABILITÉ DES ÉTATS	193-335	35
A. Introduction	193-201	35
B. Examen du sujet à la présente session	202-334	36
1. Projets d'articles adoptés par le Comité de rédaction à la quarante-quatrième session de la Commission	202	36
2. Projets d'articles proposés dans le quatrième rapport du Rapporteur spécial soumis à la quarante-quatrième session de la Commission	203-204	36
3. Cinquième rapport du Rapporteur spécial	205-334	36
a) La question des procédures de règlement des différends	206-282	36
i) Observations générales	221-243	38
a. La question de savoir si la future convention devrait s'accompagner d'un régime de règlement des différends prévoyant des procédures obligatoires de règlement par tierce partie	222-229	38
b. Portée du régime de règlement des différends à envisager	230-237	40
c. Autres aspects	238-243	41
ii) Le système de règlement des différends proposé par le Rapporteur spécial	244-282	42
a. La portée du système proposé	246-250	42
b. L'économie générale du système proposé	251-257	43
c. Suggestions et observations précises sur les projets d'articles 1 à 6 et l'annexe de la troisième partie proposés par le Rapporteur spécial	258-279	44
d. Travaux de suivi des propositions du Rapporteur spécial	280-282	48
b) Les conséquences des « crimes internationaux des États »	283-334	49
C. Projets d'articles de la deuxième partie du projet sur la responsabilité des États	335	55
1. Texte des projets d'articles de la deuxième partie adoptés jusqu'ici par la Commission à titre provisoire	335	55
2. Texte et commentaires du paragraphe 2 de l'article premier et des articles 6, 6 *bis*, 7, 8, 10 et 10 *bis*, adoptés provisoirement par la Commission du droit international à sa quarante-cinquième session		57
Article premier, paragraphe 2		57
Commentaire		57
Article 6. — Cessation du comportement illicite		57
Commentaire		57
Article 6 *bis*. — Réparation		61
Commentaire		61
Article 7. — Restitution en nature		64
Commentaire		64
Article 8. — Indemnisation		70
Commentaire		70
Article 10. — Satisfaction		79
Commentaire		79
Article 10 *bis*. — Assurances et garanties de non-répétition		84
Commentaire		84

Chapitres	*Paragraphes*	*Pages*
V. DROIT RELATIF AUX UTILISATIONS DES COURS D'EAU INTERNATIONAUX À DES FINS AUTRES QUE LA NAVIGATION	336-416	87
A. Introduction	336-340	87
B. Examen du sujet à la présente session	341-343	87
1. Questions de caractère général	344-359	88
a) Convention-cadre ou règles types	344-350	88
b) Règlement des différends	351-357	89
c) Autres observations générales	358-359	89
2. Questions concernant certains articles	360-416	90
a) Questions concernant la première partie (Introduction) du projet d'articles	360-395	90
Article premier. — Champ d'application des présents articles	360-362	90
Article 2. — Expressions employées	363-373	91
Article 3. — Accords de cours d'eau	374-389	92
Article 4. — Parties aux accords de cours d'eau	390-395	94
b) Questions concernant la deuxième partie (Principes généraux) du projet d'articles	396-416	94
i) Commentaires sur l'ensemble de la deuxième partie	396-404	94
ii) Commentaires sur des articles spécifiques de la deuxième partie	405-416	96
Article 5. — Utilisation et participation équitables et raisonnables	405-407	96
Article 6. — Facteurs pertinents à prendre en considération pour une utilisation équitable et raisonnable	408-409	96
Article 7. — Obligation de ne pas causer de dommages sensibles	410-411	97
Article 8. — Obligation générale de coopérer		
Article 9. — Échange régulier de données et d'informations		
Article 10. — Rapport entre différents types d'utilisations	412-416	97
VI. AUTRES DÉCISIONS ET CONCLUSIONS DE LA COMMISSION	417-470	99
A. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission	417-452	99
1. Planification des activités pour le reste du quinquennat	421-424	99
2. Programme de travail à long terme	425-443	99
3. Contribution de la Commission du droit international à la Décennie du droit international	444-446	101
4. Questions diverses	447-451	101
5. Durée de la prochaine session	452	102
B. Coopération avec d'autres organismes	453-455	102
C. Date et lieu de la quarante-sixième session	456	102
D. Représentation à la quarante-huitième session de l'Assemblée générale	457	102
E. Séminaire de droit international	458-467	102
F. Conférence commémorative Gilberto Amado	468-470	103
ANNEXE. — RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL SUR UN PROJET DE STATUT POUR UNE COUR CRIMINELLE INTERNATIONALE		104
A. Introduction		104
B. Projet de statut d'un tribunal criminel international et commentaires y relatifs		105
PREMIÈRE PARTIE. — INSTITUTION ET COMPOSITION DU TRIBUNAL		105
Article premier. — Institution du Tribunal		
Article 2. — Lien du Tribunal avec l'Organisation des Nations Unies		
Article 3. — Siège du Tribunal		
Article 4. — Statut du Tribunal		105
Article 5. — Organes du Tribunal		106
Article 6. — Qualités des juges		
Article 7. — Élection des juges		
Article 8. — Sièges vacants		
Article 9. — Indépendance des juges		
Article 10. — Élection et fonctions du Président et des Vice-Présidents		
Article 11. — Récusation des juges		106
Article 12. — Élection et fonctions du Greffier		
Article 13. — Composition, fonctions et pouvoirs du Parquet		108
Article 14. — Engagement solennel		
Article 15. — Perte de fonctions		
Article 16. — Privilèges et immunités		
Article 17. — Allocations et frais		
Article 18. — Langues de travail		109
Article 19. — Règlement du Tribunal		
Article 20. — Règlement intérieur de la Cour		110
Article 21. — Révision du Statut		110

Pages

DEUXIÈME PARTIE. — COMPÉTENCE ET DROIT APPLICABLE 111
Article 22. — Liste de crimes définis par voie de traité 111
Article 23. — Acceptation par les États de la compétence de la Cour pour les crimes énumérés à l'article 22 112
Article 24. — Compétence de la Cour aux termes de l'article 22 113
Article 25. — Affaires soumises à la Cour par le Conseil de sécurité 113
Article 26. — Acceptation spéciale par des États de la compétence de la Cour dans des cas autres que ceux visés à l'article 22 114
Article 27. — Accusations d'agression 115
Article 28. — Droit applicable 116

TROISIÈME PARTIE. — INFORMATION ET ENGAGEMENT DES POURSUITES 116
Article 29. — Dépôt d'une plainte 116
Article 30. — Information et établissement de l'acte d'accusation 117
Article 31. — Engagement des poursuites 118
Article 32. — Acte d'accusation 118
Article 33. — Signification de l'acte d'accusation 119
Article 34. — Désignation de personnes chargées d'assister le Parquet 120
Article 35. — Détention provisoire ou remise en liberté sous condition 120

QUATRIÈME PARTIE. — LE PROCÈS 120
Article 36. — Lieu du procès 120
Article 37. — Constitution de chambres 121
Article 38. — Contestation de la compétence 121
Article 39. — Fonctions de la Chambre 122
Article 40. — Caractère équitable du procès 123
Article 41. — Principe de légalité *(nullum crimen sine lege)* 123
Article 42. — Égalité devant le Tribunal 124
Article 43. — Présomption d'innocence 124
Article 44. — Droits de l'accusé 124
Article 45. — Autorité de la chose jugée *(non bis in idem)* 125
Article 46. — Protection de l'accusé, des victimes et des témoins 126
Article 47. — Pouvoirs de la Cour 126
Article 48. — Dépositions 126
Article 49. — Audiences 128
Article 50. — Quorum et majorité requise pour les décisions 128
Article 51. — Jugement 128
Article 52. — Prononcé de la peine 129
Article 53. — Peines applicables 129
Article 54. — Circonstances aggravantes ou atténuantes 130

CINQUIÈME PARTIE. — APPEL ET RÉVISION 131
Article 55. — Appel d'un jugement ou d'une condamnation 131
Article 56. — Procédure d'appel 131
Article 57. — Révision 132

SIXIÈME PARTIE. — COOPÉRATION INTERNATIONALE ET ASSISTANCE JUDICIAIRE 132
Article 58. — Coopération internationale et assistance judiciaire 132
Article 59. — Coopération avec les États non parties au Statut 133
Article 60. — Concertation 133
Article 61. — Communications et teneur de la documentation 133
Article 62. — Mesures conservatoires 134
Article 63. — Remise de l'accusé au Tribunal 134
Article 64. — Règle de la spécialité 135

SEPTIÈME PARTIE. — EXÉCUTION DES PEINES 135
Article 65. — Reconnaissance des jugements 135
Article 66. — Exécution des peines 136
Article 67. — Grâce, liberté conditionnelle ou commutation de la peine 136

ABRÉVIATIONS ET SIGLES

CDI	Commission du droit international
CEE	Commission économique pour l'Europe
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CIJ	Cour internationale de Justice
CPJI	Cour permanente de justice internationale
CSCE	Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe
FAO	Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture
OACI	Organisation de l'aviation civile internationale
OMI	Organisation maritime internationale
OMS	Organisation mondiale de la santé
ONU	Organisation des Nations Unies
OUA	Organisation de l'unité africaine
PNUD	Programme des Nations Unies pour le développement
PNUE	Programme des Nations Unies pour l'environnement
UNITAR	Institut des Nations Unies pour la formation et la recherche

*

* *

AJIL	*American Journal of International Law*
C.I.J. Recueil	CIJ, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*
C.P.J.I. série A	CPJI, *Recueil des arrêts* (n°s 1 à 24, 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)
ILM	*International Legal Materials*, Washington (D.C.)
ILR	*International Law Reports*
Lapradelle-Politis	A. de Lapradelle et N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, Pedone, 1923
La prassi italiana	Società italiana per l'organizzazione internazionale, *La prassi italiana di diritto internazionale*, Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana Publications
Martens, *Nouveau Recueil*	G. F. de Martens, *Nouveau Recueil général de Traités*
Moore	J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*
Moore, *Digest*	J. B. Moore, *A Digest of International Law*, Washington (D.C.)
Nations Unies, *Recueil*	Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*
Nations Unies, *Textes législatifs...*	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), 1re partie
Recueil des cours...	*Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*
RGDIP, « Chronique »	*Revue générale de droit international public*, « Chronique des faits internationaux », rédigée depuis 1958 par Ch. Rousseau, Paris
Whiteman, *Damages*	M. M. Whiteman, *Damages in International Law*, Washington (D.C.)
Whiteman, *Digest*	M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington (D.C.)
Witenberg	J. C. Witenberg, *Commission mixte de réclamations germano-américaine*, Paris, 1926

*

* *

NOTE CONCERNANT LES CITATIONS

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

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

INSTRUMENTS MULTILATÉRAUX CITÉS DANS LE PRÉSENT VOLUME

	Sources
Droits de l'homme	
Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité (La Haye, 12 avril 1930)	Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. CLXXIX, p. 89.
Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (New York, 9 décembre 1948)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, p. 277.
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Rome, 4 novembre 1950)	Ibid., vol. 213, p. 221.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 999, p. 171.
Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs (La Haye, 28 mai 1970)	Ibid., vol. 973, p. 57.
Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (New York, 30 novembre 1973)	Ibid., vol. 1015, p. 243.
Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 10 décembre 1984)	*Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-neuvième session, Supplément n° 51*, résolution 39/46, annexe.
Règlement des différends	
Convention européenne pour le règlement pacifique des différends (Strasbourg, 29 avril 1957)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 320, p. 243.
Convention sur la conciliation et l'arbitrage au sein de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (Stockholm, 14 décembre 1992)	Doc. CSCE/3-C/Dec.1, 1992.
Privilèges et immunités, relations diplomatiques	
Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques (New York, 14 décembre 1973)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1035, p. 167.
Environnement et ressources naturelles	
Convention relative au statut du fleuve Sénégal (Nouakchott, 11 mars 1972)	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.
Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (Espoo, 25 février 1991)	Doc. E/ECE/1250, 1991.
Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Helsinki, 17 mars 1992)	*International Legal Materials*, Washington (D.C.), vol. XXXI, n° 6, novembre 1992, p. 1313.
Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels (Helsinki, 17 mars 1992)	Ibid., p. 1335.

	Sources
Droit de la mer	
Protocole de signature facultative concernant le règlement obligatoire des différends (Genève, 29 avril 1958)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 450, p. 169.
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 (numéro de vente : F.84.V.3), p. 157, doc. A/CONF.62/122.
Droit applicable aux conflits armés	
Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (La Haye, 18 octobre 1907)	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.
Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux (La Haye, 18 octobre 1907)	Ibid., p. 41.
Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Genève, 12 août 1949)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, p. 31 et suiv.
Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne	Ibid., p. 31.
Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer	Ibid., p. 85.
Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre	Ibid., p. 135.
Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre	Ibid., p. 287.
Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatifs à la protection des victimes des conflits armés (Protocoles I et II) [Genève, 8 juin 1977]	Ibid., vol. 1125, p. 3 et suiv.
Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires (New York, 4 décembre 1989)	*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-quatrième session, Supplément n° 49*, résolution 44/34, annexe.
Droit des traités	
Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.
Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Vienne, 21 mars 1986)	Doc. A/CONF.129/15.
Stupéfiants	
Convention des Nations Unies contre le trafic illicite des stupéfiants et des substances psychotropes (Vienne, 20 décembre 1988)	Doc. E/CONF.82/15 et Corr.1.

	Sources
Responsabilité	
Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux (Londres, Moscou et Washington, 29 mars 1972)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 961, p. 187.
Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime (Rome, 10 mars 1988)	Convention de l'OMI, n° 18.1988.
Protocole pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental (Rome, 10 mars 1988)	Ibid.
Aviation civile	
Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs (Tokyo, 14 septembre 1963)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 704, p. 219.
Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (La Haye, 16 décembre 1970)	Ibid., vol. 860, p. 105.
Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (Montréal, 23 septembre 1971)	Ibid., vol. 974, p. 177.
Désarmement	
Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction (Paris, 13 janvier 1993)	*International Legal Materials*, Washington (D.C.), vol. XXXII, n° 3, mai 1993, p. 804.
Terrorisme	
Convention internationale contre la prise d'otages (New York, 17 décembre 1979)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1316, p. 205.

Chapitre premier

ORGANISATION DES TRAVAUX DE LA SESSION

1. La Commission du droit international, créée en application de la résolution 174 (II) de l'Assemblée générale, en date du 21 novembre 1947, a, conformément à son statut joint en annexe à ladite résolution et modifié par la suite, tenu sa quarante-cinquième session à son siège permanent de l'Office des Nations Unies à Genève, du 3 mai au 23 juillet 1993. La session a été ouverte par M. Christian Tomuschat, président de la quarante-quatrième session.

A. — Composition de la Commission

2. La Commission était composée des membres suivants :

M. Husain AL-BAHARNA (Bahreïn)
M. Awn AL-KHASAWNEH (Jordanie)
M. Gaetano ARANGIO-RUIZ (Italie)
M. Julio BARBOZA (Argentine)
M. Mohamed BENNOUNA (Maroc)
M. Derek William BOWETT (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord)
M. Carlos CALERO RODRIGUES (Brésil)
M. James CRAWFORD (Australie)
M. John de SARAM (Sri Lanka)
M. Gudmundur EIRIKSSON (Islande)
M. Salifou FOMBA (Mali)
M. Mehmet GÜNEY (Turquie)
M. Kamil IDRIS (Soudan)
M. Andreas JACOVIDES (Chypre)
M. Peter KABATSI (Ouganda)
M. Abdul G. KOROMA (Sierra Leone)
M. Mochtar KUSUMA-ATMADJA (Indonésie)
M. Ahmed MAHIOU (Algérie)
M. Vaclav MIKULKA (République tchèque)
M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA (Gabon)
M. Alain PELLET (France)
M. Pemmaraju Sreenivasa RAO (Inde)
M. Edilbert RAZAFINDRALAMBO (Madagascar)
M. Patrick Lipton ROBINSON (Jamaïque)
M. Robert ROSENSTOCK (États-Unis d'Amérique)
M. Jiuyong SHI (Chine)
M. Alberto SZEKELY (Mexique)
M. Doudou THIAM (Sénégal)
M. Christian TOMUSCHAT (Allemagne)
M. Edmundo VARGAS CARREÑO (Chili)
M. Vladlen VERESHCHETIN (Fédération de Russie)
M. Francisco VILLAGRÁN KRAMER (Guatemala)
M. Chusei YAMADA (Japon)
M. Alexander YANKOV (Bulgarie)

B. — Bureau

3. À sa 2295e séance, le 3 mai 1993, la Commission a élu le Bureau suivant :

Président : M. Julio Barboza
Premier Vice-Président : M. Gudmundur Eiriksson
Second Vice-Président : M. Kamil Idris
Président du Comité de rédaction : M. Vaclav Mikulka
Rapporteur : M. John de Saram

4. Le Bureau élargi de la Commission était composé des membres du Bureau, des membres de la Commission l'ayant antérieurement présidée[1] et des rapporteurs spéciaux[2]. Il était présidé par le Président de la Commission. À sa 2298e séance, le 17 mai 1993, la Commission a, sur recommandation du Bureau élargi, constitué pour la session un groupe de planification chargé d'examiner son programme, ses procédures et ses méthodes de travail, ainsi que la documentation, et de faire rapport sur ces sujets au Bureau élargi. Le Groupe de planification était composé des membres suivants : M. Gudmundur Eiriksson (Président), M. Awn Al-Khasawneh, M. Carlos Calero Rodrigues, M. Salifou Fomba, M. Mehmet Güney, M. Mochtar Kusuma-Atmadja, M. Ahmed Mahiou, M. Guillaume Pambou-Tchivounda, M. Pemmaraju Sreenivasa Rao, M. Edilbert Razafindralambo, M. Patrick Lipton Robinson, M. Robert Rosenstock, M. Edmundo Vargas Carreño, M. Vladlen Vereshchetin et M. Alexander Yankov. M. Derek William Bowett et M. Alain Pellet en étaient membres ès qualités en tant que coordonnateurs de leurs groupes de travail respectifs (voir *infra* par. 426 et 444). Le Groupe étant un organe à composition non limitée, les autres membres de la Commission qui le désiraient ont pu assister à ses réunions.

C. — Comité de rédaction

5. À sa 2295e séance, le 3 mai 1993, la Commission a nommé pour le sujet intitulé « Responsabilité des États » un comité de rédaction comprenant, outre le Président du Comité de rédaction, M. Husain Al-Baharna, M. Julio Barboza, M. Derek William Bowett, M. Carlos Calero Rodrigues, M. James Crawford, M. Gudmundur Eiriksson, M. Peter Kabatsi, M. Alain Pellet, M. Robert Rosenstock, M. Jiuyong Shi, M. Alberto Szekely, M. Vladlen Vereshchetin et M. Francisco Villagrán

[1] À savoir : M. Abdul G. Koroma, M. Jiuyong Shi, M. Doudou Thiam, M. Alexander Yankov et M. Christian Tomuschat.

[2] À savoir : M. Gaetano Arangio-Ruiz, M. Julio Barboza, M. Robert Rosenstock et M. Doudou Thiam.

Kramer. M. Gaetano Arangio-Ruiz a participé aux travaux du Comité de rédaction en sa qualité de rapporteur spécial chargé du sujet.

6. À sa 2308e séance, le 16 juin 1993, la Commission a nommé pour le sujet intitulé « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international » un Comité de rédaction comprenant, outre le Président du Comité de rédaction, M. Husain Al-Baharna, M. Carlos Calero Rodrigues, M. Gudmundur Eiriksson, M. Mehmet Güney, M. Peter Kabatsi, M. Pemmaraju Sreenivasa Rao, M. Edilbert Razafindralambo, M. Robert Rosenstock, M. Jiuyong Shi, M. Alberto Szekely, M. Christian Tomuschat, M. Vladlen Vereshchetin et M. Francisco Villagrán Kramer. M. Julio Barboza a participé aux travaux du Comité de rédaction en sa qualité de rapporteur spécial chargé du sujet.

7. Le Comité de rédaction était composé des mêmes membres pour le sujet intitulé « Le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation ». M. Robert Rosenstock a participé aux travaux du Comité de rédaction en sa qualité de rapporteur spécial chargé du sujet.

8. M. John de Saram a participé aux travaux du Comité de rédaction en sa qualité de rapporteur de la Commission.

D. — Groupe de travail sur un projet de statut pour une cour criminelle internationale

9. À sa 2298e séance, le 18 mai 1993, la Commission, comme elle avait été invitée à le faire au paragraphe 6 de la résolution 47/33 de l'Assemblée générale, a rétabli le Groupe de travail sur la question d'une juridiction pénale internationale[3], qui était composé des membres suivants : M. Abdul G. Koroma (Président), M. Husain Al-Baharna, M. Awn Al-Khasawneh, M. Gaetano Arangio-Ruiz, M. Derek William Bowett, M. Carlos Calero Rodrigues, M. James Crawford, M. John de Saram, M. Mehmet Güney, M. Kamil Idris, M. Pemmaraju Sreenivasa Rao, M. Edilbert Razafindralambo, M. Patrick Lipton Robinson, M. Robert Rosenstock, M. Christian Tomuschat, M. Vladlen Vereshchetin, M. Francisco Villagrán Kramer et M. Alexander Yankov. M. Doudou Thiam a participé aux travaux du Groupe de travail en sa qualité de rapporteur spécial chargé du sujet intitulé « Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ». Le Groupe de travail était ouvert à tous les membres de la Commission qui souhaitaient participer à ses travaux.

E. — Secrétariat

10. Mme Jacqueline Dauchy, directrice adjointe de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques, a rempli les fonctions de secrétaire de la Commission. M. Manuel Rama-Montaldo, juriste hors classe, exerçait les fonctions de sous-secrétaire principal de la Commission, et Mme Mahnoush H. Arsanjani, juriste, et Mme Virginia Morris, juriste adjoint, celles de sous-secrétaire.

F. — Ordre du jour

11. À sa 2295e séance, le 3 mai 1993, la Commission a adopté pour sa quarante-cinquième session l'ordre du jour suivant :

1. Organisation des travaux de la session.
2. Responsabilité des États.
3. Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.
4. Le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation.
5. Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international.
6. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission.
7. Coopération avec d'autres organismes.
8. Date et lieu de la quarante-sixième session.
9. Questions diverses.

12. La Commission a examiné tous les points inscrits à son ordre du jour. Elle a tenu 33 séances publiques (2295e à 2327e). En outre, le Comité de rédaction a tenu 37 séances, le Groupe de travail sur un projet de statut pour une cour criminelle internationale 22 séances, le Bureau élargi de la Commission 3 séances et le Groupe de planification du Bureau élargi 2 séances.

G. — Description générale des travaux de la Commission à sa quarante-cinquième session

13. Dans le cadre du sujet intitulé « Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité » (voir chap. II)[4], la Commission a examiné le onzième rapport du Rapporteur spécial, M. Doudou Thiam (A/CN.4/449)[5], consacré à un projet de statut d'une cour criminelle internationale, ainsi que le rapport du Groupe de travail sur un projet de statut pour une cour criminelle internationale qu'elle avait créé (A/CN.4/L.490 et Add.1)[6].

14. Le onzième rapport du Rapporteur spécial contenait le texte d'un projet de statut pour une cour criminelle internationale comprenant 37 articles divisés en trois titres : titre I, création de la cour; titre II, organisation et fonctionnement de la cour; et titre III, procédure. Le rapport du Groupe de travail contenait le texte d'un projet de statut pour un tribunal criminel international comprenant 67 articles et les commentaires y relatifs, divisé en sept grandes parties : la première partie concernait l'institution et la composition du tribunal (art. 1

[3] La Commission, à sa 2300e séance, le 25 mai 1993, a décidé que le Groupe de travail sur la question de la création d'une juridiction pénale internationale soit désormais appelé « Groupe de travail sur un projet de statut pour une cour criminelle internationale ».

[4] Le sujet a été examiné des 2298e à 2301e séances, et à ses 2303e, 2325e et 2326e séances, tenues du 17 au 28 mai, le 4 juin et les 21 et 22 juillet 1993.

[5] Reproduit dans *Annuaire... 1993*, vol. II (1re partie).

[6] À sa 2325e séance, le 21 juillet 1993, la Commission a pris acte du rapport du Groupe de travail sur un projet de statut pour une cour criminelle internationale et a décidé que le rapport serait annexé dans son intégralité à son rapport à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-cinquième session (voir annexe au présent document).

à 21), la deuxième partie portait sur la compétence et le droit applicable (art. 22 à 28), la troisième partie se rapportait à l'information et à l'engagement des poursuites (art. 29 à 35), la quatrième partie touchait le procès (art. 36 à 54), la cinquième partie s'appliquait à l'appel et au réexamen (art. 55 à 57), la sixième partie concernait la coopération internationale et l'assistance judiciaire (art. 58 à 64) et la septième partie touchait l'exécution des peines (art. 65 à 67). La Commission a examiné le rapport du Groupe de travail et a estimé que les projets d'articles qu'il contenait méritaient d'être examinés par l'Assemblée générale à sa quarante-huitième session.

15. S'agissant du sujet intitulé « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international » (voir chap. III)[7], la Commission a examiné le neuvième rapport du rapporteur spécial, M. Julio Barboza (A/CN.4/450)[8]. Le rapport était consacré aux obligations de prévention du dommage transfrontière et renfermait le texte de onze projets d'articles, à savoir les articles 11 (Autorisation préalable), 12 (Évaluation des effets transfrontières), 13 (Activités préexistantes), 14 (Exercice des activités), 15 (Notification et information), 16 (Échange d'informations), 17 (Sécurité nationale et secrets industriels), 18 (Consultation préalable), 19 (Droits de l'État présumé affecté), 20 (Facteurs de l'équilibre des intérêts) et 20 *bis* (Non-déplacement des risques ou des dommages). À l'issue de l'examen du rapport, la Commission a renvoyé les articles 11 à 20 *bis* et l'article 10 (Non-discrimination), qu'elle avait examiné à sa quarante-deuxième session (1990), au Comité de rédaction. La Commission était saisie d'un rapport (A/CN.4/L.487 et Corr.1), contenant les titre et texte des articles 1 (Champ d'application des présents articles), 2 (Expressions employées), 11 (Autorisation préalable), 12 (Évaluation du risque) et 14 (Mesures destinées à réduire le risque au minimum), que le Comité de rédaction avait adoptés en première lecture à la session en cours. La Commission a pris acte du rapport et a décidé de reporter toute décision en la matière à sa prochaine session, dans l'attente de la présentation des commentaires.

16. En ce qui concerne le sujet de la « Responsabilité des États » (voir chap. IV)[9], la Commission était saisie du cinquième rapport du Rapporteur spécial, M. Gaetano Arangio-Ruiz (A/CN.4/453 et Add.1 à 3)[10]. Le chapitre premier du cinquième rapport était intitulé « Troisième partie du projet d'articles sur la responsabilité des États : procédures de règlement des différends ». Y figurait le texte de six projets d'articles [à savoir les articles 1 (Conciliation), 2 (Tâche de la Commission de conciliation), 3 (Arbitrage), 4 (Mandat du Tribunal arbitral), 5 (Règlement judiciaire) et 6 (Excès de pouvoir ou violation des principes fondamentaux de la procédure arbitrale)] et d'une annexe y relative. À l'issue de l'examen de ce chapitre, la Commission a décidé de renvoyer les articles 1 à 6 et l'annexe correspondante au Comité de rédaction. Le chapitre II du cinquième rapport était intitulé « Les conséquences des « crimes internationaux des États » (article 19 de la première partie du projet d'articles) ». Le Rapporteur spécial l'a présenté, mais la Commission, faute de temps, n'a pas pu l'examiner.

17. La Commission a examiné en outre les titre et texte des projets d'articles que le Comité de rédaction avait adoptés à la quarante-quatrième session[11] et à propos desquels elle avait reporté sa décision dans l'attente de la présentation des commentaires. Elle a adopté un nouveau paragraphe 2 à l'article premier de la deuxième partie du projet, ainsi que les articles 6 (Cessation du comportement illicite), 6 *bis* (Réparation), 7 (Restitution en nature), 8 (Indemnisation), 10 (Satisfaction) et 10 *bis* (Assurances et garanties de non-répétition).

18. Par ailleurs, la Commission était saisie d'un rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.480 et Corr.1 et Add.1) contenant les titre et texte des articles 11 (Contre-mesures d'un État lésé), 12 (Conditions liées au recours à des contre-mesures), 13 (Proportionnalité) et 14 (Contre-mesures interdites), que le Comité de rédaction avait adoptés en première lecture à la session en cours. La Commission a pris acte de ce rapport et a décidé de reporter toute décision en la matière à sa prochaine session, dans l'attente de la présentation des commentaires.

19. Pour ce qui est du sujet intitulé « Droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation » (voir chap. V)[12], la Commission a examiné le premier rapport du Rapporteur spécial, M. Robert Rosenstock, consacré aux dix premiers articles du projet adoptés en première lecture par la Commission à sa quarante-troisième session (1991)[13]. La Commission est convenue de renvoyer les dix articles au Comité de rédaction, pour examen à la lumière de ses débats. La Commission était saisie d'un rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.489) contenant les titre et texte des articles 1 (Champ d'application des présents articles), 2 (Expressions employées), 3 (Accords de cours d'eau), 4 (Parties aux accords de cours d'eau), 5 (Utilisation et participation équitables et raisonnables), 6 (Facteurs pertinents à prendre en considération pour une utilisation équitable et raisonnable), 8 (Obligation générale de coopérer), 9 (Échange régulier de données et d'informations) et 10 (Rapport entre différents types d'utilisations), adoptés par le Comité de rédaction en deuxième lecture. La Commission a pris acte de ce rapport et a décidé de reporter toute décision en la matière à sa session suivante, en attendant la présentation des commentaires.

20. Les questions relatives au programme, aux procédures et aux méthodes de travail de la Commission, ainsi qu'à sa documentation, ont été examinées au sein du Groupe de planification du Bureau élargi et du Bureau élargi lui-même. On trouvera les décisions de la Commission sur ce point au chapitre VI du rapport, qui traite aussi de la coopération avec d'autres organismes ainsi que de certaines questions administratives et autres.

---

[7] Le sujet a été examiné aux 2300e, 2302e à 2306e et 2318e séances, tenues le 25 mai, du 1er au 11 juin et le 13 juillet 1993.

[8] Reproduit dans *Annuaire... 1993*, vol. II (1re partie).

[9] Le sujet a été examiné des 2305e à 2310e séances, des 2314e à 2316e séances et à la 2318e séance, tenues du 10 au 22 juin, du 30 juin au 6 juillet et le 13 juillet 1993.

[10] Reproduit dans *Annuaire... 1993*, vol. II (1re partie).

[11] Voir A/CN.4/L.472; texte reproduit dans *Annuaire... 1992*, vol. I, 2288e séance, par. 5.

[12] Le sujet a été examiné aux 2309e, 2311e à 2314e, 2316e et 2322e séances, tenues le 18 juin, du 24 au 30 juin et les 6 et 19 juillet 1993.

[13] Voir *Annuaire... 1991*, vol. II (2e partie), p. 68 et 69.

Chapitre II

PROJET DE CODE DES CRIMES CONTRE LA PAIX ET LA SÉCURITÉ DE L'HUMANITÉ

A. — Introduction

21. Par sa résolution 177 (II) du 21 novembre 1947, l'Assemblée générale a chargé la Commission : *a*) de formuler les principes de droit international reconnus par le statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal; *b*) de préparer un projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, en indiquant clairement la place qu'il convient d'accorder aux principes mentionnés au point *a* ci-dessus. À sa première session (1949), la Commission a nommé M. Jean Spiropoulos rapporteur spécial.

22. Sur la base des rapports du Rapporteur spécial, la Commission, à sa deuxième session (1950), a adopté une formulation des « Principes du droit international consacrés par le statut du Tribunal de Nuremberg et dans l'arrêt de ce tribunal »[14], et a présenté ces principes, accompagnés de commentaires, à l'Assemblée générale; puis, à sa sixième session (1954), elle a adopté un projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité[15], qu'elle a présenté accompagné de commentaires, à l'Assemblée générale[16].

23. Par sa résolution 897 (IX) du 4 décembre 1954, l'Assemblée générale, considérant que le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité formulé par la Commission posait des problèmes étroitement liés à ceux que soulevait la définition de l'agression, et qu'elle avait chargé un comité spécial de préparer un rapport sur un projet de définition de l'agression, a décidé de différer l'examen du projet de code jusqu'à ce que le Comité spécial ait présenté son rapport.

24. Sur la base des recommandations du Comité spécial, l'Assemblée générale, par sa résolution 3314 (XXIX) du 14 décembre 1974, a adopté par consensus la Définition de l'agression.

25. Par sa résolution 36/106, l'Assemblée générale a invité la Commission à reprendre ses travaux en vue de l'élaboration du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, et à l'examiner en lui accordant le degré de priorité voulu afin de le réviser, compte dûment tenu des résultats obtenus grâce au processus de développement progressif du droit international.[17]

26. À sa trente-quatrième session (1982), la Commission a nommé M. Doudou Thiam rapporteur spécial pour le sujet[18]. De sa trente-cinquième session (1983) à sa quarante-quatrième session (1992), la CDI a reçu dix rapports du Rapporteur spécial[19].

27. À sa quarante-troisième session (1991), la Commission a adopté provisoirement en première lecture le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité[20]. À la même session, la Commission a décidé, conformément aux articles 16 et 21 de son statut, de transmettre les projets d'articles, par l'intermédiaire du Secrétaire général, aux gouvernements, afin que ceux-ci formulent leurs commentaires et observations à ce sujet et les fassent tenir au Secrétaire général avant le 1er janvier 1993[21]. La Commission a noté également que le projet qu'elle avait achevé en première lecture constituait la première partie de ses travaux sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et qu'elle continuerait, lors de ses prochaines sessions, de s'occuper du mandat que l'Assemblée générale lui avait confié au paragraphe 3 de la résolution 45/41, qui invitait la Commission, dans le cadre de ses travaux sur le

---

[14] Dénommés ci-après « Principes de Nuremberg », *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12* (A/1316), par. 95 à 127.

[15] Ibid., *neuvième session, Supplément n° 9* (A/2693), par. 49 à 54.

[16] Le texte du projet de code de 1954 et celui des Principes de Nuremberg sont reproduits dans *Annuaire... 1985*, vol. II (2e partie), par. 18 et 45, respectivement.

[17] Ultérieurement, par sa résolution 42/151, l'Assemblée générale a approuvé une recommandation de la Commission tendant à modifier le titre anglais du sujet, pour qu'il se lise « Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind ».

[18] Pour un exposé détaillé de l'historique du sujet, voir *Annuaire... 1983*, vol. II (2e partie), par. 26 à 41.

[19] Ces rapports sont reproduits comme suit :

Premier rapport : *Annuaire... 1983*, vol. II (1re partie), p. 143, doc. A/CN.4/364;

Deuxième rapport : *Annuaire... 1984*, vol. II (1re partie), p. 93, doc. A/CN.4/377;

Troisième rapport : *Annuaire... 1985*, vol. II (1re partie), p. 63, doc. A/CN.4/387;

Quatrième rapport : *Annuaire... 1986*, vol. II (1re partie), p. 53, doc. A/CN.4/398;

Cinquième rapport : *Annuaire... 1987*, vol. II (1re partie), p. 1, doc. A/CN.4/404;

Sixième rapport : *Annuaire... 1988*, vol. II (1re partie), p. 199, doc. A/CN.4/411;

Septième rapport : *Annuaire... 1989*, vol. II (1re partie), p. 87, doc. A/CN.4/419 et Add.1;

Huitième rapport : *Annuaire... 1990*, vol. II (1re partie), p. 27, doc. A/CN.4/430 et Add.1;

Neuvième rapport : *Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie), p. 39, doc. A/CN.4/435 et Add.1;

Dixième rapport : *Annuaire... 1992*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/442.

[20] Pour le texte, voir *Annuaire... 1991*, vol. II (2e partie), p. 98 à 102.

[21] Ibid., par. 174.

projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, à examiner plus avant et analyser les questions soulevées dans son rapport concernant la question d'une juridiction pénale internationale, y compris la possibilité de créer un tribunal pénal international ou un autre mécanisme juridictionnel pénal de caractère international[22]. La Commission a noté, en outre, qu'elle avait commencé de s'acquitter de ce mandat et que les travaux qu'elle avait accomplis à ce sujet étaient reflétés dans son rapport sur sa quarante-troisième session[23].

28. Par sa résolution 46/54, l'Assemblée générale a invité la Commission,

[...] lorsqu'elle poursuivra ses travaux sur l'élaboration du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, à examiner plus avant et analyser les questions soulevées dans son rapport [de 1990[24]] [...] au sujet de la question d'une juridiction pénale internationale, y compris la possibilité de créer une cour pénale internationale ou un autre mécanisme juridictionnel pénal de caractère international, afin de permettre à l'Assemblée générale de fournir des directives dans ce domaine; [...]

29. À sa quarante-quatrième session (1992), la Commission était saisie du dixième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet, lequel était entièrement consacré à la question de la création éventuelle d'une juridiction pénale internationale. Après avoir examiné le dixième rapport du Rapporteur spécial, la Commission a décidé de créer un groupe de travail pour examiner plus avant et analyser les principaux problèmes qu'elle avait soulevés dans son rapport sur les travaux de sa quarante-deuxième session (1990) au sujet de la question d'une juridiction pénale internationale, y compris les propositions de création d'une cour internationale ou d'un autre mécanisme juridictionnel pénal international. Ce faisant, le Groupe de travail tiendrait compte des problèmes soulevés par le Rapporteur spécial dans la deuxième partie de son neuvième rapport et dans son dixième rapport, ainsi que des débats sur la question aux sessions passées et en cours de la Commission. Le Groupe de travail rédigerait aussi des recommandations concrètes sur les différents points qu'il examinerait et analyserait dans le cadre de son mandat[25].

30. À la même session, le Groupe de travail a établi à l'intention de la Commission un rapport contenant le détail de l'examen et de l'analyse qu'il a effectués d'un certain nombre de problèmes soulevés par la création éventuelle d'une juridiction pénale internationale, ainsi que le résumé de ses débats assorti de recommandations précises et un appendice contenant les systèmes proposés pour l'engagement de poursuites ou le dépôt de plaintes devant une juridiction pénale internationale[26]. L'approche essentielle à adopter dans le rapport du Groupe de travail était celle d'une cour pénale internationale créée par un statut ayant la forme d'un traité multilatéral conclu par les États parties; dans un premier stade, du moins, elle ne devrait exercer sa compétence qu'à l'égard des individus; cette compétence serait limitée aux crimes de caractère international définis dans certains traités internationaux en vigueur, notamment dans le projet de code (une fois qu'il aurait été adopté et serait entré en vigueur), mais elle ne devrait pas être limitée aux crimes visés par le code; un État devrait pouvoir devenir partie au statut sans devenir du même coup partie au code; la cour servirait essentiellement aux États parties à son statut (et aussi, dans des conditions bien définies, à d'autres États); elle ne devrait pas, du moins pendant la première phase de ses opérations, avoir compétence obligatoire et ses membres ne siégeraient pas en permanence; et, quelle que soit la structure exacte de la cour ou d'un autre mécanisme, elle devrait garantir une procédure régulière, indépendante et impartiale[27].

31. Toujours à la même session, la Commission a noté que, avec l'examen des neuvième et dixième rapports du Rapporteur spécial, ainsi que du rapport du Groupe de travail, elle avait achevé l'étude de la « possibilité de créer un tribunal pénal international ou un autre mécanisme juridictionnel pénal de caractère international », que l'Assemblée générale lui avait confiée en 1989[28]; qu'un système tel que celui suggéré dans le rapport du Groupe de travail pouvait fonctionner; que la poursuite de ses travaux sur la question exigeait que l'Assemblée lui donnât le mandat de rédiger un projet de statut; et qu'il appartenait maintenant à l'Assemblée de décider si la Commission devait entreprendre l'élaboration d'un nouveau projet de statut pour une juridiction pénale internationale, et sur quelle base[29].

32. Aux paragraphes 4, 5 et 6 de sa résolution 47/33, l'Assemblée générale :

[...]

4. *Prend note avec satisfaction* du chapitre II du rapport de la Commission du droit international intitulé « Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité », consacré à la question de l'éventuelle mise en place d'une juridiction pénale internationale;

5. *Invite* les États à soumettre au Secrétaire général, si possible avant la quarante-cinquième session de la Commission du droit international, leurs observations écrites sur le rapport du Groupe de travail sur la question d'une juridiction pénale internationale;

6. *Prie* la Commission du droit international de poursuivre ses travaux sur cette question et d'entreprendre par priorité, à partir de sa prochaine session, l'œuvre d'élaboration d'un projet de statut pour une juridiction pénale internationale, en commençant par examiner les questions dégagées dans le rapport du Groupe de travail et au cours du débat de la Sixième Commission en vue de rédiger un statut qui se fonde sur le rapport du Groupe de travail, compte tenu des vues exprimées pendant le débat à la Sixième Commission ainsi que des observations écrites qui auraient été reçues des États, et de présenter un rapport intérimaire à l'Assemblée générale, à sa quarante-huitième session.

B. — Examen du sujet à la présente session

33. À la présente session, la Commission était saisie du onzième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet (A/CN.4/449). Elle était saisie également des commentaires et observations des gouvernements sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté en première lecture par la CDI à sa quarante-troisième session (A/CN.4/448 et Add.1)[30], et

[22] Ibid., par. 175.

[23] Ibid., par. 106 à 165.

[24] *Annuaire... 1990*, vol. II (2e partie), par. 93 à 157.

[25] *Annuaire... 1992*, vol. II (2e partie), doc. A/47/10, par. 98.

[26] Ibid., par. 99, et annexe.

[27] Ibid., par. 11, et annexe, par. 4.

[28] Voir *Annuaire... 1990*, vol. II (2e partie), par. 93 à 157, notamment par. 100.

[29] Voir *Annuaire... 1992*, vol. II (2e partie), doc. A/47/10, par. 11 et 104.

[30] Voir *supra* par. 27.

des commentaires des gouvernements sur le rapport du Groupe de travail sur la question de la création d'une juridiction pénale internationale (A/CN.4/452 et Add.1 à 3)[31], conformément au paragraphe 5 de la résolution 47/33 de l'Assemblée générale.

1. Onzième rapport du Rapporteur spécial

34. La Commission a examiné le onzième rapport du Rapporteur spécial de sa 2298e à sa 2301e séance, du 17 au 28 mai 1993.

a) *Présentation du onzième rapport par le Rapporteur spécial*

35. Le Rapporteur spécial a consacré son onzième rapport entièrement à la question d'un projet de statut d'une cour criminelle internationale. Il a noté, à la fois dans l'introduction de son onzième rapport et dans sa présentation dudit rapport à la Commission, que dans ses trois rapports précédents[32] il avait déjà étudié la question relative à la création éventuelle d'une juridiction criminelle internationale, sans avoir eu pour but, à ce stade, de présenter un projet de statut d'une cour criminelle internationale, mais plutôt de susciter un débat approfondi au sein de la Commission sur des aspects très importants relatifs à l'établissement d'une telle cour, afin que ce débat pût fournir au Rapporteur spécial les orientations nécessaires à l'élaboration d'un projet de statut.

36. Le Rapporteur spécial a indiqué que le onzième rapport avait été préparé à la lumière des décisions de la Commission (sur la base des recommandations du Groupe de travail sur la question de la création d'une juridiction criminelle internationale)[33] et des décisions de l'Assemblée générale reflétées dans la résolution 47/33. L'élaboration d'un statut pour une cour criminelle internationale exigerait, sur une gamme de problèmes allant de l'approche la plus souhaitable aux simples questions de rédaction, un effort de rapprochement des points de vue sur plusieurs points. Il avait voulu soumettre à la Commission, à la présente session, un plan de travail sous la forme d'un avant-projet de statut accompagné de commentaires explicatifs; à la lumière de ce plan et des décisions nécessaires ayant désormais été prises par l'Assemblée générale, le travail d'élaboration d'un statut pour une cour criminelle internationale pouvait enfin commencer. Il espérait que son rapport ferait apparaître, et permettrait de résoudre d'une manière pragmatique, les délicates questions — dont beaucoup étaient juridiquement et politiquement extrêmement sensibles — auxquelles la Commission devrait apporter une solution satisfaisante si l'on voulait que le statut réponde à son objectif : recueillir l'appui le plus large possible de tous les États sur la question de la création d'une cour criminelle internationale. C'était dans cet esprit qu'il souhaitait, quelles que fussent ses préférences personnelles sur telle ou telle question, que son rapport soit examiné.

37. Le projet de statut présenté par le Rapporteur spécial comportait 37 projets d'articles divisés en trois titres. Le titre I, portant sur la création de la cour, traite des matières suivantes : 1) institution de la cour; 2) la cour, organe judiciaire des Nations Unies; 3) siège de la cour; 4) droit applicable; 5) compétence de la cour; 6) contestation de compétence; et 7) garanties judiciaires. Le titre II, portant sur l'organisation et le fonctionnement de la cour, traite des matières suivantes : 8) permanence de la juridiction de la cour; 9) résidence du Président et du Greffier; 10) règlement intérieur; 11) qualités requises; 12) nomination des juges; 13) élection du Président et [du] [des] Vice-Président[s]; 14) nomination du Greffier; 15) composition d'une chambre de la cour; 16) compatibilité avec d'autres fonctions; 17) perte de fonctions; 18) immunité diplomatique; 19) vacance d'un siège; 20) engagement solennel; 21) allocations, indemnités et traitements; et 22) budget de la cour. Le titre III, portant sur la procédure, traite des questions suivantes : 23) saisine de la cour; 24) l'intervention; 25) l'accusation; 26) l'enquête; 27) le jugement par défaut; 28) la remise de l'accusé à la cour; 29) abandon des poursuites; 30) détention provisoire; 31) l'audience; 32) le procès-verbal d'audience; 33) l'arrêt; 34) les peines; 35) les voies de recours; 36) l'exécution des peines; et 37) le droit de grâce et la libération conditionnelle.

38. Le Rapporteur spécial a signalé que le rapport n'avait pas la prétention d'apporter des solutions définitives à un problème d'une grande complexité. Il constituait plutôt un plan de travail présentant différents chapitres du statut d'une cour. Il avait, tout au plus, essayé de respecter l'esprit et la démarche de la Commission, qui avait souhaité un organe ayant des structures souples, non permanentes et peu coûteuses.

39. Le Rapporteur spécial avait fondé son projet sur l'option selon laquelle la cour serait un organe des Nations Unies. Il lui était difficile de concevoir que les Nations Unies demandent à la Commission, par une résolution, d'élaborer le statut d'une cour qui ne serait pas un organe de l'Organisation des Nations Unies.

40. Le Rapporteur spécial a indiqué, en ce qui concerne le droit applicable, qu'il avait suivi les recommandations du Groupe de travail, qui avait estimé que ce droit ne pouvait dériver que des conventions et accords internationaux. Ainsi, la cour proposée ne jugerait-elle que des crimes définis dans ces instruments. Cette question avait donné lieu à un débat prolongé à la Commission où, de l'avis du Rapporteur spécial, la tendance dominante avait été que le droit applicable devait exclusivement procéder desdits accords et conventions. Certains membres avaient estimé, toutefois, que la coutume et les principes généraux du droit pourraient également, dans certains cas, constituer une source de droit applicable. C'est pourquoi le Rapporteur spécial avait mis, dans son projet de statut, ces notions entre crochets, afin de permettre au Groupe de travail de revoir la question. De l'avis du Rapporteur spécial, il ne fallait pas non plus méconnaître la jurisprudence, car on voyait difficilement comment une cour pourrait être empêchée d'appliquer sa propre jurisprudence.

41. Le Rapporteur spécial a indiqué que, dans le projet de statut, la compétence de la cour n'était pas exclusive mais concurrente, chaque État ayant la faculté soit de juger lui-même, soit de déférer un accusé à la cour. Cette

[31] Voir *supra* par. 29 et 30.

[32] Voir *supra* note 19.

[33] Voir *supra* note 29.

option semblait avoir emporté l'adhésion du plus grand nombre au sein de la Commission. D'autre part, cette compétence était, dans son projet de statut, subordonnée au consentement de deux États : l'État où le crime avait été commis et l'État dont l'auteur présumé du crime était ressortissant. De l'avis du Rapporteur spécial, la possibilité que l'accord d'autres États soit requis pourrait également être examinée[34].

42. En outre, dans le projet de statut, la compétence *ratione personae* de la cour serait limitée aux individus; en d'autres termes, la cour ne pourrait juger ni des organisations internationales ni des États.

43. Pour ce qui était de la compétence *ratione materiae*, le Rapporteur spécial espérait beaucoup de la contribution des membres de la Commission. C'était là une question difficile et délicate qui avait été longuement débattue sans qu'aucune solution se fût imposée. Aucun accord n'avait été réalisé sur une liste de crimes devant faire l'objet de cette compétence. C'était pourquoi, en attendant l'existence d'un code des crimes, il préconisait, dans son rapport, une solution selon laquelle la compétence matérielle de la cour serait déterminée par des accords particuliers entre États parties ou par acceptation individuelle, ces actes pouvant être réalisés à tout moment.

44. Sur le plan de l'organisation et du fonctionnement, le Rapporteur spécial a indiqué que le souci d'avoir des structures souples, non permanentes et peu coûteuses avait eu certaines conséquences pour les solutions recommandées dans le projet de statut (voir *supra* par. 38).

45. Ainsi, par exemple, pour ce qui était de la structure de la cour elle-même, il fallait concilier deux facteurs : la cour, en tant qu'institution, devrait être permanente mais ne devrait pas fonctionner à plein temps. En ce qui concernait la composition effective de la cour, les juges ne seraient pas élus, comme c'était généralement le cas dans les organisations internationales, mais nommés par leurs États d'origine respectifs. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies dresserait ensuite un tableau par ordre alphabétique des juges ainsi nommés. Ceux-ci n'exerceraient pas leurs fonctions à plein temps.

46. Quant à la composition d'une chambre de la cour devant connaître d'une affaire déterminée, il n'était pas possible que tous les juges nommés par les États parties siègent en même temps dans une telle chambre. Aussi le Rapporteur spécial a-t-il proposé que toute chambre soit composée de neuf juges; toutefois, leur nombre pourrait être augmenté ou réduit. Ces juges seraient choisis par le Président de la cour dans la liste établie par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, toutes les fois qu'une affaire serait portée devant la cour. En opérant ce choix, le Président devrait tenir compte de certains critères afin de garantir une composition objective de la chambre. Ainsi, ne pourraient être choisis ni un juge ressortissant d'un État dont l'auteur présumé du crime serait originaire, ni un juge d'un État sur le territoire duquel le crime aurait été commis. Le Président de la cour lui-même serait élu soit par l'ensemble des juges siégant en assemblée plénière ou par un comité des États, soit par l'Assemblée générale des Nations Unies.

47. Le Rapporteur spécial a signalé en outre que, les organes du tribunal ne fonctionnant pas à plein temps, cela entraînait certaines conséquences, notamment en ce qui concernait les allocations versées aux juges et la compatibilité ou non des fonctions de juge avec d'autres fonctions.

48. Le même souci de souplesse et d'économie avait amené le Rapporteur spécial à alléger le projet de statut, lequel ne comportait pas tous les organes qui existaient normalement dans les juridictions criminelles. C'est ainsi qu'il n'y avait pas un organe d'instruction fonctionnant indépendamment de l'organe de jugement, car tout cabinet d'instruction avait une vocation de permanence. C'était pourquoi le projet de statut avait institué un système où l'enquête était diligentée par la cour elle-même, c'est-à-dire par l'organe de jugement, le plus souvent au cours de l'audience. De même, en ce qui concernait l'accusation, le projet de statut ne proposait pas la création d'un parquet dirigé par un procureur général, assisté de toute l'armée de fonctionnaires que supposait le fonctionnement d'un tel organe. À cette solution avait été substituée la solution plus souple consistant à laisser l'accusation à la charge de l'État plaignant. Toutefois une autre variante était également proposée, dans laquelle le ministère public était dirigé par un procureur.

49. Pour ce qui est de la procédure, le Rapporteur spécial a indiqué qu'elle comporterait plusieurs phases, à savoir la saisine de la cour, l'enquête et la phase de jugement. Il a ajouté qu'il était deux systèmes d'enquête : le système inquisitoire, où l'enquête est confiée à une personne, le juge d'instruction, qui a des pouvoirs exorbitants et mène son enquête dans le secret de son cabinet, et le système accusatoire, où l'enquête est effectuée ouvertement et publiquement par l'instance de jugement elle-même. Le Rapporteur spécial, dans son projet de statut, avait recommandé le système accusatoire. Cela ne voulait pas dire que, lorsque les circonstances l'exigeraient, ou dans des affaires complexes, la cour ne pourrait pas constituer une commission d'instruction. En règle générale, cependant, la procédure d'enquête devrait être menée par la juridiction de jugement.

50. Quant à la façon d'assurer la comparution de l'accusé devant la cour, au cas où il ne le ferait pas volontairement, le Rapporteur spécial a indiqué que le projet de statut prévoyait, entre États parties, une règle simplifiée de remise de l'accusé à la cour sur simple demande de celle-ci, avec, toutefois, des réserves touchant au respect de certains principes. En revanche, entre États non parties au statut ou entre États parties et États non parties, seule la procédure d'extradition pouvait assurer la comparution de l'accusé, à défaut d'une comparution volontaire. La cour ne pouvant pas conclure des accords d'extradition, à moins qu'un tel pouvoir lui soit reconnu, il appartiendrait à l'État partie qui envisagerait de saisir la cour d'une plainte d'obtenir l'extradition de l'accusé sur son territoire et de le déférer à la cour.

51. S'agissant des peines applicables, le Rapporteur spécial a indiqué que, d'une manière générale en droit interne, code pénal et juridiction pénale font l'objet

[34] Voir, par exemple, la solution adoptée à l'article 27 du projet de statut du Comité de 1953 pour une juridiction criminelle internationale [*Documents officiels de l'Assemblée générale, neuvième session, Supplément n° 12* (A/2645)], annexe.

d'instruments séparés. Il a ajouté que les auteurs de projets de statuts antérieurs n'avaient jugé ni utile ni opportun d'élaborer des instruments séparés, relatifs à l'une et à l'autre question. C'est dans lesdits projets de statut de la cour qu'étaient prévues les sanctions et, en général, on laissait au tribunal le soin d'appliquer les peines qu'il jugeait appropriées sans référence à un code quelconque. Dans le projet de statut actuel, cependant, le Rapporteur spécial avait indiqué que, en l'état actuel des choses, l'absence d'un code pénal international obligeait à se référer soit à la loi de l'État de l'auteur du crime, soit à la loi de l'État qui avait porté plainte, c'est-à-dire l'État victime, soit encore à la loi de l'État sur le territoire duquel le crime avait été commis.

b) *Résumé du débat*

i) *Observations générales*

52. Des membres ont exprimé leur satisfaction et leur admiration pour le travail consciencieux et délicat accompli par le Rapporteur spécial, lequel, après plusieurs années d'un travail exploratoire et préliminaire, avait réussi à élaborer un projet de statut d'une cour criminelle internationale qui invitait la Commission à aborder sa tâche avec pragmatisme, réalisme et souplesse.

53. Dans les observations générales qu'ils ont faites à titre préliminaire sur l'orientation des travaux, plusieurs membres ont souligné que le projet de statut devrait, en ce qui concernait la composition et la compétence de la cour, le droit applicable, l'instruction, l'administration de la preuve et la procédure devant la cour, y compris l'exécution des peines, fournir les bases et les garanties juridiques d'une institution judiciaire impartiale reposant sur les principes de la primauté du droit et à l'abri, autant que faire se pourrait, de considérations politiques — ce dernier point étant jugé d'autant plus important que les affaires renvoyées devant la cour seraient pour la plupart de caractère politique. On a fait remarquer, à ce propos, que l'intégrité morale, l'indépendance et la compétence des membres de la cour étaient des éléments revêtant aussi la plus haute importance.

ii) *Nature de la cour*

54. Comme aux sessions antérieures de la Commission, il a été noté que la question de savoir si une cour criminelle internationale devrait siéger à titre permanent ou être une institution ad hoc nécessitait un examen plus approfondi.

55. Quelques membres ont fait valoir des arguments contre le recours à des tribunaux ad hoc. En premier lieu, les membres d'une juridiction créée en réponse à une situation particulière risquaient d'être influencés par cette situation et de manquer aux règles de l'objectivité et de l'impartialité. De plus, au plan national, les cours criminelles ad hoc ou « spéciales » étaient essentiellement des outils utilisés par les régimes despotiques, et recourir au niveau international à de tels moyens serait donner un mauvais exemple, au détriment des droits de l'homme et de la primauté du droit.

56. En second lieu, des juridictions ad hoc ne suffiraient pas à exercer un effet de dissuasion, car il fallait un certain temps pour créer un tribunal, fût-il éphémère. En outre, la volonté clairement affirmée par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité d'enquêter sur les crimes qui se commettaient dans certains contextes était dissuasive, et il n'était donc pas absolument indispensable pour l'ONU de créer des institutions qui ne seraient peut-être pas juridiquement inattaquables.

57. D'autres membres ont indiqué qu'il y avait, dans certaines circonstances, un besoin de célérité et d'efficacité, qui avait inspiré dans le passé la création de tribunaux ad hoc dont le but était clairement circonscrit. On a fait remarquer, à ce propos, qu'une cour permanente unique et monolithique, conçue en fonction de besoins très divers, risquait fort de ne satisfaire convenablement aucun de ces besoins.

58. Quelques membres ont estimé que la cour dont la Commission devait élaborer le statut, conformément au mandat que l'Assemblée générale lui avait confié au paragraphe 6 de sa résolution 47/33, devrait être une institution permanente. On a exprimé la crainte, à ce propos, que la recherche de solutions trop simples sur la compétence et la composition de la cour ne risque d'aboutir finalement à un résultat inacceptable, à savoir la création de tribunaux ad hoc. D'autres ont considéré qu'à ce stade, et d'autant plus qu'on ne pouvait pas savoir si une cour criminelle internationale permanente avait des chances d'être suffisamment utilisée pour justifier les dépenses qu'elle exigerait, il serait plus réaliste d'envisager une cour ne siégeant pas en permanence qu'une cour permanente.

iii) *Mode de création de la cour*

59. De l'avis de certains membres, une cour criminelle internationale devrait être créée par voie de convention multilatérale sous les auspices des Nations Unies, et non par une décision du Conseil de sécurité, compte tenu des principes généraux de droit pénal et des fonctions attribuées au Conseil de sécurité par la Charte des Nations Unies. D'autres membres, en revanche, ont souligné que le Conseil de sécurité était habilité, en agissant dans le cadre du mandat qui était le sien en vertu de la Charte, à prendre les dispositions nécessaires pour répondre comme il fallait à un besoin reconnu comme tel.

iv) *Lien avec l'Organisation des Nations Unies*

60. On a reconnu que la question des liens entre la cour et l'Organisation des Nations Unies revêtait une importance fondamentale. Selon une opinion, la cour devrait, pour un certain nombre de très sérieuses raisons, être un organe de l'Organisation des Nations Unies. Cette approche, a-t-on dit, manifesterait clairement l'acceptation du principe de la responsabilité individuelle en matière criminelle envers la communauté mondiale, conférerait à la cour l'autorité voulue, ouvrirait la voie à la reconnaissance universelle de sa compétence et en garantirait le fonctionnement dans l'intérêt général. Quelques membres ont observé que si la cour devait être un organe de l'Organisation des Nations Unies, il faudrait, pour la créer, soit une modification de la Charte, qui ne paraissait guère probable, soit une résolution de l'Assemblée générale ou du Conseil de sécurité (Art. 22 ou 29 de la Charte). La création conjointe, par des réso-

lutions similaires de ces deux organes, a été qualifiée de solution appropriée, à laquelle rien ne s'opposait aux termes des Articles 10 et 24 de la Charte.

61. Certains membres étaient hostiles à cette démarche, déjà rejetée, ont-ils rappelé, par la Commission à sa précédente session. À ce propos, ils ont émis l'avis qu'il n'était pas possible de créer une cour criminelle internationale, en tant qu'organe judiciaire de l'Assemblée générale ou du Conseil de sécurité, par voie de résolution adoptée par l'un ou l'autre de ces organes, car aucun n'était habilité par la Charte à le faire. De l'avis des membres en question, la cour devrait être une entité établie par voie de traité interétatique, distincte de l'Organisation des Nations Unies, mais ayant néanmoins avec elle des liens étroits de coopération en vertu d'accords appropriés. La remarque a été faite que cette formule ne soulèverait pas la question de savoir si un amendement à la Charte était nécessaire. L'opinion a été exprimée qu'une telle procédure (à savoir la création de la cour par voie de traité interétatique, distincte de l'Organisation des Nations Unies, mais ayant néanmoins avec elle des liens étroits de coopération en vertu d'accords appropriés) était très souhaitable, ne serait-ce que pour éviter les questions délicates qui se poseraient de savoir si un amendement de la Charte serait nécessaire.

v) *Le droit applicable*

62. Le Rapporteur spécial a souligné qu'il semblait avoir été généralement admis au sein de la Commission que la cour devrait appliquer les conventions et accords internationaux relatifs aux crimes relevant de sa compétence; mais il lui semblait que la convergence de vues s'arrêtait là.

63. Certains membres ont estimé que la Commission devait élargir les normes du droit applicable en y englobant les principes généraux du droit et la coutume. Mention a aussi été faite dans cette perspective du droit interne, et l'on a rappelé que le rapport que le Groupe de travail avait présenté en 1992[35] faisait référence au droit édicté par les organes d'organisations internationales et, en particulier, de l'ONU. On s'est demandé s'il ne vaudrait pas mieux, s'agissant du droit substantiel que la cour aurait à appliquer, définir directement dans le statut les crimes qui seraient considérés comme crimes internationaux aux fins du statut, plutôt que de régler la question par le biais d'une disposition sur le droit applicable. On a considéré que le droit applicable devrait embrasser le droit substantiel sur ce qui constituerait les crimes internationaux pertinents, les règles de la preuve et les règles de procédure que la cour devrait suivre et appliquer dans la conduite du procès et les dispositions des législations nationales dont la cour devrait tenir compte pour fixer les peines qu'elle prononcerait.

vi) *Compétence*

64. En ce qui concerne la question de la compétence *ratione personae*, il a été convenu que la cour ne jugerait que des individus.

65. S'agissant de la compétence *ratione materiae*, le Rapporteur spécial a proposé dans le projet de statut que, en attendant l'adoption d'un code des crimes, les infractions relevant de la compétence de la cour soient définies par des accords spéciaux entre les États parties ou par un acte unilatéral d'un État. Selon cette proposition, les accords ou les actes unilatéraux détermineraient et définiraient avec précision les infractions pour lesquelles un ou plusieurs États reconnaissent la compétence de la cour.

66. Certains membres ont approuvé la notion selon laquelle la compétence de la cour devait être fondée sur le principe de son acceptation, tout en mettant l'accent sur la nécessité de compléter cette notion par une disposition reconnaissant la compétence de la cour sur la base de conventions multilatérales préexistantes, telles que la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, qui donnent compétence à une cour internationale pour connaître des différends concernant leur application.

67. D'autres membres ont exprimé des réserves à cet égard. On a fait observer qu'il était difficile d'admettre que les États puissent, par voie d'accords spéciaux ou d'actes unilatéraux, indiquer quelles infractions devaient relever de la compétence de la cour. Cette compétence devait être clairement définie et ne devait pas dépendre de l'acceptation de tel ou tel État.

68. En ce qui concerne l'État ou les États dont le consentement serait nécessaire pour que la cour soit compétente pour juger un accusé, le Rapporteur spécial a proposé, dans le projet de statut, que la cour soit compétente pour juger tout individu, à condition que l'État dont il était ressortissant et l'État sur le territoire duquel le crime était présumé avoir été commis aient accepté sa juridiction. Certains membres ont souligné que la règle de la compétence territoriale était la règle la plus généralement appliquée et qu'elle devait être privilégiée, car celle du consentement de l'État dont l'accusé était ressortissant n'était qu'une règle supplétive qui ne devait jouer que dans certains cas.

69. D'autres membres ont exprimé des doutes quant à l'ensemble de la proposition du Rapporteur spécial. À leur avis, si la compétence de la cour dépendait de son acceptation par l'État dont l'accusé était ressortissant et par l'État sur le territoire duquel le crime était présumé avoir été commis, la cour verrait son efficacité sensiblement réduite et se trouverait paralysée si un des deux États refusait d'accepter sa juridiction. Selon ces membres, il suffisait que l'État qui portait plainte pour un crime puisse exprimer sa volonté de déférer l'auteur du crime à la cour, qui serait alors libre d'engager ou non des poursuites.

vii) *Nomination des juges*

70. Des réserves ont été exprimées au sujet de la proposition du Rapporteur spécial selon laquelle chaque État partie au statut nommerait un juge remplissant certaines conditions et le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies établirait une liste alphabétique des juges nommés par les États. On a dit que cette for-

[35] *Annuaire... 1992*, vol. II (2e partie), doc. A/47/10, annexe.

mule se justifiait peut-être pour un organe comme la Cour permanente d'arbitrage, mais qu'elle ne convenait pas pour une cour criminelle internationale, dont les juges auraient entre leurs mains l'honneur, la réputation et la liberté d'individus et seraient exposés à des pressions et à des menaces de toutes sortes. Des objections ont été formulées à l'encontre d'un système judiciaire selon lequel les juges à une cour criminelle internationale, d'une part, seraient élus par leurs propres gouvernements, en dehors de toute procédure électorale internationale impartiale, et, d'autre part, seraient tenus de résider dans leurs pays, sans aucune garantie de sécurité lorsque la cour ne siégerait pas.

71. Certains membres ont préconisé une formule selon laquelle les juges seraient élus par l'Assemblée générale des Nations Unies. Cette formule contribuerait à garantir l'indépendance et l'impartialité des juges, tout en renforçant les liens entre l'Organisation des Nations Unies et la cour.

viii) *Structure de la cour*

72. Les propositions figurant dans le onzième rapport ont suscité un certain nombre de questions et d'observations qui ont porté sur les points suivants : la cour devait-elle se composer de chambres et, dans l'affirmative, quels devaient être leurs fonctions, leur nombre et leur composition ? Devait-il y avoir un bureau de la cour, composé du président et des vice-présidents de la cour, qui serait chargé de superviser l'ensemble des activités de la cour ? Le parquet devait-il faire partie de la structure générale de la cour ? Et fallait-il établir un greffe ayant des fonctions administratives ?

73. En ce qui concerne le siège de la cour, on a noté que le Rapporteur spécial estimait que la question était une question essentiellement politique et qu'il appartiendrait à la Sixième Commission d'en débattre et de faire des propositions à ce sujet à l'Assemblée générale. Tout en partageant ce point de vue, un membre a fait observer que le statut devait permettre à la cour de siéger en dehors de son siège, et il s'est demandé si, dans le cas où la cour aurait à juger un ressortissant de l'État où elle avait son siège, cette proximité ne risquait pas de nuire à la sérénité de ses débats.

ix) *Saisine de la cour*

74. S'agissant de la proposition du Rapporteur spécial tendant à ce que la cour soit saisie sur la plainte de tout État, qu'il soit ou non partie au statut, on a fait observer que la solution qui serait adoptée à cet égard aurait des répercussions sur la procédure de mise en accusation : si l'accusation incombait aux États, il serait alors logique que la saisine soit réservée aux États, comme le Rapporteur spécial le proposait; si, en revanche, l'accusation incombait à un organe de la cour ou à un ministère public, le droit de saisine pourrait être ouvert à d'autres plaignants que les États — par exemple aux organisations internationales et éventuellement à certaines organisations non gouvernementales de caractère humanitaire. On a dit qu'il faudrait permettre à l'Organisation des Nations Unies, et plus particulièrement au Conseil de sécurité et à l'Assemblée générale, de saisir la cour.

x) *L'accusation*

75. Sur ce point, le Rapporteur spécial avait proposé dans son rapport deux formules possibles : selon l'une, l'État plaignant (l'État qui saisirait la cour) aurait aussi la charge de soutenir l'accusation devant la cour; selon l'autre, l'accusation serait soutenue par un ministère public, indépendant de l'État plaignant et de la cour.

76. Les membres de la Commission se sont généralement prononcés en faveur de la seconde solution. On a invoqué, à cet égard, la nécessité de garantir les principes de neutralité et d'impartialité et d'interposer un « filtre » entre l'accusation et le jugement. Un ministère public représentant la communauté internationale et agissant en toute indépendance et en dehors de toute considération politique a été jugé essentiel au bon fonctionnement de la cour et à la sérénité de ses débats.

xi) *L'enquête*

77. Dans son projet de statut, le Rapporteur spécial a proposé que la cour, si elle jugeait la plainte recevable, cite l'accusé à comparaître devant elle et, après avoir entendu l'accusé et examiné les pièces produites, décide d'ouvrir ou non une enquête.

78. Un membre a fait observer que, au lieu de demander à l'ensemble de la cour de décider si une plainte était ou non recevable, il serait peut-être préférable de confier ce soin au bureau de la cour. Il a aussi demandé qui déciderait s'il y avait lieu ou non d'ouvrir une enquête.

xii) *Remise de l'accusé à la cour*

79. Le projet de statut prévoyait que tout État partie au statut serait tenu de remettre à la cour, à sa demande, toute personne poursuivie devant elle pour des crimes relevant de sa compétence. En même temps, cet État devrait s'assurer que les poursuites n'étaient pas inspirées par des mobiles d'ordre politique, racial, social, culturel ou religieux, que l'accusé ne bénéficiait pas de l'immunité de poursuite, et que la remise n'était pas contraire au principe *non bis in idem*.

80. Un membre a observé que la proposition du Rapporteur spécial ne prévoyait ni les cas où l'accusé aurait quitté le territoire de l'État plaignant, ni non plus ceux où l'accusé se trouverait sur le territoire d'un État non partie au statut. Il a proposé qu'en pareil cas la cour soit autorisée par le statut à demander au Conseil de sécurité d'obtenir la remise de l'accusé.

81. D'autres membres ont exprimé des doutes quant à la possibilité, pour l'État auquel était demandée la remise de l'accusé, d'affirmer qu'une décision de la cour avait été prise pour des motifs d'ordre politique, racial, social, culturel ou religieux. On a également appelé l'attention sur les obstacles juridiques qui pouvaient résulter des traités d'extradition.

xiii) *Procédure de jugement*

82. Il a été généralement reconnu que le statut devait assurer un jugement équitable et impartial, mené conformément aux règles applicables, compte dûment tenu des droits de l'accusé et des garanties judiciaires requises,

prévues dans des conventions internationales, telles que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Le Rapporteur spécial a souligné l'importance de la publicité du procès et de la présence effective de l'accusé au procès, encore qu'il ait mentionné la nécessité de prévoir des dispositions pour le cas où un accusé chercherait, par une absence délibérée, à se soustraire à la juridiction de la cour.

83. En ce qui concerne ce dernier point, on a fait observer que, si l'on n'admettait pas le jugement par défaut, il suffirait que l'accusé trouve refuge dans un État qui n'était pas partie au statut de la cour pour échapper à toute procédure. Cet État pourrait purement et simplement ne rien faire et laisser l'accusé partir pour un pays ami, ce qui lui éviterait d'avoir à l'extrader ou à le juger, résultat qui était particulièrement à craindre dans le cas de dirigeants politiques. La condamnation par défaut, en revanche, ferait peser une menace d'arrestation, une épée de Damoclès, sur la personne de l'accusé. Il a été dit également que la faculté de juger par défaut permettrait à la cour, compte tenu de l'autorité morale et juridique dont elle jouirait, de rendre des décisions qui auraient une valeur politique indéniable et de faire connaître à l'opinion publique mondiale des faits dont elle n'aurait eu jusque-là qu'une connaissance partielle. L'avis a été émis que, pour éviter tout conflit avec les dispositions de certains instruments internationaux, et notamment du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, il faudrait peut-être envisager la possibilité de ne pas appliquer automatiquement la peine prononcée si l'accusé acceptait ultérieurement de comparaître devant la cour; dans ce cas, le jugement pourrait être révisé en sa présence et confirmé ou infirmé, selon le cas.

xiv) *Peines*

84. Dans son rapport, le Rapporteur spécial a noté que, compte tenu en particulier du principe *nulla poena sine lege*, il était nécessaire, en l'absence d'un code international des crimes prescrivant des peines, que le statut renvoie, en ce qui concerne les peines, aux dispositions appropriées des législations nationales, par exemple la législation de l'État dont l'accusé a la nationalité ou la législation de l'État où le crime a été commis.

85. Certains membres ont souligné la nécessité, dans ce domaine, de se référer aux lois nationales, puisque aucun des instruments internationaux auxquels on pourrait se référer ne prévoyait de sanctions. L'accent a été mis, en particulier, sur la territorialité, c'est-à-dire l'application par la cour des peines prévues par le droit pénal de l'État sur le territoire duquel le crime a été commis. On a fait observer dans ce contexte que, lorsqu'un État laissait à une cour criminelle internationale le soin de juger l'auteur d'un crime commis sur son territoire, ce transfert de compétence entraînait le transfert des règles du for et des règles applicables aux peines. Il a été dit également que le critère de la territorialité éviterait ce que l'on pourrait qualifier de peines « à la carte », comme cela pourrait se produire si plusieurs personnes étaient accusées d'avoir commis le même crime sur le territoire d'un même État et que la cour décidât d'appliquer les peines prévues par le droit pénal de l'État dont chacun des accusés était ressortissant. On a fait observer également que le renvoi aux lois nationales en matière de peines serait incompatible avec le caractère international de la cour. Diverses opinions ont été exprimées concernant la proposition du Rapporteur spécial d'exclure la peine de mort.

xv) *Révision et appel*

86. Le Rapporteur spécial a souligné que, dans son rapport, il avait proposé deux versions : *a*) l'une prévoyait le recours en révision, en cas, par exemple, de découverte *ex post facto* d'un fait inconnu de la cour avant le prononcé du jugement, de nature à exercer une influence décisive; et *b*) l'autre comprenait le recours en révision et l'appel.

87. On a fait observer qu'un principe de la législation relative aux droits de l'homme voulait qu'il fût toujours possible de faire appel de la décision d'un tribunal et que, par conséquent, la révision ne suffisait pas. D'autre part, l'opinion a été émise que la révision à elle seule fournissait une garantie suffisante, vu la haute qualité de la cour et attendu que le procès se tiendrait nécessairement en présence d'observateurs internationaux et qu'il en serait longuement rendu compte par les médias internationaux. Il a également été souligné que la question des recours et celle de la compétence de la cour étaient étroitement liées et qu'il fallait les traiter ensemble.

xvi) *Droit de grâce et libération conditionnelle*

88. Le Rapporteur spécial a proposé dans le projet de statut que le droit en question soit exercé par l'État chargé de l'exécution de la peine, après consultation avec les autres États concernés. On a fait remarquer que les termes de cette proposition n'indiquaient pas clairement si l'État chargé de l'exécution de la peine avait l'initiative de l'exercice du droit de grâce et de la libération conditionnelle ou s'il était tenu de suivre l'avis issu de ses consultations avec les autres États concernés.

89. À la fin du débat sur son onzième rapport, le Rapporteur spécial a noté qu'il était généralement admis qu'un lien devait être établi entre la cour et l'Organisation des Nations Unies. Il a fait observer que la cour, outre le fait qu'elle aurait besoin du support logistique de l'ONU pour son fonctionnement administratif, serait compétente à l'égard de matières qui intéressent directement l'Organisation, par exemple les crimes de guerre et les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, et devrait nécessairement tenir compte de la Charte des Nations Unies et des résolutions du Conseil de sécurité. Le Rapporteur spécial a souligné qu'à la session précédente de la Commission le Groupe de travail avait conclu que le droit applicable devait se limiter aux accords et aux conventions, opinion que lui-même ne partageait pas, comme en témoignaient ses rapports précédents. Certaines questions n'étaient pas encore mûres et il serait nécessaire de recourir au droit national. Par exemple, on n'avait pas encore trouvé de formule satisfaisante pour les peines, qui variaient considérablement selon les États et leur philosophie. Si la cour devait respecter le principe *nulla poena sine lege*, elle devrait se reporter au droit national d'un État au cas où elle se trouverait devant un vide juridique.

90. S'agissant de l'État ou des États dont le consentement était nécessaire pour que la cour fût compétente

pour juger un accusé, le Rapporteur spécial a noté que des divergences d'opinion étaient apparues à la Commission. De l'avis du Rapporteur spécial, on ne saurait créer une cour sans prendre en considération l'existence et la compétence des États. Il faudrait donc trouver une formule de compromis, parce que la cour ne pourrait fonctionner qu'avec l'accord des États. Il était peut-être possible d'assujettir sa compétence à l'acceptation de l'État sur le territoire duquel l'accusé se trouvait, car, sans cette acceptation, la cour jugerait tout le temps par défaut.

91. S'agissant de l'organisation de la cour, le Rapporteur spécial n'avait pas d'idée très arrêtée sur le point de savoir si les juges devaient être nommés ou élus, tant qu'ils bénéficiaient de certaines garanties, par exemple de la garantie de ne pas être révoqués ou de ne pas être sanctionnés pour les décisions qu'ils avaient prises.

92. Pour ce qui est de l'accusation, le Rapporteur spécial a signalé qu'il avait proposé un texte prévoyant que c'était l'État plaignant, et non pas un procureur général, qui devait assumer la charge de soutenir l'accusation. Il avait proposé ce texte parce que l'expérience montrait que, même dans le cas des cours auprès desquelles un procureur général assumait la charge de l'accusation, le plaignant intervenait dans le débat, plaidait et apportait les preuves des faits allégués.

93. S'agissant de l'instruction ou de l'enquête, le Rapporteur spécial avait proposé que l'instruction fût conduite par la cour elle-même au cours d'une audience. Si l'affaire était trop complexe, la cour pourrait créer en son sein une commission spéciale d'enquête. Mais il ne voyait pas d'inconvénient à ce qu'un organe d'instruction soit créé, même si un tel organe ne correspondait pas à la structure légère et souple recommandée par le Groupe de travail en 1992. Le système du juge d'instruction ne lui paraissait pas satisfaisant, parce qu'il entraînait le risque que des décisions arbitraires soient prises concernant la liberté d'un individu. Pour que l'enquête respecte les droits de l'homme, il fallait limiter autant que possible les pouvoirs du juge d'instruction, et une autre procédure devait être mise en place pour garantir qu'un juge prenne sa décision non selon son humeur mais selon la loi. En conséquence, de l'avis du Rapporteur spécial, l'instruction devrait être conduite non pas dans le secret d'un cabinet mais publiquement.

94. Pour ce qui est de la remise de l'accusé à la cour, le Rapporteur spécial a indiqué que, en prévoyant dans le projet d'article pertinent que l'État requis devait s'assurer que l'intéressé ne bénéficiait pas de l'immunité de poursuite, il n'avait fait que reprendre une conclusion du Groupe de travail.

95. En ce qui concerne les voies de recours, le Rapporteur spécial a constaté que la révision avait été généralement admise au cours du débat et qu'aucun membre de la Commission ne s'était opposé catégoriquement à l'appel.

2. Création du Groupe de travail sur un projet de statut pour une cour criminelle internationale

96. À sa 2298e séance, le 17 mai 1993, la Commission a décidé de réunir à nouveau le groupe de travail qu'elle avait créé à la session précédente. À sa 2300e séance, le 25 mai 1993, elle a décidé que le nom du groupe de travail serait désormais « Groupe de travail sur un projet de statut pour une cour criminelle internationale »[36].

97. Le mandat que la Commission a donné au Groupe de travail était conforme aux dispositions des paragraphes 4, 5 et 6 de la résolution 47/33 de l'Assemblée générale[37].

3. Résultats des travaux effectués par le Groupe de travail sur un projet de statut pour une cour criminelle internationale

98. Le Président du Groupe de travail a présenté le rapport révisé du Groupe à la 2325e séance de la Commission, le 21 juillet 1993[38].

99. La Commission a considéré que le rapport du Groupe de travail à la session en cours représentait un progrès substantiel par rapport à celui de 1992 sur le même sujet, présenté à la quarante-septième session de l'Assemblée générale[39]. Le rapport de 1993 mettait l'accent sur l'élaboration d'un ensemble exhaustif et systématique de projets d'articles accompagnés de brefs commentaires. Bien que la Commission n'ait pas été en mesure d'examiner ces projets d'article en détail à la session en cours, elle a estimé qu'ils méritaient, dans leur principe, d'être examinés par l'Assemblée générale à sa quarante-huitième session.

100. La Commission se féliciterait de bénéficier des observations de l'Assemblée générale et des États Membres sur certaines questions spécifiques évoquées dans les commentaires relatifs aux divers articles, ainsi que sur le projet d'articles dans son ensemble. La Commission a décidé, en outre, que le projet de statut serait transmis aux gouvernements par l'intermédiaire du Secrétaire général, avec prière de soumettre à celui-ci leurs observations avant le 15 février 1994. Ces observations sont nécessaires pour déterminer l'orientation des travaux ultérieurs de la Commission en vue d'achever l'élaboration du projet de statut à la quarante-sixième session de la Commission en 1994, comme il est envisagé dans son programme de travail.

---

[36] Pour la composition du Groupe de travail, voir *supra* par. 9.

[37] Voir *supra* par. 32.

[38] Pour le texte du rapport du Groupe de travail, voir l'annexe au présent document.

[39] Voir *supra* note 35.

Chapitre III

RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE POUR LES CONSÉQUENCES PRÉJUDICIABLES DÉCOULANT D'ACTIVITÉS QUI NE SONT PAS INTERDITES PAR LE DROIT INTERNATIONAL

A. — Introduction

101. À sa trentième session (1978), la Commission a inscrit à son programme de travail la question intitulée « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international », et a nommé M. Robert Q. Quentin-Baxter rapporteur spécial[40].

102. De sa trente-deuxième session (1980) à sa trente-sixième session (1984), la Commission a reçu et examiné cinq rapports du Rapporteur spécial[41], où celui-ci s'efforçait d'établir la base théorique de l'étude du sujet et proposait une ébauche de plan, ainsi que cinq projets d'articles. L'ébauche de plan était contenue dans le troisième rapport du Rapporteur spécial, soumis à la trente-quatrième session de la Commission (1982)[42]. Les cinq projets d'articles proposés dans le cinquième rapport du Rapporteur spécial ont été soumis à la trente-sixième session de la Commission (1984)[43], qui les a examinés mais n'a pas pris de décision sur leur renvoi au Comité de rédaction.

103. À sa trente-sixième session (1984), la Commission était également saisie des réponses à un questionnaire que le Conseiller juridique de l'ONU avait envoyé en 1983 à seize organisations internationales choisies à cet effet afin de déterminer, entre autres choses, dans quelle mesure les obligations que les États ont les uns envers les autres et dont ils s'acquittent en tant que membres d'organisations internationales pouvaient correspondre ou suppléer à certaines des procédures envisagées dans l'ébauche de plan[44]. Elle était saisie en outre d'un document du Secrétariat intitulé « Étude de la pratique des États concernant la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international »[45].

104. À sa trente-septième session (1985), la Commission a nommé M. Julio Barboza rapporteur spécial pour le sujet. De sa trente-septième session (1985) à sa quarante-quatrième session (1992), la CDI a reçu du Rapporteur spécial huit rapports[46]. À sa quarantième session (1988), la Commission a renvoyé au Comité de rédaction les projets d'articles 1 à 10 proposés par le Rapporteur spécial pour les chapitres I (Dispositions générales) et II (Principes)[47]. À sa quarante et unième session (1989), la Commission a renvoyé au Comité de rédaction la version révisée des articles qu'elle lui avait déjà renvoyés à la session précédente et dont le nombre était réduit à neuf[48].

105. À sa quarante-quatrième session (1992), la Commission a créé un groupe de travail, ouvert à tous les membres souhaitant y participer, qui était chargé d'examiner certaines questions d'ordre général touchant la portée et l'orientation des travaux futurs sur le sujet, ainsi que l'approche à adopter à cet égard[49]. À sa 2282e séance, le 8 juillet 1992, sur la base des recommandations du Groupe de travail, la Commission a pris un certain nombre de décisions[50].

---

[40] À cette session, la Commission a créé un groupe de travail chargé d'examiner, à titre préliminaire, la portée et la nature du sujet, et de lui faire rapport sur cette question. Pour le rapport du Groupe de travail, voir *Annuaire... 1978*, vol. II (2e partie), p. 167 à 169.

[41] Les cinq rapports du précédent Rapporteur spécial sont reproduits comme suit :

Rapport préliminaire : *Annuaire... 1980*, vol. II (1re partie), p. 243, doc. A/CN.4/334 et Add.1 et 2;

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.

[42] Le texte de l'ébauche de plan est reproduit dans *Annuaire... 1982*, vol. II (2e partie), par. 109. Les modifications apportées à l'ébauche de plan par le précédent Rapporteur spécial sont indiquées dans *Annuaire... 1983*, vol. II (2e partie), par. 294.

[43] Le texte des articles I à 5 présentés par le précédent Rapporteur spécial figure dans *Annuaire... 1984*, vol. II (2e partie), par. 237.

[44] Les réponses au questionnaire figurent dans *Annuaire... 1984*, vol. II (1re partie), p. 135, doc. A/CN.4/378.

[45] *Annuaire... 1985*, vol. II (1re partie), *Additif*, doc. A/CN.4/384.

[46] Les huit rapports du Rapporteur spécial sont reproduits comme suit :

Rapport préliminaire : *Annuaire... 1985*, vol. II (1re partie), p. 97, doc. A/CN.4/394;

Deuxième rapport : *Annuaire... 1986*, vol. II (1re partie), p. 149, doc. A/CN.4/402;

Troisième rapport : *Annuaire... 1987*, vol. II (1re partie), p. 47, doc. A/CN.4/405;

Quatrième rapport : *Annuaire... 1988*, vol. II (1re partie), p. 253, doc. A/CN.4/413;

Cinquième rapport : *Annuaire... 1989*, vol. II (1re partie), p. 145, doc. A/CN.4/423;

Sixième rapport : *Annuaire... 1990*, vol. II (1re partie), p. 87, doc. A/CN.4/428 et Add.1;

Septième rapport : *Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie), p. 73, doc. A/CN.4/437;

Huitième rapport : *Annuaire... 1992*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/443.

[47] Pour le texte, voir *Annuaire... 1988*, vol. II (2e partie), p. 9.

[48] Pour le texte, voir *Annuaire... 1989*, vol. II (2e partie), par. 311. Le Rapporteur spécial a proposé, dans son sixième rapport, d'apporter de nouvelles modifications à certains de ces articles; voir *Annuaire... 1990*, vol. II (1re partie), p. 111 à 113, doc. A/CN.4/428 et Add.1, annexe; et ibid., vol. II (2e partie), par. 471.

[49] Voir *Annuaire... 1992*, vol. II (2e partie), par. 341 à 343.

[50] Ibid., par. 344 à 349.

B. — Examen du sujet à la présente session

106. À la présente session, la Commission a examiné le neuvième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/450) à ses 2300e et 2302e à 2306e séances, le 25 mai et du 1er au 11 juin 1993. À l'issue du débat, elle a décidé de renvoyer l'article 10 (La non-discrimination)[51], qu'elle avait examiné à sa quarante-deuxième session (1990), ainsi que les articles 11 à 20 *bis* proposés par le Rapporteur spécial dans son neuvième rapport, au Comité de rédaction pour lui permettre de poursuivre ses travaux sur la question de la prévention, comme elle l'avait décidé à sa session précédente. Elle a indiqué que le Comité de rédaction pourrait, avec l'aide du Rapporteur spécial, entreprendre une tâche plus vaste et déterminer si les nouveaux articles qui avaient été soumis s'inscrivaient dans une structure logique et étaient complets ou, dans le cas contraire, s'ils devaient être complétés par d'autres dispositions. Le Comité de rédaction pourrait alors, sur cette base, commencer à rédiger des articles. Une fois qu'il aurait élaboré une série d'articles satisfaisants sur la prévention des risques, il pourrait voir comment les nouveaux articles étaient liés aux dispositions générales contenues dans les articles 1 à 5 et aux principes énoncés dans les articles 6 à 9 et à l'article 10. Le Comité de rédaction a consacré neuf séances aux articles. Le Président du Comité de rédaction a présenté le rapport du Comité à la 2318e séance de la Commission. Il contenait les titre et texte des articles adoptés par le Comité en première lecture, à savoir les articles 1 (Champ d'application des présents articles), 2 (Expressions employées), 11 (Autorisation préalable), 12 (Évaluation du risque) et 14 (Mesures destinées à réduire le risque au minimum). Toutefois, conformément à sa pratique consistant à ne pas adopter d'articles non accompagnés de commentaires, la Commission a décidé de remettre à sa session suivante la décision à prendre sur les projets d'articles proposés. Elle disposera à ce moment-là des éléments nécessaires pour lui permettre de prendre une décision sur ces textes. Au stade actuel, la Commission s'est contentée de prendre acte du rapport du Comité de rédaction.

107. Comme la Commission l'avait demandé à la session précédente[52], le neuvième rapport du Rapporteur spécial était entièrement consacré aux questions relatives à la prévention des dommages transfrontières pouvant résulter des activités à risque. Dans ce rapport, le Rapporteur spécial décrivait ce qu'il jugeait être la nature et la teneur de la notion de prévention et proposait 11 articles (art. 11 à 20 *bis*)[53]. En présentant le rapport, le Rapporteur spécial s'est référé aux articles des chapitres I (Dispositions générales) et II (Principes) déjà soumis au Comité de rédaction, qui traitaient de questions plus larges relatives au sujet, et a indiqué que ces articles se rapportaient aussi, sous réserve de quelques modifications mineures d'ordre rédactionnel, à la question de la prévention des dommages transfrontières pouvant résulter des activités à risque[54]. Il s'est aussi référé à un article 10 qu'il avait proposé dans son sixième rapport sous le titre « La non-discrimination »[55] et a expliqué le rapport qui existait entre cet article et la question de la prévention actuellement à l'étude.

1. Questions de caractère général

108. Certains membres ont exprimé des doutes quant au bien-fondé de la décision que la Commission avait prise l'année dernière d'examiner le sujet par étapes. Ils ont fait valoir que, selon cette décision, la Commission devait traiter uniquement, au stade actuel, des activités susceptibles de causer des dommages transfrontières, ce qui rétrécissait inutilement son champ d'examen et créait aussi des difficultés d'ordre conceptuel.

109. Selon ces membres, on voyait se dessiner l'idée que, une fois que les articles relatifs aux mesures de prévention auraient été entièrement élaborés, la Commission pourrait se contenter de conclure qu'il ne serait sans doute pas nécessaire de passer à la deuxième phase des travaux, à savoir la formulation des règles primaires applicables à l'indemnisation du dommage. Or la Commission devait garder à l'esprit cette perspective plus générale et, plus précisément, la deuxième phase de ses travaux.

110. On a estimé que la Commission ne devait rencontrer aucune difficulté majeure au cours de cette deuxième phase, puisque ses membres semblaient s'accorder sur certaines propositions fondamentales, à savoir, par exemple, que les victimes d'un dommage transfrontière devaient, quelles que soient les modalités de la réparation, être convenablement et rapidement indemnisées et que, dans une affaire de dommage transfrontière, les parties seraient généralement l'État d'origine, l'entité gouvernementale ou non gouvernementale qui exerçait l'activité, l'État affecté, les bénéficiaires de l'activité et les victimes du dommage transfrontière. La Commission n'aurait donc qu'à faire des propositions visant à garantir des relations équitables au niveau de la règle primaire entre les différents protagonistes, dans les cas où un dommage transfrontière avait été effectivement causé.

111. On a dit que, avant de faire des propositions finales quant aux règles ou aux principes relatifs à l'indemnisation des dommages, la Commission devrait envisager diverses possibilités. Par exemple, pour déterminer si la diligence requise avait été exercée dans un cas particulier, elle devrait examiner, entre autres critères, si l'exploitant était suffisamment assuré contre tous les dommages possibles. Dans certaines circonstances, il devait y avoir une présomption en faveur de l'État affecté.

---

[51] L'article 10, présenté par le Rapporteur spécial dans son sixième rapport, se lisait comme suit :

« *Article 10. — La non-discrimination*

« Les États parties traitent de la même manière les effets d'une activité survenus sur le territoire d'un autre État ou sous sa juridiction ou son contrôle, et ceux produits sur leur propre territoire. En particulier, ils appliquent les dispositions des présents articles et celles de leur législation nationale sans aucune discrimination fondée sur la nationalité, le domicile ou la résidence des personnes ayant subi un préjudice du fait des activités visées à l'article premier. »

[52] Voir *supra* note 50.

[53] Pour le texte de ces articles, voir *infra* notes 62, 64, 68, 69, 70, 73, 74, 77, 79, 80 et 82, respectivement.

[54] Voir *supra* note 48.

[55] Voir *supra* note 51.

Par ailleurs, le Rapporteur spécial avait fait dans le projet d'article 9 (La réparation)[56] une proposition très intéressante, suivant laquelle l'État d'origine serait tenu de réparer le dommage causé, mais le montant effectif de la réparation serait déterminé dans le cadre de négociations menées de bonne foi entre les parties. Il fallait aussi réfléchir au rôle des mécanismes de financement des indemnités mis en place à l'échelon de la branche d'activité, qui avaient si remarquablement fonctionné dans le domaine de la pollution du milieu marin par le pétrole.

112. Selon un autre point de vue, la prévention ne constituait pas l'intégralité du sujet, mais elle en était la partie la plus solidement établie. Les États qui exerçaient ou autorisaient des activités de nature à causer des dommages sur le territoire d'autres États ou dans les espaces internationaux étaient tenus à une obligation de prévention, qui consistait à faire tout ce qui était en leur pouvoir pour empêcher ces dommages de se produire ou pour en limiter les effets. Tel était le droit positif, qui s'était déjà traduit par une jurisprudence bien établie, illustrée par la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail (Trail Smelter)*[57]. Par contre, il ne paraissait pas possible de dire que les États avaient une obligation de réparer en cas de dommage, ni que les temps étaient mûrs pour un développement du droit en ce sens.

113. Le rapport entre le sujet à l'étude et la responsabilité des États a fait l'objet d'observations de la part de certains membres. On a dit qu'il était difficile d'avancer rapidement dans l'examen du sujet, dans la mesure notamment où son autonomie était incertaine. L'imposition d'obligations de prévention aux États signifiait que la violation de ces obligations engageait la responsabilité *(responsibility)* des États. On a jugé utile à ce propos de rappeler les deux sens différents du mot « responsabilité » : dans le sens de l'anglais *responsibility*, ce terme désignait le mécanisme qui pouvait conduire à la réparation; dans le sens de l'anglais *liability*, il signifiait que l'on avait la charge d'une personne, d'une chose ou d'une situation. Dans le cas des activités menées sur le territoire d'un État, il fallait donc distinguer entre, d'une part, les activités illicites dont les États étaient responsables au premier sens du terme, qui relevaient du projet d'articles sur la responsabilité des États, et, d'autre part, les activités qui n'étaient pas interdites, donc pas illicites à priori, dont les États étaient également responsables mais au deuxième sens du terme, la conséquence première de cette responsabilité étant l'obligation de prévenir les dommages transfrontières. L'idée figurant au paragraphe 2 du neuvième rapport, selon laquelle la prévention ne ferait pas partie de la responsabilité, était donc très contestable. La prévention était, au contraire, au cœur même de la responsabilité, et c'était parce que l'État était responsable *(liable)* des activités menées sur son territoire qu'il avait l'obligation juridique de prévenir les dommages transfrontières qui pourraient en résulter. Ce principe avait une telle importance qu'il méritait d'être formellement énoncé au début des articles consacrés à la prévention.

114. On a fait observer que, à la différence de la responsabilité *(responsibility)* des États, où l'État était responsable de ses manquements en tant qu'État, et à la différence du droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, où l'État possédait, réglementait et gérait ses ressources naturelles, la responsabilité *(liability)* internationale visait des faits sur lesquels l'État ne pouvait pas ou risquait de ne pas pouvoir exercer de contrôle. Cette différence tenait aux droits et aux libertés dont jouissaient les individus, à la nécessité de séparer l'État des autres entités qui exerçaient leurs activités dans le domaine de la production, du commerce et des services, et à la nécessité de répondre aux besoins des entrepreneurs mettant à leur disposition les techniques et les ressources financières nécessaires pour promouvoir le développement. On constatait chez les membres de la Commission une certaine hésitation à accepter l'idée que les États devaient être responsables *(liable)* pour les activités qui causaient des dommages transfrontières, car certains estimaient que, pour permettre le libre jeu des forces du marché, il fallait éviter une réglementation excessive. Le principe fondamental selon lequel aucun État ne devait permettre que son territoire soit utilisé de manière à causer des dommages transfrontières était si universellement admis qu'il n'était pas nécessaire de le répéter, à condition que la relation de cause à effet entre l'activité et le dommage transfrontière soit bien établie. Par conséquent, la position de l'État en cause était régie par la responsabilité *(responsibility)* des États, alors que la position de l'exploitant ou du propriétaire était régie par le droit de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité civile. Aucun des principes que la Commission pourrait prendre comme base pour définir les conséquences de la responsabilité *(liability)* au niveau international ne saurait donc être dissocié de ces branches du droit.

115. Il serait peut-être plus facile, a-t-on dit, de prescrire les règles appropriées en matière de prévention, tant pour l'État que pour d'autres entités, si l'État et l'exploitant ou le propriétaire étaient considérés séparément. Le rôle de l'État, comme l'a noté le Rapporteur spécial, consistait essentiellement à prescrire des normes ainsi qu'à promulguer des lois et des règlements et à en surveiller l'application. Le rôle de l'exploitant était différent et lui imposait davantage d'obligations. Ses obligations pouvaient consister, notamment, à soumettre une évaluation des effets de l'activité en question sur l'environnement, à donner une indication du degré de risque qu'elle comportait et à proposer des mesures pour réduire ce risque et en limiter les conséquences éventuelles. Si une activité risquait de causer un dommage transfrontière, on pourrait aussi exiger qu'elle soit exercée de façon à ne pas causer de dommage prévisible à un autre État ou que l'exploitant obtienne l'autorisation nécessaire pour l'exercer après avoir procédé à des consultations avec les responsables de l'État ou des États concernés.

116. Quelques membres ont dit qu'il était difficile de rédiger des articles d'une portée suffisamment large pour être applicables à n'importe quel type d'activité pouvant causer des dommages transfrontières. Ils ont estimé qu'il fallait définir les catégories d'activités auxquelles s'appliquerait le futur instrument. L'article 11 proposé par le Rapporteur spécial se contentait à ce sujet de renvoyer à

[56] Voir *Annuaire... 1990*, vol. II (2e partie), p. 98, note 343.

[57] Nations Unies, *Recueil*, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1905 et suiv.

l'ancien article premier, lequel, même associé à l'article 2 (Expressions employées), ne comblait guère cette lacune. En effet, l'article premier parlait d'activités comportant un risque et l'article 2 ajoutait qu'il s'agissait d'un risque de dommage transfrontière appréciable. Mais il y avait toutes sortes d'activités susceptibles de causer un dommage transfrontière, et le Rapporteur spécial aurait dû recenser les différentes catégories d'activités de ce type, au lieu de proposer des règles qui ne pouvaient s'appliquer qu'à certains groupes d'activités, comme la construction de centrales nucléaires. Si l'on pouvait tirer une leçon générale du droit de l'environnement, c'était bien que les efforts de prévention devaient toujours être adaptés aux caractéristiques du danger à combattre.

117. On a expliqué à cet égard que, pour empêcher que le danger ne prenne forme, la communauté internationale devait se doter de règles concrètes qui aillent au-delà de la Déclaration de Stockholm de 1972[58] et de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement[59]. En outre, il fallait recenser les domaines qui n'étaient pas encore suffisamment réglementés. Certes, le Rapporteur spécial mentionnait la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière et la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels; mais il n'avait pas examiné les répercussions de ces deux instruments sur le sujet à l'examen, et ces répercussions étaient peut-être considérables. Peut-être aurait-il dû préciser aussi comment il concevait les rapports entre les règles qu'il proposait et les dispositions, souvent assez détaillées, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

a) *La notion de risque*

118. Le Rapporteur spécial a expliqué que les activités à risque étaient principalement celles qui pouvaient causer un dommage transfrontière à la suite d'un accident. Par conséquent, la cause du dommage transfrontière était essentiellement limitée aux circonstances dans lesquelles, pour diverses raisons, l'État perdait tout contrôle sur ces activités. Les articles proposés dans le neuvième rapport étaient destinés à traiter précisément de ce type d'activités. Le Rapporteur spécial a pris note des préoccupations exprimées lors des sessions précédentes de la Commission, à savoir qu'il était difficile dans certains cas de déterminer si une activité particulière présentait un risque de dommage transfrontière. Il a estimé pour sa part que, dans un grand nombre de cas, il était possible de déterminer si une activité d'un type donné qui comportait des risques était susceptible de causer un dommage transfrontière, en examinant la nature des substances manipulées, les techniques utilisées et les conditions particulières dans lesquelles l'activité était exercée. À son avis, la diligence due, qui consistait à prendre des mesures préventives — information, notification, consultation et autres mesures —, semblait s'appliquer à tous les différents types d'activités qui risquaient de causer des dommages transfrontières.

119. Certains membres ont estimé que la notion de risque était beaucoup trop large et que, par conséquent, la portée *ratione materiae* des articles n'était pas claire. À leur avis, la Commission devait essayer de définir les catégories d'activités auxquelles s'appliqueraient les articles sur la prévention. Ces articles avaient essentiellement pour objet d'établir un système d'évaluation des effets sur l'environnement, qui ne serait certainement pas valable pour toutes les activités à risque; ce système ne vaudrait que pour les activités planifiées dont les dimensions dépassaient un certain seuil, qui devrait être lui-même soigneusement défini. Le soin avec lequel tous les instruments existants s'efforçaient de décrire les activités auxquels ils s'appliquaient était significatif. La notion générale d'activité à risque était peut-être valable lorsqu'on examinait la responsabilité pour dommage. Mais une procédure d'évaluation des effets sur l'environnement devait se limiter, en raison de sa nature même, à certaines activités aisément identifiables qui, lorsqu'elles étaient exercées isolément, comportaient un risque précis de dommage transfrontière.

b) *Questions relatives à la prévention*

120. Dans son neuvième rapport, le Rapporteur spécial a dit que l'objet des mesures préventives était d'essayer *a*) de réduire au minimum, dans les activités menées sous la juridiction ou le contrôle d'un État, la probabilité de tout accident ayant des effets transfrontières; et *b*) de réduire le dommage résultant d'un tel accident. L'objet des mesures préventives est donc double. Le Rapporteur spécial a utilisé le verbe « essayer » pour indiquer que l'objet de l'obligation n'était pas d'éviter que tout dommage ne se produise — ce qui lui paraissait aléatoire, par définition, dès lors qu'il s'agissait d'activités risquant de causer un dommage —, mais d'obliger les États à adopter certaines mesures pour réduire au minimum les conséquences de ces activités. Ainsi, la fonction assignée à l'État consisterait uniquement à adopter une législation (lois et dispositions administratives) prudente et complète en matière de prévention et à veiller à ce qu'elle soit respectée par ceux qui exercent, sous sa juridiction ou son contrôle, des activités risquant de causer des dommages transfrontières.

121. Le Rapporteur spécial a expliqué qu'ainsi l'État ne verrait pas, en principe, sa responsabilité engagée en raison d'activités privées vis-à-vis desquelles il s'était dûment acquitté de ses fonctions de contrôle. Ces fonctions de contrôle étaient définies dans les articles qu'il avait proposés et consistaient, par exemple, à n'accorder une autorisation préalable pour l'exercice d'une activité qu'après avoir reçu un rapport d'évaluation satisfaisant sur les effets de cette activité, en s'assurant que certaines mesures avaient été prises pour réduire les risques d'accident. Le Rapporteur spécial a expliqué que, en disant que la responsabilité d'un État n'était pas, en principe, engagée en raison d'activités privées, il entendait prendre en considération certains cas où l'État pourrait avoir une responsabilité subsidiaire — par exemple le cas où l'exploitant ou son assurance ne pouvait pas payer le montant total de l'indemnisation, hypothèse déjà envisagée dans certaines conventions. Il ne voulait pas s'étendre, au stade actuel, sur la question de savoir s'il fallait prévoir dans le projet une telle responsabilité sub-

[58] *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), première partie, chap. Ier.

[59] A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I) [publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatif], p. 2 à 6.

sidiaire, car ce problème se poserait à propos du sujet de la responsabilité, que la Commission examinerait à un stade ultérieur.

122. En ce qui concerne la nature des dispositions énonçant les obligations de prévention, le Rapporteur spécial a expliqué que ces obligations constituaient, à son avis, des obligations de diligence, qui ne seraient réputées avoir été transgressées que si aucun effort raisonnable n'avait été fait pour les respecter. Ces obligations n'avaient donc pas le caractère de ce qu'on pouvait appeler une obligation de résultat, au sens des articles 21 et 23 de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des États[60], qui consistait à prévenir un événement donné.

123. Le Rapporteur spécial a noté l'inégalité qui existait entre les États en développement et les États développés en ce qui concerne leur capacité à se conformer à l'obligation de prévention et leur responsabilité potentielle en cas de dommages transfrontières. Il partageait le point de vue de ceux qui avaient souligné à plusieurs reprises que les pays en développement ne possédaient pas les ressources financières et la technologie nécessaires pour contrôler les activités des sociétés multinationales, qui risquaient souvent de causer des dommages transfrontières. Pour remédier à cette situation, le Rapporteur spécial a suggéré d'insérer dans la partie des articles consacrée aux principes une disposition qui exigerait, de manière générale, que la situation spéciale des pays en développement soit prise en considération lors de l'établissement de tout régime de prévention des dommages transfrontières.

124. Le Rapporteur spécial a aussi rappelé que, dans ses rapports précédents, il avait suggéré de confier aux organisations internationales un rôle qui consisterait à aider les pays en développement à évaluer les effets transfrontières des activités à risque ou les études d'impact faites par d'autres États qui envisagent d'entreprendre des activités susceptibles d'affecter les pays en développement. Il était préoccupé par la question de savoir comment des organisations internationales qui n'étaient pas parties aux articles pourraient être tenues de fournir une assistance en vertu de ces articles. Il pensait à certaines organisations capables de jouer un rôle utile en aidant les pays en développement, telles que la CEE, le PNUD, le PNUE, la FAO et l'OMS.

125. Les observations sur la question de l'obligation de prévention ont porté sur le contenu de cette obligation, la structure des articles relatifs à la prévention et la situation spéciale des pays en développement à cet égard.

126. En ce qui concerne le contenu de l'obligation de prévention, certains membres étaient convaincus que la prévention devait être limitée à la prévention *ex ante*, c'est-à-dire à l'obligation d'empêcher un dommage transfrontière de se produire. Ces membres n'étaient pas, en principe, opposés à l'idée d'une obligation de limiter ou de réduire l'étendue et la portée du dommage une fois qu'il s'était produit, mais ils ont estimé qu'il s'agissait là, en fait, d'une obligation de réparer ou de corriger les effets dommageables d'une activité, qu'il serait préférable de traiter au stade suivant des travaux de la Commission.

127. On a fait observer que, d'après le neuvième rapport et les rapports précédents, le Rapporteur spécial semblait souscrire à l'hypothèse selon laquelle la légitimité de toutes les mesures définies dans le cadre du sujet, y compris les mesures préventives, était fondée sur l'interdiction faite à tout État d'utiliser son territoire à des fins contraires aux droits des autres États. Or cette hypothèse risquait d'être une source de malentendus, car toute activité susceptible de causer un dommage à un autre État pouvait être considérée comme une activité illicite, et l'on pouvait alors se demander si elle ne relevait pas tout simplement de la responsabilité des États pour fait illicite.

128. On a aussi fait observer que la Commission devait formuler des règles subsidiaires applicables à la responsabilité pour les conséquences d'une activité, lorsque ces conséquences étaient indépendantes de la volonté de l'État d'origine. Le fondement juridique de ces obligations était l'égalité souveraine des États. La Commission devait donc, dans l'exercice de sa fonction de codification du droit international, établir un cadre juridique dans lequel pourraient s'inscrire les activités à risque et qui fournirait aux États et aux tribunaux les points de référence nécessaires. Les gouvernements devaient savoir que, lorsqu'ils agissaient dans les limites de leurs frontières, ils assumaient des obligations et des responsabilités internationales. Les projets d'articles devaient être aussi généraux que possible pour ne pas fausser le sens de l'obligation de prévention en imposant des procédures légalistes ou excessivement compliquées, qui ne correspondraient pas à la situation réelle. Les États n'attendaient pas une procédure détaillée et obligatoire, mais l'énoncé d'obligations générales dont ils pourraient s'inspirer pour définir leurs relations à cet égard.

129. La structure des articles relatifs à la prévention a fait l'objet d'un certain nombre d'observations.

130. On a noté que, dans son neuvième rapport, le Rapporteur spécial se bornait à présenter des projets d'articles de caractère technique, sans donner une idée globale de l'obligation de prévention. Plusieurs dispositions de projets d'articles proposés par le Rapporteur spécial dans ses rapports antérieurs, qui étaient actuellement soumises au Comité de rédaction, valaient également en matière de prévention. S'il avait extrait de ces dispositions les éléments nécessaires, le Rapporteur spécial aurait pu présenter un tout homogène sur la prévention, qui pourrait former la première partie du projet d'articles et pourrait être éventuellement suivi de parties consacrées à la réparation et au règlement des différends. Le Rapporteur spécial devrait d'abord poser certains principes, en commençant par l'obligation de prévention liée à la responsabilité du fait des risques présentés par les activités envisagées. Il faudrait pour cela combiner le paragraphe 1 de l'article 3 et les articles 6 et 8 et inclure dans cette partie du projet les dispositions des alinéas *a* et *b* de l'article 2, déjà renvoyés au Comité de rédaction. Peut-être faudrait-il aussi inclure dans cette partie générale un article concernant les risques pour les espaces qui ne sont pas soumis à la juridiction nationale des États *(global commons)*.

131. Selon le même point de vue, après avoir ainsi énoncé les principes, on pourrait indiquer les modalités.

[60] Voir *Annuaire... 1980*, vol. II (2e partie), p. 29 à 32.

Ces modalités pourraient être classées sous six rubriques différentes : premièrement, la notification, l'information et leurs limites; deuxièmement, l'évaluation, en tenant compte des vues des autres États — et peut-être des organisations internationales — susceptibles d'être affectés et de l'équilibre des intérêts; troisièmement, l'autorisation, subordonnée à une assurance couvrant effectivement les risques; quatrièmement, le maintien de l'obligation de vigilance après le début des activités et la question des activités déjà en cours au moment de l'adoption de la future convention; cinquièmement, le regroupement éventuel de toutes les dispositions concernant la cessation et la limitation du dommage, ce que l'on pouvait appeler la prévention *ex post*; et, sixièmement, l'énoncé exprès d'un autre principe général fondamental, selon lequel la responsabilité pour manquement de l'État sur le territoire duquel se déroulait l'activité à risque serait engagée s'il ne respectait pas les obligations de prévention qui lui incombaient.

132. Toujours au sujet de la structure des articles, certains membres se sont demandés si la notification des activités envisagées par un État sans tenir compte de l'avis de l'autre État ainsi que les consultations pouvaient être considérées comme des mesures de prévention des dommages éventuels. L'obligation d'informer pouvait être inutile dans certains cas et indispensable dans d'autres. Ainsi, le lancement de satellites était une activité à risque pouvant causer un dommage transfrontière, mais la communication d'informations techniques sur cette activité ne devenait indispensable que si le satellite avait une source d'énergie nucléaire à bord, ce qui accroissait le risque de dommage. D'où la difficulté d'élaborer un instrument applicable à toutes les activités.

133. Au sujet des dispositions concernant l'information et la consultation et les autres échanges entre les États concernés, on s'est demandé si, au cas où un risque prévu se matérialiserait, l'État victime du dommage ou ses nationaux étaient réputés avoir eu connaissance de la possibilité de survenance du dommage et y avoir consenti. Telle n'était probablement pas l'intention du Rapporteur spécial, mais cette difficulté pourrait être résolue par le Comité de rédaction.

134. En ce qui concerne la situation des pays en développement, on a noté que ces pays, faute de moyens financiers et techniques suffisants, risquaient de trouver trop lourdes les obligations imposées par les articles. La question s'est posée de savoir si un pays en développement devait être tenu de procéder à l'évaluation des effets transfrontières d'une activité exercée sur son territoire, de mener à bien des consultations avec les États susceptibles d'être affectés, et de concevoir et d'appliquer des mesures de prévention, lorsqu'il s'agissait d'une activité licite et bénéfique pour son économie parce qu'elle était génératrice d'emplois. Le fait que les activités étaient souvent entreprises par des sociétés transnationales, sur lesquelles le pays hôte en développement n'avait pas un pouvoir de contrôle suffisant, ne facilitait guère pour ces pays l'acceptation des obligations imposées par les articles. On a rappelé que, dans une autre instance des Nations Unies, les pays développés avaient fermement résisté à l'adoption d'un code de conduite pour les sociétés transnationales, qui aurait notamment obligé ces dernières à exercer leurs activités conformément à de saines pratiques en matière d'environnement.

135. Un membre a estimé que la suggestion du Rapporteur spécial tendant à énoncer en termes généraux, dans le chapitre consacré aux principes, la nécessité de tenir compte de la situation des pays en développement n'allait pas assez loin. La nécessité d'accorder aux pays en développement un traitement préférentiel devait aussi apparaître dans les articles consacrés à la prévention, qui devaient tenir compte, en particulier, des principes énoncés dans la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement[61]. En outre, en ce qui concernait les mesures de prévention, les normes qui avaient cours dans les pays développés risquaient de ne pas l'être dans les pays en développement, car leur coût, sur le plan social et économique, risquait d'entraver le développement de ces pays. Les articles relatifs à la prévention devaient comprendre des dispositions générales sur les moyens de faciliter le transfert des techniques, y compris des techniques nouvelles, en particulier des pays développés aux pays en développement.

136. On a aussi fait observer que le principe de la prévention, tel qu'il était énoncé dans les projets d'articles proposés, ne tenait pas compte de la situation des pays en développement en ce qui concerne l'accès à la technologie industrielle; il en résulterait une application sans distinction des règles primaires qui pourrait imposer un nouveau type de condition pour le transfert des techniques, ce qui pourrait amener les pays en développement à hésiter de plus en plus à adhérer au système proposé dans le cadre des Nations Unies. La Commission doit en tenir compte, en introduisant dans le projet d'articles des dispositions spéciales pour les pays en développement, sans pour autant compromettre l'universalité du système proposé. On a noté que le Rapporteur spécial n'était pas indifférent à ces préoccupations, comme il l'a montré dans son rapport. Il avait en effet proposé d'inclure une disposition de ce genre dans le chapitre relatif aux principes. Il fallait espérer que cette disposition ne serait pas formulée en termes trop généraux ou trop abstraits.

137. On a également dit que la Commission ne devait pas oublier que les pays en développement manquaient de technologie et de ressources humaines. Mais il fallait, en même temps, que ces pays soient conscients de la nécessité d'être vigilants, car les effets préjudiciables des accidents survenus sur leurs territoires affecteraient généralement d'autres pays en développement, qui manquaient eux-mêmes de ressources technologiques et financières. Le vieil adage « mieux vaut prévenir que guérir » était particulièrement pertinent dans ce contexte, d'autant plus que la prévention était moins coûteuse. Par conséquent, tout en insistant sur la prévention, il fallait aider les pays en développement à acquérir la compétence et les ressources techniques nécessaires pour effectuer une évaluation des risques.

---

[61] Voir *supra* note 59.

2. OBSERVATIONS SUR LES ARTICLES

a) *Article 11. — Autorisation préalable*[62]

138. L'article 11 subordonne les activités comportant un risque de dommage transfrontière et tout changement important qui y serait apporté à l'autorisation de l'État sur le territoire ou sous le contrôle duquel elles doivent être exercées. Pour le Rapporteur spécial, la condition d'autorisation préalable était la première démarche à accomplir par un État dans l'exercice de ses fonctions et responsabilités en matière de contrôle. Le Rapporteur spécial a déclaré qu'il avait pris note des réserves que certains membres de la Commission avaient émises à propos de cette condition lors des sessions précédentes. Ces réserves se fondaient sur l'argument que : *a*) la condition d'autorisation préalable constituait une ingérence dans les affaires intérieures des États; et *b*) il s'agissait là d'une formalité que les États accomplissaient par routine dans leur propre intérêt, dans la mesure où, en cas d'accident, ils seraient les premiers à souffrir des dommages survenus. Le Rapporteur spécial n'a pas jugé cet argument suffisamment convaincant pour supprimer l'article 11. À son avis, les activités visées dans le projet d'article étaient susceptibles de porter atteinte aux droits d'un État autre que l'État où elles étaient exercées. En conséquence, la condition d'autorisation préalable n'avait pour tout effet que d'établir un équilibre entre les droits et les obligations des États concernés, et elle ne saurait être interprétée comme constituant une ingérence dans les affaires intérieures de l'État d'origine. D'autre part, le Rapporteur spécial a estimé que le fait pour l'État affecté de savoir que l'État d'origine avait souffert lui aussi de dommages consécutifs à l'accident était une bien piètre consolation. Il a également estimé qu'il se pourrait que, dans certains cas, l'État d'origine exerce des activités comportant un risque de dommage virtuel de façon à réduire au minimum les dommages pour lui-même et à exposer son voisin à un dommage virtuel plus grand, par exemple en exerçant ces activités près de zones frontalières.

139. De nombreux membres ont appuyé l'article 11, encore qu'il semblait à première vue exprimer l'évidence. À leur avis, il constituait une mise en garde à l'endroit aussi bien de l'État que de l'exploitant. Pour certains membres, l'article 11 ainsi que les articles 12, 13 et 14[63] semblaient trop détaillés et risquaient en dernière analyse d'être interprétés comme signifiant que le régime juridique de la prévention constituait une ingérence dans les affaires intérieures des États.

140. On a fait observer que l'article 11 soulevait deux problèmes. Le premier problème se rapportait à la définition de la notion de risque : ce n'était qu'à la lumière de cette définition que l'on pourrait dire s'il était raisonnable d'espérer faire accepter cette autorisation par les États en tant qu'obligation générale. Le second problème concernait le renouvellement périodique de l'autorisation ou la possibilité, voire l'obligation, de la retirer dans certains cas, ce qui n'était expressément prévu nulle part.

141. On a aussi fait observer que la condition d'autorisation préalable devrait être appréhendée dans le contexte plus large de l'évolution des relations internationales en matière économique et commerciale. Les accords internationaux tendaient à exiger des États qu'ils adoptent une législation sur certaines questions afin de garantir l'exécution de certaines obligations. Pour se protéger et vu les réalités de la vie moderne, les États tentaient d'imposer la responsabilité à l'exploitant, lequel était généralement le mieux placé pour exercer une surveillance. Cela aboutissait toutefois à une impasse. Si un État imposait trop de règlements aux exploitants, il pourrait être accusé d'entraver l'investissement privé, mais, s'il s'abstenait totalement de réglementer les activités économiques, il pourrait être tenu pour responsable des accidents se produisant sur son territoire. Deux règles devraient donc être fixées : une pour les États qui étaient à même d'exercer le contrôle stipulé dans un accord et une autre pour ceux qui étaient dépourvus de l'infrastructure scientifique et technique nécessaire. De plus en plus, les accords internationaux exigeaient une notification préalable et des consultations avant que certaines activités ne soient entreprises. Les dispositions imposant des obligations aux États devraient être rédigées avec soin, en tenant compte de la nécessité de maintenir un juste équilibre entre une certaine marge de manœuvre nécessaire pour les exploitants privés, d'un côté, et les obligations de l'État de prévenir les dommages transfrontières, de l'autre.

b) *Article 12. — Évaluation des effets transfrontières*[64]

142. Aux termes de l'article 12, l'État demande qu'il soit procédé à l'évaluation des éventuels effets transfrontières d'une activité avant de l'autoriser. Le Rapporteur spécial a expliqué que cette condition n'avait rien d'une nouveauté et qu'elle figurait déjà dans certains des instruments juridiques les plus récents adoptés dans le domaine de l'environnement[65]. À son avis, cette évaluation devait aboutir non pas à la certitude qu'une activité donnée causerait un dommage transfrontière important, mais uniquement à la certitude qu'un risque important de dommage transfrontière existait.

143. De l'avis du Rapporteur spécial, l'évaluation, objet de l'article 12, et les obligations d'échanges d'informations et de consultations visées aux articles 15, 16

[62] Le projet d'article 11 se lit comme suit :

« *Article 11. — Autorisation préalable*

« Les activités visées à l'article premier requièrent l'autorisation préalable de l'État sous la juridiction ou le contrôle duquel elles doivent être exercées. Cette autorisation est également requise chaque fois qu'il est envisagé d'introduire un changement important dans ladite activité. »

[63] Voir *infra* notes 64, 68 et 69, respectivement.

[64] Le projet d'article 12 se lit comme suit :

« *Article 12. — Évaluation des effets transfrontières*

« En vue d'accorder l'autorisation visée à l'article 11, l'État d'origine ordonne qu'il soit procédé à l'évaluation des éventuels effets transfrontières de l'activité considérée et du risque de voir lesdits effets se produire. »

[65] Mention a été faite à ce propos du principe 17 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (voir *supra* note 59), du paragraphe 2 de l'article 4 de la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels et des paragraphes 2 et 3 de l'article 2 de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière.

et 18[66] étaient étroitement liées. Elles visaient toutes un objectif éminemment important dont dépendait l'efficacité d'un régime de prévention, à savoir encourager la participation de l'État présumé affecté pour qu'il puisse s'assurer que l'activité s'exerce dans des conditions de plus grande sécurité dans l'État d'origine et, dans le même temps, qu'il puisse prendre davantage de précautions sur son propre territoire pour prévenir ou réduire au minimum les effets transfrontières. De l'avis du Rapporteur spécial, la coopération était un élément essentiel de ces obligations.

144. On a fait observer que la condition d'évaluation d'impact sur l'environnement jouait un rôle important dans ces articles. L'article 12 devrait donc être explicité, et peut-être assez en détail, de manière à définir clairement les éléments essentiels d'une bonne évaluation d'impact sur l'environnement. Il y avait des précédents dans les définitions de ce genre, que l'on trouvait aussi bien dans les conventions que dans les décisions du Conseil d'administration du PNUE. Faute de déterminer ainsi les conditions essentielles, il était à craindre qu'un État donne l'impression de s'être acquitté de ses obligations en procédant à une étude quelconque, alors qu'en réalité il avait omis de faire convenablement évaluer le risque potentiel.

145. On a fait observer qu'une évaluation insuffisante pourrait avoir différentes sortes de conséquences. Premièrement, à supposer qu'elle conclue à l'absence de tout risque et que l'État ne donne par conséquent notification à aucun État voisin et autorise l'activité, qu'en serait-il de la responsabilité si, nonobstant l'évaluation, un dommage était bel et bien causé à un État voisin ? L'État qui avait procédé à l'évaluation serait-il à l'abri de toute poursuite en raison du dommage causé, ou l'État lésé pourrait-il quand même poursuivre en faisant valoir que l'évaluation était mal faite ou que les conclusions du premier État, fondées sur cette évaluation, étaient erronées ? Deuxièmement, si l'évaluation révélait l'existence d'un risque de dommage important, l'État d'origine était tenu uniquement de notifier la situation à l'État ou aux États affectés, mais non de communiquer l'évaluation elle-même. Pourquoi en était-il ainsi ? Cela ne pouvait guère être pour des questions de sécurité nationale et de secrets industriels, lesquelles étaient traitées séparément à l'article 17[67]. La participation du public, évoquée dans le rapport, semblait exclure de telles considérations. Pour garantir que l'État fournirait aux États affectés une information suffisante et appropriée, il y aurait peut-être lieu d'introduire dans le projet d'articles une disposition stipulant que le défaut de communication par l'État d'origine à un État voisin d'une information qui, le moment venu, se révélerait indispensable à toute évaluation du risque engageait déjà en soi la responsabilité de l'État d'origine.

146. Certains membres ont estimé que l'évaluation devrait incomber à l'exploitant, tandis que d'autres ont estimé que la prévention des risques majeurs relevait de la responsabilité de l'État. De l'avis de quelques membres, il appartenait à l'État de décider de la manière dont il devrait s'acquitter des obligations de prévention : dans ces conditions, l'article 12 était inutile.

147. Il a été noté, par ailleurs, que le lien entre les articles 12 et 15 n'était pas clair, car l'article 15 donnait l'impression que, même si l'évaluation prévue à l'article 12 faisait apparaître la possibilité d'un dommage transfrontière appréciable, l'État pourrait néanmoins donner son autorisation au sens de l'article 11. Mais pourquoi, dans ce cas, serait-il tenu d'informer les autres États des résultats de l'évaluation ? Des éclaircissements s'imposaient donc.

c) *Article 13. — Activités préexistantes*[68]

148. L'article 13 stipule que, dans les cas où une activité comportant un risque de dommage transfrontière est exercée sans l'autorisation visée à l'article 11, l'État sur le territoire ou sous la juridiction duquel elle est conduite doit exiger qu'elle fasse l'objet de ladite autorisation.

149. On a fait observer que l'article 13 étendait le champ d'application de la responsabilité internationale aux activités préexistantes et qu'il se pouvait que ces dernières se soient poursuivies pendant plusieurs années sans jamais causer de dommages, ce qui supposait que leur exploitation ne comportait pas au départ de risque appréciable. Soumettre ces activités aux prescriptions envisagées risquait donc de créer des difficultés dans les relations entre l'État et les exploitants, les nouvelles exigences de l'État en matière de prévention pouvant être considérées comme une entorse aux engagements initiaux ou une modification, implicite ou non, du contrat d'investissement.

150. Selon un membre de la Commission, lorsqu'un État découvrait qu'une activité susceptible de causer un dommage transfrontière était exercée sous sa juridiction sans autorisation, la réaction la plus appropriée consisterait non seulement à avertir les responsables qu'ils devaient satisfaire aux prescriptions, mais encore à le leur ordonner. L'article, tel qu'il était libellé dans sa version anglaise, n'était qu'une simple mise en garde : or il faudrait adopter une tactique plus énergétique.

151. Selon quelques membres de la Commission, l'article ne semblait pas précis. Il serait peut-être préférable de dire que la poursuite de ces activités était sans préjudice de la question de la responsabilité des États. Il a été aussi noté que, une fois que l'État aurait contracté de nouvelles obligations d'autoriser l'exercice de certaines activités sur son territoire, compte dûment tenu de ses devoirs envers d'autres États et des considérations d'environnement, il devrait normalement interdire toute activité qui ne satisferait pas à ces normes. En tout état de cause, c'était normalement l'exploitant, et non l'État, qui serait tenu de payer pour tout dommage causé.

[66] Voir *infra* notes 70, 73 et 77, respectivement.

[67] Voir *infra* note 74.

[68] Le projet d'article 13 se lit comme suit :

« *Article 13. — Activités préexistantes*

« Si un État découvre que quelque activité à risque est entreprise sous sa juridiction ou son contrôle sans son autorisation, il ordonne aux responsables de son exécution de solliciter ladite autorisation en satisfaisant aux prescriptions des présents articles. L'activité en cause continue d'être exercée en attendant qu'il soit satisfait à ces prescriptions, étant entendu que l'État est tenu responsable des dommages éventuels dans les conditions prévues par les articles pertinents. »

d) *Article 14. — Exercice des activités*[69]

152. L'article 14, qui est selon le Rapporteur spécial la clef de voûte des articles sur la prévention, impose tout d'abord à l'État l'obligation de veiller, par le biais de mesures législatives et autres, à ce que l'exploitant qui exerce les types d'activités visés dans le projet adopte les meilleures techniques disponibles pour réduire au minimum le risque de dommages transfrontières importants, et il exige qu'en cas d'accident le dommage soit maîtrisé et ramené au minimum. D'autre part, les États sont tenus en vertu de cet article d'encourager les exploitants à souscrire une assurance obligatoire ou d'autres garanties financières qui leur permettent de verser les réparations dues.

153. L'idée-force de l'article 14 a été jugée en principe acceptable par de nombreux membres de la Commission, mais sa portée et son libellé ont fait l'objet de nombreuses observations.

154. Il a été noté qu'une autre considération importante du point de vue de l'État sur le territoire duquel les activités étaient exercées était le fait que les obligations suprêmes qui lui étaient imposées étaient celles de « diligence », que le Rapporteur spécial définissait comme des obligations qui n'étaient transgressées que si l'on ne consentait pas des efforts raisonnables pour les respecter. Vue ainsi, l'obligation de l'État était essentiellement une fonction de contrôle, dont il s'acquittait en prenant les mesures législatives et administratives applicables aux activités entreprises sur son territoire ainsi que des mesures de surveillance. Mais on pouvait alors se demander si l'article 14 traduisait correctement l'obligation de *due diligence*, qu'il fallait distinguer d'une obligation absolue. Si, en effet, l'État prenait les mesures législatives et administratives qui, si elles étaient appliquées par un exploitant privé, réduiraient au minimum le risque de dommages transfrontières importants et leur ampleur probable ou, en cas d'accident, maîtriseraient et ramèneraient ce risque au minimum, et si l'exploitant ne respectait pas ces mesures, faudrait-il en conclure que l'État a violé l'obligation que lui imposait cet article de « veille[r] » à ce que « les exploitants des activités... adoptent toutes mesures » ? L'État ne devait certainement pas être responsable dans ce cas, et il serait bon de revoir dans ce sens le texte de l'article 14.

155. Quant à la notion de prévention, il a été déclaré que l'article ne devrait traiter que de la prévention avant la survenance des dommages. Le problème de la prévention *ex post facto* renvoyait, notamment, à la responsabilité à proprement parler, avec la cessation de l'activité et la compensation pour les dommages causés. C'était là une autre question, qui relevait de la deuxième partie du sujet, c'est-à-dire des mesures correctives. En conséquence, il conviendrait d'appréhender la prévention en l'espèce dans un sens restrictif et de modifier comme suit l'article :

> « Tout État veille, par le biais de mesures législatives, administratives ou autres, à ne permettre sur son territoire que les activités des exploitants qui adoptent toutes mesures, y compris les meilleures techniques disponibles, pour réduire au minimum le risque de dommages transfrontières. L'État soumet l'exercice de ces activités à la souscription d'une assurance en fonction du risque encouru. »

156. On a aussi fait observer que l'article 14 assujettissait l'exercice par l'État du droit de se livrer sur son territoire à des activités ayant des effets transfrontières à la prudence et à la vigilance, à la fois avant la délivrance de l'autorisation et pendant le déroulement des activités. Cet article semblait donc relever du développement progressif du droit et, dans ce sens, l'obligation de souscription d'une assurance était utile.

157. Selon une autre opinion, l'obligation imposée par cet article était celle, pour l'État, de prescrire un ou des devoirs à l'exploitant; ce n'était pas une obligation de veiller à ce que l'exploitant s'en acquitte effectivement. En cas de carence de l'exploitant, la sanction consisterait à l'évidence, de la part de l'État, à ne pas autoriser l'activité.

158. Quant à l'obligation de souscrire une assurance, il a été déclaré qu'il serait utile, comme indiqué à l'article 14, que l'État exige la souscription d'une assurance. Une observation a été faite selon laquelle l'assurance relevait essentiellement du secteur privé et ne saurait faire l'objet d'une obligation internationale, s'agissant d'un risque qui pourrait ou non être commercialement assurable.

e) *Article 15. — Notification et information*[70]

159. L'article 15 dispose que, si l'évaluation d'une activité fait apparaître la possibilité d'un dommage transfrontière important, l'État d'origine est tenu d'informer les États susceptibles d'être affectés en cas d'accident et de leur fournir les résultats de son évaluation. Lorsque

[69] Le projet d'article 14 se lit comme suit :

« *Article 14. — Exercice des activités*

« Tout État veille, par le biais de mesures législatives, administratives ou autres, à ce que les exploitants des activités en question adoptent toutes mesures, y compris les meilleures techniques disponibles, pour réduire au minimum le risque de dommages transfrontières importants et leur ampleur probable ou pour, en cas d'accident, maîtriser et ramener ce risque au minimum. De même, tout État encourage la souscription d'une assurance obligatoire ou autres garanties financières qui permettent de verser les réparations dues. »

[70] Le projet d'article 15 se lit comme suit :

« *Article 15. — Notification et information*

« Si l'évaluation prévue à l'article précédent fait apparaître la possibilité d'un dommage transfrontière appréciable :

« *a*) L'État d'origine en informe les États susceptibles d'être affectés en leur fournissant les informations techniques dont il dispose pour étayer son évaluation;

« *b*) La notification est faite par l'État d'origine lui-même ou par l'intermédiaire d'une organisation internationale compétente en la matière si les effets transfrontières d'une activité sont susceptibles de s'étendre à plusieurs États qu'il est difficile à l'État d'origine de déterminer;

« *c*) Si l'État d'origine apprend ultérieurement que d'autres États sont susceptibles d'être affectés, il doit les informer sans délai;

« *d*) Dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra, les États informeront les populations susceptibles d'être affectées du risque que présente une activité soumise à autorisation et des dommages qui pourraient en résulter et leur donneront la possibilité de participer au processus de prise de décisions concernant de telles activités. »

plus d'un État est susceptible d'être affecté, l'État d'origine peut demander l'assistance des organisations internationales compétentes. Les États sont aussi tenus, dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra, de fournir aux populations susceptibles d'être affectées des informations qui leur permettent de participer au processus de prise de décisions concernant une telle activité. Le neuvième rapport mentionne trois instruments juridiques récents relatifs à l'environnement qui contiennent des dispositions analogues[71]. Le Rapporteur spécial a noté que bon nombre des instruments concernant les effets transfrontières de certaines activités semblaient énoncer le principe de la participation des personnes physiques et morales susceptibles d'être affectées à la prise des décisions concernant la conduite des activités risquant de causer un dommage appréciable dans l'État d'origine et, en vertu du principe de non-discrimination, dans l'État susceptible d'être affecté. Compte tenu des différences considérables existant entre les États du point de vue du niveau de développement et du degré de conscience politique et sociale, cet aspect particulier de l'obligation doit, de l'avis du Rapporteur spécial, être limité par les mots « dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra ».

160. Le Rapporteur spécial a noté que, dans une version antérieure de cette disposition, il avait proposé que l'État d'origine fournisse des informations et adresse une notification à l'État susceptible d'être affecté « le plus tôt possible »[72]. S'il a supprimé cette prescription temporelle de la nouvelle version de l'article, certains membres de la Commission n'étant pas certains que cela fût toujours possible en ce qui concerne certaines activités, il pense néanmoins qu'elle serait utile et pourrait être réintroduite dans l'article.

161. La plupart des membres qui ont fait des observations sur cet article ont souscrit au principe de notification et d'information, mais ils se sont inquiétés de la portée de l'article et de l'application pratique de l'obligation qu'il énonce.

162. On a estimé qu'il était logique, aux fins de l'évaluation des effets transfrontières et avant que l'autorisation ne soit donnée, que l'État dans lequel l'activité devait avoir lieu informe et consulte les États concernés. Les informations fournies aux autres États ne devaient pas seulement avoir trait à l'évaluation, mais aussi à la décision que l'État allait prendre. L'article devait donc être remanié pour préciser l'objet de la notification et de l'information.

163. Pour ce qui est de la notification et des consultations préliminaires, on a dit qu'il ne serait ni sage ni réaliste d'essayer de mettre à la charge des États une obligation précise, s'agissant d'informations devant être rendues publiques au niveau national. La fourniture d'informations à d'autres États devait être régie par les deux principes fondamentaux de la bonne foi et du bon voisinage, dont le respect concernait plus le comportement que les moyens utilisés. Par ailleurs, il n'était pas toujours nécessaire que l'État accordant l'autorisation intervienne directement pour donner satisfaction aux autres États susceptibles d'être affectés : le soin de fournir les informations nécessaires et d'engager les consultations pouvait donc, au moins aux stades initiaux, être laissé à l'exploitant.

164. Pour certains membres, l'article appelait des clarifications supplémentaires. Il fallait, par exemple, indiquer clairement que, parfois, l'État d'origine pourrait ne pas être en mesure de déterminer à l'avance quels États étaient susceptibles d'être affectés. On pouvait aussi se demander quels mécanismes il lui faudrait utiliser pour s'acquitter de son obligation d'associer la population à la prise de décisions. Quelques membres ont émis des réserves en ce qui concerne l'obligation d'informer la population. Selon eux, il appartenait à chaque État de décider qui devait être informé et comment.

165. Plusieurs membres n'ont pas approuvé l'obligation fondamentale imposée par l'article 15. Selon eux, l'État d'origine n'avait pas à notifier aux autres États les conclusions de son évaluation : il devait les informer des dispositions de sa législation et des mesures qu'il avait prises pour assurer la conformité des activités avec ces dispositions. Dans le même contexte, on s'est demandé si la notification et la fourniture d'informations devaient être officielles. De toute façon, pour les membres de la Commission, on ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce que l'État d'origine s'abstienne d'entreprendre une activité licite, en particulier lorsque celle-ci était jugée indispensable au développement du pays et qu'il n'y avait pas d'autre solution.

166. Diverses opinions ont été exprimées en ce qui concerne l'assistance des organisations internationales aux pays en développement dans le contexte de cet article.

167. Selon une opinion, il fallait accorder un traitement particulier aux pays en développement en ce qui concerne l'évaluation des effets transfrontières et les mesures de notification et d'information, et un programme d'assistance devait être mis en place pour fournir des fonds et des technologies à ces pays. Ce programme et ce traitement devaient faire l'objet de dispositions spéciales, similaires aux articles 202 et 203 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. En outre, les exploitants devaient être tenus de souscrire une assurance, afin de ne pas imposer de charges financières aux États en cas de dommage transfrontière.

168. Selon une autre opinion, l'article 15 traitait, certes et à juste titre, du rôle que les organisations internationales pouvaient jouer, mais il limitait ce rôle à la notification et à l'information. Or la notification incombait aux États concernés, sauf dans certains cas. Les organisations internationales, avec les ressources financières et technologiques dont elles disposaient, pouvaient fournir une assistance dans nombre d'autres domaines, comme ceux des mesures préventives et de l'évaluation des risques. Leur intervention devait donc être envisagée, et les conditions de cette intervention définies dans un ou plusieurs articles distincts. Il s'agissait surtout d'empêcher les États d'entraver l'action des organisations internationales, si celle-ci était justifiée, et de s'assurer de leur accord quant à la manière dont cette action devait être conduite.

---

[71] Article 3 de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière; articles 3 et 10 de la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels; et principe 19 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (voir *supra* note 59).

[72] Voir *Annuaire... 1990*, vol. II (1re partie), p. 113, doc. A/CN.4/428 et Add.1, annexe, art. 11.

169. Là encore, en ce qui concerne les organisations internationales, des doutes ont été émis sur la possibilité d'imposer quelque obligation que ce fût à une organisation internationale compétente, et même sur l'opportunité de mentionner ces organisations, sauf si, comme l'Autorité internationale des fonds marins, l'OACI ou l'OMI, elles avaient la charge d'espaces non soumis à la juridiction des États.

f) *Article 16. — Échange d'informations*[73]

170. L'article 16 prévoit, en vue de faciliter les mesures de prévention, un échange régulier d'informations entre les États concernés, lorsqu'une activité risque de causer un dommage transfrontière.

171. Cet article a été jugé généralement acceptable.

g) *Article 17. — Sécurité nationale et secrets industriels*[74]

172. Le Rapporteur spécial a expliqué la nécessité d'un article répondant au souci légitime des États de protéger leur sécurité nationale ainsi que leurs secrets industriels, dont la valeur économique pouvait être considérable. Cet intérêt de l'État d'origine devra, selon le Rapporteur spécial, être mis en balance, par l'application du principe de la bonne foi, avec les intérêts de l'État susceptible d'être affecté. Le projet de principes de conduite dans le domaine de l'environnement pour l'orientation des États en matière de conservation et d'utilisation harmonieuse des ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs États[75] tente de maintenir un équilibre raisonnable entre les intérêts des États en cause, en exigeant de l'État d'origine qui refuse de fournir des informations en invoquant la sécurité nationale ou le secret industriel qu'il coopère avec l'État susceptible d'être affecté, sur la base du principe de la bonne foi et dans un esprit de bon voisinage pour trouver une solution satisfaisante. Le Rapporteur spécial a tenté de réaliser le même équilibre à l'article 17, en exigeant de l'État d'origine qu'il coopère de bonne foi avec l'État susceptible d'être affecté.

173. Certains membres se sont déclarés favorables à une disposition de cette nature, qui constituait un élément nécessaire de la réglementation de la fourniture d'informations aux autres États. Pour empêcher les États de l'utiliser pour se soustraire au régime juridique de la prévention, on a proposé de définir étroitement les notions de « sécurité nationale » et de « secrets industriels » et de renforcer la deuxième partie de l'article, de manière à assurer un équilibre adéquat entre les besoins de sécurité et la fourniture d'informations relatives aux risques transfrontières. On a aussi proposé d'ajouter les mots « et dans un esprit de bon voisinage » après les mots « de bonne foi ».

174. On a aussi noté que l'exception énoncée dans cet article n'était pas sans valeur, mais, outre qu'elle renforçait l'inégalité entre les États, elle risquait de ruiner l'objet de l'obligation de coopérer de bonne foi. Elle pourrait, en particulier, anéantir toute velléité d'exercice du droit d'initiative que le projet d'article 19[76] reconnaissait à l'État susceptible d'être affecté, en accordant à l'État d'origine un pouvoir discrétionnaire non seulement sur les informations à transmettre, mais même sur la décision de les transmettre ou non.

h) *Article 18. — Consultation préalable*[77]

175. L'article 18 prévoit des consultations entre les États concernés au sujet des mesures de prévention. Pour le Rapporteur spécial, des consultations sont nécessaires pour parfaire le processus de participation de l'État affecté et tenir compte de ses vues et préoccupations concernant une activité risquant de lui causer un dommage important.

176. Pour certains membres, l'article 18 était déséquilibré. Il leur semblait que le Rapporteur spécial était implicitement parti d'une présomption d'illicéité. Exiger des « solutions mutuellement acceptables » était donc très excessif. Cela reviendrait à leur accorder un droit de veto, ce qui était inacceptable. L'accent devait donc être mis sur la coopération fondée sur la bonne foi et l'esprit de bon voisinage. Selon un membre, l'État d'origine devait bien entendu écouter ce que les autres États avaient à dire, mais c'est à lui seul qu'il appartenait de prendre la décision finale, éventuellement en tenant compte des « facteurs de l'équilibre des intérêts » visés au projet d'article 20[78]. Après avoir consulté, informé de bonne foi, évalué et imposé les mesures de précaution nécessaires, y compris l'assurance, l'État devait pouvoir autoriser l'activité sans que les États susceptibles d'être affectés puissent l'en empêcher, contrairement à ce que prévoyait implicitement le projet d'article 18. Il ne s'agissait pas de trouver des solutions mutuellement acceptables, mais d'autoriser l'exercice d'une activité licite à un « moindre risque ».

---

[73] Le projet d'article 16 se lit comme suit :

« *Article 16. — Échange d'informations*

« Pendant le déroulement de l'activité, les parties intéressées doivent échanger périodiquement à son sujet toute information présentant de l'intérêt pour une meilleure prévention des dommages transfrontières. »

[74] Le projet d'article 17 se lit comme suit :

« *Article 17. — Sécurité nationale et secrets industriels*

« Les données et informations vitales pour la sécurité nationale de l'État d'origine ou pour la protection de secrets industriels pourront ne pas être transmises, encore que l'État d'origine coopère de bonne foi avec les autres États intéressés pour fournir autant de renseignements qu'il le peut, selon les circonstances. »

[75] UNEP/GC.6/17 [voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-troisième session, Supplément n° 25* (A/33/25), décision 6/14].

[76] Voir *infra* note 79.

[77] Le projet d'article 18 se lit comme suit :

« *Article 18. — Consultation préalable*

« Les États intéressés se consultent à la demande de l'un quelconque d'entre eux et sans retard, en vue d'arrêter des solutions mutuellement acceptables concernant les mesures préventives proposées par l'État d'origine, la coopération entre les États intéressés aux fins de la prévention des dommages et tout autre aspect présentant un intérêt pour l'activité en question, étant entendu que, en tout état de cause, la responsabilité des dommages transfrontières que cette activité pourrait produire reste régie par les dispositions pertinentes du présent instrument. »

[78] Voir *infra* note 80.

177. On a noté également que, s'il était à l'évidence souhaitable que les États soient tenus d'engager des consultations, il était impossible d'exiger d'eux qu'ils parviennent à un accord. Un mécanisme de règlement devait donc être envisagé pour les cas où ils ne parviendraient pas à un accord.

178. Selon un autre membre, l'application de cet article poserait problème dans le cas où un État estimait qu'une activité n'était pas susceptible de causer un dommage, alors qu'un autre État insisterait pour limiter la liberté des citoyens du premier État d'exercer des activités profitables pour eux. Même si aucun droit de veto n'était accordé à l'État plaignant, l'obligation d'engager des consultations impliquerait en elle-même une obligation de donner satisfaction à un autre État et d'accepter des conditions risquant d'être si lourdes que l'activité devrait être abandonnée. En prévision de tels cas, la solution évidente était d'adopter des moyens de règlement pacifique des différends, comme le recours à des experts neutres. Néanmoins, même si cette disposition prévoyait des procédures de règlement des différends, on pouvait douter de son utilité.

179. En ce qui concerne l'objet de l'article 18, on a noté que le Rapporteur spécial soulevait la question de l'établissement de régimes spéciaux, peut-être sous la forme d'une convention régissant toutes les questions ayant trait à une activité donnée. Dans ces conditions, on voyait mal pourquoi, selon l'article 18, les États intéressés devraient se consulter pour arrêter des solutions mutuellement acceptables sur tous les problèmes liés à l'activité considérée, « étant entendu que, en tout état de cause, la responsabilité des dommages transfrontières que cette activité pourrait produire reste régie par les dispositions pertinentes du présent instrument ». Si les articles en cours d'élaboration devaient un jour devenir un accord-cadre, il était tout à fait logique de laisser aux États la possibilité d'instituer des régimes particuliers, y compris le régime de la responsabilité objective.

i) *Article 19. — Droits de l'État présumé affecté*[79]

180. L'article 19 vise à régir les situations où, pour une raison quelconque, l'État susceptible d'être affecté n'est pas averti de la conduite d'une activité risquant de causer un dommage transfrontière, comme le prévoient les articles qui précèdent. Ceci peut se produire parce que l'État d'origine ne s'est pas rendu compte du caractère dangereux de l'activité, alors que l'autre État en avait conscience, ou parce que certains effets se sont fait sentir au-delà de la frontière, ou parce que l'État affecté est plus développé technologiquement que l'État d'origine, ce qui lui permet d'imputer à l'activité des conséquences dont ce dernier État n'avait pas conscience. Dans de tels cas, l'État susceptible d'être affecté peut demander à l'État d'origine d'engager des consultations avec lui. Cette demande doit être accompagnée d'un exposé technique des raisons sur lesquelles se fonde son inquiétude. S'il apparaît que l'activité en question est effectivement une de celles visées par les articles, l'État d'origine prend à sa charge le coût de l'étude.

181. Diverses observations ont été faites au sujet de cet article. On a dit qu'il serait logique de donner aux États qui n'avaient pas été consultés le droit de faire valoir leur point de vue, dans l'esprit de ce que prévoyait l'article 19, mais sous deux réserves. D'abord, il ne s'agissait pas d'un droit de l'État « présumé affecté », mais de celui de l'État « susceptible d'être affecté ». Deuxièmement, il fallait revoir le libellé proposé par le Rapporteur spécial, de façon à distinguer entre le risque, qu'il était légitime de prendre en considération, et le dommage, qui ne relevait pas de la prévention. Il n'y avait donc pas lieu d'aller plus loin, en particulier pour ce qui concerne le règlement des différends. En effet, toutes les obligations de prévention liées à la *liability* étaient des obligations fermes, dont l'État devait s'acquitter compte tenu des circonstances, des techniques existantes et de ses moyens. S'il ne s'en acquittait pas, il serait responsable, mais seulement dans le cadre du sujet de la responsabilité pour fait internationalement illicite.

182. Selon une autre opinion, il était à craindre que, sous le couvert de l'article 19, l'État présumé affecté ne s'immisce dans la politique économique et industrielle de l'État d'origine et cause à ce dernier un préjudice matériel. Il était donc préférable, dans le cas des activités préexistantes, de limiter l'application des mesures de prévention aux activités à effet nocif, ou du moins aux activités potentiellement dangereuses, comme les installations nucléaires ou chimiques, dont la liste pourrait être donnée en annexe.

j) *Article 20. — Facteurs de l'équilibre des intérêts*[80]

183. Le Rapporteur spécial a affirmé que l'un des buts de ces articles est de créer un système ou un régime dans lequel les parties puissent parvenir à un équilibre de

[79] Le projet d'article 19 se lit comme suit :

« *Article 19. — Droit de l'État présumé affecté*

« Même si un État n'a pas reçu notification d'une activité se déroulant sous sa juridiction ou son contrôle, tout autre État qui aurait des raisons de croire que cette activité lui cause un dommage appréciable, ou crée un risque appréciable de lui causer un tel dommage, pourra demander qu'il soit procédé à la consultation prévue à l'article précédent. Sa demande est accompagnée d'un exposé technique des raisons sur lesquelles se fonde son opinion. S'il apparaît que l'activité en question est effectivement une de celles que vise l'article premier, l'État d'origine prend à sa charge le coût de l'étude. »

[80] Le projet d'article 20 se lit comme suit :

« *Article 20. — Facteurs de l'équilibre des intérêts*

« Au cours des consultations préalables et pour parvenir à un juste équilibre des intérêts des États concernés pour ce qui est de l'activité visée, ces États peuvent tenir compte des facteurs suivants :

« *a*) Le degré de probabilité d'un dommage transfrontière, sa gravité et son étendue possibles ainsi que l'incidence probable de l'accumulation des effets de l'activité dans les États affectés;

« *b*) L'existence de moyens d'éviter ledit dommage, compte tenu de l'état le plus avancé des techniques dont on dispose pour gérer l'activité;

« *c*) La possibilité de mener l'activité en d'autres lieux ou avec d'autres moyens ou l'existence d'activités de remplacement;

« *d*) L'importance de l'activité pour l'État d'origine, compte tenu à cet égard d'éléments tels que les facteurs économiques et sociaux, la sécurité, les conditions sanitaires et autres facteurs analogues;

« *e*) La viabilité économique de l'activité eu égard aux moyens de prévention possibles;

leurs intérêts. Outre les procédures qui permettent aux États de négocier pour parvenir à un tel équilibre, il existe des principes relatifs au contenu d'un tel exercice. C'est cet aspect que visait à traiter l'article 20 qui énumérait des facteurs dont il convient de tenir compte pour parvenir à l'équilibre des intérêts. Le Rapporteur spécial a pris note des commentaires exprimés par les membres de la Commission lors de précédentes sessions, lesquels indiquaient non pas un désaccord à propos de la liste de facteurs mais une incertitude quant à l'endroit où il fallait les placer. Bien que le Rapporteur spécial lui-même ait, dans le passé, manqué d'enthousiasme à l'idée d'énumérer dans un article des facteurs utiles pour parvenir à un équilibre des intérêts, il perçoit maintenant la valeur d'un tel article. Il s'est référé à l'article 6 du projet sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation[81], dans lequel sont énumérés des facteurs pertinents au regard du principe d'utilisation équitable et raisonnable. À son avis, un article énumérant des facteurs à prendre en compte pour parvenir à un équilibre des intérêts était utile, parce qu'il facilitait l'application d'un concept très général.

184. La plupart des membres qui se sont exprimés sur cet article l'ont jugé utile, en particulier dans l'hypothèse où les articles deviendraient une convention-cadre dont les dispositions ne seraient pas contraignantes mais serviraient de principes directeurs pour les États. D'aucuns ont relevé que l'article visait à la fois des principes équitables et des données scientifiques, sans toutefois bien percevoir comment il serait concrètement appliqué. Ces membres ont estimé que l'article serait mieux placé dans une annexe, compte tenu notamment du caractère non exhaustif de la liste.

185. Plusieurs membres de la Commission n'ont pas jugé très utiles le concept d'« équilibre des intérêts » ni, par voie de conséquence, la liste de facteurs énoncés dans l'article. Un membre a également émis l'avis que seul le principe de la prise en compte des intérêts des autres États et de la communauté internationale devrait apparaître dans l'article et que l'énoncé de ces facteurs, de caractère non limitatif, devrait figurer dans le commentaire.

« *f*) La capacité physique et technique de l'État d'origine de prendre des mesures préventives, de rétablir les conditions écologiques antérieures, d'indemniser le dommage causé ou d'entreprendre les activités de remplacement qui s'offrent à lui;

« *g*) Les normes de protection appliquées à la même activité ou à des activités comparables par l'État affecté et celles appliquées dans la pratique régionale ou internationale;

« *h*) Les avantages que l'État d'origine ou l'État affecté tirent de l'activité;

« *i*) La mesure dans laquelle les effets nocifs trouvent leur origine dans une ressource naturelle ou affectent l'utilisation d'une ressource partagée;

« *j*) La mesure dans laquelle l'État affecté est disposé à contribuer aux dépenses afférentes à la prévention ou à la réparation des dommages;

« *k*) La mesure dans laquelle les intérêts de l'État d'origine et des États affectés sont compatibles avec les intérêts généraux de la communauté dans son ensemble;

« *l*) La mesure dans laquelle des organisations internationales sont à même de prêter assistance à l'État d'origine;

« *m*) L'applicabilité des principes et des règles pertinentes de droit international. »

[81] Voir *Annuaire... 1991*, vol. II (2e partie), p. 69.

k) *Article 20* bis. — *Non-déplacement des risques ou des dommages*[82]

186. Le Rapporteur spécial a expliqué que son neuvième rapport traitait des mesures de prévention qu'un État devait prendre à l'égard d'activités comportant un risque de dommage transfrontière. Ces mesures, essentiellement de procédure, devraient être accompagnées d'un article explicitant le principe de non-déplacement des risques ou des dommages. Il a indiqué que des dispositions analogues figuraient dans plusieurs autres instruments juridiques traitant de problèmes comparables, comme le Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières, élaboré sous les auspices de la CEE (art. II, par. 2)[83], la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (art. 195) et la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement[84]. Un tel article pourrait être placé dans la section relative aux principes et être formulé en termes plus généraux de manière à s'appliquer aux deux aspects du risque et du dommage couvrant les articles sur la prévention et ceux sur l'obligation de réparer qui seront présentés ultérieurement.

187. Peu de membres se sont exprimés sur l'article 20 *bis*. Certains membres ont jugé logique et normal d'inclure dans le projet d'articles les principes de non-déplacement des risques ou des dommages. Néanmoins, d'autres membres ont estimé que l'article ne faisait que compliquer la situation.

3. Questions diverses

a) *La question des procédures de règlement des différends*

188. Le Rapporteur spécial a expliqué que, à son avis, le principe de consultations entre l'État d'origine et l'État susceptible d'être affecté reposait sur le principe de la bonne foi et de la coopération. Mais ce postulat n'excluait pas les possibilités d'impasse lorsque les États concernés étaient incapables de régler par eux-mêmes de vrais problèmes au moyen de consultations. En outre, il a mentionné les préoccupations exprimées par certains membres de la Commission, selon lesquels les consultations ne devaient pas créer une possibilité d'abus de procédure par l'État susceptible d'être affecté. Pour remédier à ces difficultés, le Rapporteur spécial a estimé utile et pratique de prévoir une clause relative au règlement pacifique des différends en vue de traiter spécifiquement les problèmes susceptibles de se poser au cours de consultations. De l'avis du Rapporteur spécial, un moyen possible de règlement pacifique des différends était une commission d'enquête analogue à celle proposée dans l'appendice IV de la Convention sur l'évaluation de

[82] Le projet d'article 20 *bis* se lit comme suit :

« *Article 20* bis. — *Non-déplacement des risques ou des dommages*

« Lorsqu'ils adoptent des mesures pour prévenir, réduire et maîtriser les effets transfrontières d'activités dangereuses, les États doivent veiller à ne pas déplacer les risques ou les dommages d'un lieu ou d'un milieu à un autre, et à ne pas remplacer un risque par un autre. »

[83] Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.90.II.E.28.

[84] Voir *supra* note 59.

l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière et dans l'annexe II de la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels. Ces procédures sont destinées à fournir des conseils aux parties tout en ayant un caractère automatique. Le Rapporteur spécial pensait que cette question n'était pas urgente, mais qu'il serait bon qu'au cours du débat les membres de la Commission s'expriment sur ce point.

189. Certains membres ont appuyé l'idée d'envisager des procédures de règlement des différends dans le contexte de ce sujet. Certains membres ont insisté sur la nécessité de déterminer clairement si les articles relatifs au règlement des différends devaient s'appliquer aux différends en général ou aux seuls différends nés des consultations envisagées. D'aucuns ont relevé que le Rapporteur spécial avait présenté des arguments convaincants en faveur de procédures spécifiques de traitement d'un différend relatif à l'évaluation initiale du risque, plus particulièrement sous la forme de commissions d'enquête. Dans ce contexte, certains membres ont également recommandé que toute procédure de règlement des différends comporte comme composante essentielle une commission d'enquête technique. Les modèles proposés dans la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière ou dans la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels ont été aussi jugés appropriés. Certains autres membres ont estimé qu'il serait préférable de se prononcer sur cette question lorsque l'examen des articles serait achevé et qu'une décision sur la nature des articles serait prise.

b) *La question du principe « pollueur-payeur »*

190. Le Rapporteur spécial a relevé que dans certains instruments récents, comme le Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières[85] et la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels, certaines dispositions consacrent le principe « pollueur-payeur ». Selon lui, il fallait que la Commission examine soigneusement ce principe en relation avec ces articles, puisque ledit principe intéressait tant les mesures de prévention que le régime de responsabilité civile. Il a annoncé son intention d'examiner le principe « pollueur-payeur » dans le rapport qu'il présenterait à la prochaine session de la Commission.

191. Peu de commentaires ont été faits sur le principe « pollueur-payeur ». En général, il a été convenu que le principe pourrait intéresser l'étude de la question de l'obligation de réparer et qu'il devrait alors être examiné de manière approfondie. Certains membres ont noté qu'un régime juridique du type examiné par la Commission devrait être fondé sur la responsabilité de l'exploitant plutôt que sur celle de l'État, parce que cette responsabilité découlait d'autre chose qu'un manquement à une obligation et qu'elle n'entraînait pas une totale indemnisation du dommage, quelles que fussent les circonstances dans lesquelles celui-ci était survenu. Un dommage transfrontière résultant d'une activité à risque exercée sur le territoire ou sous le contrôle d'un État pourrait néanmoins, dans certaines circonstances, engager la responsabilité de l'État d'origine.

192. Certains membres de la Commission ont fait observer que le principe « pollueur-payeur » devait aussi être examiné dans le contexte de ce qu'un État avait fait avant la survenance du dommage et après celle-ci. Le rôle de l'État à cet égard est pertinent quant à son éventuelle responsabilité pour le dommage causé.

---

[85] Voir *supra* note 83.

Chapitre IV

RESPONSABILITÉ DES ÉTATS

A. — Introduction

193. Le plan d'ensemble adopté par la Commission à sa vingt-septième session (1975) pour le projet d'articles sur le sujet de la responsabilité des États prévoyait que l'économie du projet serait la suivante : la première partie porterait sur l'origine de la responsabilité internationale, la deuxième partie sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale, et une éventuelle troisième partie, que la Commission pourrait décider d'ajouter, sur la question de la mise en œuvre de la responsabilité internationale et du règlement des différends[86].

194. À sa trente-deuxième session (1980), la Commission a adopté provisoirement en première lecture la première partie du projet d'articles, intitulée « Origine de la responsabilité internationale »[87].

195. À la même session, la Commission a commencé à examiner la deuxième partie du projet d'articles, intitulée « Contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale ».

196. De sa trente-deuxième session (1980) à sa trente-huitième session (1986), la Commission a été saisie par le Rapporteur spécial, M. Willem Riphagen, de sept rapports, consacrés aux deuxième et troisième parties du projet d'articles[88]. Le septième rapport contenait une section (qui n'a été ni présentée ni examinée à la Commission) relative à la préparation de l'examen en deuxième lecture de la première partie du projet d'articles, concernant les commentaires écrits des gouvernements sur les articles de cette première partie.

197. À l'issue de la trente-huitième session (1986), la Commission avait : *a*) adopté provisoirement en première lecture les projets d'articles 1 à 5 de la deuxième partie[89], et *b*) renvoyé au Comité de rédaction les projets d'articles 6 à 16 de la deuxième partie[90], ainsi que les projets d'articles 1 à 5 de la troisième partie avec l'annexe y relative[91].

198. À sa trente-neuvième session (1987), la Commission a nommé M. Gaetano Arangio-Ruiz rapporteur spécial pour le sujet de la responsabilité des États[92]. De 1988 à 1990, la Commission a été saisie par le Rapporteur spécial de deux rapports[93]. À ses quarante et unième (1989) et quarante-deuxième sessions (1990), la CDI a renvoyé au Comité de rédaction les projets d'articles 6 à 10 du chapitre II (Conséquences juridiques découlant d'un délit international) de la deuxième partie du projet d'articles[94].

199. À la quarante-troisième session (1991), le Rapporteur spécial a soumis et a présenté à la Commission son troisième rapport, mais, faute de temps, la CDI n'a pas pu l'examiner[95].

200. À sa quarante-quatrième session, en 1992, la Commission a examiné en même temps le troisième rapport du Rapporteur spécial, présenté l'année précédente, et son quatrième rapport[96]. Elle a renvoyé au Comité de rédaction les projets d'articles 11 à 14, ainsi que le projet d'article 5 *bis*, de la deuxième partie du projet[97], figurant dans ledit rapport.

201. Également à la quarante-quatrième session, le Comité de rédaction a adopté en première lecture un pa-

---

[86] *Annuaire... 1975*, vol. II, p. 60 à 64, doc. A/10010/Rev.1, par. 38 à 51.

[87] *Annuaire... 1980*, vol. II (2e partie), p. 29 à 60.

[88] Les sept rapports du Rapporteur spécial sont reproduits comme suit :

Rapport préliminaire : *Annuaire... 1980*, vol. II (1re partie), p. 105, doc. A/CN.4/330;

Deuxième rapport : *Annuaire... 1981*, vol. II (1re partie), p. 81, doc. A/CN.4/344;

Troisième rapport : *Annuaire... 1982*, vol. II (1re partie), p. 25, doc. A/CN.4/354 et Add.1 et 2;

Quatrième rapport : *Annuaire... 1983*, vol. II (1re partie), p. 3, doc. A/CN.4/366 et Add.1;

Cinquième rapport : *Annuaire... 1984*, vol. II (1re partie), p. 1, doc. A/CN.4/380;

Sixième rapport : *Annuaire... 1985*, vol. II (1re partie), p. 3, doc. A/CN.4/389;

Septième rapport : *Annuaire... 1986*, vol. II (1re partie), p. 1, doc. A/CN.4/397 et Add.1.

[89] Le texte de ces projets d'articles figure *infra* au paragraphe 335.

[90] Pour le texte, voir *Annuaire... 1985*, vol. II (2e partie), p. 20 et 21, note 66; pour la référence au Comité de rédaction de la même session, voir par. 162.

[91] Pour le texte, voir *Annuaire... 1986*, vol. II (2e partie), p. 37 et 38, note 86; pour la référence au Comité de rédaction de la même session, voir par. 63.

[92] *Annuaire... 1987*, vol. II (2e partie), par. 220.

[93] Les deux rapports du Rapporteur spécial sont reproduits comme suit :

Rapport préliminaire : *Annuaire... 1988*, vol. II (1re partie), p. 6, doc. A/CN.4/416 et Add.1;

Deuxième rapport : *Annuaire... 1989*, vol. II (1re partie), p. 1, doc. A/CN.4/425 et Add.1.

[94] Pour le texte des articles 6 et 7, voir *Annuaire... 1989*, vol. II (2e partie), par. 229 et 230, et pour celui des articles 8 à 10, voir *Annuaire... 1990*, vol. II (2e partie), notes 271, 289 et 291.

[95] Voir *Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie), p. 1, doc. A/CN.4/440 et Add.1. Le rapport a été présenté à la 2238e séance, le 10 juillet 1991 (voir *Annuaire... 1991*, vol. I, p. 217 à 221, par. 2 à 24). Pour un résumé des débats, voir également *Annuaire... 1991*, vol. II (2e partie), par. 308 à 322.

[96] Voir *Annuaire... 1992*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/444 et Add.1 à 3.

[97] Ibid., vol. II (2e partie), notes 56, 61, 67, 69 et 86, respectivement.

ragraphe 2 à ajouter à l'article premier, ainsi que les articles 6 (Cessation du comportement illicite), 6 *bis* (Réparation), 7 (Restitution en nature), 8 (Indemnisation), 10 (Satisfaction) et 10 *bis* (Assurances et garanties de non-répétition) de la deuxième partie du projet d'articles. Toutefois, conformément à son usage consistant à ne pas adopter d'articles non accompagnés de commentaires, la Commission a décidé d'ajourner à sa session suivante sa décision sur les projets d'articles proposés et elle s'est contentée de prendre acte du rapport du Comité de rédaction[98,99].

B. — Examen du sujet à la présente session

1. Projets d'articles adoptés par le Comité de rédaction à la quarante-quatrième session de la Commission

202. À ses 2314e et 2316e séances, la Commission a examiné et adopté à titre provisoire un paragraphe 2 à ajouter à l'article premier de la deuxième partie du projet d'articles, ainsi que les articles 6 (Cessation du comportement illicite), 6 *bis* (Réparation), 7 (Restitution en nature), 8 (Indemnisation), 10 (Satisfaction) et 10 *bis* (Assurances et garanties de non-répétition), qui devaient aussi figurer dans la deuxième partie du projet. Le texte de ces dispositions et des commentaires s'y rapportant est reproduit *infra* au paragraphe 335.

2. Projets d'articles proposés dans le quatrième rapport du Rapporteur spécial soumis à la quarante-quatrième session de la Commission

203. Comme indiqué *supra* au paragraphe 200, la Commission, à sa quarante-quatrième session, avait renvoyé au Comité de rédaction les projets d'articles 11 à 14 et un projet d'article 5 *bis*, proposés par le Rapporteur spécial dans son quatrième rapport.

204. À la 2318e séance de la Commission, le Président du Comité de rédaction a présenté le rapport du Comité (A/CN.4/L.480 et Corr.1 et Add.1), qui contenait le texte des articles adoptés par le Comité en première lecture en vue de leur inclusion dans le chapitre II (Conséquences instrumentales des faits internationalement illicites) de la deuxième partie du projet, à savoir les articles 11 (Contre-mesures d'un État lésé), 12 (Conditions du recours à des contre-mesures), 13 (Proportionnalité) et 14 (Contre-mesures interdites). À la présente session, le Comité de rédaction a consacré 26 séances à l'examen des articles. Conformément à sa pratique consistant à ne pas adopter d'articles non accompagnés de commentaires, la Commission a décidé d'ajourner à sa session suivante la décision à prendre sur les projets d'articles proposés. Elle disposera à ce moment-là des éléments nécessaires pour lui permettre de prendre une décision sur ces textes. Au stade actuel, la Commission s'est contentée de prendre acte du rapport du Comité de rédaction.

3. Cinquième rapport du Rapporteur spécial

205. À la présente session, la Commission était saisie du cinquième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/453 et Add.1 à 3), qui comprenait deux chapitres. Le chapitre premier était intitulé « Troisième partie du projet d'articles sur la responsabilité des États : procédures de règlement des différends » et contenait six projets d'articles accompagnés d'une annexe. Le Rapporteur spécial a présenté son cinquième rapport à la 2305e séance et le chapitre premier a été examiné par la Commission de la 2305e à la 2310e séance et à la 2314e séance. À sa 2314e séance, la Commission a renvoyé les projets d'articles et l'annexe y figurant au Comité de rédaction pour qu'il les examine à la lumière des commentaires et observations faits au cours du débat. Les opinions pertinentes sont consignées *infra* sous le point *a*. Le chapitre II du cinquième rapport était intitulé « Les conséquences des « crimes internationaux des États » (article 19 de la première partie du projet d'articles) ». On trouvera plus loin sous le point *b* un résumé de la présentation que le Rapporteur spécial en a fait à la 2315e séance de la Commission. Le chapitre II n'a pas été examiné, faute de temps.

a) *La question des procédures de règlement des différends*

206. En présentant son cinquième rapport, le Rapporteur spécial a rappelé que, en 1985 et 1986, la Commission avait examiné et renvoyé ensuite au Comité de rédaction les dispositions relatives au règlement des différends proposées par M. Riphagen, le précédent Rapporteur spécial[100], qui devaient constituer la troisième partie du projet, telle qu'elle était envisagée depuis 1963. Tout en reconnaissant que ces propositions avaient été généralement approuvées par la Commission lors de ses débats de 1985 et de 1986, l'actuel Rapporteur spécial a estimé qu'il fallait inclure dans la troisième partie des dispositions plus efficaces de règlement des différends, qui devaient faire partie intégrante du projet d'articles et de la future convention, et ce, afin de remédier aux inconvénients des contre-mesures unilatérales, qui avaient été analysés de manière si persuasive lors du débat tenu à la Sixième Commission en 1992[101].

207. Le Rapporteur spécial a noté que les procédures de règlement mentionnées à l'article 12, qui était soumis au Comité de rédaction depuis l'année précédente dans le cadre des règles définissant les conditions du recours à des contre-mesures, ne recouvraient que les procédures dont pouvaient disposer les parties, à savoir un État lésé et un État fautif donnés, au moment où l'État lésé voulait obtenir la cessation du comportement illicite et la réparation et envisageait de recourir pour cela à des contre-mesures. Il fallait noter, en particulier, que la disposition de l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 12[102] mentionnait, outre les obligations générales de règlement, le plus souvent vagues et peu effectives, qui découlaient de l'Article 33 de la Charte des Nations Unies et d'autres dispositions analogues, celles, beaucoup plus contraignantes, qui pouvaient exister pour les parties à la relation de responsabilité dans chaque cas concret. Outre

[98] Ibid., par. 115 et 116.

[99] Doc. A/CN.4/L.472.

[100] Voir *supra* note 91.

[101] Voir le Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale pendant sa quarante-septième session (A/CN.4/446, par. 161 à 178).

[102] Voir *Annuaire... 1992*, vol. II (2e partie), p. 28, note 61.

l'Article 33 de la Charte, cet alinéa visait manifestement les traités en général, les clauses compromissoires et les autres instruments internationaux qui prévoyaient le recours, par voie de compromis entre les parties ou à l'initiative de l'une d'entre elles, à des procédures de conciliation, d'arbitrage ou de règlement judiciaire. Le Rapporteur spécial a souligné que, chaque fois que des procédures de ce genre étaient ainsi « disponibles », l'État lésé devait y recourir avant de recourir à des contre-mesures, faute de quoi ces dernières ne seraient pas licites. L'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 12 ne se référait qu'à ce genre de procédures et aux instruments internationaux en vertu desquels tout État lésé pouvait y recourir. En d'autres termes, cette disposition ne créait pas directement l'obligation pour l'État lésé de recourir à des mesures données. Elle prévoyait simplement qu'il devait recourir à des procédures de ce type, si elles étaient disponibles, avant de recourir à des contre-mesures.

208. Le Rapporteur spécial a fait observer que le problème qu'il se proposait de résoudre dans la troisième partie était différent. Il concernait précisément les obligations de règlement qui devaient être établies à nouveau par le biais, en l'occurrence, d'une « clause compromissoire générale » dans le projet d'articles. Ces obligations de règlement seraient créées par la troisième partie du projet d'articles et, éventuellement, par la troisième partie d'une future convention sur la responsabilité des États.

209. À cet égard, le Rapporteur spécial a exposé les deux solutions possibles en ce qui concerne les dispositions générales relatives au règlement des différends qui devaient figurer dans la troisième partie.

210. La première serait une solution maximaliste, qui consisterait à énoncer explicitement l'obligation d'épuiser des procédures déterminées et expressément prescrites de règlement par une tierce partie (normalement l'arbitrage ou le règlement judiciaire) avant tout recours à une réaction unilatérale. Si cette solution « théoriquement idéale » était adoptée, les contre-mesures ne seraient admissibles que pour contraindre un État fautif récalcitrant à se conformer à une sentence arbitrale ou à un jugement exécutoire.

211. Comme il lui paraissait toutefois peu probable qu'une telle solution « idéale » s'avère acceptable, le Rapporteur spécial a dit qu'il ne la proposerait dans un projet d'articles que si le débat indiquait qu'elle rencontrait l'agrément de ses collègues.

212. Une attitude plus réaliste consisterait, selon le Rapporteur spécial, à adopter dans la troisième partie une solution qui ne porterait pas directement atteinte à la prérogative de l'État lésé de recourir à des contre-mesures (sous réserve des conditions et des restrictions énoncées dans les articles 11 à 14 de la deuxième partie, y compris l'article 12), mais qui, en même temps, réduirait le risque d'une réaction arbitraire de la part de l'État lésé en soumettant cette réaction à une vérification *ex post facto* par une tierce partie. C'était précisément la solution que le Rapporteur spécial proposait dans son rapport.

213. Selon cette solution (telle qu'elle était exposée dans les projets d'articles 1 à 6 et dans leur annexe), si un différend surgissait entre les parties à la suite de l'adoption d'une contre-mesure par l'État présumé lésé et d'une protestation ou autre forme de réaction de la part de l'État présumé fautif, et si ce différend n'était pas réglé à l'amiable, l'une ou l'autre partie aurait le droit d'engager unilatéralement une procédure de conciliation. Si cette procédure n'aboutissait pas à un règlement dans un délai donné, l'une ou l'autre partie aurait le droit d'engager unilatéralement une procédure d'arbitrage. La possibilité de recourir, dans un troisième temps, à la CIJ a été proposée en cas d'excès de pouvoir de la part du tribunal arbitral ou dans d'autres cas. Le Rapporteur spécial a fait observer que, bien que trois moyens de règlement soient prévus en principe, il était peu probable qu'ils soient tous utilisés dans chaque cas. Le différend pouvait fort bien être réglé pendant ou après la procédure de conciliation, c'est-à-dire en une seule phase. L'arbitrage n'interviendrait qu'en cas d'échec de la conciliation; et la procédure devant la CIJ n'interviendrait à son tour que si la procédure arbitrale échouait ou si la sentence arbitrale était contestée en cas d'excès de pouvoir ou de violation des règles fondamentales de la procédure arbitrale.

214. Le Rapporteur spécial a appelé l'attention sur les trois caractéristiques essentielles de ce système de règlement des différends en trois étapes (conciliation, arbitrage et règlement judiciaire). Premièrement, si le différend n'était pas réglé par accord entre les parties après le recours à une contre-mesure, le système conduirait à un règlement obligatoire, sans pour autant entraver sensiblement la liberté de choix des parties en matière de procédure. Deuxièmement, les procédures de règlement ne porteraient pas sensiblement atteinte à la prérogative de l'État lésé de prendre des contre-mesures à ses propres risques et sous réserve des conditions fondamentales relatives à la licéité des contre-mesures. Les procédures proposées interviendraient une fois que l'État lésé aurait pris sa décision unilatéralement et agi en conséquence, et elles aideraient à régler en temps voulu et efficacement le différend qui s'ensuivrait. En particulier, la possibilité de recourir à ce système de règlement des différends par une tierce partie pourrait dissuader un État lésé de recourir à des contre-mesures. Les contre-mesures pourraient, en effet, être suspendues sur l'ordre d'une tierce partie une fois la procédure de règlement engagée.

215. Le Rapporteur spécial a souligné que la procédure de règlement des différends par une tierce partie ne serait engagée que : *a*) après le recours par l'État lésé à une contre-mesure supposée conforme aux projets d'articles 11 à 14 de la deuxième partie, et *b*) après la naissance d'un différend concernant la justification et la licéité de cette contre-mesure. Ainsi, le mécanisme qui déclencherait la procédure de règlement obligatoire prévue dans la troisième partie ne serait ni la violation alléguée d'une règle primaire ou secondaire, ni le différend auquel pourrait donner naissance l'allégation contestée d'une telle violation, mais un différend né du recours contesté à une contre-mesure par l'État présumé lésé ou, éventuellement, du recours à une contre-mesure par l'État supposé fautif. D'après le Rapporteur spécial, la solution proposée, tout en respectant les pratiques coutumières, serait, en fait, un moyen efficace de lutter contre l'abus des contre-mesures.

216. Toutefois, le Rapporteur spécial a également souligné que, bien que le « mécanisme déclencheur » de

la procédure en trois étapes soit le différend né de l'adoption d'une contre-mesure par l'État présumé lésé et de la réaction de l'État visé à cette contre-mesure, la procédure proposée ne couvrirait pas seulement la question de la licéité des contre-mesures visée par les articles 11 à 14 de la deuxième partie, mais toute question de fait ou de droit relative à un aspect quelconque du lien de responsabilité qui pourrait donner lieu à un différend entre les parties. En fait, les conditions de la licéité d'une contre-mesure ne comprenaient pas seulement la proportionnalité (art. 13), le recours préalable aux procédures de règlement amiable (art. 12) ou le respect de l'interdiction du recours à la force (art. 14). Elles comprenaient aussi l'existence d'un fait illicite, l'attribution de ce fait à l'État visé par les contre-mesures, l'absence de circonstances excluant l'illicéité et le non-respect par l'auteur du fait illicite de son obligation de réparer. Ainsi, les procédures de conciliation, d'arbitrage et de règlement judiciaire envisagées pour la troisième partie permettraient de régler non seulement toute question visée par les articles 11 à 14 de la deuxième partie proposés l'année précédente, mais aussi tout autre point de fait ou de droit concernant l'interprétation ou l'application d'un des articles de la future convention sur la responsabilité des États, y compris les articles de la première partie et les articles « de fond » de la deuxième. C'était expressément indiqué, en ce qui concernait la conciliation et l'arbitrage, dans l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 2 et dans le paragraphe 1 du projet d'article 4 de la troisième partie[103].

217. Le Rapporteur spécial a encouragé la Commission à abandonner son attitude prudente en ce qui concernait les dispositions relatives au règlement des différends et à adopter un système de règlement suffisamment efficace dans le projet d'articles sur la responsabilité des États, et ce pour deux raisons capitales.

218. Premièrement, seul un système suffisamment efficace de règlement des différends corrigerait sensiblement les graves défauts du régime actuel de réactions unilatérales. Quels que soient les efforts déployés pour réduire l'arbitraire inhérent à un tel régime en adoptant des règles sévères relatives aux contre-mesures (comme celles proposées dans les projets d'articles 11 à 14 de la deuxième partie), on se heurterait toujours à l'écueil dû au fait que l'interprétation et l'application des règles adoptées resteraient, en principe, entre les mains de chacun des États lésés. Seules les procédures de vérification par une tierce partie qui devaient figurer dans la troisième partie du projet pourraient réduire le danger d'un abus de cette liberté de choix unilatérale, et ce dans l'intérêt de la justice et de l'égalité entre les États.

219. Deuxièmement, en greffant un mécanisme de règlement adéquat sur le projet relatif à la responsabilité des États, la Commission saisirait l'occasion extrêmement importante qui lui était donnée de contribuer de manière insigne à réduire la lacune de plus en plus évidente qui caractérisait le système interétatique dans ce domaine, et qui devait être comblée par la fonction judiciaire.

220. Le Rapporteur spécial a prié instamment la Commission de ne pas partir de l'hypothèse que les gouvernements n'étaient pas prêts à accepter des engagements plus poussés en matière de règlement des différends ou à utiliser des procédures de règlement, car cette hypothèse était notamment démentie par les récentes tendances observées dans ce domaine. À son avis, la Commission devait proposer des dispositions qu'elle considérait comme le minimum nécessaire et laisser aux gouvernements la responsabilité de les accepter ou de les rejeter.

i) *Observations générales*

221. Un grand nombre de membres ont déclaré que la future convention sur la responsabilité des États devrait contenir des dispositions relatives au règlement des différends nés de son interprétation ou de son application. Quelques-uns ont toutefois formulé des réserves ou appelé à la prudence à cet égard.

a. *La question de savoir si la future convention devrait s'accompagner d'un régime de règlement des différends prévoyant des procédures obligatoires de règlement par tierce partie*

222. Trois grands arguments ont été présentés et discutés à ce propos. Le premier argument concernait l'évolution du climat international ainsi que des attitudes des États. On a signalé, en particulier, qu'avec la fin de la guerre froide les pays d'Europe centrale commençaient à envisager la question du règlement des différends sous un jour nouveau et que les États se montraient de plus en plus disposés à accepter non seulement des procédures obligatoires de règlement des différends du type de celles que prévoyaient par exemple la Convention de Vienne sur le droit des traités, de 1969, et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, de 1986, mais aussi, ainsi qu'en témoignait le rôle de plus en plus chargé de la CIJ, des procédures judiciaires. On a aussi attiré l'attention sur l'influence bénéfique de la Déclaration de Manille sur le règlement pacifique des différends internationaux, de 1982[104], qui avait beaucoup aidé à faire reconnaître la nécessité de systèmes efficaces de règlement, et sur l'élaboration par la CSCE de la Convention sur la conciliation et l'arbitrage au sein de la CSCE.

223. Selon un autre point de vue, s'il était vrai que les doutes de l'époque de la guerre froide quant à l'impartialité des mécanismes de règlement par tierce partie s'évanouissaient peu à peu et que les États étaient de plus en plus nombreux à recourir à la CIJ, il n'en demeurait pas moins prématuré de se lancer dans des procédures obligatoires de règlement des différends. On a fait remarquer, à ce propos, qu'un nombre relativement restreint d'États avaient accepté la juridiction de la Cour en application du paragraphe 2 de l'Article 36 de son Statut, et encore, dans bien des cas, avec de sérieuses réserves, et que le rôle plus chargé de la CIJ indiquait que les États étaient plus disposés à consentir à l'intervention d'une tierce partie dans certains domaines précis qu'à l'accepter en général sur toute la ligne. Il a aussi été signalé que de nombreux États avaient fait des réserves sur les clauses compromissoires des traités multilatéraux et

[103] Voir *supra* note 91.

[104] Résolution 37/10 de l'Assemblée générale, annexe.

que, même dans l'univers relativement homogène de la CSCE, les États s'étaient montrés fort peu disposés à accepter le règlement par tierce partie obligatoire dans la totalité des cas.

224. Le deuxième argument se rapportait au rôle de la Commission dans le développement du droit international. On a observé à ce propos que, comme tout autre système de droit, le droit international n'était pas, et ne pouvait pas se permettre d'être, statique : en dernière analyse, il ne pouvait, par définition, avoir d'autre but que d'instaurer la prééminence du droit dans les relations interétatiques, si dépourvues de structure organique que celles-ci pussent être. La seule possibilité en dehors de l'évolution n'était pas la préservation du *statu quo*, mais la stagnation et le déclin. Dans ces conditions, il fallait exhorter la Commission à s'acquitter de sa responsabilité quant au développement progressif du droit, responsabilité qui découlait directement de la Charte des Nations Unies, et à tracer la voie que dictaient les principes de la justice et de l'égalité souveraine.

225. D'autre part, on a cependant fait remarquer que si, dans un monde idéal où les États reconnaissaient la primauté du droit aussi bien dans l'ordre interne que dans la sphère internationale, il serait « normal » de leur part de s'en remettre au jugement d'une tierce partie impartiale pour résoudre leurs différends, la communauté internationale n'était malheureusement pas construite sur le même modèle que l'État, où le juge était le garant de l'ordre juridique et où l'État acceptait de se plier au droit tel que le juge l'interprétait : dans la communauté internationale, chaque État appréciait souverainement la licéité de sa propre conduite et de celle de ses partenaires. Dans ces conditions, a-t-on observé, la Commission devait se garder de toute approche trop révolutionnaire et faire preuve du réalisme nécessaire en s'abstenant de proposer des dispositions que les États n'accepteraient pas.

226. Tout en admettant que la Commission ne devait pas produire de projets voués à un rejet certain de la part des États, quelques membres ont observé qu'il n'y avait rien dans les débats de la Sixième Commission d'où l'on pût conclure que tel était le sort tragique qui attendait le projet sur la responsabilité des États. À ce propos, on a noté que l'acceptation définitive d'un traité, à travers la ratification et l'adhésion, dépendait parfois, au moins partiellement, de la présence de ce que l'on pouvait appeler un « service de commercialisation » pour assurer la promotion dudit traité : ainsi, l'adhésion généralisée aux conventions relatives au droit humanitaire, nonobstant leurs mérites intrinsèques, pouvait être attribuée dans une large mesure aux efforts du CICR, et des traités comme la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction parvenaient actuellement à être acceptés parce qu'un ou des États influents avaient intérêt à persuader d'autres États de les accepter et en avaient les moyens. Il a en outre été rappelé à la Commission que des projets d'articles conçus en fonction de ce qu'elle supposait être le vœu des États avaient parfois été laissés de côté par l'Assemblée générale sans même que la majorité des États représentés à l'Assemblée eût formulé des réserves à leur endroit.

227. D'autres membres ont instamment invité la Commission à faire le départ entre le souhaitable et le possible. Ils ont observé que si elle n'avait pas jusqu'ici apporté de contribution très significative au droit du règlement des différends, ce n'était faute ni d'intérêt ni de compétence de la part de ses membres, mais parce qu'elle s'était laissée guider avant tout par le souci de ne pas risquer le rejet en bloc d'un projet déterminé en y incluant des dispositions sur le règlement qui auraient été inacceptables pour les États. On a dit que, malheureusement, le même problème se posait encore, et la position des États ne paraissait pas avoir suffisamment changé pour permettre d'envisager avec optimisme les chances d'un système perfectionné d'être très largement accepté. De l'avis de ces membres, la question ne devait pas être résolue dans le cadre d'un système novateur rompant avec le droit international existant, mais par un mécanisme souple dans lequel les procédures obligatoires ne joueraient qu'un rôle limité. Une approche modérée leur paraissait d'autant plus indiquée que le sujet de la responsabilité des États recouvrait tout le champ du droit international; de ce fait, tout régime de règlement en la matière toucherait aux obligations tant primaires que secondaires sur des problèmes qui étaient d'une importance fondamentale pour les États.

228. Le troisième argument défendu par un grand nombre de membres favorables à l'inclusion dans le projet de procédures obligatoires de règlement par tierce partie était lié à la nécessité de protéger les États faibles de l'utilisation abusive, par les États puissants, du droit de recourir à des mesures unilatérales. On a rappelé, à ce propos, que bien des membres avaient regretté l'incorporation dans le projet d'un régime relatif aux contre-mesures, surtout s'il pouvait servir à tirer profit de l'inégalité des États, mais qu'en même temps cela avait été jugé nécessaire pour rendre le texte acceptable pour la communauté internationale tout entière et empêcher le recours automatique à des contre-mesures en cas de violation présumée d'une obligation. Le fait demeurait que les contre-mesures étaient une manifestation de la puissance, déployée le plus souvent au mépris des principes de l'égalité et de la justice, et qu'en avalisant le recours unilatéral à des contre-mesures la Commission ouvrait la porte à maints abus possibles et consacrerait en outre une règle susceptible d'interprétations largement divergentes. C'est pourquoi, aux yeux de nombreux membres, il était impérieux que le projet d'articles prévoie des règles de fond, comme celles qui interdisent les contre-mesures dans certains domaines ou la règle de la proportionnalité, si illusoire soit-elle, et institue des procédures efficaces (promptes et contraignantes) de règlement obligatoire des différends par tierce partie, étant donné en particulier, a ajouté un membre, le changement radical intervenu depuis la fin de l'époque de la guerre froide et la disparition, par voie de conséquence, des poids et contrepoids qui jouaient alors. L'attention a également été appelée sur le risque d'engrenage inhérent à la notion même de contre-mesures et sur la nécessité de trouver le plus tôt possible une solution au litige pour éviter un enchaînement de contre-mesures et de contre-contre-mesures. On a enfin souligné que les contre-mesures étaient contraires au principe selon lequel nul n'a le droit de se faire justice et maintenaient donc l'application du droit international à un stade primitif, depuis longtemps disparu des systèmes organisés du droit interne.

229. D'autres membres, sans méconnaître la nécessité d'un frein solide aux contre-mesures disproportionnées et excessives, étaient d'avis que les procédures obliga-

toires de règlement des différends ne constituaient pas un moyen viable de parvenir à cette fin, parce qu'il n'y avait guère de chances de voir les États recourir à ce genre de procédure dans les domaines où les contre-mesures demandaient le plus à être contenues. Il a été fait mention à ce propos de questions comme la légalité de l'agression armée et de la légitime défense, l'assistance aux insurgés et contre-insurgés, l'embargo économique ou la suspension de traités. On a fait remarquer que la pratique actuelle n'autorisait pas à conclure que les États étaient prêts à soumettre les questions de ce genre à règlement obligatoire par tierce partie. Ainsi, la question relevait du législateur plus que de l'action judiciaire, et la Commission devait s'attacher à clarifier et, de fait, à développer les règles de fond applicables aux contre-mesures et à définir les normes et principes appelés à régir les manquements internationaux et les contre-mesures correctives, au lieu d'abandonner ce soin à un régime de règlement par tierce partie obligatoire impliquant des procédures longues et compliquées. Dans le même esprit, on a fait remarquer que le fait de prévoir un régime spécial plus contraignant pour le règlement des différends relatifs à des contre-mesures ne saurait dégager la Commission de l'obligation de préciser les règles de fond applicables aux contre-mesures, étant donné que l'arbitre et le juge, à la différence du législateur, étaient liés par le droit positif et se trouveraient, si celui-ci faisait défaut, dans l'incapacité de limiter le recours aux contre-mesures, même dans le cadre d'un régime audacieux de règlement des différends.

b. *Portée du régime de règlement des différends à envisager*

230. On a fait remarquer qu'il s'agissait là d'une question très complexe parce que le règlement des différends dans le contexte de la responsabilité des États signifierait le règlement des différends en général dans la totalité des cas. Dans cette perspective, la question a été posée de savoir si la Commission devait concevoir un système de règlement des différends destiné à couvrir toute question que soulèverait l'interprétation ou l'application de tout l'ensemble des projets d'articles sur la responsabilité des États. Il y a été généralement répondu par l'affirmative, quelques membres soulignant qu'il convenait d'accorder une attention spéciale et prioritaire à la matière des contre-mesures, parce qu'une contre-mesure constituait une dérogation exceptionnelle au droit international. En même temps, on a exprimé des doutes quant à la possibilité de concevoir un seul régime pour tous les types de différends qui pourraient naître dans le contexte de la responsabilité des États, car la vie internationale présentait une multitude de situations qui devaient toutes être abordées en fonction de leurs caractéristiques. On a évoqué à cet égard le cas des Conventions de Genève de 1949 et des Protocoles additionnels y relatifs, de 1977.

231. On a mentionné divers moyens de délimiter la portée du régime de règlement des différends à prévoir dans la future convention. Une façon de procéder serait de restreindre ce régime aux différends relatifs à l'interprétation et à l'application du futur instrument, en suivant le modèle habituel des clauses conventionnelles de règlement des différends, qui ne s'appliquaient strictement qu'aux différends entrant dans le cadre du traité considéré. Certains doutaient que ce fût là une solution viable ou recommandable. On s'est demandé, à cet égard, s'il était possible ou opportun de distinguer entre la question générale de la responsabilité des États et le problème des règles primaires en cause dont la violation donnait naissance à cette responsabilité, vu que de nombreuses questions visées par le projet d'articles étaient intimement liées aux règles primaires. Mention a été faite, dans ce contexte, de la différence entre obligation de résultat et obligation de moyens et du cas des crimes internationaux, dans lequel les règles dites secondaires transcendaient la frontière artificielle entre règles primaires et secondaires et où une analyse de la règle de fond violée par l'État prétendument fautif au détriment de l'État prétendument victime était nécessaire. On a donc conclu qu'un système de règlement limité aux différends touchant l'interprétation et l'application de la future convention n'aurait guère de sens. Dans le même ordre d'idées, on a fait remarquer que, s'il y avait une certaine force dans l'argument selon lequel, en prévoyant une procédure de règlement obligatoire, la Commission courait le risque de passer de la partie générale du projet à la sphère des règles primaires, elle n'outrepasserait pas pour autant son mandat en faisant figurer dans le projet un ensemble de règles de procédure applicables au règlement des différends, dans la mesure où la division en règles primaires et secondaires n'était rien de plus qu'un outil logique permettant de s'assurer de la cohérence du projet. Cette démarche ne ferait pas plus intervenir de questions d'interprétation des traités que, par exemple, l'alinéa *f* du paragraphe 2 de l'article 5 de la deuxième partie, déjà adopté par la Commission[105], et il convenait d'aborder cette division des règles en primaires et secondaires avec une souplesse mesurée, en tenant compte, en particulier, des obligations existant dans ce qu'on pourrait appeler la « zone grise ».

232. Une autre manière d'envisager la question de la portée du régime de règlement des différends consistait à assujettir à un système obligatoire toute violation d'une obligation internationale, quel qu'en fût l'objet, conformément à la philosophie consacrée à l'article premier de la première partie[106]. On a vu dans cette démarche un grand bond en avant dans le développement du droit international. On a rappelé à cet égard que, jusqu'à présent, les États avaient toujours défendu leur droit de choisir le mode de règlement qui correspondait le mieux à leurs besoins, conformément au principe consacré à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies, souligné dans la Déclaration de Manille[107] et considéré comme l'une des pierres angulaires de l'ordre juridique international.

233. Dans ces conditions, plusieurs membres ont douté qu'il fût judicieux d'envisager un mode rigide de règlement pour tout différend international, quelles qu'en fussent la nature, l'importance pour le pays en cause ou les répercussions à long terme. On a suggéré d'assujettir à des régimes différents l'appréciation de la licéité des contre-mesures et le règlement des différends liés à

[105] Pour le texte, voir *Annuaire... 1989*, vol. II (2e partie), p. 89 et 90.

[106] Voir *supra* note 87.

[107] Voir *supra* note 104.

l'interprétation et à l'application de la future convention. Cette démarche aurait un double avantage : d'une part, elle permettrait de rendre rapidement une décision impartiale sur l'admissibilité des contre-mesures, ce qui serait à la fois dans l'intérêt de l'État fautif (lequel risquait de souffrir des effets de contre-mesures non justifiées) et dans l'intérêt de l'État lésé (qui aurait ainsi l'assurance de ne pas être ultérieurement sanctionné pour avoir agi *ultra vires*); d'autre part, le recours aux procédures de règlement en cas de différend sur l'application ou l'interprétation de la future convention serait ouvert, même en l'absence de contre-mesures. On a aussi proposé d'établir une distinction entre les différends relatifs à la licéité des contre-mesures, les différends liés à des crimes et les autres différends.

234. Les membres favorables à un traitement différencié pour diverses catégories de différends ont préconisé, en conséquence, des procédures plus ou moins impératives selon la catégorie considérée. Pour les différends portant sur la licéité des contre-mesures, on a suggéré l'établissement d'une « commission des contre-mesures » conçue sur le modèle d'un tribunal arbitral, mais qui serait constituée et fonctionnerait selon des règles simplifiées et aurait pour tâche de vérifier la licéité des contre-mesures, d'essayer, le cas échéant, d'amener les parties à une solution de compromis avant de rendre une décision exécutoire et d'agir, en fin de compte, comme un organe d'arbitrage, de médiation et d'enquête. En faveur de cette solution, on a fait valoir que la situation antérieure à l'adoption de contre-mesures, les obligations juridiques alors en vigueur, la réalité de la violation alléguée et, en cas de violation effective, la nécessité de la contre-mesure et sa proportionnalité étaient autant de questions de fait auxquelles la négociation, la médiation et la conciliation pouvaient difficilement apporter une solution. Une autre possibilité a été suggérée, conférer à l'organe compétent, que ce fût un tribunal arbitral ou une commission de conciliation, le pouvoir — sous réserve toutefois de l'approbation expresse des États sous la forme d'une déclaration ou à travers la ratification d'un protocole distinct — d'ordonner des mesures conservatoires pour les parties au différend.

235. Pour les différends portant sur des crimes internationaux, on a suggéré d'envisager un régime à trois étapes comprenant la conciliation, l'arbitrage et le recours à la CIJ, qui trouverait place dans un protocole facultatif à la future convention.

236. Pour les autres différends, l'avis a été émis que le réalisme ne permettait d'espérer tout au plus qu'une conciliation obligatoire telle que la prévoyait l'article 66 de la Convention de Vienne sur le droit des traités — résultat qui, a-t-on dit, ne serait pas négligeable, puisqu'il s'agissait de responsabilité internationale, c'est-à-dire du mécanisme régulateur fondamental de tout le droit international.

237. Selon une autre approche suggérée au sein de la Commission, on consacrerait le caractère obligatoire de la procédure et de ses conclusions, mais en distinguant selon les étapes envisagées : la conciliation serait obligatoire pour tout litige portant sur toute disposition du futur instrument; par contre, ses conclusions ne seraient pas obligatoires, sauf dans le cas des mesures conservatoires, que celles-ci visent l'État fautif ou l'État lésé; l'arbitrage serait une option ouverte à tous les États, mais il serait obligatoire là où, vu la nature des points de fait ou de droit en litige, les parties ne pourraient considérer leur souveraineté ou leur liberté de choix comme remises en cause; quant au règlement judiciaire, on pourrait envisager de donner compétence obligatoire à la CIJ lorsque seraient en jeu une règle impérative de droit général ou d'autres règles spécifiques de la future convention et de lui attribuer une compétence facultative dans le cas des différends portant sur d'autres questions.

c. *Autres aspects*

238. Quelques membres ont souligné que la question des coûts était d'une importance décisive pour la grande majorité des États, c'est-à-dire les plus pauvres. Mention a été faite, à ce propos, des problèmes qu'avaient connus le Mali et le Burkina-Faso à l'occasion du règlement de leur différend frontalier : les deux parties avaient demandé à la CIJ de nommer trois experts pour les assister dans la démarcation de leur frontière commune après l'arrêt rendu par la Cour en 1986[108], mais par la suite, tous deux, tout en acceptant l'arrêt sur le fond, avaient reconnu qu'ils étaient dans l'incapacité de faire face aux dépenses nécessitées par l'opération de démarcation; un généreux bailleur de fonds avait finalement été trouvé, en l'occurrence le Gouvernement suisse. Cet exemple, a-t-on dit, démontrait clairement l'urgente nécessité de fournir aux pays en développement une assistance judiciaire adéquate et efficace. Mention a aussi été faite dans ce contexte du Fonds d'affectation spéciale du Secrétaire général devant aider les États à soumettre leurs différends à la CIJ, qui pouvait servir à financer la rédaction des pièces de la procédure écrite, le paiement des honoraires, les frais de recherche juridique et bien d'autres aspects de la procédure, mais uniquement — et c'était là une restriction capitale — pour les affaires portées devant la Cour par voie de compromis entre les parties, ce qui signifiait que l'accès du Fonds était fermé pour les affaires d'arbitrage ou de conciliation et qu'il suffisait à un État riche de refuser de signer un compromis pour empêcher un État pauvre de préparer sa cause le mieux possible. On a jugé que cet aspect du fonctionnement du Fonds demandait à être révisé.

239. Quelques membres ont commenté les aspects formels de l'élaboration du régime de règlement des différends à envisager dans le présent contexte, c'est-à-dire dans quelle mesure il devrait être intégré à la future convention, quelle serait l'instance la plus indiquée pour le formuler et dans quel délai il faudrait en avoir achevé la mise au point.

240. Sur le premier point, de nombreux membres ont estimé que le régime de règlement des différends devrait être partie intégrante du projet, ainsi qu'il était envisagé dans le plan adopté par la Commission en 1975[109]. Aux yeux de quelques autres, en revanche, le mécanisme de règlement des différends, ou certains de ses éléments, devraient figurer dans un protocole facultatif ou contenir une clause facultative d'acceptation ou non-acceptation.

---

[108] *Différend frontalier, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 554.

[109] Voir *supra* note 86.

241. Au sujet de l'instance au sein de laquelle le mécanisme de règlement des différends devrait être mis au point, un grand nombre de membres ont considéré que la Commission, sauf à faillir à sa tâche, ne devait pas s'en remettre sur ce point à la future conférence diplomatique. D'autres membres ont pensé, par contre, qu'au stade actuel de développement du droit dans ce domaine il serait plus sage de définir des principes directeurs en laissant à la conférence des plénipotentiaires le soin de concevoir les mécanismes appropriés.

242. Sur le cadre temporel dans lequel devrait s'inscrire l'élaboration des dispositions relatives au règlement des différends, quelques membres ont observé que le système de règlement des différends était étroitement lié aux contre-mesures et que, dans ce domaine, règles de fond et règles de procédure formaient un tout organique, dont les éléments devaient être considérés conjointement ou parallèlement. Pour d'autres membres, il était contestable de s'engager dans des travaux détaillés sur la troisième partie tant que la première lecture des première et deuxième parties n'aurait pas été achevée.

243. Avant de s'attaquer à la troisième partie, une question restait en suspens qu'il faudrait avoir résolue : celle des crimes d'États tels qu'ils étaient décrits à l'article 19 de la première partie[110]. Selon un point de vue, il convenait de réexaminer sérieusement cet article avant de passer à l'élaboration d'un régime de règlement des différends. D'un autre côté, on a exprimé la crainte d'éventuelles tentatives pour abandonner, récrire et édulcorer l'article 19 qui, a-t-on rappelé, avait déjà été adopté en première lecture et avait recueilli l'appui d'une écrasante majorité à la Sixième Commission.

ii) *Le système de règlement des différends proposé par le Rapporteur spécial*

244. Le chapitre premier du cinquième rapport du Rapporteur spécial a généralement été accueilli avec intérêt. Il a été décrit comme un document bien charpenté et stimulant, qui témoignait d'autant d'érudition que d'ampleur de vues, et comme une contribution importante au développement progressif du droit international.

245. Quant aux propositions du Rapporteur spécial[111], elles ont fait l'objet de commentaires favorables de la part d'un grand nombre de membres, mais suscité des réserves chez d'autres.

a. *La portée du système proposé*

246. On a rappelé que le Rapporteur spécial, à l'instar de son prédécesseur, M. Riphagen, avait eu l'intention de respecter le plan de travail adopté par la Commission, qui prévoyait que, après une première partie consacrée à la définition du fait internationalement illicite comme source de la responsabilité et une deuxième concernant les conséquences juridiques du fait internationalement illicite, des dispositions spécifiques seraient réservées à la mise en œuvre de la responsabilité des États et au règlement des différends nés de l'application ou de l'interprétation de la première et de la deuxième parties.

247. Aux yeux de quelques membres, le cinquième rapport ne répondait pas parfaitement à l'intention première et aux vœux de la plupart des membres de la Commission, dans la mesure où il s'attachait presque exclusivement à faire valoir la nécessité de procédures de règlement de différends liés à des contre-mesures et proposait un ensemble d'articles portant exclusivement sur les différends consécutifs à l'adoption, par l'État prétendument lésé, de contre-mesures à l'encontre de l'État prétendument fautif et qui n'auraient pas été réglés par l'un des moyens mentionnés à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 12[112]. Tout en notant que, dans l'esprit du Rapporteur spécial, les procédures envisagées ne couvriraient pas seulement l'interprétation/application des articles relatifs aux contre-mesures, mais aussi l'interprétation/application de toute disposition de la future convention, plusieurs membres ont jugé le cinquième rapport ambigu à cet égard. En particulier, on a appelé l'attention sur ce qui apparaissait comme des contradictions entre certains paragraphes du rapport et l'article premier, lequel prévoyait expressément que l'ensemble du système proposé ne pourrait être déclenché que « si un différend... résulte de l'adoption par l'État... de contre-mesures à l'encontre de l'État auteur du fait illicite » et d'où il découlait que, en l'absence de contre-mesures, les dispositions relatives au règlement des différends ne pourraient pas être invoquées, même s'il existait un différend sur l'application ou l'interprétation du futur instrument.

248. Tout en constatant que le rapport et les projets d'articles étaient quelque peu ambigus, en ce que l'analyse du Rapporteur spécial était axée en même temps, et alternativement, sur les litiges portant sur l'ensemble des articles du futur instrument et sur ceux qui portaient plus spécialement sur les contre-mesures, d'autres membres ont observé que certains paragraphes du rapport indiquaient bien que le Rapporteur spécial prenait le problème dans son ensemble et que, même si l'article premier apparaissait restrictif, l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 2 confirmait que le système de règlement des différends visait tous les problèmes que pourraient poser l'interprétation et l'application du futur instrument.

249. Plusieurs membres ont jugé que le Rapporteur spécial avait eu raison d'attribuer aux contre-mesures une place prééminente et un rôle de déclencheur dans la mise en mouvement du système de règlement des différends proposé. Ils ont considéré comme lui que, en matière de contre-mesures, règles de fond et règles de procédure formaient un tout organique et que, en l'absence de système adéquat et quelque peu restrictif de règlement des différends, le recours à des contre-mesures signifierait que les parties se feraient justice à elles-mêmes — ce qui était la négation même de la primauté du droit — et se réduirait aux rapports de force à l'état brut. Un régime des contre-mesures et un système de règlement des différends constituaient donc à tous égards, a-t-on dit, une solution globale, à accepter ou refuser en bloc, le second étant la condition *sine qua non* du pre-

[110] Voir *supra* note 87.

[111] Pour le texte des projets d'articles et de l'annexe proposés par le Rapporteur spécial, voir *infra* notes 116, 117, 121 à 123 et 125.

[112] Voir *supra* note 102.

mier. Quant aux différends autres que ceux qui portaient sur des contre-mesures, ils paraissaient devoir être soumis à un traitement différent, parce que les litiges nés de la violation d'une règle de fond pourraient être réglés soit par les moyens prévus dans l'instrument où la règle avait sa source, soit en application de l'Article 33 de la Charte des Nations Unies, ou d'un engagement spécifique entre les parties.

250. D'autres membres se sont demandé si, en mettant l'accent sur un système obligatoire de règlement pour faire contrepoids aux éventuelles contre-mesures, le Rapporteur spécial avait réellement agi dans le sens de la logique du projet d'articles, dont la troisième partie était censée s'appliquer au projet tout entier. Tout en reconnaissant qu'une approche limitée pouvait se justifier, vu le nombre de traités généraux de règlement des différends qui étaient restés inappliqués et inefficaces, et que le Rapporteur spécial avait pu légitimement préférer s'en remettre à la pratique pour les différends autres que ceux qui étaient consécutifs à l'adoption de contre-mesures, on a néanmoins souligné que l'évolution de la situation internationale, nonobstant les sources de dissensions qui continuaient d'exister, offrait un terrain favorable au développement progressif du droit relatif au règlement des différends en général. Dans ce contexte, on a souligné que certains instruments de portée générale comme le Traité américain de règlement pacifique (Pacte de Bogota)[113] ou la Charte de l'OUA et son protocole[114] avaient joué un rôle utile dans le règlement des différends. En outre, certains membres ont jugé contestable de ne donner à l'État victime d'un fait internationalement illicite la possibilité de recourir aux procédures envisagées que s'il prenait des contre-mesures. À leurs yeux, cette démarche n'était pas tout à fait rationnelle et donnait l'impression que les contre-mesures étaient la source du différend, alors qu'elles étaient en réalité le résultat du fait illicite originel.

b. *L'économie générale du système proposé*

251. Plusieurs membres ont souligné que le cinquième rapport envisageait deux solutions possibles, dont l'une était jugée par le Rapporteur spécial plus satisfaisante sur le plan théorique, mais l'autre lui paraissait plus réaliste. La première — la solution « idéale » — consistait à introduire dans le projet d'articles un système plus ou moins organique de procédures de règlement par tierce partie débouchant, à défaut d'accord, sur une décision exécutoire rendue par tierce partie et à faire en même temps dépendre la licéité du recours aux contre-mesures, hormis quelques exceptions, de l'existence de ladite décision exécutoire rendue par tierce partie. Quant à la seconde solution, elle a été décrite comme suit : tout État qui entendait adopter une contre-mesure devrait préalablement aviser de son intention l'État intéressé, en demandant qu'il soit recouru sans délai à un mode de règlement quelconque. Si le différend n'était pas réglé et si une contre-mesure était prise, une procédure de règlement obligatoire par tierce partie devrait en dernier recours, en cas d'échec de la négociation ou de la conciliation, être mise en œuvre pour qu'il soit statué sur la légitimité de la contre-mesure.

252. Quelques membres ont indiqué leur préférence pour la première solution. Selon eux, il devrait être possible d'intercaler dans le projet une procédure de règlement obligatoire par tierce partie avant l'adoption de toute contre-mesure, procédure qui viserait à faire échec à une attitude récalcitrante de l'État auteur de l'acte et à mettre en place les mesures conservatoires nécessaires, jusqu'à ce que soit réglée la question de savoir s'il y avait réellement eu fait illicite et, dans l'affirmative, quelles devaient être les réparations. Quels que fussent les retards que l'interposition d'une telle procédure pourrait entraîner, ils seraient bien moins dommageables pour le droit qu'une violation du droit par voie de réaction, autrement dit une contre-mesure. Il a en outre été souligné que ne pas faire intervenir de procédure de règlement des différends en amont de l'adoption des contre-mesures reviendrait à consacrer pour longtemps encore un vestige d'une époque où l'idée de se faire justice constituait la doctrine et la pratique dominantes — doctrine et pratique que le système interétatique avait décidé de répudier dans d'autres sphères. L'institution d'une procédure de règlement obligatoire des différends par tierce partie a été jugée d'autant plus nécessaire que les États en litige ne se trouvaient pas nécessairement sur un pied d'égalité et qu'on ne pouvait s'en remettre, pour garantir l'« égalité devant la loi », aux procédures de négociation, médiation ou conciliation de caractère volontaire, dont les conclusions n'avaient valeur que de recommandations.

253. Néanmoins, l'opinion du plus grand nombre était qu'un système qui aurait pour effet d'assujettir l'ensemble du droit de la responsabilité et, indirectement, l'évaluation de la conformité avec toutes les règles de fond à un organe arbitral ou judiciaire international était sans commune mesure avec le degré de développement de la société internationale moderne, qui était une société d'États souverains où le principe de la liberté de choix posé à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies était la pierre angulaire du droit du règlement des différends. La seconde formule proposée par le Rapporteur spécial, à savoir soumettre à des contrôles juridiques de plus en plus restrictifs l'État qui se faisait justice en recourant à des mesures unilatérales, a par conséquent été reconnue par un grand nombre de membres, à contrecœur pour certains, comme celle qu'il fallait préférer.

254. Quelques membres ont jugé que même la seconde solution, suivant laquelle les États qui ratifieraient la future convention seraient tenus de faire appel à une commission de conciliation dotée d'un certain nombre de pouvoirs de décision, puis à un arbitrage obligatoire et enfin à la CIJ, bouleverserait de fond en comble l'ordre juridique international, d'autant plus que, comme tous les différends juridiques mettaient en jeu des questions de responsabilité, ils deviendraient tous « justiciables ». Le régime hiérarchique de règlement à trois étapes proposé par le Rapporteur spécial leur paraissait être d'une nouveauté qui allait au-delà du développement progressif du droit international et méconnaître le fait que, dans la vie, les États ne s'en remettaient pas, dans la plupart des cas, au règlement judiciaire pour trancher leurs différends.

255. D'autres membres ont estimé que le régime de règlement des différends préconisé par le Rapporteur spécial n'était pas aussi audacieux ni aussi révolutionnaire

[113] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 30, p. 55.

[114] Ibid., vol. 479, p. 39.

qu'on l'avait prétendu et qu'en l'adoptant la Commission, loin d'innover, ne ferait que suivre les tendances actuelles. Dans ce contexte, on a fait remarquer que, à un moment où semblait s'ébaucher un nouvel ordre international sur fond de droit d'ingérence, le règlement des différends continuait à se faire au gré de la souveraineté des États, dont les contre-mesures étaient précisément le bras séculier, et que la pratique de l'ingérence — c'est-à-dire moins de souveraineté pour plus de solidarité — relevait d'un droit international en train de se faire et n'était pas *de lege ferenda*. On s'est dès lors demandé pourquoi des règles écrites limitant la souveraineté des États dans leur propension à manipuler la légalité internationale devraient, elles, être *de lege ferenda* et l'on a incité la CDI, dont le devoir était de faire la guerre à la guerre par le droit, à mettre les États face à leurs responsabilités. Il apparaissait que les propositions du Rapporteur spécial allaient dans le sens tant des tendances actuelles des traités bilatéraux et multilatéraux (y compris la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, la Convention de Vienne entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, de 1986, et la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer) que de la recommandation faite par les membres de la Sixième Commission de développer les procédures de règlement des différends en y introduisant des approches novatrices. On a en outre fait remarquer que, nonobstant la complexité du problème, ce n'était pas l'œuvre d'une folle imagination que de penser que les États devraient être tenus de consentir à un règlement par tierce partie sur des questions touchant à leur comportement à l'égard d'un traité.

256. Se référant aux critiques visées *supra* au paragraphe 254, le Rapporteur spécial les a considérées comme fondées par rapport à la solution « idéale », mais non par rapport à la solution moins ambitieuse, qui subordonnait la licéité des contre-mesures, non pas aux procédures de la future troisième partie, mais aux procédures énumérées à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies ou prévues par des instruments liant les parties indépendamment de la future convention. Il a ajouté qu'en tout état de cause, y compris dans le cadre d'un régime comportant des procédures diversifiées selon le type de différend, la liberté de choix des parties dans la phase antérieure aux contre-mesures demeurerait entière et que les procédures directement prévues par la convention ne pourraient être mises en œuvre qu'après la prise de contre-mesures.

257. Quelques membres ont fait des commentaires sur le lien entre le système de règlement des différends proposé pour la troisième partie et l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 12 de la deuxième partie[115], tel que celui-ci avait été formulé par le Rapporteur spécial dans son quatrième rapport. Certains ont trouvé que, sur ce point particulier, le Rapporteur spécial avait changé de position entre son quatrième et son cinquième rapport. Ils ont observé que, tel qu'il était présenté dans le quatrième rapport, l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 12 faisait dépendre la licéité du recours à des contre-mesures de l'épuisement de toute une série de procédures prévues dans des instruments autres que la future convention, alors que les procédures de la troisième partie ne devaient être mises en mouvement qu'à la suite de l'adoption de contre-mesures. Ils craignaient que la logique de cette démarche ne fût mise en question par l'interprétation que donnait maintenant le Rapporteur spécial dudit alinéa *a*, suivant laquelle cette disposition ne faisait que mentionner des moyens de règlement sans directement les prescrire. On a dit que, avec cette interprétation, il n'était plus question d'enjoindre à l'État lésé de s'abstenir de toute contre-mesure avant l'épuisement des procédures existantes de règlement des différends, voire des procédures inscrites dans la future convention elle-même.

c. *Suggestions et observations précises sur les projets d'articles 1 à 6 et l'annexe de la troisième partie proposés par le Rapporteur spécial*

258. Ainsi qu'il a déjà été indiqué, le système de règlement des différends en trois étapes proposé par le Rapporteur spécial a été défendu par certains membres, mais critiqué par d'autres. Bien équilibré et réaliste aux yeux des premiers, il est apparu aux seconds par trop rigide, un peu lourd et coûteux : trop rigide, avec pour résultat qu'il ruinerait la liberté de choix dont les États jouissaient dans le cadre du droit international actuel et de l'Article 33 de la Charte des Nations Unies; lourd, en ce qu'il exigerait l'épuisement de toute une série de procédures s'étendant sur une durée d'au moins trois années durant lesquelles toutes contre-mesures auraient le temps de causer d'immenses dommages à l'économie de l'État prétendument fautif; et coûteux, puisque les parties auraient à supporter des frais exorbitants. On a aussi fait remarquer que le système proposé risquait de porter atteinte aux régimes de règlement des différends prévus par les traités bilatéraux et multilatéraux existants déjà et d'être difficilement conciliable avec ces régimes. On a suggéré que le Rapporteur spécial s'inspire du Protocole de signature facultative concernant le règlement obligatoire des différends (aux quatre Conventions sur le droit de la mer de 1958), ou encore qu'il envisage d'attribuer une compétence obligatoire à la CIJ pour les articles sur la responsabilité des États.

259. Quelques membres ont fait des suggestions qui conservaient certains des éléments du système proposé par le Rapporteur spécial, mais s'en écartaient à d'autres égards. C'est ainsi qu'un membre a suggéré un dispositif suivant lequel, dans un premier temps, l'État victime demanderait la cessation du fait illicite en cause. En cas de non-réponse de l'État auteur, une deuxième phase s'ouvrirait, au cours de laquelle l'État victime devrait épuiser de bonne foi toutes les possibilités de faire participer l'État auteur à des procédures de règlement à l'amiable. En cas d'échec, l'État victime aborderait la troisième phase en exerçant son droit de se présenter devant une commission de conciliation, puis de mettre en œuvre les procédures prévues aux articles 3 à 5 de la troisième partie du projet. En cas de succès de la première phase, c'est-à-dire de cessation du fait illicite et de réparation accordée à l'État victime, de même qu'en cas de succès des efforts visant à obtenir l'application de bonne foi d'une procédure de règlement à l'amiable, il n'y aurait pas place pour les contre-mesures et l'État lésé ne serait autorisé à prendre que des mesures conservatoires, y compris des contre-mesures de caractère provisoire, dans le seul but de protéger ses intérêts et

[115] Voir *supra* note 102.

d'encourager l'État auteur du fait illicite à passer par la première ou la deuxième étape. En cas d'échec total, l'État lésé pourrait recourir à une commission de conciliation, puis, comme le Rapporteur spécial l'avait proposé, passer à l'arbitrage et au règlement judiciaire.

260. Un autre membre a suggéré que, dans l'hypothèse d'un fait internationalement illicite, il soit demandé à l'État lésé d'ouvrir des négociations avec l'État auteur dudit fait, les deux parties recherchant un règlement conformément aux procédures prévues au paragraphe 1 de l'Article 33 de la Charte; si elles n'y parvenaient pas dans les six à huit mois, l'une ou l'autre partie serait en droit de saisir unilatéralement la CIJ. L'État prétendument lésé ne serait en droit de prendre certaines contre-mesures qu'après l'expiration du délai de six à huit mois et à condition que la Cour n'ait pas encore été saisie du différend.

261. Se référant aux observations reflétées *supra* au paragraphe 258, le Rapporteur spécial a mis en doute que le système proposé fût plus compliqué ou laborieux qu'une négociation sans calendrier précis, ou plus onéreux que le contrecoup d'une soi-disant contre-mesure appliquée à tort. Quant à la possibilité, évoquée *supra* au paragraphe 260, d'autoriser chacune des parties à aller directement à l'arbitrage ou au règlement judiciaire, il a indiqué préférer, pour sa part, un régime plus souple où le règlement judiciaire ne jouerait qu'un rôle limité.

262. En ce qui concerne les procédures précises à envisager, on a regretté qu'il ne fût pas fait mention, dans les propositions du Rapporteur spécial, de la négociation. On a insisté sur la place prépondérante qui était faite à la négociation dans le cadre de l'Article 33 de la Charte des Nations Unies et demandé s'il était réaliste d'espérer voir les parties recourir à d'autres procédures tant que la possibilité de négociations sérieuses n'avait pas été épuisée.

263. Le Rapporteur spécial a répondu en indiquant que la négociation précéderait certainement le recours à la Commission de conciliation et pouvait se poursuivre non seulement tout au long de la conciliation, vu que la mission première de la Commission était de servir d'intermédiaire entre les parties et de s'efforcer de les amener à un accord, mais aussi après la conclusion du travail de conciliation et la présentation par la Commission de son rapport final.

264. Comme il a déjà été indiqué, le projet d'article premier[116] a paru se prêter à une interprétation qui limiterait l'application de la procédure proposée aux seuls différends relatifs à des contre-mesures. On a fait remarquer, à ce propos, qu'un différend résultant de l'adoption de contre-mesures, si d'ordinaire il s'y rapportait, pouvait cependant aussi aller plus loin et comporter l'allégation de la violation d'une règle primaire ou secondaire, violation qui n'aurait peut-être pas donné naissance à un différend avant l'adoption de la contre-mesure. Pour l'indiquer plus clairement, on a suggéré d'utiliser les mots « à cause de l'adoption » ou « en raison de l'adoption ». Selon une autre observation, la Commission de conciliation aurait, aux termes de l'article premier, à connaître du « différend qui résulterait de l'adoption par l'État lésé de contre-mesures »; mais alors, a-t-on demandé, comment la Commission pouvait-elle être chargée d'évaluer tout d'abord l'existence du différend — c'est-à-dire être dotée du pouvoir de conclure, le cas échéant, à l'absence de différend —, alors même que l'État lésé aurait usé de contre-mesures ?

265. En réponse, le Rapporteur spécial a précisé que, selon le système qu'il proposait, la réaction de l'État visé par la contre-mesure serait constituée par une protestation ou une demande de cessation de la contre-mesure ou, éventuellement, par une contre-contre-mesure. S'il proposait de confier à la Commission de conciliation le soin de décider s'il y avait ou non un différend, c'était parce que celle-ci serait la première tierce partie à connaître de l'affaire et s'il avait choisi comme mécanisme de déclenchement le différend plutôt que la contre-mesure ayant suscité une objection, c'était parce que la notion de différend fournissait un critère assez objectif, consacré dans la pratique et dans la doctrine du droit international. Quant au différend, il résulterait du conflit entre la conclusion d'illicéité de l'État visé par la contre-mesure et le rejet de cette conclusion par l'État auteur.

266. À propos du projet d'article 2[117], quelques membres ont évoqué en termes généraux le rôle joué par la conciliation dans la pratique des États. L'un d'eux a observé que la conciliation n'avait été que rarement appliquée en Afrique, où la préférence avait jusqu'à présent été donnée au règlement politique des différends dans le cadre de conférences interétatiques. Un autre membre a rappelé, au contraire, que la conciliation avait été utilisée avec succès pour répartir les actifs communs de la Communauté de l'Afrique de l'Est au moment de sa dissolution. Il a aussi évoqué le succès de l'intervention d'une commission de conciliation dans le différend relatif à l'île Jan Mayen[118], qui s'était traduite par la recomman-

[116] Le projet d'article premier proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

« *Article premier. — Conciliation*

« Si un différend qui résulte de l'adoption par l'État lésé de contre-mesures à l'encontre de l'État auteur du fait illicite n'a pas été réglé par un des moyens visés à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 12 ou n'a pas été soumis à une procédure obligatoire de règlement par une tierce partie dans un délai de [quatre] [six] mois à compter de la date à laquelle les mesures ont pris effet, l'une ou l'autre partie [au différend] a le droit de le soumettre à une commission de conciliation conformément à la procédure indiquée dans l'annexe aux présents articles. »

[117] Le projet d'article 2 proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

« *Article 2. — Tâche de la Commission de conciliation*

« 1. Pour s'acquitter de sa tâche, qui consiste à amener les parties à régler leur différend d'un commun accord, la Commission de conciliation doit :

« *a*) examiner tout point de fait ou de droit qui peut présenter un intérêt pour le règlement du différend en vertu d'une partie quelconque des présents articles;

« *b*) lorsqu'il y a lieu, ordonner, avec effet obligatoire,

« i) la cessation de toute mesure que l'une des parties a pu prendre contre l'autre;

« ii) toute mesure conservatoire qu'elle jugera nécessaire;

« *c*) faire toute enquête qu'elle jugera nécessaire pour établir les faits de la cause, y compris sur le territoire de l'une ou l'autre partie.

« 2. En cas d'échec de la conciliation, la Commission présentera aux parties un rapport contenant son appréciation du différend et ses recommandations concernant son règlement. »

[118] *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen, arrêt, C.I.J. Recueil 1993*, p. 38.

dation d'un accord de développement conjoint pour une zone où les perspectives de production d'hydrocarbures étaient particulièrement favorables. Il voyait dans la conciliation une procédure utile, dont certains aspects relevaient de la négociation institutionnalisée, qui encourageait le dialogue et l'enquête, qui renseignait sur la validité des positions prises par les parties et qui débouchait sur une proposition de règlement accordant à chaque partie son dû, et non ce qu'elle revendiquait.

267. Les commentaires du texte proposé par le Rapporteur spécial pour le projet d'article 2 se sont concentrés sur : *a*) la fonction d'enquête assignée à la Commission de conciliation; *b*) l'idée d'autoriser celle-ci à ordonner la cessation des mesures prises par l'une ou l'autre des parties ou toutes mesures conservatoires qu'elle jugerait nécessaires; et *c*) la nature du rapport de la Commission.

268. Sur le premier point, on a fait remarquer que la première question à résoudre dans un différend sur la responsabilité des États était d'établir si l'État prétendument fautif s'était effectivement rendu coupable de la violation d'une obligation internationale. On a appelé l'attention dans cette perspective sur l'affaire *Dogger Bank*[119] et sur le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève. On a relevé que, dans le projet du Rapporteur spécial, la fonction d'enquête serait exercée par la Commission de conciliation. Selon certains, cette démarche était juste. Selon d'autres, une sorte de commission d'enquête dont la compétence serait limitée à l'établissement des faits serait plus acceptable pour les États et, partant, plus facile à instituer. À cet égard, on a suggéré de donner aux États la possibilité de faire procéder à une enquête sur les faits par une autorité internationale ou sous son autorité, en s'inspirant de la mission dont avait été chargé le Secrétaire général de l'ONU dans l'affaire du *« Rainbow Warrior »*[120].

269. Sur le deuxième point, quelques membres, tout en reconnaissant qu'une commission de conciliation ne se voyait pas normalement conférer de pouvoirs de décision, les jugeaient cependant appropriés dans le cadre de l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 2, si l'on voulait s'assurer qu'il ne serait pas porté atteinte à certains intérêts. On a noté que des mesures conservatoires s'imposaient également, en attendant la mise en œuvre des recommandations non contraignantes d'une commission de conciliation.

270. D'autres membres ont observé qu'assigner pour tâche à une commission de conciliation d'ordonner des mesures allait à l'encontre de la conception normale de la conciliation, laquelle, à la différence de l'arbitrage et du règlement judiciaire, visait à convaincre et non à imposer.

271. D'autres membres encore ont trouvé séduisante l'idée de conférer à cette commission un pouvoir de conciliation quant au fond du problème et un pouvoir de décision pour les mesures conservatoires, mais ils ont indiqué que même un tel régime aurait peu de chances d'être adopté par les États et ne pourrait être prévu que dans un protocole additionnel ou dans un article spécial subordonné à l'acceptation des États par une déclaration facultative distincte de la ratification de la future convention.

272. En ce qui concerne le troisième des points mentionnés *supra*, on a fait remarquer que les conclusions du rapport de la Commission de conciliation n'auraient, certes, valeur que de recommandations, mais que le Rapporteur spécial y introduisait un élément obligatoire en disant qu'un État pourrait avoir recours à l'arbitrage obligatoire lorsque la présentation du rapport n'aurait pas permis d'aboutir à un règlement.

273. En répondant aux questions posées à propos du projet d'article 2, le Rapporteur spécial a souligné que l'expression « amener les parties à régler leur différend d'un commun accord », employée au paragraphe 1 au sujet de la tâche de la Commission de conciliation, renvoyait à la conciliation, et à rien d'autre. Il était parfaitement clair, tant dans le texte proposé que dans le rapport du Rapporteur spécial et la présentation orale qu'il en avait faite, que la Commission de conciliation n'avait pas le pouvoir de se prononcer sur le fond du différend. Ce n'était qu'un organe de conciliation ordinaire, dont la mission avait un caractère de recommandation et de médiation. Quant aux procédures de la Commission de conciliation, l'une de celles qu'il avait suggérées était la possibilité d'ordonner, lorsqu'il y aurait lieu, la cessation de toutes mesures prises par l'une ou l'autre des parties, des mesures conservatoires et une enquête effectuée, de toute évidence, par un organe ad hoc. C'étaient là les seuls points sur lesquels il était favorable à un écart par rapport à la pratique générale régissant la conciliation.

274. Au sujet des projets d'articles 3 et 4[121], il a été suggéré : *a*) d'effacer la contradiction entre l'article 3 et les paragraphes 6 à 9 de l'article 3 de l'annexe; *b*) de soumettre la question de la licéité des contre-mesures dès le début à l'arbitrage (malgré l'inconvénient que présenterait cette démarche de supprimer le stade de la conciliation qui était souvent fort utile); et *c*) de faire obligation aux parties, en cas d'échec de la conciliation, de recourir à l'arbitrage.

[119] Correspondance et documents concernant l'incident de la mer du Nord — affaire Hull — du 23 octobre 1904 au 24 février 1905, dans Martens, *Nouveau Recueil*, 2e série, vol. 33, p. 641 à 716.

[120] Règlement du 6 juillet 1986 opéré par le Secrétaire général [Nations Unies, *Recueil*, vol. XIX (numéro de vente : E/F.90.V.7), p. 197 et suiv.].

[121] Les projets d'articles 3 et 4 proposés par le Rapporteur spécial se lisent comme suit :

« Article 3. — Arbitrage

« Si la commission de conciliation prévue à l'article premier n'a pas pu être établie ou si les parties n'ont pas réussi à régler leur différend d'un commun accord dans les six mois suivant la présentation du rapport de la commission de conciliation, l'une ou l'autre partie a le droit de soumettre le différend à fin de décision, sans conclure de compromis, à un tribunal arbitral qui sera constitué conformément aux dispositions de l'annexe aux présents articles. »

« Article 4. — Mandat du Tribunal arbitral

« 1. Le Tribunal arbitral, qui sera appelé à trancher avec effet obligatoire les points de fait ou de droit qui pourraient être pertinents en vertu de toute disposition des présents articles, sera régi par les règles énoncées ou visées dans l'annexe aux présents articles et fera connaître sa décision aux parties dans un délai de [six] [dix] [douze] mois à compter de la date de [la clôture de la procédure orale et de la procédure écrite et du dépôt des conclusions des parties] [sa constitution].

« 2. Le Tribunal arbitral sera habilité à faire toute enquête qu'il jugera nécessaire pour établir les faits de la cause, y compris sur le territoire de l'une ou l'autre partie. »

275. Répondant à la suggestion *a*, le Rapporteur spécial a indiqué que la divergence déplorée tenait à une erreur de dernière minute en ce qui concernait le rapport entre la mention d'un « compromis » dans le projet d'article 3 et les références à la même notion aux paragraphes 6 à 9 de l'annexe. Cette erreur serait corrigée pour expliquer le rôle différent du compromis à l'article 3 et aux paragraphes 6 à 9 de l'annexe. Il était heureux qu'elle lui ait été signalée. S'agissant des suggestions *b* et *c*, le Rapporteur spécial ne verrait pas d'objection à ce qu'on passe directement à l'arbitrage. Il lui semblait seulement que la conciliation serait peut-être plus aisément acceptée comme première étape.

276. On a dit que la démarche retenue dans le projet d'article 5[122] représentait une révision radicale du système de règlement judiciaire au niveau international, et en particulier de celui de la CIJ, dans la mesure où elle rendait sa juridiction librement consentie obligatoire pour un certain nombre de questions, dont certaines ne remplissaient peut-être même pas les conditions requises pour être considérées comme des questions de droit. On a aussi dit que, vu le peu de célérité qui caractérisait le fonctionnement de la Cour, son intervention risquait d'être lourde de conséquences pour les intérêts en jeu, ceux de l'État lésé notamment. On a toutefois fait valoir que la Cour avait modifié ses règles de fonctionnement afin de faciliter la constitution de chambres ad hoc, formule qui, notamment sous l'angle des coûts, était extrêmement intéressante. Le projet d'article 5 a encore suscité d'autres commentaires, notamment : *a*) la suggestion de le rédiger en des termes qui permettent de préserver le droit d'accès des pays pauvres au Fonds d'affectation spéciale du Secrétaire général devant aider les États à soumettre leurs différends à la CIJ; et *b*) l'observation selon laquelle on pouvait améliorer le texte de l'alinéa *a*, i, en remplaçant les mots « qui suivent » par les mots « qui suivent la présentation du rapport de la Commission de conciliation ».

277. Un membre a dit que le projet d'article 6[123] n'était pas particulièrement novateur. On a toutefois observé que, la notion d'excès de pouvoir étant sujette à interprétation dans l'état actuel du texte, la compétence de la Cour devrait être plus limitée. Suivant une autre observation, cet article faisait, pour ainsi dire, de la Cour une cour d'appel : cette formule, déjà retenue dans certaines conventions, a été jugée fort appropriée dans le cadre du développement progressif du droit international, et l'on a suggéré d'envisager pour la Cour une compétence d'appel plus large, qui ne soit pas limitée aux affaires d'excès de pouvoir ou aux violations des règles de procédure.

278. Quelques membres ont proposé d'introduire des éléments supplémentaires dans le régime de règlement des différends en trois étapes proposé par le Rapporteur spécial. Plus précisément, il a été suggéré : *a*) de faire une place dans le projet aux opinions consultatives de la CIJ, suivant les suggestions faites par le Président de la Cour, sir Robert Jennings, dans l'allocution qu'il avait prononcée devant l'Assemblée générale en 1991[124], et *b*) d'attribuer un rôle plus important à la procédure des chambres de la Cour.

279. Au sujet de l'annexe[125], un membre s'est demandé si les États accepteraient la nomination de leurs candi-

---

[122] Le projet d'article 5 proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

« *Article 5. — Règlement judiciaire*

« Le différend peut être soumis à la Cour internationale de Justice, à fin de décision,

« *a*) par l'une ou l'autre partie

« i) au cas où le tribunal prévu à l'article 4 n'a pas pu être établi pour une raison quelconque, si le différend n'est pas réglé par voie de négociation dans les six mois qui suivent;

« ii) au cas où ledit tribunal arbitral n'a pas pu rendre une sentence dans le délai fixé à l'article 4;

« *b*) par la partie contre laquelle des mesures ont été prises en violation d'une décision arbitrale. »

[123] Le projet d'article 6 proposé par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

« *Article 6. — Excès de pouvoir ou violation des principes fondamentaux de la procédure arbitrale*

« L'une ou l'autre des parties est habilitée à saisir la Cour internationale de Justice de toute décision du Tribunal arbitral qui est entachée d'un excès de pouvoir ou qui contrevient aux principes fondamentaux de la procédure arbitrale. »

[124] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-sixième session, Séances plénières*, 44e séance.

[125] L'annexe proposée par le Rapporteur spécial se lit comme suit :

« ANNEXE

« *Article premier. — Composition de la Commission de conciliation*

« Sauf accord contraire des parties intéressées, la Commission de conciliation sera constituée comme suit :

« La Commission comprendra cinq membres. Les parties en nommeront chacune un qui pourra être choisi parmi leurs nationaux respectifs. Les trois autres commissaires seront choisis d'un commun accord parmi les ressortissants d'États tiers. Ces derniers devront être de nationalités différentes, ne pas avoir leur résidence habituelle sur le territoire des parties intéressées, ni se trouver à leur service. Parmi eux, les parties désigneront le Président de la Commission.

« Il sera pourvu dans les plus brefs délais aux vacances qui viendraient à se produire par suite de décès ou de démission, ou pour toute autre raison, suivant le mode fixé pour les nominations.

« Si la nomination des commissaires à désigner en commun n'intervient pas dans les délais prévus, elle sera confiée à un État tiers choisi d'un commun accord par les parties ou, si celles-ci le demandent, au Président de l'Assemblée générale des Nations Unies ou, si celle-ci n'est pas en session, au Président sortant.

« Si les parties n'arrivent pas à un accord au sujet d'une de ces procédures, chacune d'elles désignera un État différent et les nominations seront faites de concert par les États ainsi choisis.

« Si, dans un délai de trois mois, ces deux États n'ont pu tomber d'accord, chacun d'eux présentera des candidats en nombre égal à celui des membres à désigner. Les candidats ainsi présentés seront admis par tirage au sort.

« La Commission de conciliation se réunira, sauf accord contraire des parties, au siège de l'Organisation des Nations Unies ou en tout autre lieu désigné par son président.

« La Commission pourra, en toute circonstance, demander au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies de lui prêter son assistance.

« Les travaux de la Commission de conciliation ne seront publiés qu'en vertu d'une décision prise par la Commission avec l'assentiment des parties.

« Sauf accord contraire des parties, la Commission de conciliation réglera elle-même sa procédure qui, dans tous les cas, devra être contradictoire. En matière d'enquête, la Commission, si elle n'en décide autrement à l'unanimité, se conformera aux dispositions du Titre III de la Convention de La Haye du 18 octobre 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux.

(Suite de la note page suivante.)

dats par tirage au sort. Il a suggéré que le soin de constituer la Commission de conciliation soit confié au Secrétaire général, comme le précédent Rapporteur spécial, M. Riphagen, l'avait proposé[126]. Dans le cas de l'arbitrage, un membre a estimé qu'il fallait prévoir l'intervention d'une tierce partie — éventuellement le Président de la CIJ —, pour le cas où l'un des États ne désignerait pas d'arbitre.

(Suite de la note 125.)

« Sauf accord contraire des parties, les décisions de la Commission de conciliation seront prises à la majorité des voix et la Commission ne pourra se prononcer sur le fond du différend que si tous ses membres sont présents.

« *Article 2. — Tâche de la Commission de conciliation*

« 1. La Commission de conciliation aura pour tâche d'élucider la question en litige, de recueillir à cette fin toutes les informations utiles, par voie d'enquête ou autrement, et de s'efforcer de concilier les parties. Elle pourra, après examen de l'affaire, exposer aux parties les termes de l'arrangement qui lui paraîtrait convenable et leur impartir un délai pour se prononcer.

« 2. À la fin de ses travaux, la Commission dressera un procès-verbal constatant, suivant le cas, soit que les parties se sont arrangées et, s'il y a lieu, les conditions de l'arrangement, soit que les parties n'ont pu être conciliées. Le procès-verbal ne mentionnera pas si les décisions de la Commission ont été prises à l'unanimité ou à la majorité.

« 3. Les travaux de la Commission devront, à moins que les parties n'en conviennent autrement, être terminés dans un délai de six mois à compter du jour où la Commission aura été saisie du différend.

« 4. Le procès-verbal de la Commission sera porté sans délai à la connaissance des parties. Il appartiendra aux parties d'en décider la publication.

« *Article 3. — Composition du Tribunal arbitral*

« 1. Le Tribunal arbitral se composera de cinq membres. Les parties en nommeront chacune un qui pourra être choisi parmi leurs nationaux respectifs. Les deux autres arbitres et le surarbitre seront choisis d'un commun accord parmi les ressortissants d'États tiers. Ces derniers devront être de nationalités différentes, ne pas avoir leur résidence habituelle sur le territoire des parties intéressées, ni se trouver à leur service.

« 2. Si la nomination des membres du Tribunal arbitral n'intervient pas dans un délai de trois mois à compter de la demande adressée par l'une des parties à l'autre de constituer un tribunal arbitral, le soin de procéder aux nominations nécessaires sera confié à un État tiers choisi d'un commun accord par les parties.

« 3. Si les parties n'arrivent pas à un accord à ce sujet, chacune d'elles désignera un État différent et les nominations seront faites de concert par les États ainsi choisis.

« 4. Si, dans un délai de trois mois, les États ainsi désignés n'ont pu tomber d'accord, les nominations nécessaires seront faites par le Président de la Cour internationale de Justice. Si celui-ci est empêché ou s'il est ressortissant de l'une des parties, les nominations seront faites par le Vice-Président. Si celui-ci est empêché ou s'il est ressortissant de l'une des parties, les nominations seront faites par le membre le plus âgé de la Cour qui n'est ressortissant d'aucune des parties.

« 5. Il sera pourvu, dans le plus bref délai, aux vacances qui viendraient à se produire par suite de décès ou de démission, ou pour toute autre raison, en suivant le mode fixé pour les nominations.

« 6. Les parties rédigeront un compromis déterminant l'objet du litige et la procédure à suivre.

« 7. À défaut d'indications ou de précisions suffisantes dans le compromis relativement aux points indiqués dans l'article précédent, il sera fait application, dans la mesure nécessaire, des dispositions de la Convention de La Haye pour le règlement pacifique des conflits internationaux du 18 octobre 1907.

« 8. Si un compromis n'a pas été conclu dans un délai de trois mois à partir de la constitution du Tribunal, celui-ci sera saisi par requête de l'une ou l'autre des parties.

« 9. Dans le silence du compromis ou à défaut de compromis, le Tribunal, sans préjudice des présents articles, appliquera les règles de fond énumérées dans l'Article 88 du Statut de la Cour internationale de Justice. En tant qu'il n'existe pas de pareilles règles applicables au différend, le tribunal jugera *ex aequo et bono*. »

[126] Voir *supra* note 91.

d. *Travaux de suivi des propositions du Rapporteur spécial*

280. De nombreux membres ont fait observer que les travaux de la Commission sur le sujet de la responsabilité des États postulaient depuis plusieurs années l'existence d'une troisième partie, ainsi qu'en témoignait le renvoi dès 1986 au Comité de rédaction des propositions présentées sur ce point par le précédent Rapporteur spécial[127]. Ils ont estimé, en conséquence, que le moment était venu pour le Comité d'entamer l'élaboration de la troisième partie, en ayant à l'esprit les liens qui existaient, selon eux, entre cette partie du projet et l'article 12[128], et plus encore avec le régime des contre-mesures.

281. D'autres membres ont réservé leur position sur ce chapitre. Selon un avis, il n'y avait pas lieu de rattacher le régime de règlement des différends aux contre-mesures, et la troisième partie proposée par le Rapporteur spécial privait les États de leur liberté de choix quant à la procédure de règlement des différends. Selon un autre point de vue, la question du règlement des différends et celle des contre-mesures relevaient moins du sujet de la responsabilité des États que des procédures d'application, et la Commission devait donc, pour le moment, concentrer son attention sur la première partie et le chapitre premier de la deuxième partie (consacré à la réparation), y compris la question des crimes. Selon une troisième opinion, il était artificiel d'établir un lien entre l'article 12 et la troisième partie, et l'on courait le risque, en rattachant aux première et deuxième parties une troisième partie qui ne tiendrait pas, de faire sombrer tout le projet.

282. Dans son résumé du débat, le Rapporteur spécial a indiqué que, dans leur grande majorité, les membres de la Commission : *a*) étaient en faveur d'un renforcement du rôle du juge dans le domaine de la responsabilité des États; *b*) appuyaient l'idée de compléter par des dispositions relatives au règlement des différends le régime, lourd de dangers, des contre-mesures unilatérales; et *c*) préféraient à la solution « idéale » décrite *supra* au paragraphe 251 la formule plus réaliste esquissée dans ce même paragraphe, faisant par là la preuve de leur sérieux et de leur sens des responsabilités. Selon cette formule, la licéité du recours aux contre-mesures était subordonnée à l'épuisement préalable des procédures « disponibles » en vertu des arrangements (présents ou à venir) qui pourraient lier l'État lésé et l'État fautif en dehors de l'instrument en cours d'élaboration (art. 12). En cas de recours à une contre-mesure, la porte serait ouverte au système de règlement des différends prévu par la future convention. Le Rapporteur spécial a noté que ses propositions sur ce dernier point avaient reçu un appui non négligeable, encore qu'un certain nombre d'aménagements eussent été proposés. Il a exprimé l'espoir que la Commission, en adoptant des règles selon les lignes essentiel-

[127] Voir *Annuaire... 1986*, vol. II (2e partie), par. 63.

[128] Voir *supra* note 102.

les de sa proposition, saurait persuader les États d'accepter que l'exercice de leurs prérogatives en matière de contre-mesures soit soumis à la vérification impartiale *a posteriori* que justement il souhaitait. Le débat tout entier démontrait surtout, d'après le Rapporteur spécial, qu'il existait un lien très étroit — et que l'on aurait tort de sous-estimer — entre la disposition de l'article 12 proposé par lui, d'une part, et la troisième partie, d'autre part.

b) *Les conséquences des « crimes internationaux des États »*

283. Comme il a été indiqué *supra* au paragraphe 205, le chapitre II du cinquième rapport portait sur les conséquences des « crimes internationaux des États ». Faute de temps, toutefois, la Commission n'a pas été en mesure de l'examiner à cette session. Elle a néanmoins jugé bon que le Rapporteur spécial présente ce chapitre, pour accélérer les travaux sur le sujet à sa prochaine session.

284. En présentant le chapitre II de son cinquième rapport, le Rapporteur spécial a appelé l'attention sur la section A, qui offrait un historique de la question des conséquences des crimes internationaux d'États et résumait les débats qui avaient eu lieu en 1986 à la CDI[129] et à la Sixième Commission[130] et les analyses doctrinales pertinentes. Ce rappel des débats antérieurs et de la doctrine fournissait le contexte indispensable pour commencer à dégager les « points problématiques » développés ensuite aux sections B et C du chapitre II.

285. Le Rapporteur spécial a noté que, d'après l'article 19 de la première partie du projet[131], les crimes étaient des violations graves d'obligations *erga omnes* destinées à sauvegarder les intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble. Cela ne signifiait pas pour autant que toutes les violations d'obligations *erga omnes* devaient être considérées comme des crimes. Le premier problème était d'apprécier dans quelle mesure le fait que la violation portait gravement atteinte à un intérêt commun à tous les États infléchissait la relation complexe de responsabilité à laquelle toute violation, même « ordinaire », d'une obligation *erga omnes* donnait naissance.

286. Selon le Rapporteur spécial, le mieux était de distinguer entre les aspects objectifs et subjectifs de la question. Du point de vue objectif, il fallait se demander si et de quelle manière la gravité des violations considérées accroissait la rigueur et assouplissait les limites des conséquences — substantielles et instrumentales — qui s'attachaient à la violation « ordinaire » d'une obligation *erga omnes*, à savoir un délit. Du point de vue subjectif, il s'agissait de savoir si l'importance fondamentale de la règle enfreinte entraînait ou non des changements dans les relations multilatérales inorganisées et qui n'étaient pas « institutionnellement » coordonnées auxquelles la violation ordinaire d'une obligation *erga omnes* donnait normalement naissance en droit général, que ce fût entre l'État fautif et tous les autres États ou entre les différents États lésés eux-mêmes.

287. Le Rapporteur spécial s'est tout d'abord attaché aux conséquences substantielles, à savoir la cessation et la réparation. S'agissant de la cessation, les crimes ne lui paraissaient pas présenter de particularité par rapport aux faits illicites « ordinaires », qu'ils fussent ou non des violations *erga omnes*, et ce, pour deux raisons. D'une part, l'obligation de cessation n'était pas susceptible d'aggravation, atténuation ou modification « qualitative » et, d'autre part, ce qui était en jeu, même dans le cas des délits, c'était une obligation incombant à l'État responsable, même en l'absence de toute demande de la part de l'État ou des États lésés. Certes, le Rapporteur spécial a donné, dans son cinquième rapport, quelques exemples de la pratique des États en la matière, mais il y aurait lieu d'en développer l'analyse à un stade ultérieur, à l'issue des débats de la Commission et de l'Assemblée générale, dont il attendait les orientations indispensables.

288. Aux yeux du Rapporteur spécial, le problème de la réparation *lato sensu*, qui englobait la *restitutio*, l'indemnisation, la satisfaction et les garanties de non-répétition, était plus complexe que celui de la cessation. Dans une perspective objective, certains des modes de réparation, et surtout la *restitutio* et la satisfaction, étaient assujettis à certaines limites dans le cas des délits. Il fallait donc rechercher si, dans le cas d'un crime, il pouvait être dérogé à ces limites et, dans l'affirmative, jusqu'à quel point. En d'autres termes, il fallait déterminer si, dans le cas des crimes, les obligations « substantielles » étaient plus lourdes pour l'État fautif que dans celui des violations « ordinaires ».

289. Le Rapporteur spécial a envisagé trois dérogations possibles : *a*) la charge excessive de la *restitutio*; *b*) l'interdiction des « dommages-intérêts punitifs », des demandes humiliantes ou de celles qui touchaient à des questions généralement considérées comme relevant de la liberté des États; et *c*) les demandes de satisfaction ou de garanties de non-répétition portant sérieusement atteinte à l'autorité interne de l'État fautif.

290. Du point de vue subjectif, le Rapporteur spécial a noté que, à la différence de ce qui se passait dans le cas de la cessation, les différents modes de réparation correspondaient à des obligations que l'État responsable n'était requis d'exécuter qu'à la demande de la partie lésée. Or, comme un crime intéressait toujours une pluralité d'États et sans doute, dans bien des cas, des États moins directement lésés que la « principale victime », il fallait se demander si, en l'état actuel du droit international, chacun de ces États était en droit de demander réparation *uti singulus* ou si, au contraire, la *lex lata* prescrivait une forme ou une autre de coordination obligatoire entre tous les États lésés. Le rapport offrait des exemples d'affaires dans lesquelles des demandes avaient été formulées individuellement par des États (autres que la « principale victime »), ainsi que par des organismes internationaux ou régionaux.

291. Le Rapporteur spécial pensait qu'une fois la *lex lata* éclaircie sur ces points, il serait possible de voir si et dans quelle mesure il y avait lieu de prévoir des correctifs, ou des innovations radicales, dans le cadre du développement progressif du droit, en particulier sur le chapitre de la coordination entre les demandes de plusieurs États lésés.

[129] Voir *Annuaire... 1986*, vol. I, 1952e à 1956e séances.

[130] Voir doc. A/CN.4/L.398.

[131] Voir *supra* note 87.

292. Passant ensuite aux aspects « instrumentaux » des conséquences spéciales possibles des crimes, par rapport aux délits, le Rapporteur spécial a noté que la première hypothèse qui venait naturellement à l'esprit était celle de la réaction à l'agression. La Commission avait déjà envisagé la légitime défense dans la première partie du projet[132], mais il lui fallait définir clairement certaines des exigences traditionnellement considérées comme les conditions de la légitime défense, à savoir, l'imminence, la nécessité et la proportionnalité, dont les deux premières étaient souvent négligées. Elle aurait aussi à préciser dans quelles circonstances et à quelles conditions le droit de légitime défense « collective » s'étendait à l'emploi de la force armée contre un agresseur par des États autres que celui qui était la cible principale de l'agression. Cela posait les questions suivantes : ce recours à la force n'était-il légitime que sur demande expresse de l'État victime; suffisait-il que son consentement fût présumé; ou encore, la réaction des États tiers serait-elle automatiquement déclenchée en pareille situation ? Le Rapporteur spécial a estimé que la Commission devrait prendre position sur ces questions, même si elle devait juger finalement préférable de ne pas prévoir de dispositions expresses à leur sujet et se contenter de mentionner le « droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective ». Un simple commentaire sur le sens à donner à ce « droit naturel » ne suffirait pas à prévenir de dangereux malentendus, surtout à propos des critères d'imminence et de nécessité.

293. Le Rapporteur spécial a souligné que le problème du recours à la force en réaction à un crime international ne se posait pas seulement sous l'angle de la légitime défense contre une agression armée. Il s'est demandé si l'action armée n'était pas admissible aussi lorsqu'elle visait à faire cesser les crimes autres que l'agression qui étaient énumérés aux alinéas *b* à *d* du paragraphe 3 de l'article 19 de la première partie — problème qui revêtait avant tout un aspect objectif. De même, il fallait établir si le recours à la force pour obtenir la cessation était admissible dans des circonstances autres que celles qui justifiaient la légitime défense contre une agression armée, en cas, par exemple, de soutien armé à des peuples opprimés par la domination étrangère ou, plus généralement, par des régimes auteurs de violations graves du principe de l'autodétermination et d'intervention armée contre un État responsable de violations massives des droits fondamentaux de la personne humaine, d'un génocide ou de formes violentes de « nettoyage ethnique ».

294. Le Rapporteur spécial a noté que, si en pareil cas l'emploi de la force armée devait être réputé admissible *de lege lata* ou souhaitable *de lege ferenda*, il restait à voir s'il constituait la sanction normale d'un crime (c'est-à-dire une réaction adoptée contre l'État fautif dans le cadre du droit de la responsabilité des États), ou s'il correspondait à un ratio différent, comme celui qui sous-tendait l'état de nécessité ou de danger extrême — circonstances qui excluaient l'illégitimité, mais qui, à la différence de la légitime défense, n'avaient pas pour caractéristique d'autoriser une action directe contre l'auteur d'une violation particulièrement grave du droit international.

295. Le Rapporteur spécial a appelé l'attention sur un autre problème lié au recours à la force en réaction à un crime : celui de savoir si les contre-mesures armées étaient admissibles lorsqu'elles avaient pour but, non point de faire cesser un crime en train de se commettre, mais d'obtenir réparation *lato sensu* ou des garanties suffisantes de non-répétition. On pouvait penser, par exemple, à la *debellatio* d'un État qui aurait déclenché une guerre d'agression, et notamment à l'occupation militaire de cet État par les vainqueurs ou à d'autres sanctions qui lui auraient été imposées par la force des armes en vue de « défaire » toutes les conséquences du crime. La situation de l'Allemagne de l'après-guerre était intéressante dans cette perspective. Plus récemment, la possibilité, envisagée au paragraphe 33 de la résolution 687 (1991) du Conseil de sécurité, en date du 3 avril 1991, d'employer la force pour garantir l'exécution des obligations de désarmement imposées à l'Iraq par cette résolution, posait la question de savoir jusqu'à quel point le recours à la force était légitime en pareils cas.

296. L'aspect subjectif des conséquences instrumentales des crimes comportant le recours à la force armée soulevait un problème différent : l'action armée était-elle admissible ou inadmissible selon qu'elle était le fait d'un ou plusieurs États lésés *uti singuli* ou de la communauté des États *uti universi* ? Était-elle considérée comme inadmissible lorsqu'elle était appliquée unilatéralement par un État ou un petit groupe d'États lésés et légitime lorsqu'elle était l'expression d'une « volonté commune » de la communauté internationale organisée ?

297. Selon le Rapporteur spécial, ce problème était au centre du régime des crimes tout entier, et non du seul régime des actions armées destinées à en assurer la cessation. Il se posait à propos d'un certain nombre de conséquences substantielles et rejaillissait sur toutes les conséquences instrumentales dès lors que le régime des crimes internationaux des États envisageait la possibilité d'une compétence de la communauté internationale dans son ensemble ou de la communauté internationale organisée. On connaissait des exemples d'États lésés qui, devant les conséquences d'une violation très grave — surtout si elle était encore en cours —, s'en remettaient à l'intervention d'un organe international faisant partie d'un système dont l'État fautif était lui-même membre. Cette observation valait tout spécialement pour les interventions des organes de l'ONU, et en particulier du Conseil de sécurité. Le Rapporteur spécial donnait dans son rapport plusieurs exemples de ces réactions « organiques », armées ou non armées, à des violations très graves.

298. Ces précédents étaient souvent invoqués à l'appui de l'idée que la compétence pour prendre des sanctions contre des faits illicites internationaux particulièrement graves n'appartenait pas, et ne devait pas appartenir, aux États *uti singuli*. D'où la question de savoir si cette compétence ne devait pas appartenir plutôt, et plus ou moins exclusivement, *de lege lata* et/ou *de lege ferenda*, à la communauté internationale dite organisée, telle qu'elle était représentée par l'Organisation des Nations Unies et, en particulier, le Conseil de sécurité, lequel était l'organe doté des pouvoirs d'action les plus importants. Pour apporter une réponse juridique réfléchie à cette question aux fins de la codification ou du développement progres-

[132] Ibid.

sif des conséquences juridiques des crimes, il faudrait se livrer à une analyse des problèmes qui se situaient au cœur même du système juridique international, au lieu de s'en tenir à un simple constat des faits. Ces problèmes allaient de la nature de la communauté internationale, du système interétatique et de la communauté internationale organisée à la nature de l'Organisation des Nations Unies et des fonctions et pouvoirs de ses organes.

299. Laissant de côté les plus générales de ces questions, le Rapporteur spécial a mis l'accent sur celle, centrale à ses yeux, de savoir si et dans quelle mesure les divers pouvoirs et fonctions des organes de l'ONU dans les domaines du droit international visés par l'hypothèse envisagée à l'article 19 de la première partie étaient ou devaient être adaptés, en droit, à la mise en œuvre des conséquences des crimes internationaux. Pour y répondre, il fallait d'abord répondre à trois questions précises : premièrement, *de lege lata*, si les pouvoirs actuels des organes de l'ONU — Assemblée générale, Conseil de sécurité et CIJ par exemple — leur permettaient d'établir l'existence, l'imputation et les conséquences des faits illicites envisagés à l'article 19; deuxièmement, *de lege ferenda*, si et en quel sens les pouvoirs actuels de ces organes devaient être adaptés en droit à ces tâches spécifiques; et, troisièmement, dans quelle mesure les pouvoirs de ces mêmes organes affectaient ou devraient affecter la faculté, le droit ou l'obligation des États de réagir aux faits internationalement illicites en question, soit en se substituant aux réactions individuelles, soit en légitimant, coordonnant, imposant ou encadrant d'une autre manière ces réactions individuelles.

300. À propos de la première question, le Rapporteur spécial a souligné qu'il ne s'agissait pas de savoir si un organe de l'ONU avait effectivement agi, sous la forme d'une décision, d'une recommandation ou d'une mesure concrète, à l'égard de crimes internationaux répondant à la définition du paragraphe 3 de l'article 19, mais bien, *de lege lata*, si un organe quelconque de l'ONU avait exercé, dans le cadre du droit (écrit ou non écrit), la fonction spécifique consistant à constater que pareil comportement avait eu lieu et qu'il avait constitué un crime de la part d'un ou plusieurs États donnés et à établir la responsabilité *(liability)* qui en découlait et à appliquer des sanctions ou à participer à leur application. Ce n'était qu'à partir de là qu'il serait possible de voir si une réaction organisée en droit aux crimes internationaux des États était prévue *de lege lata*. On pouvait difficilement répondre à cette question en comparant les divers types de crimes internationaux envisagés aux alinéas *a* à *d* du paragraphe 3 de l'article 19 avec les fonctions et pouvoirs dont les organes de l'ONU étaient investis. Pour le moment, le Rapporteur spécial s'en tiendrait à quelques observations sur certains des points que cette question soulevait.

301. L'Assemblée générale, étant l'organe le plus représentatif du système interétatique, était aussi à coup sûr, en vertu de la Charte des Nations Unies, l'organe compétent *ratione materiae* pour la promotion et la protection des droits de l'homme et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. D'un autre côté, la Charte ne lui conférait pas des pouvoirs de nature à lui permettre de produire une réaction adéquate à des violations des droits de l'homme et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ou d'autres obligations du type de celles qui étaient envisagées aux alinéas *b* à *d* du paragraphe 3 de l'article 19. Pour ces faits, l'Assemblée générale ne pouvait pas faire plus que déclarer, sans effet contraignant, le fait illicite et l'imputer à un auteur et recommander, sans plus d'effet contraignant, aux États ou au Conseil de sécurité une manière de réagir.

302. Le Conseil de sécurité, pour sa part, était compétent *ratione materiae* lorsqu'il s'agissait du maintien de la paix et de la sécurité internationales. Les pouvoirs qu'il tenait de la Charte des Nations Unies lui permettaient de réagir de manière adéquate sous forme de mesures économiques, politiques ou militaires contre le crime d'agression mentionné à l'alinéa *a* du paragraphe 3 de l'article 19. Le Conseil pouvait aussi réagir par les mêmes mesures contre tout crime figurant parmi ceux qui étaient envisagés aux alinéas *b* à *d* du paragraphe 3 de l'article 19, sous réserve toutefois de leur correspondance avec les hypothèses de l'Article 39 de la Charte. En effet, si le Conseil de sécurité avait le pouvoir, en vertu du Chapitre VII, d'apprécier comme bon lui semblait toute situation comportant une menace contre la paix, une rupture de la paix ou un acte d'agression, en vue de maintenir ou de rétablir la paix et la sécurité internationales, il n'était doté, en revanche, ni des fonctions constitutionnelles, ni des moyens techniques requis pour constater l'existence de tout fait illicite quel qu'il fût, l'imputer à un auteur ou en déterminer les conséquences. Il n'avait compétence pour se prononcer sur l'existence de l'une de ces situations qu'aux fins de l'application des Articles 39 et suivants du Chapitre VII de la Charte.

303. Ces considérations ne réglaient cependant pas entièrement le problème de la compétence du Conseil. Sans doute les auteurs de la Charte n'avaient-ils pas voulu confier à cet organe le soin de constater, imputer et sanctionner les violations graves en question, mais la situation n'était peut-être plus la même aujourd'hui. On pouvait même se demander, en particulier, si la pratique récente n'indiquait pas une évolution de l'étendue de la compétence du Conseil sur le chapitre précisément de la « réaction organisée » à certains types d'infractions internationales particulièrement graves. Le Rapporteur spécial songeait à certaines décisions récentes qui ne paraissaient pas aisées à justifier si l'on s'en tenait aux termes de la Charte, comme les résolutions du Conseil de sécurité 687 (1991) imposant à l'Iraq des réparations pour « dommages de guerre », 748 (1992), en date du 31 mars 1992, autorisant l'adoption de mesures contre la Jamahiriya arabe libyenne parce qu'elle avait refusé d'extrader les auteurs présumés d'un acte de terrorisme et 808 (1993), en date du 22 février 1993, sur la création d'un tribunal international pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire international commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991. Pour considérer que cette pratique concourait au renforcement de la compétence du Conseil dans le domaine de la responsabilité des États pour crimes — conclusion qui ne serait pas du tout certaine —, il faudrait trouver des arguments convaincants pour montrer qu'il s'agissait là d'une pratique « juridiquement décisive », expression d'une règle coutumière ou d'un accord tacite accepté ou adopté par les États Membres de l'ONU et pouvant, à ce titre, déroger aux dispositions écrites de la Charte.

304. En fait, le seul organe permanent qui possédât la compétence et les moyens techniques de déterminer l'existence, l'auteur et les conséquences d'un fait internationalement illicite, y compris éventuellement d'un crime d'État, était la CIJ. Celle-ci avait en effet pour fonction, aux termes du paragraphe 1 de l'Article 38 de son Statut, de « régler conformément au droit international les différends qui lui [étaient] soumis », et ses décisions étaient « obligatoires [...] pour les parties en litige » aux termes de l'Article 59 du Statut. Du fait de cette double fonction, et de sa composition, la Cour était en principe plus qualifiée que tout autre organe des Nations Unies pour se prononcer sur l'existence et les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite. Il y avait toutefois deux séries de difficultés majeures.

305. La première difficulté tenait à la source essentiellement volontaire de la juridiction de la Cour. Pour que celle-ci soit autorisée à exercer sa juridiction à l'endroit d'un crime, il faudrait que sa compétence découle de l'acceptation préalable de cette juridiction par l'auteur présumé du crime, de manière à permettre à l'État ou aux États lésés de citer unilatéralement le coupable présumé à comparaître devant la Cour. Cette condition pourrait être remplie soit par l'acceptation par tous les États (y compris l'État fautif) de la « clause facultative » du paragraphe 2 de l'Article 36 du Statut, soit en vertu d'instruments multilatéraux, bilatéraux ou unilatéraux liant les États participants, de manière à permettre la saisine unilatérale de la Cour contre l'auteur présumé du crime. La seule autre solution serait une très improbable acceptation ad hoc de sa juridiction par l'accusé lui-même.

306. La seconde série de difficultés tenait à l'absence d'organes juridiquement habilités à enquêter sur les faits, à jouer le rôle de ministère public pour porter l'affaire devant la Cour et à décider des sanctions. La mise en œuvre de la responsabilité d'un État reconnue par une décision de la Cour échapperait ainsi à tout contrôle de la Cour elle-même. Toute « sanction » autre que la simple constatation de la violation et son imputation devrait donc être fixée et appliquée par la partie ou les parties lésées, ou bien être laissée à la discrétion d'autres organes de l'ONU.

307. Le Rapporteur spécial est ensuite passé à la deuxième question, c'est-à-dire si, *de lege ferenda*, les fonctions et pouvoirs actuels des organes de l'ONU devraient ou pourraient être juridiquement adaptés à la constatation de l'existence, de l'auteur et des conséquences de crimes internationaux d'États. Il fallait se demander si le Conseil de sécurité — organe de composition restreinte au sein duquel certains membres jouissaient d'un statut privilégié — devait être investi de la compétence pour agir au nom de la « communauté internationale dans son ensemble » dans les affaires en question. Organe politique, le Conseil était investi de la mission essentiellement politique du maintien de la paix, de sorte qu'il bénéficiait d'une grande liberté d'appréciation dans son fonctionnement; il n'intervenait ni nécessairement, ni régulièrement dans toutes les situations qui pouvaient sembler requérir une action; il fonctionnait, au contraire, de manière sélective. Le Conseil n'était pas tenu d'appliquer des critères uniformes dans des situations apparemment semblables; des crimes de même nature et de même gravité pouvaient être traités différemment ou ne pas être traités du tout. À vrai dire, des crimes graves pouvaient même être laissés de côté. Enfin, le Conseil n'était nullement tenu de motiver ses décisions, son action ou son inaction — ce qui excluait la vérification, concomitante ou ultérieure, de la légitimité de ses choix.

308. Ces difficultés étaient peut-être acceptables comme inconvénients inéluctables de la prévention et de la répression de l'agression et autres ruptures graves de la paix. On pouvait accepter, à titre de pis-aller, de laisser un organe politique fonctionner sans les garanties d'une procédure judiciaire, laquelle était inévitablement incertaine et toujours beaucoup trop lente.

309. Quoi qu'il en fût du cas de l'agression, il était extrêmement contestable qu'il fût juste de s'en remettre aux organes politiques du soin de la mise en œuvre de la responsabilité des États pour crimes dans les autres hypothèses envisagées aux alinéas *b* à *d* du paragraphe 3 de l'article 19, ces crimes relevant de voies judiciaires. L'histoire du droit pénal dans les sociétés nationales montrait que, en matière de répression des infractions pénales, il y avait trois éléments indispensables, à savoir : *a*) la soumission au principe de la légalité, procédurale aussi bien que substantielle; *b*) la régularité, la continuité et le caractère méthodique de la conduite des poursuites et du procès; et *c*) l'impartialité — ou non-sélectivité — de cette action dans l'instruction, l'accusation et la décision. Ces raisons faisaient que le Conseil de sécurité ne paraissait pas satisfaire aux exigences de la justice pénale, ni même à celles de la justice tout court. De l'avis du Rapporteur spécial, la Commission devrait plutôt envisager la possibilité d'améliorer la proposition présentée en 1985-1986 par le précédent Rapporteur spécial, M. Riphagen, pour le règlement des différends, et en particulier l'alinéa *b* de l'article 4 de la troisième partie[133], qui faisait une place à l'intervention de la CIJ dans le cadre de l'article 19. Le Rapporteur spécial a demandé à la Commission de lui donner des orientations sur cette question qui n'était pas traitée dans ses propres propositions pour la troisième partie.

310. Le Rapporteur spécial est ensuite passé à la troisième question, à savoir celle de la relation entre la réaction de la communauté organisée par l'intermédiaire d'organes internationaux comme ceux de l'ONU et les réactions individuelles des États. La possibilité de voir la communauté organisée adopter des mesures contre un État criminel posait le problème de savoir comment harmoniser l'exercice de cette compétence avec la mise en œuvre des mesures que l'État ou les États lésés pourraient encore être en droit d'adopter unilatéralement, ainsi que l'indiquaient les exemples analysés dans le cinquième rapport.

311. Le Rapporteur spécial a ensuite envisagé le recours à des mesures autres que la force en réaction à un crime, mesures qui, à la différence de celles qui impliquaient l'usage de la force, ne soulevaient pas de problèmes d'admissibilité et auxquelles il était généralement répondu par l'affirmative dans le cas de toute violation *erga omnes*. Le problème qui se posait plutôt était celui de l'aggravation possible des mesures prises lorsqu'il

[133] Voir *supra* note 91.

s'agissait de crimes, aggravation pouvant éventuellement consister en la suppression ou l'atténuation des conditions ou limitations auxquelles le recours aux contre-mesures était assujetti.

312. S'agissant des conditions, la question se posait de savoir si, dans le cas des crimes, le recours aux contre-mesures ne devrait pas être admissible même en l'absence de notification préalable et avant même l'application des procédures de règlement des différends disponibles.

313. Pour ce qui est des règles limitatives, à savoir des limites aux contre-mesures, on pouvait concevoir de déroger, dans le cas des crimes, aux limites qui concernaient : *a*) les mesures de caractère économique ou politique extrêmes; *b*) les mesures portant atteinte à l'indépendance, à la souveraineté ou à la juridiction interne de l'État auteur; *c*) les mesures portant atteinte à des États « tiers »; et *d*) les mesures « punitives », comme le Rapporteur spécial l'exposait dans son rapport.

314. À propos de l'élément « subjectif », le Rapporteur spécial a appelé l'attention sur plusieurs questions de caractère « subjectif-institutionnel ». Premièrement, les dérogations possibles à la limitation du recours aux contre-mesures « pacifiques » s'appliquaient-elles seulement à la « victime principale » du crime ou devaient-elles bénéficier à tous les États lésés d'une façon ou d'une autre ? Ou bien toute contre-mesure dépendait-elle de la communauté internationale organisée ? Deuxièmement, à supposer qu'elle existât — qu'elle devrait être instituée —, cette compétence collective en matière de mesures non armées avait-elle un caractère « exclusif » ou seulement « primaire » ? Troisièmement, dans ce dernier cas, comment cette compétence « collective » coexistait-elle avec la faculté résiduelle de réaction unilatérale de l'État ou des États lésés ?

315. Le Rapporteur spécial a insisté sur le problème des obligations de réaction auxquelles les États lésés étaient tenus et, en premier lieu, celle de ne pas reconnaître comme « légaux et valides » les actes commis par l'État fautif au cours de la violation ou à sa suite. Outre le devoir de non-reconnaissance, on constatait dans la pratique internationale une tendance en faveur de l'obligation des États de ne pas aider l'État fautif à maintenir ou préserver la situation créée par le fait illicite ou à jouir des avantages résultant d'actes d'agression ou d'autres violations majeures. De plus, les États étaient tenus de ne pas interférer avec la réaction de la « communauté internationale dans son ensemble » à un crime et d'exécuter les décisions qui seraient adoptées par la communauté internationale pour sanctionner un crime. Le Rapporteur spécial donnait dans son rapport des exemples de la pratique pertinente des États en la matière qu'il analysera plus à fond à un stade ultérieur.

316. Le Rapporteur spécial a estimé que les questions les plus importantes touchant les conséquences des crimes internationaux étaient celles qui concernaient le rôle de la communauté internationale organisée et, en particulier, celui des organes de l'Organisation des Nations Unies. Ces questions, extrêmement difficiles, ne sauraient être traitées à la légère. Le tableau était loin d'être encourageant. On pourrait penser qu'il vaudrait mieux se rallier à ceux qui n'étaient pas partisans de donner effet dans la deuxième et la troisième parties à l'article 19 de la première partie.

317. Le Rapporteur spécial a fait observer que les membres qui avaient critiqué l'adoption de l'article 19 pouvaient trouver des arguments dans les difficultés auxquelles il avait fait allusion ainsi que dans les travaux de la Commission elle-même. S'agissant de la Commission, il a fait référence à l'idée générale qui se dégageait des articles sur la responsabilité des États et du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, ainsi que de l'approche qu'il qualifiait de contestable, adoptée par la majorité des membres de la Commission concernant la faute, y compris le *dolus*, les dommages-intérêts punitifs et les autres conséquences qui ne relevaient pas à strictement parler du domaine de la réparation. La principale question qui se posait dans ce contexte était celle de savoir si la responsabilité pénale internationale devait être assumée par les États, les individus ou les uns et les autres.

318. Le Rapporteur spécial a fait observer, à cet égard, que, n'était la présence de l'article 19, les travaux de la Commission sur la responsabilité internationale auraient pu passer aux yeux d'un observateur comme fondés sur une division implicite entre une responsabilité essentiellement « civile » des États, d'une part, et une responsabilité pénale des individus, d'autre part. Après une phase initiale d'indécision, les travaux sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité avaient fini par trouver leur assise sur l'hypothèse que le code ne viserait que les crimes commis par des individus, encore que ces derniers entretiennent des liens étroits avec l'État. Cette division voulait que les individus fussent justiciables de la juridiction pénale, mais non les États.

319. Sur la base de la maxime *societas delinquere non potest* et de l'attitude de rejet manifestée par les membres de la Commission à l'égard de la faute et en se fondant sur le strict objectif d'indemnisation dont la responsabilité internationale était assortie, on pouvait plaider pour la suppression de l'article 19 qui représentait au regard du projet un élément illogique et contradictoire. Pour sa part, cependant, le Rapporteur spécial ne pouvait souscrire inconditionnellement pour l'instant ni à l'idée que la responsabilité pénale serait incompatible avec la nature de l'État au regard du droit international en vigueur, ni à celle que la responsabilité internationale de l'État était limitée *de lege lata* par une stricte analogie avec la responsabilité civile telle qu'elle existait en droit interne.

320. La cause de cette prétendue incompatibilité résidait d'abord et surtout dans la maxime *societas delinquere non potest*. De l'avis du Rapporteur spécial, cette maxime était assurément justifiée pour les personnes morales du droit interne, mais il était douteux qu'elle le fût pour les États envisagés dans leur personnalité internationale. Bien que les États fussent des entités collectives, ils ne se confondaient pas totalement, vis-à-vis du droit international, avec les personnes morales du droit interne. Au contraire, ils paraissaient présenter au regard du droit international les caractéristiques de simples entités collectives de fait. Cette vérité d'évidence, dissimulée par la conception rudimentaire des personnes morales

qui envisageait celles-ci comme des entités collectives de fait, trouvait sa consécration la plus manifeste dans l'idée couramment admise que le droit international était le droit du système interétatique, et non pas le droit d'un État fédéral mondial.

321. Quant à la deuxième cause de l'incompatibilité alléguée, et aussi convaincu que l'on pût être que la responsabilité des États que viserait le projet ne dépassait pas le strict domaine de la réparation, la pratique montrait bien que les entités qui prenaient part aux relations internationales étaient fort capables des comportements criminels les plus graves, que ce fût sous l'angle de la politique, de la morale ou du droit; de même que ces entités pouvaient agir de façon délictueuse l'une envers l'autre, il n'était pas rare qu'elles fussent traitées comme des délinquants par leurs pairs, lesquels les soumettaient à des traitements expressément ou implicitement punitifs — et souvent très sévèrement punitifs.

322. Dans les cas les plus ordinaires de comportement internationalement illicite, la pénalité était soit implicite — cessation de l'acte illicite et réparation par voie de restitution en nature ou d'indemnisation — soit évidente — et l'on avait ici l'exemple de cette institution des relations interétatiques qu'était la « satisfaction ». Dans les cas les plus graves, tels que ceux qui appelaient des représailles politiques ou économiques particulièrement sévères, ou même une réaction militaire, que suivaient des règlements de paix plus ou moins rigoureux, l'intention punitive poursuivie et réalisée par les États lésés était manifeste. À ce propos, on pouvait distinguer les différentes formes de mesures « politiques » contre les États des « sanctions légales » contre les gouvernants. Ces mesures politiques revêtaient toutes sortes de formes, dont le transfert de territoire; l'occupation militaire; le démantèlement des industries; la migration des habitants; l'indemnisation en espèces, en biens ou en services; la mise sous séquestre ou la confiscation d'avoirs; le contrôle des armements; la démilitarisation; la supervision du gouvernement — ainsi que beaucoup d'autres mesures internationales, y compris les deux grandes catégories des sanctions économiques et militaires. Cependant, la plupart des mesures énumérées comprenaient des éléments de réparation « civils », mais touchaient toutes — certaines de façon dramatique — les peuples mêmes qui devaient être préservés en limitant les « sanctions légales » aux gouvernants.

323. Le Rapporteur spécial a pensé que le fait de dissimuler ces vérités évidentes en omettant toute allusion à l'aspect punitif de la responsabilité internationale ou en indiquant expressément, comme il avait été suggéré, que la seule fonction des contre-mesures était d'obtenir réparation ne changeait rien à la réalité profonde du système interétatique. En fait, les autorités les plus respectées reconnaissaient que la responsabilité internationale présentait des éléments civils et pénaux et le fait que ce fût l'un ou l'autre de ces éléments qui prévalait dépendait des caractéristiques objectives et subjectives et des circonstances de chaque cas particulier.

324. Le Rapporteur spécial a fait observer qu'un adversaire résolu de l'idée de base de l'article 19 de la première partie pourrait soutenir — non sans raison — que, si les États n'étaient pas à l'heure actuelle des *societates* ou des personnes morales au sens propre du terme, ils devraient inévitablement le devenir au sein d'une véritable communauté mondiale juridiquement organisée. Dans ce cas, les États ne différeraient pas essentiellement des subdivisions d'une fédération plus ou moins décentralisée. Dans la mesure où ce serait là une prévision valable, l'adversaire de l'idée exprimée dans l'article 19 pourrait affirmer en outre que la CDI devrait maintenir la distinction entre un code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité prévoyant exclusivement la responsabilité pénale des individus, et une convention sur la responsabilité des États prévoyant une responsabilité purement civile des États où l'article 19 n'aurait pas sa place. Cela serait, toujours selon le même adversaire, le moyen de concilier les deux projets actuels de la CDI avec le sens dans lequel on pouvait supposer que se ferait l'évolution progressive du système international vers le but « ultime » que représentait la création d'une communauté humaine organisée plus ou moins centralisée (ou décentralisée).

325. Le Rapporteur spécial ne prévoyait pas, cependant, qu'un tel événement pût se produire dans un proche avenir, même dans le cas des 12 pays de la Communauté européenne. La conséquence inévitable en était que l'humanité demeurerait longtemps dans cet état de « non-intégration » qui était en même temps la principale cause et le principal effet de la perpétuation d'un système seulement interétatique, par opposition à une « communauté juridique de l'humanité ». Dans ce système, les États continuaient à être régis par un système de droit international qui était le droit interétatique, et non pas par le droit de l'humanité organisée en tant que communauté. Les États demeuraient essentiellement des entités collectives de fait, et non des entités juridiques. En tant que telles, ils étaient non seulement capables de commettre des actes illicites de toutes sortes — notamment des « crimes » aussi bien que des « délits » —, mais également susceptibles de réactions tout à fait comparables, *mutatis mutandis*, à celles auxquelles s'exposaient les individus reconnus coupables de crimes sur le plan national.

326. Le Rapporteur spécial a approuvé pleinement tout ce qui avait été écrit pour condamner la responsabilité « collective ». Il était fermement convaincu qu'il s'agissait en effet d'une institution tout à fait primitive et insuffisante. Mais il jugeait encore difficile de nier les points suivants : le système interétatique se trouvait à un stade de son évolution juridique qui présentait des aspects rudimentaires que l'on ne pouvait ignorer sans danger; l'un de ces aspects était que les États commettaient, en effet, non seulement des actes délictueux que l'on pouvait qualifier d'« ordinaires » ou « civils », mais aussi des actes que leur gravité permettait certainement de qualifier de « criminels ». Un autre de ces aspects était que les États opposaient à ces actes délictueux graves (par exemple, l'agression) des formes de réaction sévères et nombreuses. Même les adversaires de la responsabilité pénale des États avaient reconnu — comme indiqué *supra* — ces formes de réaction.

327. Le Rapporteur spécial a jugé très difficile de croire que des mesures d'une telle importance n'étaient pas, *mutatis mutandis*, très semblables dans leurs conséquences aux sanctions du droit pénal interne. Comme il

fallait admettre pour un certain temps l'existence de réactions licites aux actes délictueux du type envisagé à l'article 19, la Commission devrait, à son avis, faire de son mieux pour prévoir dans la deuxième et la troisième parties de son projet des dispositions faisant suite à cet article. Cependant, les problèmes à résoudre, *de lege lata* ou *de lege ferenda*, semblaient encore plus difficiles que les problèmes — non encore résolus de façon satisfaisante — de la sécurité collective. Le Rapporteur spécial a évoqué tout spécialement les problèmes qui étaient liés à la structure actuelle de ce que l'on voulait bien appeler la « communauté internationale organisée ». Bien que plusieurs de ces problèmes, *de lege lata* ou *de lege ferenda*, aient été évoqués brièvement et de façon provisoire, il tenait à s'arrêter sur trois de ces problèmes.

328. Le Rapporteur spécial a tout d'abord appelé l'attention sur le problème capital que posait la distinction entre, d'une part, les conséquences du crime international d'un État pour l'État lui-même — et éventuellement pour ses dirigeants — et, d'autre part, les conséquences du même crime pour le peuple de l'État. Tout en reconnaissant la nécessité morale et politique de séparer les mesures politiques dirigées contre l'État fautif des sanctions individuelles applicables à ses responsables politiques, il se demandait si cette distinction était applicable aux mesures qui semblaient dépasser d'assez loin celles que prévoyaient les Articles 41 et 42 de la Charte des Nations Unies, notamment dans le cas des mesures économiques et des mesures de rétablissement de la paix (après un acte d'agression), qui semblaient frapper directement le peuple lui-même. Une question supplémentaire se posait d'ailleurs, et cette question était la suivante : pouvait-on supposer dans tous les cas qu'un peuple fût totalement exempt de culpabilité — et de responsabilité — pour un acte d'agression commis par le régime despotique d'un dictateur applaudi avec enthousiasme avant, pendant et parfois même après ledit acte ?

329. Le deuxième problème était celui de la faute de l'État. La Commission devait-elle ou non revenir sur cette question, qu'elle avait mise de côté (de façon peu convaincante de l'avis du Rapporteur spécial) à propos des actes délictueux « ordinaires » ? Les membres de la Commission pouvaient-ils, en tant que « législateurs », s'occuper de la question des violations du droit international visées à l'article 19 sans tenir compte de l'importance d'un élément aussi capital que l'intention délibérée ?

330. Enfin, le Rapporteur spécial tenait à conclure ses observations en appelant l'attention sur certaines questions de fond touchant l'article 19. Les éléments qui posaient le plus de difficultés dans le texte de cet article — dont le moindre n'était pas le manque de clarté de cet article, comparé avec le caractère dit « secondaire » des autres articles du projet — devraient être, à son avis, réexaminés en seconde lecture par la Commission. À cet égard, il s'est contenté de relever que l'article 18 proposé par le Rapporteur spécial, M. Ago, en 1976[134], soulevait peut-être moins de problèmes.

[134] Pour le texte, voir *Annuaire... 1976*, vol. II (1re partie), p. 57, doc. A/CN.4/291 et Add.1 et 2, par. 155.

331. Tout d'abord, s'il existait des différences substantielles, ou tout au moins significatives, dans la façon dont l'article 19 envisageait divers types de crimes, fallait-il vraiment se satisfaire d'une simple dichotomie entre « crimes » et « délits » ? Ne serait-il pas préférable par exemple de distinguer entre l'agression et les autres crimes ? Ou de faire plusieurs sous-distinctions, de façon à éviter de mettre sur le même plan des actes qui étaient manifestement éloignés les uns des autres et qui entraîneraient, ou devraient entraîner, des formes également différentes de responsabilités ?

332. Deuxièmement, la liste d'exemples d'actes illicites constituant des crimes qui se trouvaient à l'article 19 remontait à 1976. Ces exemples étaient-ils encore les meilleurs pour définir les actes illicites que la « communauté internationale dans son ensemble » considérait comme des « crimes des États » ou cette liste d'exemples, à supposer qu'il fallût la conserver, ne devrait-elle pas être mise à jour ?

333. Troisièmement, l'étude de la pratique montrait qu'il était souvent difficile de faire la distinction entre les cas de crime et les cas de délit, surtout lorsqu'il s'agissait de délits très graves. La raison ne tenait-elle pas en partie à la façon dont la notion générale de crimes était exprimée dans l'article 19, où les actes délictueux visés étaient caractérisés par des éléments qui les rendaient peut-être difficiles à placer dans la catégorie des crimes ou dans celle des délits; en conséquence, quels étaient ceux de ces actes qui étaient ou devraient être soumis à un régime de responsabilité « aggravée » ?

334. Quatrièmement, si l'on admettait qu'il existait une certaine gradation allant des violations « ordinaires » du droit international aux « crimes internationaux », surtout du point de vue du régime de responsabilité qu'entraînaient de tels faits, fallait-il vraiment faire une distinction tranchée et explicite entre « crimes » et « délits » ?

C. — Projets d'articles de la deuxième partie du projet sur la responsabilité des États

1. Texte des projets d'articles de la deuxième partie adoptés jusqu'ici par la Commission à titre provisoire

335. On trouvera ci-après le texte des projets d'articles de la deuxième partie adoptés jusqu'ici par la Commission à titre provisoire :

Article premier

1. La responsabilité internationale d'un État qui, conformément aux dispositions de la première partie, est engagée par un fait internationalement illicite commis par cet État, entraîne des conséquences juridiques énoncées dans la présente partie.

2. Les conséquences juridiques visées au paragraphe 1 sont sans préjudice du maintien du devoir de l'État qui a commis le fait internationalement illicite d'exécuter l'obligation qu'il a violée.

Article 2

Sans préjudice des dispositions des articles 4 et [12], les dispositions de la présente partie régissent les conséquences juridiques de tout fait internationalement illicite d'un État, sauf dans les cas ou dans la mesure où lesdites conséquences juridiques sont

déterminées par d'autres règles de droit international qui se rapportent spécifiquement au fait internationalement illicite en question.

Article 3

Sans préjudice des dispositions des articles 4 et [12], les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État qui ne sont pas énoncées dans les dispositions de la présente partie continuent d'être régies par les règles du droit international coutumier.

Article 4

Les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État énoncées dans les dispositions de la présente partie sont, s'il y a lieu, soumises aux dispositions et procédures de la Charte des Nations Unies relatives au maintien de la paix et de la sécurité internationales.

Article 5

1. Aux fins des présents articles, l'expression « État lésé » s'entend de tout État qui est atteint dans un droit par le fait d'un autre État, si ce fait constitue, conformément aux dispositions de la première partie des présents articles, un fait internationalement illicite de cet État.

2. En particulier, l'expression « État lésé » désigne :

***a*) si le droit auquel le fait d'un État porte atteinte résulte d'un traité bilatéral, l'autre État partie au traité;**

***b*) si le droit auquel le fait d'un État porte atteinte résulte d'un jugement ou autre décision obligatoire relative au règlement d'un différend qui est rendu par une cour ou un tribunal international, l'autre État ou les autres États qui sont parties au différend et bénéficiaires de ce droit;**

***c*) si le droit auquel le fait d'un État porte atteinte résulte d'une décision obligatoire d'un organe international autre qu'une cour ou un tribunal international, l'État ou les États qui, conformément à l'instrument constitutif de l'organisation internationale concernée, sont bénéficiaires de ce droit;**

***d*) si le droit auquel le fait d'un État porte atteinte résulte d'une disposition conventionnelle en faveur d'un État tiers, cet État tiers;**

***e*) si le droit auquel le fait d'un État porte atteinte résulte d'un traité multilatéral ou d'une règle du droit international coutumier, tout autre État partie au traité multilatéral ou lié par la règle du droit international coutumier, lorsqu'il est établi :**

i) que le droit a été créé ou est reconnu en sa faveur;

ii) que l'atteinte portée au droit par le fait d'un État affecte nécessairement la jouissance des droits ou l'exécution des obligations des autres États parties au traité multilatéral ou liés par la règle du droit international coutumier; ou

iii) que le droit a été créé ou est reconnu pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales;

***f*) si le droit auquel le fait d'un État porte atteinte résulte d'un traité multilatéral, tout autre État partie au traité multilatéral, lorsqu'il est établi que ce droit a été expressément énoncé dans le traité pour la protection des intérêts collectifs des États parties.**

3. En outre, l'expression « État lésé » désigne, si le fait internationalement illicite constitue un crime international [et dans le contexte des droits et obligations des États aux termes des articles 14 et 15], tous les autres États.

Article 6. — Cessation du comportement illicite

Tout État dont le comportement constitue un fait internationalement illicite ayant un caractère de continuité est tenu de l'obligation de cesser ce comportement, sans préjudice de la responsabilité qu'il a déjà encourue.

Article 6 **bis.** *— Réparation*

1. L'État lésé est en droit d'obtenir de l'État qui a commis un fait internationalement illicite une réparation intégrale sous une ou plusieurs des formes de réparation — restitution en nature, indemnisation, satisfaction et assurances et garanties de non-répétition — prévues aux articles 7, 8, 10 et 10 *bis*.

2. Pour déterminer la réparation, il est tenu compte de la négligence ou de l'action ou omission délibérée :

***a*) de l'État lésé, ou**

***b*) d'un ressortissant de l'État au nom duquel la demande est présentée qui a contribué au dommage.**

3. L'État qui a commis le fait internationalement illicite ne peut pas invoquer les dispositions de son droit interne pour s'abstenir de réparer intégralement.

Article 7. — Restitution en nature

L'État lésé est en droit d'obtenir de l'État qui a commis un fait internationalement illicite la restitution en nature, c'est-à-dire le rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis, dès lors et pour autant qu'une telle restitution en nature :

***a*) n'est pas matériellement impossible;**

***b*) n'entraîne pas la violation d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général;**

***c*) n'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage que l'État lésé gagnerait en obtenant la restitution en nature plutôt que l'indemnisation; ou**

***d*) ne menace pas sérieusement l'indépendance politique ou la stabilité économique de l'État qui a commis le fait internationalement illicite, alors que l'État lésé ne serait pas affecté dans la même mesure s'il n'obtenait pas la restitution en nature.**

Article 8. — Indemnisation

1. L'État lésé est en droit d'obtenir de l'État qui a commis un fait internationalement illicite une indemnisation pour le dommage causé par ce fait si, et dans la mesure où, le dommage n'est pas réparé par la restitution en nature.

2. Aux fins du présent article, l'indemnisation couvre tout dommage susceptible d'évaluation économique subi par l'État lésé et peut comprendre des intérêts et, le cas échéant, le manque à gagner.

Article 10[135]*. — Satisfaction*

1. L'État lésé est en droit d'obtenir de l'État qui a commis un fait internationalement illicite satisfaction pour le dommage, notamment moral, causé par ce fait si, et dans la mesure où, cela est nécessaire pour que la réparation soit intégrale.

2. La satisfaction peut prendre une ou plusieurs des formes suivantes :

***a*) des excuses;**

***b*) des dommages-intérêts symboliques;**

***c*) en cas d'atteinte grave aux droits de l'État lésé, des dommages-intérêts correspondant à la gravité de l'atteinte;**

***d*) si le fait internationalement illicite résulte de fautes graves d'agents de l'État ou d'agissements criminels de ces agents ou de particuliers, une action disciplinaire à l'encontre des responsables ou leur châtiment.**

3. Le droit de l'État lésé d'obtenir satisfaction ne l'autorise pas à formuler des exigences qui porteraient atteinte à la dignité de l'État qui a commis le fait internationalement illicite.

Article 10 **bis.** *— Assurances et garanties de non-répétition*

L'État lésé est en droit, le cas échéant, d'obtenir de l'État qui a commis un fait internationalement illicite des assurances ou garanties de non-répétition dudit fait.

---

[135] Le projet d'article 9 (Intérêts) proposé par le Rapporteur spécial a été incorporé en substance au paragraphe 2 de l'article 8, ce qui explique le hiatus dans la numérotation.

2. TEXTE ET COMMENTAIRES DU PARAGRAPHE 2 DE L'ARTICLE PREMIER ET DES ARTICLES 6, 6 *bis*, 7, 8, 10 ET 10 *bis*, ADOPTÉS PROVISOIREMENT PAR LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL À SA QUARANTE-CINQUIÈME SESSION

Article premier

[...]

2. Les conséquences juridiques visées au paragraphe 1 sont sans préjudice du maintien du devoir de l'État qui a commis le fait internationalement illicite d'exécuter l'obligation qu'il a violée.

Commentaire[136]

[...]

5) Le fait que, par suite du fait internationalement illicite, un nouvel ensemble de relations est établi entre l'État auteur dudit fait et l'État lésé n'entraîne pas *ipso facto* la disparition des relations antérieures. Même si l'État auteur se conforme à son obligation secondaire, il n'est pas automatiquement déchargé de son devoir d'exécuter l'obligation qu'il a violée. Le paragraphe 2 énonce cette règle. Il le fait sous la forme d'une clause de sauvegarde pour tenir compte de la possibilité d'exceptions, telles que l'éventualité d'une renonciation par l'État lésé à son droit au maintien du respect de l'obligation.

Article 6. — Cessation du comportement illicite

Tout État dont le comportement constitue un fait internationalement illicite ayant un caractère de continuité est tenu de l'obligation de cesser ce comportement, sans préjudice de la responsabilité qu'il a déjà encourue.

Commentaire

1) L'article 6 est le premier d'une série d'articles qui traitent des relations nouvelles résultant d'un délit international entre l'État qui a commis ledit fait et l'État lésé. La Commission a décidé d'examiner séparément les relations découlant des crimes internationaux en vertu de l'article 19. Les articles 6 à 10 *bis* ne préjugent pas les conséquences des crimes. Comme il est indiqué au paragraphe 1 du commentaire de l'article premier de la deuxième partie[137], les relations nouvelles visées ci-dessus entraînent tout d'abord des obligations nouvelles pour l'État auteur et des droits correspondants pour l'État lésé, qui font l'objet des articles 6 à 10 *bis*, et elles peuvent aussi faire naître des droits nouveaux au bénéfice de l'État ou des États lésés, tels que celui de prendre des contre-mesures, qui fait l'objet des articles 11 à 14 adoptés par le Comité de rédaction à la présente session.

2) Les nouvelles obligations de l'État auteur sont de corriger la situation causée par la violation d'une obligation primaire, c'est-à-dire d'une obligation énoncée par une règle primaire. Parmi ces nouvelles obligations, la plus fréquemment invoquée est celle de réparer, énoncée à l'article 6 *bis*, dont il est possible de s'acquitter sous diverses formes, prévues aux articles 7, 8, 10 et 10 *bis*. Cependant, le premier impératif s'agissant de faire disparaître les conséquences d'un fait illicite est d'assurer la cessation dudit fait, c'est-à-dire de mettre fin au comportement précis qui est contraire à l'obligation ainsi violée.

3) Pour différentes raisons, l'importance de la cessation n'est pas toujours clairement perçue. Tout d'abord, l'État lésé exigera en général de l'État auteur un comportement positif, par exemple qu'il libère des personnes ou restitue des objets, et formulera cette exigence dans le cadre d'une demande plus large de réparation du préjudice plutôt qu'en termes de cessation du fait illicite. Deuxièmement, lorsqu'il est fait appel à une procédure de règlement par tierce partie, cette procédure s'ouvre souvent à un moment où la commission du fait illicite (qu'il s'agisse d'un fait instantané ou continu) a pris fin, si bien que le différend soumis à règlement se limite à la question du mode ou des modes de réparation dus[138]. Troisièmement, même lorsque les parties comparaissent devant un organe international à un moment où le comportement incriminé se poursuit, l'État demandeur présente ses demandes moins en termes de cessation du comportement illicite — l'illicéité elle-même étant à ce stade controversée — qu'en termes de mesures provisoires ou conservatoires que le juge peut indiquer ou peut-être imposer à l'État auquel est imputée la violation[139]. Nonobstant les difficultés qu'il y a à cerner la notion de cessation, les caractéristiques spécifiques de la demande de cessation justifient l'inclusion dans le projet d'un article spécial consacré à ce remède particulier.

4) Vue sous l'angle de la théorie juridique, la cessation peut être considérée comme la continuation du jeu normal de la règle « primaire », dont le comportement illicite antérieur constituait une violation, ou comme l'entrée en jeu de la règle « secondaire », en tant qu'effet de la survenance du fait illicite. La Commission est d'avis que la distinction même entre règles « primaires » et « secondaires » n'a qu'une valeur relative et que la cessation se situe, pour ainsi dire, entre les deux catégories de règles. S'agissant des premières, elle intervient en concrétisant l'obligation primaire dont la violation par l'État auteur du fait illicite est en cours. S'agissant des secondes, elle infléchit — sans prévoir directement de réparation — la qualité et la quantité de la réparation elle-même, ainsi que les modalités et conditions des mesures auxquelles l'État ou les États lésés, ou une institution internationale, peuvent recourir afin d'obtenir réparation.

---

[136] Le texte du paragraphe 1 adopté par la Commission à titre provisoire en 1983 est reproduit *supra* au paragraphe 335. Pour le commentaire y relatif, voir *Annuaire... 1983*, vol. II (2e partie), p. 44 et 45.

[137] Ibid.

[138] C'est ce qu'illustre parfaitement la sentence rendue dans l'affaire des divergences entre la Nouvelle-Zélande et la France sur l'interprétation ou l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986 entre les deux États et qui portaient sur des problèmes issus de l'affaire du « *Rainbow Warrior* » (voir *supra* note 120).

[139] Ainsi, dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, les États-Unis ont demandé à la CIJ d'ordonner la libération immédiate des otages à titre de mesure conservatoire, et la Cour a fait droit à cette demande par son ordonnance du 15 décembre 1979 (*C.I.J. Recueil 1979*, p. 7).

5) Indépendamment de la question de savoir si, en théorie, la cessation se situe hors du domaine des conséquences juridiques d'un fait illicite au sens strict, son utilité pratique justifie qu'elle fasse l'objet d'une disposition distincte dans le présent projet d'articles. Vu la structure de la société interétatique et le rôle que jouent les États dans l'élaboration, la modification et l'abrogation des règles, la cessation revêt une pertinence beaucoup plus grande dans le système juridique international que dans les systèmes juridiques des sociétés nationales. Elle a pour fonction de mettre fin à une violation en cours du droit international et de préserver la validité et l'efficacité de la règle primaire violée, qui pourraient, à long terme, souffrir de la continuation de la violation. Ainsi, la règle relative à la cessation protège non seulement l'intérêt de l'État ou des États lésés, mais également celui qu'a la communauté internationale à préserver la primauté du droit et à pouvoir s'appuyer sur elle. Il convient de rappeler, à ce propos, que la cessation est le remède auquel les organes des organisations internationales, et en particulier l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité des Nations Unies, ont le plus souvent recours devant les violations les plus graves du droit des gens.

6) Il y a également lieu de consacrer un article distinct à la cessation pour éviter de la soumettre aux limites ou exceptions applicables aux modes de réparation tels que la *restitutio in integrum*. Aucune des difficultés qui peuvent entraver ou empêcher la restitution en nature ne saurait affecter l'obligation de cesser le comportement illicite. C'est là la conséquence inéluctable du fait que les difficultés ou les obstacles qui risquent d'affecter en tout ou en partie la restitution (ou tout autre mode de réparation) ont trait aux mesures réparatoires qui ne peuvent que faire suite au fait illicite accompli, c'est-à-dire à la violation effective de la règle primaire. La cessation n'est pas et ne doit pas être soumise à de tels aléas dans la mesure où elle vise précisément à empêcher un comportement illicite futur, c'est-à-dire un comportement qui étendrait le fait illicite dans le temps et dans l'espace. L'obligation de faire cesser le comportement illicite doit rester illimitée, à moins que la règle primaire elle-même ne soit modifiée ou ne cesse d'exister et que le comportement illicite ne doive être toléré à un certain moment, en raison de circonstances imprévues qui excluent l'illicéité. Toute limitation d'une obligation aussi fondamentale remettrait en cause la force contraignante des règles primaires elles-mêmes et mettrait en péril la validité, la stabilité et l'efficacité des relations juridiques internationales.

7) Comme indiqué plus haut, la cessation est fréquemment considérée comme plus ou moins étroitement liée à la restitution en nature ou à d'autres formes de réparation. Pourtant, la cessation n'est pas un élément de la réparation. Elle vise le comportement illicite en tant que tel, quelles qu'en soient les conséquences. On pourrait dire de la cessation qu'elle est axée sur l'avenir, en d'autres termes qu'elle implique le respect futur d'une règle primaire du droit des gens, alors que la réparation — qui, suivant la définition donnée par la CPJI dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* (fond)[140], a pour fonction d'« effacer toutes les conséquences », en ce qui concerne les rapports entre l'État auteur et l'État lésé, des effets matériels et juridiques de la violation d'une obligation internationale du premier État à l'égard du second — vise la violation passée de la règle primaire.

8) Il est d'autant plus difficile d'isoler la cessation de la réparation qu'en pratique le résultat de la cessation est parfois impossible à distinguer d'un mode bien précis de réparation, à savoir la restitution en nature. Il en va ainsi de la libération de personnes ou de la restitution d'objets ou de locaux. De telles mesures sont souvent citées comme exemples de réparation sous forme de restitution en nature. En fait, elles visent à faire cesser la violation. Ce qui est recherché est le retour à l'attitude exigée par la loi, c'est-à-dire la cessation du comportement illicite. Et de fait, les situations dans lesquelles de telles mesures ont été demandées et finalement prises font partie de la catégorie des faits illicites de caractère continu qui durent encore au moment où l'État lésé réclame un ou plusieurs modes de réparation. Il s'ensuit que les mesures réclamées semblent correspondre à un problème de cessation. Il convient toutefois de souligner qu'il n'est pas pour autant exclu que la même mesure puisse aussi constituer simultanément une restitution en nature. Ainsi, dans le cas d'un objet détenu illégalement, la restitution en nature consiste à rendre l'objet à son propriétaire légitime, mais cette mesure, qui est assurément une question de réparation, comprend aussi la cessation du fait illicite[141]. La cessation en soi — en tant que mode distinct de réparation d'une violation continue — apparaît en fait avec plus d'évidence dans les cas de détention illicite de ressortissants de l'État lésé. Du fait que les entités détenues sont des êtres humains, atteints par le traitement illicite dont ils font l'objet dans leur intégrité physique et psychique et dans leur liberté et leur dignité personnelles (sans parler de leur simple activité économique, productive), il est encore plus évident que, moralement et juridiquement, leur libération devient une question pressante de cessation de la violation. Cette exigence prend en un sens le pas sur toute forme de réparation[142].

9) Au sens factuel, la cessation est une étape normale par laquelle passe tout fait illicite, quelle qu'en soit la durée. Il est évident, toutefois, qu'elle ne présente d'intérêt réel, débordant celui que peut offrir la dynamique du fait illicite, que lorsque ce fait revêt un caractère continu.

[140] Arrêt du 13 septembre 1928, *C.P.J.I. série A, n° 17*, p. 47.

[141] À cet égard, il n'est pas sans intérêt de rappeler la demande de la Grèce dans l'affaire des *Forêts du Rhodope central* (fond). Ces forêts ayant été annexées par la Bulgarie, la Grèce revendiquait les droits de propriété et d'exploitation acquis avant l'annexion, tout aussi illicite à ses yeux que la prise de possession des forêts. Toutefois, la demande grecque n'était pas formulée en termes de retour à la situation licite antérieure, mais de *restitutio in integrum*, qui est une forme de réparation [Nations Unies, *Recueil*, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1405].

[142] La primauté de la cessation par rapport à la réparation dans les cas où des êtres humains sont illégalement appréhendés, détenus ou emprisonnés apparaît clairement dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*. Après avoir déclaré que le comportement de l'Iran constituait un acte illicite continu au moment de la requête, la CIJ a décidé que le gouvernement de l'État en question devait :

« [...] faire cesser immédiatement la détention illicite [des] [...] ressortissants des États-Unis détenus en otage en Iran, et doit assurer la libération immédiate de toutes ces personnes sans exception et les remettre à la puissance protectrice [...] » (arrêt du 24 mai 1980, *C.I.J. Recueil 1980*, p. 44).

10) La Commission s'est penchée sur la définition du fait illicite continu dans le contexte du paragraphe 3 de l'article 18 et des articles 25 et 26 de la première partie[143]. Des exemples de fait illicite continu sont donnés au paragraphe 21 du commentaire relatif à l'article 18 en ces termes :

[...] maintien en vigueur d'une loi que l'État serait internationalement tenu d'abroger, ou, à l'inverse, non-adoption d'une loi internationalement requise, occupation indue d'un territoire d'autrui, blocus illégitime de côtes ou de ports étrangers, etc. [...][144]

Dans le même contexte, la Commission a aussi fait référence à l'affaire *De Becker*[145], où la Commission européenne des droits de l'homme avait jugé que la perte du droit d'exercer la profession de journaliste en vertu d'un jugement antérieur à l'entrée en vigueur de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales constituait une violation continue de la Convention et que le requérant s'estimait à bon droit victime d'une violation de la liberté d'expression garantie par l'article 10 de ladite Convention. La Commission européenne des droits de l'homme avait jugé la requête recevable dans la mesure où la situation déplorée avait continué à exister au cours de la période suivant l'entrée en vigueur de la Convention. Plus récemment, dans l'affaire *Vermeire*[146], la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré que, en vertu de son arrêt dans l'affaire *Marckx*[147], la Belgique était tenue d'abroger les lois discriminatoires à l'encontre des enfants nés hors mariage.

11) Un exemple d'obligation de cessation est également fourni par la procédure prévue par l'article 169 du Traité établissant la Communauté économique européenne[148], qui habilite la Cour de justice de la Communauté à constater qu'un État a violé ses obligations en vertu du Traité. Dans la plupart des cas, la Cour doit se prononcer sur une loi nationale dont il est allégué qu'elle est contraire à une règle du droit communautaire. Si la Cour conclut à une incompatibilité, l'État défendeur doit abroger la disposition législative en cause[149].

12) L'exemple de la non-promulgation ou de la non-abrogation illicite de lois internes mentionné par la Commission se retrouve également dans la doctrine[150]. Parmi les autres exemples cités par les auteurs, il y a aussi l'arrestation d'un diplomate.

13) Condition étroitement liée à celle du caractère continu du fait illicite, il faut que la règle violée soit toujours en vigueur au moment de la demande de cessation. À ce propos, le Tribunal arbitral dans l'affaire du « *Rainbow Warrior* » a déclaré que :

L'autorité pour prononcer une ordonnance de cessation d'acte ou omission illicite émane des pouvoirs inhérents à un tribunal compétent saisi d'une violation continue d'une obligation internationale en vigueur et qui continue de l'être. Une ordonnance de la sorte tient dès lors à deux conditions étroitement liées : que l'acte illicite ait un caractère continu et que la règle violée soit toujours en vigueur au moment de l'émission de cette ordonnance.

De toute évidence, le caractère continu d'une violation s'éteint aussitôt que la règle violée cesse d'exister.

La jurisprudence récente de la Cour internationale de Justice confirme qu'un ordre de cessation d'acte ou omission illicite ne se justifie qu'en cas de violation continue d'une obligation internationale toujours en vigueur au moment de l'émission de l'ordre judiciaire en question. [Affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (*C.I.J. Recueil 1979*, p. 19 et 20, par. 38 à 41, et ibid., *1980*, par. 95, n° 1); affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua* c. *États-Unis d'Amérique), C.I.J. Recueil 1984*, p. 187, et ibid., *1986*, par. 292, p. 149.]

Si, au contraire, l'obligation primaire violée n'est plus en vigueur, un ordre de cessation de conduite illicite ne peut naturellement remplir aucune fonction utile et ne peut donc être prononcé[151].

14) En ce qui concerne le moment où une demande de cessation peut être présentée par l'État ou les États lésés, il est évident qu'il faut, en droit, attendre à cet effet que le comportement illicite ait débuté, c'est-à-dire qu'un seuil, celui de l'illégalité, ait été franchi par suite du comportement réputé illicite. Il convient en particulier de distinguer entre le comportement qui « complète » un fait illicite (instantané ou prolongé dans le temps) et le comportement antérieur à ce comportement, qui ne saurait être traité comme un fait illicite. Il convient aussi de voir, par ailleurs, qu'à la différence du fait illicite de droit interne, le fait internationalement illicite d'un État est fort souvent — et probablement dans la plupart des cas — la résultante d'un enchaînement d'actions ou d'omissions individuelles qui, bien que légalement distinctes en droit interne, forment un tout en quelque sorte indissociable au regard du droit international. Ainsi, un acte législatif dont les dispositions seraient de nature à ouvrir la voie à la commission par l'État d'un fait illicite peut en fait ne pas aboutir à ce résultat, parce qu'il n'a pas été suivi des mesures administratives ou judiciaires « ordonnées par le législateur »; inversement, un acte législatif qui aurait en lui-même pour objet d'assurer le respect par un État de ses obligations internationales

[143] Voir *supra* note 87.

[144] Voir *Annuaire... 1976*, vol. II (2e partie), p. 86.

[145] Cour européenne des droits de l'homme, *Série A : Arrêts et décisions, Arrêt du 27 mars 1962*, Greffe de la Cour, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1962.

[146] Ibid., *1991, Arrêt du 29 novembre 1991*, vol. 214-C, p. 76 et suiv., notamment p. 82 et 83.

[147] Ibid., *1979, Arrêt du 13 juin 1979*, vol. 31.

[148] Voir *Traités instituant les Communautés européennes*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1987, p. 207.

[149] Pour un examen détaillé, voir G. Bebr, *Development of Judicial Control of the European Communities*, Martinus Nijhoff, La Haye/Boston/Londres, 1981, p. 278 et suiv.; et H. G. Schermers et D. Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Communities*, 5e éd., Kluwer, Deventer/Boston, 1992, p. 279 et suiv.

[150] Selon Triepel, « si, à un moment donné, les États sont internationalement obligés d'avoir des règles de droit d'une teneur déterminée, l'État qui les a déjà viole son devoir s'il les abolit et néglige de les introduire à nouveau, tandis que l'État qui ne les a pas encore viole son devoir seulement par le fait de ne pas les introduire : tous les deux commettent d'ailleurs [...] un délit permanent international *(völkerrechtliches « Dauerdelikt »)* » (H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899, p. 289.)

Pour sa part, Ago précise que « l'élément essentiel de la distinction » entre faits illicites instantanés et faits continus « se trouve dans l'instantanéité ou dans la permanence de l'action », si bien que l'on peut distinguer entre « faits illicites dans lesquels l'élément objectif de la conduite contrastant avec une obligation internationale de l'État a un caractère immédiat » et d'« autres infractions à une obligation internationale qui ont un caractère prolongé dans le temps, si bien que lorsqu'elles sont devenues parfaites, tous leurs éléments constitutifs étant réalisés, elles ne cessent pas pour autant d'exister, mais se continuent, identiques à elles-mêmes, avec un caractère de permanence » (R. Ago, « Le délit international », *Recueil... 1939-II*, t. 68, Paris, Sirey, 1947, p. 519 à 521).

[151] Voir RGDIP, Paris, 1990, t. 94, vol. 3, p. 872, par. 114.

pourrait se révéler insuffisant, parce qu'il ne serait pas appliqué par les organes administratifs ou judiciaires, ou le serait à mauvais escient. Cette complexité de la plupart des faits internationalement illicites est particulièrement manifeste dans les cas fréquents où ce sont les actes de particuliers ou d'organes subalternes qui ont initialement conduit à la commission du fait illicite par l'État et où il faut de nouvelles « mesures » des organes de l'État pour que le fait internationalement illicite soit « parfait »[152]. Cette observation donne à penser que, s'il est vrai qu'une demande de cessation est recevable de droit (ou constitue une faculté) seulement à partir du moment où le comportement de l'État auteur a atteint le seuil où un fait qui n'était pas illicite jusque-là le devient, on peut concevoir que, dans certaines situations, une initiative de l'État susceptible d'être lésé puisse être considérée comme utile et non comme illégale. De fait, un État qui est confronté de la part d'un autre État à un comportement qui paraît constituer manifestement la phase initiale d'une démarche, d'une action ou d'une omission de nature à conduire à un fait illicite peut, avec toutes les précautions nécessaires, prendre les mesures appropriées en l'occurrence, tout en respectant le principe de la non-ingérence dans les affaires intérieures de l'autre partie, et proposer amicalement à l'État en question de modifier son comportement de manière à éviter d'encourir une responsabilité.

15) À la différence des articles relatifs à la réparation qui le suivent, l'article 6 impose une obligation à l'État auteur et ce, conformément à l'opinion de la Commission selon laquelle la cessation ne constitue pas une forme de réparation, mais une obligation découlant de la conjonction et d'un comportement illicite en cours et de l'action normative de la règle primaire à laquelle le comportement illicite contrevient. Alors que, pour les différents modes de réparation, il est justifié de donner la préférence à une formulation reposant sur les droits de l'État lésé, car c'est par une décision dudit État qu'un ensemble secondaire de rapports juridiques est mis en branle, la situation est différente dans le cas de la cessation, où même si une initiative de l'État lésé est à la fois juridiquement fondée et normale, l'obligation de faire cesser le comportement illicite doit être considérée non seulement comme présente, mais aussi comme effective sur la seule base de la règle primaire, indépendamment de toute représentation ou demande de l'État lésé. Aussi l'article 6 souligne-t-il le fait que l'État auteur continue d'être inconditionnellement soumis à l'obligation primaire, sans qu'il soit nécessaire que l'État lésé en exige le respect. Cela reflète l'opinion de la Commission, qui estime que subordonner l'obligation de cessation à une demande de l'État lésé, qui peut ne pas être en mesure de la faire ou être l'objet de pressions pour l'empêcher d'agir en ce sens, aurait pour effet de faire obstacle à l'une des principales fonctions de la cessation, à savoir l'arrêt de la violation du droit international, laquelle peut entraîner, outre des conséquences directes et spécifiques évidentes au détriment de l'État lésé, une menace pour la règle même enfreinte par le comportement illicite de l'État fautif. Étant donné la structure inorganique de la société interétatique, les normes du droit des gens développées par les États eux-mêmes sont vulnérables et exposées à la destruction du fait de leur violation par les États. La signification de la cessation d'un fait illicite dépasse le niveau des relations bilatérales pour atteindre celui des rapports entre États fautifs, d'une part, et tous les autres États et membres de la communauté internationale, d'autre part.

16) Conformément à l'article 3 de la première partie[153], intitulé « Éléments du fait internationalement illicite de l'État », le terme « comportement » désigne un comportement illicite par action (commission) ou par omission. Dans le cas d'un comportement illicite par commission, la cessation consistera à « cesser de faire » ou à « ne plus faire ». Dans le cas d'un comportement illicite par omission, la cessation visera l'obligation que l'État auteur n'a pas exécutée « de faire » ou « de faire d'une certaine manière ». La Commission est consciente que le double sens qu'elle attribue ainsi au terme « cessation » n'est pas universellement admis par la théorie internationale et qu'en pratique les États ont plutôt tendance à réclamer l'exécution spécifique d'une obligation qui n'a pas été exécutée que la cessation de l'inexécution d'une obligation de faire. Il n'en demeure pas moins que les faits illicites par omission peuvent fort bien relever, aussi bien, et peut-être plus souvent, que ceux nés d'une action, de la catégorie des faits illicites de caractère continu. Ainsi que l'a fait remarquer le Tribunal arbitral dans l'affaire du « *Rainbow Warrior* », la cessation s'applique à tous les faits illicites qui se prolongent dans le temps, que le comportement de l'État auteur soit une action ou une omission, puisqu'il peut y avoir cessation dans une abstention d'agir — cas du soutien accordé aux *contras*, par exemple — ou dans une conduite positive comme la libération des otages des États-Unis à Téhéran[154]. La non-observation d'une « obligation de faire » dès lors qu'elle se prolonge au-delà des délais d'accomplissement de l'obligation est un fait illicite de caractère continu auquel la cessation devrait être applicable, soit isolément, soit conjointement avec un ou plusieurs des modes de réparation, et particulièrement la restitution en nature.

17) Le membre de phrase « sans préjudice de la responsabilité qu'il a déjà encourue », à la fin de l'article 6, précise clairement que le respect d'une obligation de cessation ne libère aucunement l'État auteur de la responsabilité qu'il a encourue par suite du fait illicite antérieur à l'exécution de ladite obligation. La cessation n'annule aucunement les conséquences juridiques ou matérielles du fait illicite. Ce qu'elle vise c'est le comportement illicite en soi. Elle consiste, pour ainsi dire, à tarir la responsabilité à la source, pour autant qu'elle n'ait pas encore joué. À ce titre, la cessation n'altère pas les conséquences, juridiques ou matérielles, du comportement illicite passé.

[152] En ce qui concerne la notion de « complexité » et d'« unité » d'un fait internationalement illicite et, plus généralement, l'idée qu'un élément de la conduite de l'État au regard du droit international (action, omission ou acte délibéré) est une « unité factuellement complexe » du point de vue du droit international, voir G. Arangio-Ruiz, « L'État dans le sens du droit des gens et la notion du droit international », *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vienne, vol. 26, n°s 3 et 4, mai 1976, p. 311 à 331.

[153] Voir *supra* note 87.

[154] Voir *supra* note 142.

Article 6 bis. — *Réparation*

1. L'État lésé est en droit d'obtenir de l'État qui a commis un fait internationalement illicite une réparation intégrale sous une ou plusieurs des formes de réparation — restitution en nature, indemnisation, satisfaction et assurances et garanties de non-répétition — prévues aux articles 7, 8, 10 et 10 *bis*.

2. Pour déterminer la réparation, il est tenu compte de la négligence ou de l'action ou omission délibérée :

***a*) de l'État lésé, ou**

***b*) d'un ressortissant de l'État au nom duquel la demande est présentée qui a contribué au dommage.**

3. L'État qui a commis le fait internationalement illicite ne peut pas invoquer les dispositions de son droit interne pour s'abstenir de réparer intégralement.

Commentaire[155]

1) Un État s'acquitte de l'obligation qui lui incombe du fait d'une violation d'une obligation internationale en réparant les conséquences de l'acte illicite, c'est-à-dire en fournissant réparation pour le dommage causé.

2) Le terme « réparation » est employé dans son sens générique; il décrit les différentes méthodes auxquelles un État peut recourir pour se libérer ou s'acquitter de telle responsabilité. Employé au paragraphe 2 de l'Article 36 du Statut de la CIJ, le terme a également été utilisé par la CPJI lorsqu'elle a défini les règles fondamentales applicables en la matière dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów* :

> C'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate[156].
>
> Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis[157].

En accord avec le prononcé de la CPJI, l'article 6 *bis* énonce la règle générale selon laquelle une entière réparation doit être assurée et qu'elle doit être de nature à effacer, dans toute la mesure possible, toutes les conséquences du fait internationalement illicite.

3) Dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, des dommages matériels avaient été subis et la Cour n'avait désigné que deux formes de réparation, à savoir la

> Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature; allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place[158].

Toutefois, il existe d'autres formes de réparation appropriées à des dommages non matériels, à savoir la satisfaction et les assurances ou garanties de non-répétition. Par conséquent, l'article 6 *bis* prévoit que la réparation peut prendre la forme d'une restitution en nature, d'une indemnisation, de la satisfaction et d'assurances ou garanties de non-répétition.

4) À la différence de l'article 6 qui est formulé sous forme d'obligation pour les raisons exposées au paragraphe 15 du commentaire y relatif, l'article 6 *bis* reconnaît un droit à l'État lésé, tenant compte du fait que c'est par une décision de cet État que le processus de réalisation de ce droit sous ses différentes formes est mis en œuvre.

5) Le membre de phrase « prévues aux articles 7, 8, 9 et 10 *bis* » indique clairement que les formes de réparation que prévoient ces articles sont, d'une part, à la disposition de l'État lésé conformément aux conditions stipulées dans les articles correspondants et sous réserve de celles-ci et, d'autre part, susceptibles d'être combinées. Il s'ensuit que le paragraphe 1 de l'article 6 *bis* doit être interprété à la lumière des dispositions relatives à chacune des formes de réparation visées audit article.

6) Aux termes du *paragraphe 1* de l'article, un État qui commet un fait internationalement illicite est tenu de réparer intégralement le dommage subi à raison de ce fait. Toutefois, le dommage peut avoir été causé par des facteurs concomitants parmi lesquels l'acte illicite a joué un rôle décisif mais non exclusif. En pareil cas, il ne serait ni équitable ni conforme à une application appropriée de la théorie du lien de causalité de tenir l'État auteur responsable de la réparation de tous les dommages — une question qui est examinée de manière approfondie dans le commentaire sur l'article 8.

7) Le *paragraphe 2* de l'article mentionne la négligence ou l'action ou l'omission délibérée de l'État lésé qui a contribué au dommage (alinéa *a*) ainsi que la négligence ou l'action ou l'omission délibérée d'un ressortissant de l'État lésé au nom duquel la demande est présentée (alinéa *b*), qui a contribué au dommage. Les États peuvent présenter des demandes au nom de leurs ressortissants, qu'il s'agisse de personnes physiques ou de personnes morales, qui sont les unes comme les autres couvertes par le terme « ressortissant ». Tant la doctrine que la pratique ont généralement reconnu qu'il doit être tenu compte de ce facteur pour déterminer la réparation[159]. Dans la pratique, c'est à l'occasion du calcul d'une indemnisation pécuniaire qu'il a été tenu compte de la négligence ou du comportement délibéré de l'État lésé ou d'un ressortissant de l'État lésé au nom duquel la

---

[155] La Commission examinera ultérieurement les implications que peut avoir, pour les dispositions relatives à la réparation, l'existence de plusieurs États lésés, notamment la question des États dits différemment ou indirectement lésés.

[156] Arrêt n° 8 du 26 juillet 1927, *C.P.J.I. série A, n° 9*, p. 21.

[157] Voir *supra* note 140.

[158] Ibid.

[159] Voir, notamment, G. Salvioli, « La responsabilité des États et la fixation des dommages-intérêts par les tribunaux internationaux », dans *Recueil des cours... 1929-III*, Paris, 1930, p. 265 et 266; C. Cepelka, *Les conséquences juridiques du délit en droit international contemporain*, Prague, Université Karlova, 1965, p. 32; B. Graefrath, « Responsibility and damages caused: relationship between responsibility and damages », dans *Recueil des cours... 1984-II*, vol. 185, La Haye, 1985, p. 95; et B. Bollecker-Stern, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973, p. 265 à 300.

demande avait été présentée[160]. Toutefois, ce facteur peut également s'avérer pertinent lorsqu'il s'agit d'autres formes de réparation. Ainsi, si un navire appartenant à un État est illégalement saisi par un autre État et que, pendant la durée de la saisie, il subit des avaries qui sont imputables à la négligence du capitaine, il pourra être simplement requis de l'État auteur qu'il rende le navire dans l'état endommagé dans lequel il se trouve. De même, la négligence ou un comportement délibéré peuvent aussi s'avérer pertinents dans le cas de certaines formes de satisfaction. La Commission a donc jugé approprié de traiter du rôle du comportement imprudent ou délibéré dans le contexte de l'article 6 *bis*. La rédaction qu'elle a adoptée à cette fin au paragraphe 2 de l'article s'accorde pleinement avec le principe selon lequel une réparation intégrale est due pour la totalité du dommage – mais rien qui aille au-delà du dommage – imputable au fait illicite. L'expression « la négligence ou... l'action ou omission délibérée... qui a contribué au dommage » est empruntée au paragraphe 1 de l'article VI de la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux. L'alinéa *b* du paragraphe 2 prévoit le cas où la négligence ou l'action ou l'omission délibérée d'un ressortissant de l'État lésé au nom duquel la demande est présentée a contribué au dommage. Une telle circonstance doit avoir des incidences sur le montant de la réparation à laquelle l'État lésé peut prétendre, l'idée étant que la situation d'un État qui fait sienne une demande ne doit pas être plus favorable que ne le serait celle de son ressortissant si celui-ci pouvait présenter sa demande lui-même.

8) D'autres considérations fondées sur l'équité peuvent être pertinentes s'agissant d'assurer la réparation intégrale, notamment dans les cas où les ressources financières de l'État auteur du fait illicite sont limitées, mais seulement dans la mesure où elles peuvent être conciliées avec le principe de l'égalité de tous les États au regard du droit et le principe correspondant de l'égalité des obligations juridiques de tous les États.

9) Le *paragraphe 3* énonce en substance le principe général selon lequel l'État qui a commis un fait internationalement illicite ne peut invoquer les dispositions de son droit interne pour s'abstenir de réparer intégralement. La notion de réparation doit s'entendre compte tenu du paragraphe 1, qui énonce le droit de l'État lésé d'obtenir une réparation intégrale. Le libellé du paragraphe 3 est calqué sur l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

10) Le paragraphe 3 traite des incidences du droit interne sur l'obligation de l'État qui a commis le fait internationalement illicite de procéder à réparation. Bien que les États n'aient généralement invoqué les dispositions de leur droit interne que dans le cas de demandes de restitution en nature, la question peut se poser en ce qui concerne d'autres formes de réparation et le présent article a donc été rédigé en conséquence.

11) Il convient tout d'abord de souligner que le paragraphe 3 ne concerne que les obstacles relevant du droit interne. La question de l'impossibilité juridique découlant du droit international lui-même intéresse la restitution en nature et elle est donc traitée à l'article 7. On est donc confronté à un problème de conflit entre deux exigences incompatibles : *a*) le principe selon lequel un État ne peut se dérober à ses obligations internationales en invoquant des règles de son propre système juridique (article 4 de la première partie du projet); et *b*) la difficulté factuelle à laquelle se heurte le gouvernement de l'État auteur devant un obstacle tenant aux règles de son système juridique interne, par lesquelles il est lié.

12) Bien qu'elle ne soit pas unanimement partagée[161], l'opinion doctrinale qui prévaut[162] estime que les difficultés découlant de son droit interne auxquelles un État se heurte dans l'exécution d'une obligation interna-

---

[160] Dans l'affaire du *Chemin de fer de la baie de Delagoa*, il avait été demandé aux arbitres de régler une réclamation dans le différend entre le Portugal d'une part et le Royaume-Uni et les États-Unis d'Amérique d'autre part au sujet de l'annulation de la concession d'une ligne de chemin de fer trente-cinq ans avant sa date d'expiration :

« Toutes ces circonstances qui peuvent être alléguées à la charge de la compagnie concessionnaire et à la décharge du Gouvernement portugais atténuent la responsabilité de ce dernier, et justifient [...] une réduction de la réparation à allouer. » [Sentence du 29 mars 1900 (Martens, *Nouveau Recueil*, 2e série, t. XXX, p. 329 et suiv., notamment p. 407).]

Dans l'affaire du vapeur *Wimbledon*, le refus de laisser le navire passer par le canal de Kiev ayant été jugé constituer une source de responsabilité, il restait à déterminer le montant de l'indemnité. Il n'y avait aucun doute quant à l'obligation de l'État auteur du fait dommageable de payer des dommages-intérêts pour le détour que le navire avait été forcé de faire en conséquence de ce refus. Toutefois, un doute s'est élevé quant au préjudice que représentait le fait que le navire était resté quelque temps au port de Kiev, avant de prendre une autre route (par Skagen). Implicitement, la Cour a admis qu'il fallait prendre en considération la conduite du capitaine du navire à cet égard comme une circonstance susceptible d'affecter le montant de l'indemnité. Donc, tout en confirmant la règle par le poids de son autorité, la Cour n'a pas cru cependant que la conduite du capitaine laissât rien à désirer. La Cour a déclaré :

« [...] pour ce qui concerne le nombre de jours, il paraît certain que le navire qui désirait faire reconnaître son droit était fondé à attendre, pendant un délai raisonnable, avant de poursuivre son voyage, le résultat des négociations diplomatiques entamées à ce sujet » (arrêt du 17 août 1923, *C.P.J.I. série A, n° 1*, p. 31).

On trouvera d'autres exemples dans C. D. Gray, *Judicial Remedies in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 25.

[161] Voir notamment M. B. Alvarez de Eulate, « La *restitutio in integrum* en la práctica y en la jurisprudencia internacionales », *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional* (Madrid), vol. 4, 1973, p. 269; K. Zemanek, « Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit und die Sanktionen des Völkerrechts », *in* H. Neuhold, W. Hummer et C. Schreuer, éd., *Österreichisches Handbuch des Völkerrechts*, Vienne, Manz, 1983, vol. I, p. 378; H. Urbanek, « Die Unrechtsfolgen bei einem völkerrechtsverletzenden nationalen Urteil; seine Behandlung durch internationale Gerichte », *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Vienne, Springer, 1961, vol. 11, n° 1, p. 70 et suiv.

[162] Voir notamment D. Anzilotti, *Cours de droit international*, tr. française de G. Gidel, d'après la 3e édition italienne, Paris, Sirey, 1929, p. 524; Ch. de Visscher « Le déni de justice en droit international », *Recueil des cours... 1935-II*, Paris, Sirey, 1936, vol. 52, p. 436 et 437; J. Personnaz, *La réparation du préjudice en droit international public*, Paris, Sirey, 1939, p. 83; et G. Morelli qui écrit :

« Une impossibilité qui résulterait du droit interne de l'État auteur du fait illicite n'est pas, à cet égard, pertinente en droit international général. » (*Nozioni di diritto internazionale*, 7e éd., Padoue, CEDAM, 1967, p. 359.)

Voir aussi G. Ténékidès, « Responsabilité internationale », dans Dalloz, *Répertoire du droit international*, Paris, 1969, t. II, p. 790; K. Strupp, « Das Völkerrechtliche Delikt », *Handbuch des Völkerrechts*, F. Stier-Stomlo, éd., Stuttgart, Kohlhammer, 1920, vol. III, 1re partie, p. 209 et 210; W. Wengler, *Völkerrecht*, Berlin, Springer, 1964, vol. I, p. 510; F. Berber, *Lehrbuch des Völkerrechts*, Munich, C. H. Beck, 1977, t. III, 2e éd. rév., p. 25; et Graefrath, *loc. cit.* (*supra* note 159), p. 78.

tionale dans le cadre de ses relations avec un ou plusieurs autres États ne revêtent pas (au moins en tant que telles) un caractère décisif en tant que justification juridique du défaut de s'acquitter de cette obligation. La Commission estime que ce principe général, universellement accepté en matière d'obligations internationales découlant de règles primaires, s'applique également aux obligations internationales découlant de règles secondaires. Cette opinion est confortée par le fait que les États ont recours au droit conventionnel de manière à exclure, à modifier ou à restreindre le jeu de la réparation dans les cas où une forme spécifique de réparation pourrait entraîner des difficultés d'une certaine importance pour l'autre État. À cet égard, les articles suivants revêtent une particulière importance : l'article 32 de l'Acte général révisé pour le règlement pacifique des différends internationaux du 28 avril 1949[163]; l'article 50 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950 et l'article 30 de la Convention européenne pour le règlement pacifique des différends de 1957. Ces dispositions permettent aux États contractants de rejeter une demande de réparation si celle-ci s'oppose à leur droit constitutionnel ou de limiter les demandes de réparation à celles qui peuvent être satisfaites par voie administrative[164]. Le fait que les États jugent nécessaire de se mettre expressément d'accord pour empêcher que des mesures de restitution n'affectent gravement les principes fondamentaux du droit national semble indiquer qu'ils estiment que, au niveau du droit international général, la nécessité pour l'État auteur de s'acquitter de ses obligations doit l'emporter sur les obstacles juridiques internes.

13) Cette conclusion se trouve confirmée par la pratique des États et des décisions internationales. On peut citer, par exemple, le différend survenu entre le Japon et les États-Unis d'Amérique (1906) à propos des politiques discriminatoires de l'administration de l'État de Californie, en ce qui concerne l'accès des enfants d'origine asiatique aux établissements d'enseignement[165]; le Japon eut gain de cause et obtint la révision de la législation californienne[166]. Un autre exemple est fourni par le différend relatif au *paragraphe 2 de l'Article 61 de la Constitution de Weimar* (Constitution du Reich du 11 août 1919)[167], pour lequel il a fallu un amendement constitutionnel pour que l'Allemagne s'acquitte pleinement de l'obligation résultant pour elle de l'article 80 du Traité de Versailles. On peut également citer l'affaire *Crenner-Erkens* (1961), dans laquelle deux diplomates belges avaient été arrêtés et détenus par la police katangaise, puis expulsés. Les arrêtés d'expulsion furent annulés à la suite des protestations du vice-doyen du corps diplomatique à Léopoldville[168]. On peut citer également l'affaire de l'*Université Peter Pázmány*, dans laquelle la CPJI a décidé que les biens immobiliers réclamés devaient être restitués « libérés de toutes mesures de disposition, d'administration forcée ou de séquestre »[169], et celle du *Statut juridique du Groënland oriental* dans laquelle la CPJI a jugé que la déclaration d'occupation promulguée par le Gouvernement norvégien, en date du 10 juillet 1931, ainsi que toutes mesures prises à cet égard par ce même gouvernement constituaient une infraction à l'état juridique existant et, par conséquent, étaient illégales et non valables[170].

14) Il est toutefois vrai que, dans plusieurs cas, les tribunaux arbitraux ont invoqué la situation interne de l'État auteur du fait illicite pour refuser certaines formes de réparation. Ainsi, dans l'affaire *Walter Fletcher Smith*, l'arbitre, tout en faisant valoir que la restitution ne pouvait pas être considérée comme inappropriée, s'est prononcé pour une indemnisation, « dans l'intérêt des parties et du public »[171]. De même, dans l'affaire de la *Compagnie grecque des téléphones* (1935), le tribunal arbitral, tout en ordonnant la *restitutio*, a déclaré que l'État auteur pouvait à la place verser une indemnisation « pour d'importantes raisons d'intérêt public »[172]. Une indemnisation avait également été acceptée – à la place de la *restitutio* qui avait été décidée initialement – dans le différend *Dame Mélanie Lachenal*[173], la Commission de conciliation franco-italienne ayant reconnu que la *restitutio* entraînerait des difficultés de procédure interne. Plus récemment, dans l'affaire *AMINOIL*[174], les parties sont convenues que le rétablissement du *statu quo ante*, par suite de l'annulation du contrat de concession par un

Il convient de mentionner également certains projets d'articles codifiant les règles qui régissent la responsabilité internationale, rédigés par des organisations ou des conférences de droit international, parmi lesquels on peut citer le projet de code de droit international adopté en 1926 par la branche japonaise de l'Association du droit international et la Kokusaiho Gakkwai (Association de droit international du Japon) [art. 5] (reproduit dans *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 146, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe II); le projet de convention relatif à la « responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers », préparé par la Harvard Law School en 1929 (art. II) [reproduit dans *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 229, doc. A/CN.4/96, annexe 9]; le projet d'articles sur la responsabilité des États en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers, adopté en première lecture par la Troisième Commission de la Conférence pour la codification du droit international, tenue à La Haye en 1930 (art. V) [SDN, doc. C.351(c).M.145(c).1930.V; ibid., p. 226, annexe 3]; et le projet de convention sur la responsabilité des États pour les dommages causés sur leur territoire à la personne et aux biens des étrangers, préparé par la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht en 1930 (art. 9, par. 2) [reproduit dans *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 156, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe VIII].

[163] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 71, p. 101.

[164] Voir P. A. Bissonnette, *La satisfaction comme mode de réparation en droit international* (thèse, Université de Genève), Annemasse, Imprimerie Grandchamp, 1952, p. 20. De telles dispositions sont « clairement destinées à protéger le régime juridique interne d'ingérence extérieure » [Graefrath, *loc. cit.* (*supra* note 159), p. 78].

[165] Voir RGDIP, Paris, 1907, t. 14, p. 636 et suiv.

[166] Voir R. L. Buell, « The development of the anti-Japanese agitation in the United States », *Political Science Quarterly* (New York), vol. 37, 1922, p. 620 et suiv.

[167] Voir *British and Foreign State Papers, 1919*, vol. 112, p. 1094.

[168] RGDIP, Paris, 1961, t. 65, p. 813.

[169] *Appel contre une sentence du Tribunal arbitral mixte hungaro-tchécoslovaque (Université Peter Pázmány)*, arrêt du 15 décembre 1933, *C.P.J.I. série A/B, n° 61*, p. 208.

[170] Arrêt du 5 avril 1933, *C.P.J.I. série A/B, n° 53*, p. 22.

[171] Nations Unies, *Recueil*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 913 et suiv., notamment p. 918.

[172] Voir J. G. Wetter et S. M. Schwebel, « Some little known cases on concessions », *The British Year Book of International Law, 1964*, vol. 40, p. 216 et suiv., notamment p. 221.

[173] Décision n° 172 du 7 juillet 1954 de la Commission de conciliation [Nations Unies, *Recueil*, vol. XIII (numéro de vente : 64.V.3), p. 130 et 131].

[174] Arbitrage entre le Koweït et l'American Independant Oil Company (Aminoil), voir ILM, vol. 21, n° 1, janvier 1982, p. 976 et suiv., notamment p. 982.

décret du Gouvernement koweïtien, serait de toute manière impossible. Mais la Commission aurait plutôt tendance à considérer ces décisions comme étant fondées sur un fardeau excessif ou sur la disproportion entre le dommage causé et le fardeau représenté par un mode spécifique de réparation plutôt que sur les obstacles découlant du droit interne.

15) Il est indéniable que le système juridique d'un État, qui est intimement lié à son régime politique, économique et social, peut très fréquemment influer sur l'application effective de diverses formes de réparation. Néanmoins, cela ne signifie aucunement que le droit international général admet qu'une forme de réparation, quelle qu'elle soit, soit subordonnée au système juridique national de l'État auteur ou aux exigences que ce système vise à satisfaire. Tout État qui entend s'acquitter de ses obligations internationales, secondaires aussi bien que primaires, doit veiller à ce que son droit interne, qui ne peut pas être invoqué à l'encontre de l'application des règles de droit international, permette de satisfaire aux exigences découlant de ces règles. Bien entendu, un État a le droit de préserver son système politique, économique ou social de toute tentative illicite d'atteinte à sa souveraineté ou à sa compétence interne de la part d'autres États. Néanmoins, il ne peut en même temps prétendre que les dispositions de son droit interne constituent des obstacles juridiques l'empêchant de s'acquitter d'une obligation internationale de fournir une forme donnée de réparation. Du point de vue du droit international, les obstacles juridiques découlant du droit national sont, à strictement parler, des obstacles de fait. Ils ne sauraient être considérés comme des obstacles véritablement juridiques au même titre que ceux découlant des règles de droit international.

16) La Commission examinera dans quelle mesure les exceptions au droit de l'État lésé d'obtenir la restitution en nature, qui sont énoncées aux alinéas *b* à *d* de l'article 7, peuvent aussi s'appliquer aux autres formes de réparation énumérées à l'article 6 *bis*.

Article 7.— Restitution en nature

L'État lésé est en droit d'obtenir de l'État qui a commis un fait internationalement illicite la restitution en nature, c'est-à-dire le rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis, dès lors et pour autant qu'une telle restitution en nature :

***a*) n'est pas matériellement impossible;**

***b*) n'entraîne pas la violation d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général;**

***c*) n'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage que l'État lésé gagnerait en obtenant la restitution en nature plutôt que l'indemnisation; ou**

***d*) ne menace pas sérieusement l'indépendance politique ou la stabilité économique de l'État qui a commis le fait internationalement illicite, alors que l'État lésé ne serait pas affecté dans la même mesure s'il n'obtenait pas la restitution en nature.**

Commentaire

1) La restitution en nature est le premier des modes de réparation dont dispose un État lésé par un fait internationalement illicite.

2) Cette notion n'a pas de définition uniforme. Selon une définition, la restitution en nature consisterait à rétablir le *statu quo ante*, c'est-à-dire la situation qui existait avant la survenance de l'acte illicite, de manière à rétablir le rapport entre les parties dans son état originaire[175]. Selon une autre définition, la restitution en nature est un moyen d'établir ou de rétablir la situation qui existerait ou qui aurait existé si l'acte illicite n'avait pas été commis[176]. La première définition envisage la réparation en nature en soi et au sens strict, en écartant l'indemnisation éventuellement due à la partie lésée en réparation de la perte subie pendant la période qui s'est écoulée entre le moment où le fait illicite a été commis et le moment où la mesure corrective est prise. En revanche, la seconde définition englobe dans la notion de restitution en nature non seulement le rétablissement du *statu quo ante (restitutio in pristinum)*, mais également le dédommagement par intégration. Ainsi qu'il ressort de la définition donnée dans la phrase liminaire de l'article 7, la Commission a opté pour la fonction purement restitutive de la restitution en nature qui, outre qu'elle est la plus communément admise dans la doctrine, a pour avantage de se limiter à l'évaluation d'une situation de fait, sans viser à la reconstitution théorique de la situation qui aurait existé si le fait illicite n'avait pas été commis. Elle l'a fait en considérant que, en vertu du paragraphe 1 de l'article 6 *bis*, l'État lésé est en tout état de cause en droit d'obtenir « une réparation intégrale » pour le préjudice subi par suite d'un fait internationalement illicite et que, comme le précise au même paragraphe l'expression « sous une ou plusieurs des formes de réparation », la restitution en nature et l'indemnisation peuvent être combinées. En d'autres termes, la Commission considère que la restitution devrait se limiter au rétablissement du *statu quo ante* (qui peut être clairement déterminé), sans préjudice d'une éventuelle indemnité pour le *lucrum cessans*.

3) La restitution en nature est le mode de réparation le plus conforme au principe général du droit de la responsabilité selon lequel l'État auteur est tenu d'« effacer » toutes les conséquences juridiques et matérielles de son fait illicite en rétablissant la situation qui aurait existé si le fait illicite n'avait pas été commis; à ce titre, elle prime tout autre mode de réparation *lato sensu* et, en par-

[175] Au nombre des tenants de cette définition figurent Ch. de Visscher, « La responsabilité des États », *Biblioteca Visseriana*, Leyde, 1924, vol. II, p. 118; Bissonnette, *op. cit.* (*supra* note 164); A. Verdross, *Völkerrecht*, 5e éd., Vienne, Springer, 1964, p. 399; K. Zemanek, « La responsabilité des États pour faits internationaux illicites ainsi que pour faits internationaux licites », *Responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1987, p. 68; et K. Nagy, « The problem of reparation in international law », *Questions of International Law: Hungarian Perspectives*, H. Bokor-Szego, éd., Budapest, Akadémiai Kiadó, 1986, vol. 3, p. 178.

[176] À cette définition souscrivent notamment Anzilotti, *op. cit.* (*supra* note 162), p. 524; E. Jiménez de Aréchaga, « International responsibility », *Manual of Public International Law*, Max Sorensen, éd., Londres, Macmillan, 1968, p. 565; et Graefrath, *loc. cit.* (*supra* note 159), p. 77.

ticulier, la réparation par équivalent[177]. La primauté logique et chronologique de la restitution en nature est confirmée avant tout par la pratique, non seulement par l'application que la CPJI avait faite de cette règle dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*[178], mais également dans les affaires où les États et les organes arbitraux n'avaient opté pour la réparation par équivalent qu'après avoir constaté de manière plus ou moins explicite que la *restitutio* ne pouvait être opérée pour telle ou telle raison[179]. Deuxièmement, et c'est plus important, la primauté de la restitution en nature est confirmée par le comportement des parties. Bien que conscientes des difficultés que pourrait impliquer la restitution en nature et parfois de l'improbabilité d'obtenir ce mode de réparation, les parties l'ont souvent préférée à la réparation par équivalent[180]. Cela étant, il serait inexact d'un point de vue théorique et pratique de définir la restitution en nature comme le mode de réparation inconditionnellement ou invariablement idéal ou le plus approprié auquel il faut recourir dans tous les cas et en toutes circonstances. La réparation la plus appropriée ne peut se déterminer que cas par cas en vue de parvenir à la satisfaction la plus complète possible de l'intérêt qu'a l'État lésé à l'« effacement » de toutes les conséquences dommageables du fait illicite, dans le strict respect, bien entendu, des droits de l'État auteur. Il arrive assez souvent que les parties conviennent, ou que l'État lésé choisisse, de remplacer, totalement ou partiellement, la restitution en nature par une indemnité. Il n'est au demeurant nullement contradictoire de reconnaître, d'une part, que la réparation par équivalent est le mode de réparation le plus fréquent et de dire, d'autre part, que la réparation en nature, justement dénommée *naturalis restitutio*, est le tout premier mode de réparation à rechercher en vue de rétablir la situation d'origine ou la situation qui existerait si l'infraction n'était pas intervenue. La souplesse avec laquelle la restitution en nature doit être envisagée dans ses rapports avec les autres modes de réparation ne remet nullement en cause la primauté qu'il convient d'accorder à cette forme de réparation en tant que conséquence la plus directe ou immédiate du principe de base rappelé plus haut.

4) C'est ce souci de souplesse qui a présidé à la formulation de la phrase liminaire de l'article 7, laquelle reconnaît un droit à l'État lésé et subordonne l'exécution de l'obligation de restitution en nature à une demande de l'État lésé dans ce sens.

5) Le lien entre cette obligation de restitution en nature et l'obligation originaire, primaire, à la charge de l'État auteur (ainsi que le droit originaire correspondant de l'État lésé) est quelque peu controversé. Selon une doctrine, ladite obligation ne serait pas tant l'un des modes de réparation — et, à ce titre, l'un des aspects du lien nouveau résultant du fait illicite — que l'« effet » continu de la relation juridique initiale[181]. En revanche, selon

---

[177] Voir, dans ce sens, Personnaz, *op. cit.* (*supra* note 162), p. 83; P. Reuter, « Principes de droit international public », *Recueil des cours... 1961-II*, Leyde, Sijthoff, 1962, vol. 103, p. 596; Ténékidès, *loc. cit.* (ibid.), p. 790, par. 82; Nagy, *loc. cit.* (*supra* note 175), p. 173; H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Londres, Longmans, Green, 1927, p. 149; Bissonnette, *op. cit.* (*supra* note 164), p. 19; G. Schwarzenberger, *International Law*, 3e éd., Londres, Stevens, 1957, vol. I, p. 656 et 657; Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.* (*supra* note 176), p. 567; Graefrath, *loc. cit.* (*supra* note 159), p. 77; Alvarez de Eulate, *loc. cit.* (*supra* note 161), p. 283; G. Dahm, *Völkerrecht*, Stuttgart, Kohlhammer, 1961, t. III, p. 233.

[178] La Cour avait décidé au sujet de cette usine que l'État auteur avait l'obligation « de la restituer et, si cela n'[était] pas possible, d'en payer la valeur à l'époque de l'indemnisation destinée à remplacer la restitution devenue impossible », et que « l'impossibilité constatée par un accord des parties de restituer l'usine de Chorzów ne saurait donc avoir d'autre effet que celui de remplacer la restitution par le paiement de la valeur de l'entreprise » [arrêt du 13 septembre 1928 (*supra* note 140), p. 48].

Il faut cependant mentionner une tendance jurisprudentielle différente, qui conteste toute primauté ou priorité de la *naturalis restitutio*. Un exemple en est l'arrêt rendu par la Cour permanente d'arbitrage dans l'affaire de l'*Indemnité russe*, dans laquelle la Cour, pour reprendre les termes de Jiménez de Aréchaga « a essayé de limiter la réparation à raison de violations du droit international à l'indemnisation monétaire » [*loc. cit.* (*supra* note 176), p. 566], en déclarant que :

« [...] toutes les fautes, quelle qu'en soit l'origine, finissent par être évaluées en argent et transformées en obligation de payer; elles aboutissent toutes, ou peuvent aboutir, en dernière analyse, à une dette d'argent » [sentence du 11 novembre 1912 (Russie *c.* Turquie), Nations Unies, *Recueil*, vol. XI (numéro de vente : 61.V.4), p. 440].

Dans la mesure où cette opinion est antérieure à l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, on peut considérer qu'elle a été réformée par la CPJI.

[179] Voir, à cet égard, les affaires suivantes : réclamations concernant l'affaire *Biens britanniques au Maroc espagnol* [sentence du 1er mai 1925 (Royaume-Uni *c.* Espagne), Nations Unies, *Recueil*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 621 à 625 et 651 à 742]; *Propriétés religieuses* expropriées par le Portugal (sentence du 4 septembre 1920 [ibid., vol. I (numéro de vente : 1948.V.2), p. 7 et suiv.]); *Walter Fletcher Smith* [ibid., vol. II (*supra* note 171), p. 918]; et le différend *Héritiers Lebas de Courmont*, décision n° 213 du 21 juin 1957 de la Commission de conciliation franco-italienne [ibid., vol. XIII (numéro de vente : 64.V.3), p. 764].

[180] On se rappellera la demande initiale de l'Allemagne dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* (voir *supra* note 140); la demande de la Grèce dans l'affaire des *Forêts du Rhodope central* [Nations Unies, *Recueil* (*supra* note 141), p. 1407]; la demande du Royaume-Uni dans le *Différend pétrolier mexicain* (voir B. A. Wortley, « The Mexican oil dispute 1938-1946 », *The Grotius Society: Transactions for the Year 1957*, Londres, vol. 43, p. 27); la requête du Royaume-Uni dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* en vue d'obtenir l'annulation de la nationalisation de la compagnie et de la « rétablir dans l'état où elle se trouvait avant la loi [iranienne du 1er mai 1951] sur la nationalisation du pétrole » (*C.I.J. Mémoires, Anglo-Iranian Oil Co.*, p. 124 et arrêt du 22 juillet 1952, *C.I.J. Recueil 1952*, p. 93); et la réclamation de la Belgique dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, selon laquelle l'État auteur doit être tenu « en principe et premièrement à l'effacement des conséquences des activités illicites de ses autorités par la remise des choses en l'état *(restitutio in integrum)* » [*C.I.J. Mémoires, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (nouvelle requête : 1962)*, vol. I, p. 183, par. 373].

Sont également importantes, bien qu'elles n'émanent pas d'États, les requêtes introduites contre le Gouvernement libyen par des sociétés étrangères nationalisées dans le but de faire annuler les mesures de nationalisation et rétablir la situation antérieure.

[181] Avancée pour la première fois par G. Balladore Pallieri (« Gli effetti dell'atto illecito internazionale », *Rivista di Diritto Pubblico*, Rome, série II, 23e année, 1re partie, 1931, p. 64 et suiv.), cette opinion semblerait avoir été reprise récemment par Ch. Dominicé (« Observations sur les droits de l'État victime d'un fait internationalement illicite », *Droit international 2*, Paris, Pedone, 1982, p. 25 à 31). De l'avis de ces deux auteurs, la *restitutio in integrum* différerait des diverses formes ou modalités que l'on assigne généralement à la réparation au sens large, parce que l'indemnisation pécuniaire (dommages-intérêts) et la satisfaction répondraient aux exigences de la situation nouvelle résultant du préjudice matériel ou moral subi par l'État lésé — situation indépendante de la relation juridique initiale affectée par le fait illicite —, tandis que la *restitutio in integrum* resterait conforme à la relation juridique qui existait avant la survenance du fait illicite, à savoir un droit appartenant à l'une des parties et une obligation à la charge de l'autre, cette relation survivant intacte (sans novation ni altération) à l'infraction.

l'opinion majoritaire[182], que la Commission partage, la restitution en nature est l'une des formes d'une obligation secondaire de réparer au sens large — obligation qui, pour reprendre les termes d'un auteur, « ne se substitue donc pas à l'obligation primaire du rapport juridique fondamental [...] mais [...] s'ajoute seulement à l'obligation originaire, du fait de la non-exécution de celle-ci, comme conséquence ou résultat de la non-exécution de l'obligation originaire »[183]. Cette démarche, qui préserve l'idée que l'obligation originaire survit à l'infraction, est conforme à la position de la Commission, laquelle considère la cessation et la restitution en nature comme deux remèdes distincts à la violation d'obligations internationales.

6) La doctrine fait généralement une distinction, selon le type de préjudice donnant lieu à réparation, entre la *restitutio* matérielle et la *restitutio* légale ou juridique. Comme exemples de restitution matérielle on peut citer la remise en liberté d'un individu incarcéré ou la remise à un État d'un individu qui a été arrêté sur son territoire[184], la restitution de navires[185] ou d'autres types de biens[186], y compris des documents, des oeuvres d'art, voire des sommes d'argent[187]. Le terme « restitution juridique » est employé dans le cas où l'exécution de la restitution requiert ou suppose la modification d'une situation juridique, soit dans le cadre du système juridique de l'État auteur, soit dans le cadre des relations juridiques internationales entre l'État auteur et un ou plusieurs autres États. Les hypothèses de restitution juridique sont l'abrogation, l'annulation ou la modification d'une disposition constitutionnelle ou législative promulguée en violation d'une règle du droit international[188], l'annulation d'un acte administratif ou d'une décision judiciaire pris illégalement à l'encontre de la personne ou des biens d'un étranger[189] et l'annulation d'un traité[190].

---

[182] Défendue par exemple par Reuter [*loc. cit.* (*supra* note 177), p. 595] dans les termes suivants :

« Sans doute la mise en cause de la responsabilité fait bien naître une obligation nouvelle, celle de réparer, mais celle-ci consiste principalement à remettre les choses en état, *restitutio in integrum*, c'est-à-dire à assurer l'exécution la plus parfaite possible à l'obligation originaire. »

Dans le même ordre d'idées, Graefrath, après avoir rappelé que la *restitutio in integrum* vise à rétablir la situation qui aurait existé en l'absence de l'infraction, précise :

« Il s'agit là, en réalité, de l'obligation d'effacer les conséquences de la violation des droits. » [*Loc. cit.* (*supra* note 159), p. 77.]

[183] Cepelka, *op. cit.* (*supra* note 159), p. 18.

[184] Pour des exemples de restitution matérielle portant sur des personnes, voir notamment les affaires du « *Trent* » (1861) et du « *Florida* » (1864), concernant toutes deux l'arrestation d'individus à bord de navires, dans Moore, *Digest*, vol. VII, p. 768 et suiv. et p. 1090 et 1091, et affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, dans laquelle la CIJ a exigé du Gouvernement iranien la libération immédiate de toutes les personnes [ressortissants des États-Unis d'Amérique] détenues en otage en Iran (*supra* note 142).

[185] Comme dans l'affaire du « *Giaffarieh* » (1886), qui avait son origine dans la capture en mer Rouge par ce navire de guerre égyptien de quatre navires marchands du port de Massawa, battant pavillon italien. Le Ministre italien des affaires étrangères avait fait savoir au consul général d'Italie au Caire que « l'acte commis par le *Giaffarieh* constituait une déprédation arbitraire, et [que l'Italie avait] le droit d'exiger, outre une indemnisation pour les dommages encourus, la restitution ou le remboursement de tout ce qui avait été saisi » [*La prassi italiana*, 1re série, vol. II, p. 901 et 902].

[186] L'affaire du *Temple de Préah Vihéar* constitue un exemple de restitution matérielle d'objets : dans son arrêt du 15 juin 1962 (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 6 et suiv., notamment p. 36 et 37), la CIJ s'est prononcée en faveur du Cambodge qui demandait notamment la restitution de certains objets que les autorités thaïlandaises avaient enlevés du temple et de la zone avoisinante. Il y a aussi l'affaire *Aloisi* (1881), intervenue lors du conflit entre le Chili et le Pérou, qui avait trait à la saisie de biens appartenant à des marchands italiens par les autorités militaires chiliennes occupant la ville péruvienne de Quilca (voir *La prassi italiana*, 1re série, p. 867 et 868). Rappelons encore un certain nombre d'affaires où la Commission de conciliation franco-italienne instituée par le Traité de paix de 1947 avait décidé la restitution, notamment celle de l'*Hôtel Métropole* [décision n° 65 du 19 juillet 1950, Nations Unies, *Recueil*, vol. XIII (numéro de vente : 64.V.3), p. 219], le différend *Ottoz* [décision n° 85 du 18 septembre 1950 (ibid., p. 240)] et le différend *Dame Hénon* [décision n° 109 du 31 octobre 1951 (ibid., p. 249)]. Étant donné, cependant, que ces décisions découlent de dispositions conventionnelles relatives à la restitution d'objets, on peut se demander à bon droit si elles s'appliquent aux fins de déterminer la teneur d'une règle de droit commun ou de droit coutumier.

[187] Entre autres exemples, on retiendra : l'affaire du « *Macedonian* » (1863), dans laquelle le Roi des Belges, Léopold Ier, choisi comme arbitre, décida « que le Gouvernement du Chili [devait] restituer à celui des États-Unis les trois cinquièmes des 70 400 piastres ou dollars saisis », plus 6 % d'intérêts, c'est-à-dire la somme confisquée à un ressortissant américain par des insurgés chiliens (Lapradelle-Politis, t. II, p. 182 et suiv., notamment p. 204); l'affaire du « *Presto* » (1864), dans laquelle le Ministre italien des affaires étrangères, reconnaissant que les services douaniers de Licata avaient imposé par erreur le paiement d'un droit au navire norvégien le « *Presto* », avait ordonné la restitution de la somme indûment perçue (*La prassi italiana*, 1re série, p. 878 et 879); et l'affaire *Emanuele Chiesa* (1884), dans laquelle le Gouvernement chilien avait restitué, avec les intérêts, la somme dont le paiement avait été imposé à un ressortissant italien, accusé arbitrairement de collaboration avec le Pérou, durant le conflit entre le Chili et le Pérou (ibid., p. 899 et 900). On trouve de nombreux autres exemples dans la pratique des commissions mixtes de réclamations : voir notamment les affaires *Turnbull* et *Orinoco Company* [Nations Unies, *Recueil*, vol. IX (numéro de vente : 59.V.5), p. 26 et suiv.]; l'affaire de la *Compagnie générale des asphaltes de France* (ibid., p. 389 et suiv.), l'affaire *Palmarejo and Mexico Gold Fields* [ibid., vol. V (numéro de vente : 1952.V.3), p. 298 et suiv.]; l'affaire de la *Società Anonima Michelin Italiana* [ibid., vol. XIII (numéro de vente : 64.V.3), p. 625]; et l'affaire Wollemborg [ibid., vol. XIV (numéro de vente : 65.V.4), p. 291].

Les actions peuvent également faire l'objet d'une *restitutio*. Dans l'affaire des *Chemins de fer de Buzau-Nehoiasi* entre l'Allemagne et la Roumanie, par exemple, la sentence rendue le 7 juillet 1939 par le tribunal arbitral prévoyait la restitution à une société allemande (Berliner Handels-Gesellschaft) de 1 196 actions de la Société anonyme roumaine du Chemin de fer de Buzau-Nehoiasi, suite à la demande formulée par le Gouvernement allemand à cet effet [ibid., vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1839].

[188] Mention peut être faite dans ce contexte de l'abrogation du *paragraphe 2 de l'Article 61 de la Constitution de Weimar* (Constitution du Reich du 11 août 1919), qui, en violation du Traité de Versailles du 28 juin 1919, prévoyait la participation de représentants de l'Autriche au Reichsrat allemand; à la suite des protestations de la France, l'Allemagne avait abrogé la disposition [*loc. cit.* (*supra* note 167), p. 1094].

[189] Dans l'affaire *Martini*, par exemple, le tribunal arbitral avait décidé (sentence du 3 mai 1930) que le Gouvernement vénézuélien était dans l'obligation d'annuler l'arrêt de la Cour fédérale et de cassation du Venezuela, laquelle avait résilié le contrat de concession ferroviaire et minière accordé à une société italienne [Nations Unies, *Recueil*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 973 et suiv.].

[190] Dans l'affaire du *Traité Bryan-Chamorro*, El Salvador demandait que :

« [...] le décret approprié soit promulgué et fixe la situation juridique devant être maintenue par le Gouvernement nicaraguayen sur la matière faisant l'objet de la plainte, afin que les choses faisant l'objet du différend [fussent] préservées dans l'état où elles se trouvaient avant la conclusion et la ratification du Traité Bryan-Chamorro ».

Après s'être prononcée sur le statut juridique de la baie de Fonseca, la Cour centraméricaine décida ce qui suit :

« [...]

Troisièmement : [...] que par la concession d'une base navale dans le golfe de Fonseca, le Traité Bryan-Chamorro du 5 août 1914 menace la sécurité nationale d'El Salvador et viole ses droits de propriété conjointe dans ledit golfe [...];

7) La Commission n'a vu aucune nécessité de faire une place dans le texte de l'article 7 à la distinction doctrinale entre *restitutio* matérielle et *restitutio* juridique, que, du point de vue des rapports découlant d'un fait internationalement illicite, elle considère comme relative. En premier lieu, on ne conçoit guère de restitution — que ce soit d'un territoire, de personnes ou de biens meubles — devant être effectuée par un État qui n'implique que des opérations purement matérielles. Rendre un territoire illégalement occupé ou annexé, reculer une ligne de douanes illégalement avancée, rendre la liberté à une personne illégalement arrêtée ou détenue, ou réinstaller chez elles un groupe de personnes illégalement expulsées et expropriées suppose des mesures de caractère juridique prises à l'échelon constitutionnel, législatif, judiciaire ou administratif, ou à plusieurs de ces échelons à la fois. De ce point de vue, la *restitutio* a essentiellement un caractère juridique. La *restitutio* matérielle ne sera, en pareil cas, rien de plus que la traduction dans les faits de dispositions juridiques. Sauf de rares exceptions comme le cas banal de gardes frontière ayant pénétré par mégarde et sans intention de nuire en territoire étranger, ou encore celui d'un diplomate rudoyé par un agent de police lors d'un embouteillage (deux cas qui ne mériteraient probablement pas la qualification de fait internationalement illicite), il semblerait assez difficile d'imaginer des cas de *restitutio* internationale purement matérielle. En pratique, toute restitution internationale en nature consistera essentiellement en une *restitutio* juridique en vertu du droit de l'État auteur, accompagnant ou précédant la *restitutio* matérielle[191]. En second lieu, il ne faut pas oublier que, du point de vue du droit international, conformément à la séparation généralement admise entre les systèmes juridiques, les règles de droit national, de même que les décisions administratives et judiciaires, doivent être considérées comme de simples faits. Il est utile de rappeler ici ce que la CPJI avait déclaré, à cet égard, quand elle avait eu à répondre à la question de savoir s'il lui appartenait de s'occuper, dans le cadre d'un arrêt international, d'un élément du droit interne d'un État :

> On pourrait se demander si une difficulté ne surgit pas du fait que la Cour devrait s'occuper de la loi polonaise du 14 juillet 1920. Tel ne semble cependant pas être le cas. Au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives. La Cour n'est certainement pas appelée à interpréter la loi polonaise comme telle; mais rien ne s'oppose à ce qu'elle se prononce sur la question de savoir si, en appliquant ladite loi, la Pologne agit ou non en conformité avec les obligations que la Convention de Genève lui impose envers l'Allemagne[192].

8) La Commission conclut que, dans la mesure où la distinction entre *restitutio* matérielle et *restitutio* juridique est utile dans le système juridique national de l'État auteur, elle ne fait que souligner la diversité des opérations que les institutions dudit État doivent faire pour que la restitution en nature ait lieu. Un premier ensemble d'actions, que l'on peut regrouper sous la catégorie de *restitutio* matérielle, comprend les actions des organes de l'État qui, du point de vue du droit interne, n'exigent pas de modification d'ordre juridique. Un second groupe d'actions comprendrait celles des organes législatifs, administratifs ou judiciaires, qui ont un effet juridique du point de vue du droit interne de l'État auteur et en l'absence desquelles la restitution ne pourrait être réalisée. Il s'ensuit qu'en règle générale, la *restitutio* matérielle et la *restitutio* juridique ne doivent pas être considérées comme des formes de réparation différentes, mais comme des aspects distincts d'une seule et même forme de réparation.

9) Dans l'hypothèse où la *restitutio* ne présente que des aspects juridiques internationaux (et non purement nationaux), la distinction pourrait apparaître plus importante, étant donné que l'opération juridique nécessaire comporterait la modification d'une relation, d'une situation ou d'une règle internationale. Tel serait le cas si, par exemple, la *restitutio* par l'État auteur A en faveur de l'État lésé B comportait l'annulation d'un traité avec un État C, ou encore si la *restitutio* par l'État A à l'État B comportait la renonciation à une demande ou l'annulation ou le retrait d'un acte unilatéral. Dans ce contexte, la question se pose de savoir dans quel sens et dans quelles conditions la décision d'une tierce partie (d'un organe international permanent ou ad hoc) pourrait opérer directement — par la modification ou l'annulation de situations, décisions ou règles juridiques — une forme quelconque de *restitutio* juridique dans le cadre du droit national de l'État auteur ou dans celui du droit international lui-même. S'agissant du droit national, on trouve effectivement dans la doctrine des références aux « invalidités » ou « nullités » qui, en vertu du droit international, frappent certains actes administratifs ou judiciaires ou des

Quatrièmement : que ledit traité viole les articles II et IX du Traité de paix et d'amitié conclu par les États d'Amérique centrale à Washington, le 20 décembre 1907;

Cinquièmement : que le Gouvernement nicaraguayen est dans l'obligation, en employant pour cela tous les moyens possibles prévus par le droit international, de rétablir et de maintenir la situation juridique qui existait avant le Traité Bryan-Chamorro entre les États plaideurs en ce qui concerne les questions considérées dans la présente action [...] » [*Anales de la Corte de Justicia centroamericana*, San José (Costa Rica), vol. VI, n°s 16 à 18 (décembre 1916-mai 1917), p. 7; AJIL, Washington (D.C.), vol. 11, 1917, p. 674 et suiv., et plus précisément p. 683 et 696].

Autre exemple, dans l'affaire du *Statut juridique du Groënland oriental*, le Danemark concluait sa requête en demandant à la CPJI de dire et juger que :

> « la promulgation de l'occupation susmentionnée ainsi que toute mesure prise à cet égard par le Gouvernement norvégien constitu[ai]ent une infraction à l'état juridique existant, et, par conséquent, [étaient] illégales et non valables » [arrêt du 5 avril 1933 (*supra* note 170), p. 23].

La Cour décida :

> « que la déclaration d'occupation promulguée par le Gouvernement norvégien en date du 10 juillet 1931, ainsi que toutes mesures prises à cet égard par ce même gouvernement, constituent une infraction à l'état juridique existant, et, par conséquent, sont illégales et non valables » (ibid., p. 75).

[191] On peut rappeler comme exemple d'affaire où l'élément juridique et l'élément matériel sont étroitement liés celle de l'*Université Peter Pázmány*, où la CPJI avait décidé, en rejetant l'argument de la Tchécoslovaquie (selon lequel, sur la base du Traité de Trianon du 4 juin 1920, il n'y avait pas de fondement à la restitution) :

> « *b*) que le Gouvernement tchécoslovaque [devait] restituer à l'Université royale hongroise Peter Pázmány de Budapest les biens immobiliers qu'elle [réclamait], libérés de toutes mesures de disposition, d'administration forcée ou de séquestre, et dans l'état où ils se trouvaient avant l'application de ces mesures » [*Appel contre une sentence...* (voir *supra* note 169), p. 249].

Il est évident que, dans cette affaire, la *restitutio* supposait à la fois des actes juridiques et des actes matériels.

[192] Affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise* (fond), arrêt du 25 mai 1926, *C.P.J.I. série A, n° 7*, p. 19.

dispositions législatives ou constitutionnelles[193]. Dans la pratique, l'affaire du *Statut juridique du Groënland oriental*[194] est l'exemple le plus connu de recours à des notions semblables. La Commission est d'avis que tout ce que le droit international — et les organismes internationaux — peuvent normalement faire ou sont habilités à faire en ce qui concerne les actes, dispositions et situations juridiques internes, c'est de les déclarer contraires à des obligations internationales et, comme tels, sources de responsabilité internationale, et d'affirmer en outre qu'il y a une obligation de réparation, cette réparation requérant, le cas échéant, l'invalidation ou l'annulation d'actes de droit interne par l'État auteur lui-même[195]. Quant à savoir s'il est possible à un tribunal international d'annuler directement des règles, actes, transactions ou situations juridiques internationaux aux fins de réparation sous la forme d'une *restitutio* en nature[196], la Commission incline à répondre par l'affirmative, mais elle observe que les effets des décisions des tribunaux internationaux étant normalement limités aux parties, tous actes ou situations dont les effets vont au-delà des relations bilatérales entre les parties ne peuvent être modifiés ou annulés que par les États eux-mêmes, sauf si les instruments pertinents en disposent autrement.

10) Le droit qu'a l'État lésé à la restitution en nature n'est pas illimité. Il est soumis aux exceptions énumérées aux alinéas *a* à *d* de l'article 7. Le membre de phrase « dès lors et pour autant qu'une telle restitution en nature », qui précède l'énumération des exceptions, précise bien que, si la restitution en nature n'est que partiellement exclue dans le cas de l'une quelconque de ces exceptions, la fraction qu'il est possible d'en assurer est due.

11) La première exception à la restitution en nature est son impossibilité, qui est avant tout une impossibilité factuelle ou matérielle, laquelle est traitée à l'*alinéa* a. Dans le cas de la restitution matérielle, l'impossibilité totale ou partielle dérive du fait que la nature de l'événement et de ses effets dommageables a rendu la *restitutio* physiquement impossible[197]. Tel peut être le cas si l'objet à restituer a péri, s'il s'est irrémédiablement détérioré ou s'il s'est produit une altération de la situation de fait qui rend la *restitutio* physique impossible. Il s'agit de façon tout à fait évidente de la conséquence de l'adage : « À l'impossible, nul n'est tenu ».

12) Une deuxième exception, visée à l'*alinéa* b, a trait au cas où la restitution en nature trouve un obstacle dans une norme impérative du droit international. Comme on l'a déjà noté, la question générale de l'impossibilité juridique d'opérer la restitution recouvre l'impossibilité découlant d'obstacles juridiques internationaux et l'impossibilité découlant d'obstacles de droit interne. Ce dernier aspect a été traité à l'article 6 *bis*[198], puisque, ainsi qu'il est indiqué au paragraphe 10 du commentaire de cet article, la question peut se poser à propos de n'importe quelle forme de réparation, même si, dans la pratique, elle s'est ordinairement présentée à propos de la restitution en nature. En ce qui concerne l'impossibilité découlant d'obstacles juridiques internationaux, l'alinéa *b* du présent article lui confère une portée restreinte, limitée au cas où la restitution en nature violerait une norme impérative du droit international. Dans les autres cas d'une impossibilité juridique « découlant du droit international », il n'y a pas vraiment « impossibilité » d'exécuter l'obligation juridique de procéder à la restitution en nature. L'impossibilité découle plus précisément de la relativité des situations internationales. Il est clair que, si l'État tenu à la *restitutio* doit pour y procéder manquer à l'une de ses obligations internationales vis-à-vis d'un État « tiers », cela n'affecte pas réellement la relation de responsabilité liant l'État auteur à l'État lésé habilité à demander la *restitutio* d'une part et à l'État « tiers » de l'autre.

13) Dans ce contexte, la Commission a examiné la question de la relation entre la règle générale qui place l'État auteur dans l'obligation de fournir une *restitutio in integrum* et la notion de compétence nationale. Elle est parvenue à la conclusion que cette notion ne saurait ni ne

---

[193] Voir, par exemple, F. A. Mann, « The consequences of an international wrong in international and municipal law », *The British Year Book of International Law, 1976-1977*, vol. 48, p. 5 à 8.

[194] Voir *supra* note 170.

[195] Dans le même esprit, Graefrath indique :

« En général, cependant, l'élimination d'un acte contraire au droit international nécessite une action nouvelle, étant donné que l'illicéité, en droit international, n'implique généralement pas invalidité en droit interne. » [*Loc. cit.* (*supra* note 159), p. 78.]

[196] Ce qui pourrait se rapprocher le plus d'une restitution juridique internationale réalisée directement par décision judiciaire semble être l'arrêt rendu dans l'affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex* (*C.P.J.I. série A/B, n° 46*, arrêt du 7 juin 1932, p. 96). La CPJI, après avoir décidé, en se fondant sur l'article 1er du compromis d'arbitrage conclu entre la Suisse et la France, que l'article 435, al. 2, du Traité de Versailles, « n'a pas abrogé et n'a pas pour but de faire abroger les stipulations » des instruments internationaux antérieurs touchant « la structure douanière et économique » des deux zones, a conclu (s'agissant de la question qui lui était soumise au titre de l'article 2 du compromis) :

« Sur les questions visées à l'article 2, alinéa premier, du compromis :

« Que le Gouvernement français doit reculer sa ligne de douanes conformément aux stipulations desdits traités et actes, ce régime devant rester en vigueur tant qu'il n'aura pas été modifié par l'accord des parties. » (Ibid., p. 172.)

Bien que la Cour n'ait pas expressément indiqué que sa décision comportait, pour la France, une obligation de *restitutio*, l'obligation de reculer la ligne des douanes implique à l'évidence, outre la cessation d'une situation qui n'est pas conforme au droit international, le rétablissement du *statu quo ante*, ce qui constitue l'aspect essentiel de la *restitutio*.

[197] Les auteurs sont unanimes à noter que « la notion d'impossibilité physique ou matérielle ne pose pas de difficulté : il est évident qu'aucune restitution *in integrum* ne peut être accordée si, par exemple, un navire saisi illégalement a sombré » [Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.* (*supra* note 176), p. 566] ou si l'objet est définitivement perdu ou détruit [Balladore Pallieri, *loc. cit* (*supra* note 181), p. 720] ou, comme l'a suggéré Salvioli, « s'il n'y en a pas d'autres de la même espèce » [*loc. cit.* (*supra* note 159) p. 237]. Alvarez de Eulate parle de « situations irréversibles » et formule quelques hypothèses : « le défaut d'identité entre la situation originelle et l'état actuel, en particulier du fait du passage du temps [...]; la disparition ou la destruction des biens » [*loc. cit.* (*supra* note 161), p. 268-269]. On trouvera un point de vue semblable dans D. P. O'Connell, *International Law*, 2e éd., Londres, Stevens, 1970, vol. II, p. 1115, et Schwarzenberger, *op. cit.* (*supra* note 177), p. 655 et 658. On trouvera également mention de l'impossibilité matérielle ou physique dans la jurisprudence, en particulier après l'affaire de l'*Usine de Chorzów* (voir *supra* note 140).

[198] Aux termes du paragraphe 3 de l'article 6 *bis*, l'État auteur ne peut pas se prévaloir des dispositions de son droit interne pour s'abstenir de réparer intégralement.

devrait remettre en question une quelconque autre obligation (primaire ou secondaire) découlant du droit international. L'existence même d'une obligation internationale exclut qu'il puisse y avoir atteinte à la compétence d'un État quand celui-ci est requis de se conformer à cette obligation. En ce qui concerne en particulier le droit interne de l'État auteur, il ne faut pas oublier qu'il n'existe pratiquement pas de règle internationale dont l'observation n'ait de répercussion sur le droit interne de l'État qui est lié par cette règle. L'idée que la compétence nationale, et le principe de la non-intervention dans celle-ci, puisse entrer en conflit, de quelque façon que ce soit, avec l'obligation de fournir une restitution en nature ou tout autre mode de réparation ou, du reste, la simple cessation ou la suspension du comportement illicite semble découler d'une confusion entre, d'une part, le droit de l'État lésé d'obtenir la *restitutio* (ou toute autre forme de réparation) en raison d'un droit fondamental et, d'autre part, le droit d'un État lésé « qui n'a pas obtenu satisfaction » de prendre des mesures pour obtenir la cessation et/ou une réparation. À la différence du droit fondamental à la cessation ou la réparation, ces mesures doivent être sujettes, sauf dans le cas de certains crimes à déterminer, aux limites de la compétence nationale. En d'autres termes, le respect de la compétence nationale est une condition de la légalité d'une décision d'un État ou d'un organe international. Il n'est pas et ne saurait, à l'évidence, être une condition de la légalité d'une règle ou obligation juridique internationale.

14) La troisième exception à laquelle est soumis le droit d'obtenir la *restitutio*, qui fait l'objet de l'*alinéa* c, repose sur l'équité et le caractère raisonnable et vise à réaliser un équilibre équitable entre la charge que devra supporter l'État auteur pour assurer la restitution en nature et l'avantage que l'État lésé gagnerait en obtenant réparation sous cette forme précise plutôt que celle d'une indemnisation. Elle trouve confirmation tant dans la doctrine que dans la pratique. De fait, un certain nombre d'auteurs soutiennent que, même si le rétablissement du *statu quo ante* ou de la situation qui aurait existé si le fait illicite ne s'était pas produit était matériellement et/ou juridiquement impossible, il ne serait, pour reprendre l'expression de l'un d'entre eux, « pas raisonnable de faire droit à une demande de *restitutio in integrum*, si ce mode de réparation devait imposer une charge disproportionnée à l'État coupable et si le tort pouvait être réparé par une indemnisation pécuniaire »[199]. On retrouve une démarche analogue au paragraphe 3 de l'article 9 du projet de convention sur la responsabilité des États pour les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens d'étrangers, établi en 1930 par la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht[200], qui est ainsi conçu :

3. Le rétablissement de la situation ne peut être exigé lorsque cette demande est abusive et, en particulier, lorsque ledit rétablissement serait une source de difficultés disproportionnées avec les intérêts de la personne lésée.

L'alinéa *c* est pareillement fondé sur une comparaison entre la situation de l'État auteur et celle de l'État lésé. La Commission n'ignore pas que, pour certains auteurs, c'est la charge imposée à l'État auteur et la gravité du fait illicite que l'on devrait comparer[201]. Envisagée dans cette perspective, la limite que constitue une charge trop onéreuse serait plus ou moins importante selon la dimension qualitative et quantitative du fait illicite du chef duquel la réparation est demandée. En effet, dans le cas des faits illicites les plus graves, tels l'agression ou le génocide, il serait inéquitable que l'effort de réparation incombant à l'État auteur — y compris précisément la restitution en nature la plus complète — soit considéré comme excessif par rapport à la violation commise par cet État. C'est là une question que la Commission examinera à fond lorsqu'elle analysera les conséquences juridiques des crimes internationaux.

15) On peut considérer que cette exception, telle qu'elle est formulée à l'alinéa *c*, sous-tend un certain nombre de sentences arbitrales, en particulier celles visées au paragraphe 12 du commentaire de l'article 6 *bis*. Il convient aussi de mentionner dans ce contexte l'affaire des *Forêts du Rhodope central*, dans laquelle l'arbitre, tout en admettant qu'en principe la *restitutio* serait préférable, l'avait estimée moins réalisable que l'indemnisation, nonobstant les difficultés que celle-ci soulèverait également[202].

16) L'expression « hors de toute proportion » signifie clairement que l'État auteur du fait illicite n'est déchargé de son obligation d'assurer la restitution que s'il existe une grave disproportion entre la charge que ce mode de réparation lui imposerait et l'avantage que l'État lésé en tirerait. La Commission n'ignore pas que, en pratique, il peut se révéler difficile, d'une part, de comparer la charge imposée à l'État auteur par la restitution en nature et l'avantage qu'aurait l'État lésé à obtenir la restitution au lieu d'une indemnisation et, d'autre part, de peser l'avantage que l'État lésé tirerait de la restitution en nature et celui que lui procurerait l'indemnisation. Cela dit, en pratique, les États intéressés parviendront normalement à s'entendre sur la question, qui sera donc réglée par consensus. S'il était nécessaire de recourir en dernier ressort au règlement par une tierce partie, il faudrait parvenir à un équilibre équitable entre les intérêts antagonistes en jeu en s'appuyant sur les faits.

17) L'*alinéa* d prévoit que la restitution en nature ne s'impose pas impérativement à l'État auteur si elle est de nature à menacer sérieusement son indépendance politique et sa stabilité économique, alors que le fait de ne pas obtenir la restitution en nature n'entraînerait pas d'effet

[199] J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Leyde, Sijthoff, 1973, vol. VI, p. 744. Une position analogue a été adoptée par Personnaz, *op. cit.* (*supra* note 162), p. 89 et 90; et Nagy, *loc. cit.* (*supra* note 175), p. 177.

[200] Reproduit dans *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 155, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe VIII.

[201] Selon Personnaz, par exemple, « on ne doit pas exiger de l'auteur de l'acte dommageable un trop grand effort, disproportionné avec la gravité de son manquement » [*op. cit.* (*supra* note 162), p. 89 et 90]. Dans le même esprit, l'article 7 du projet de traité sur la responsabilité de l'État pour faits illicites internationaux, établi en 1927 par Karl Strupp, dispose :

« L'État lésé ne jouit pas d'une liberté de choix illimitée en ce qui concerne la réparation. Celle-ci ne peut être ni d'une gravité disproportionnée par rapport au dommage initial ni d'un caractère humiliant. »

(Reproduit dans *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 157, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe IX.)

[202] Voir *supra* note 141.

comparable pour l'État lésé. Le texte implique que, si les termes de la comparaison sont égaux, l'intérêt de l'État lésé l'emporterait, et la restitution en nature devrait être assurée. La Commission n'ignore pas que l'alinéa *d* se rapporte à des situations très exceptionnelles et présente sans doute plus d'intérêt rétrospectivement qu'à l'heure actuelle, essentiellement en raison de l'importance croissante des accords bilatéraux relatifs aux investissements. Le domaine de l'investissement étranger, auquel il a principalement trait, a beaucoup évolué — sous l'influence notamment d'un certain nombre de résolutions très importantes de l'Assemblée générale[203]. La Commission conclut que toute disposition concernant l'indemnisation est en fait liée au contenu de la règle primaire et de ses conditions plutôt qu'au contenu de la règle secondaire de la réparation. Toutefois, dans la mesure où la question est pertinente dans le cadre des règles dites « secondaires », la Commission estime que la nature et le quantum de la réparation sont avant tout fonction du caractère légal ou illégal de la nationalisation. Sont légales les nationalisations qui remplissent les deux conditions fondamentales que sont l'intérêt public et la non-discrimination. Sont illégales les nationalisations qui ne remplissent pas ces deux conditions. Contrairement à la nationalisation illégale, qui appelle une réparation intégrale (c'est-à-dire restitution en nature et indemnisation), la nationalisation légale appellerait une indemnisation adéquate. La non-exécution de ces obligations constituerait bien entendu, en elle-même, un fait internationalement illicite.

Article 8. — Indemnisation

1. L'État lésé est en droit d'obtenir de l'État qui a commis un fait internationalement illicite une indemnisation pour le dommage causé par ce fait si, et dans la mesure où, le dommage n'est pas réparé par la restitution en nature.

2. Aux fins du présent article, l'indemnisation couvre tout dommage susceptible d'évaluation économique subi par l'État lésé et peut comprendre des intérêts et, le cas échéant, le manque à gagner.

Commentaire

1) L'indemnisation est le mode de réparation le plus souvent recherché à la suite d'un fait internationalement illicite. Comme la CPJI l'avait affirmé dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* (fond), il est « un principe de droit international que la réparation d'un tort peut consister en une indemnité [...] C'est même la forme de réparation la plus usitée »[204]. L'indemnisation n'est pas le seul mode de réparation consistant dans le paiement d'une somme d'argent : les dommages-intérêts symboliques ou les dommages-intérêts correspondant à la gravité du manquement, tous deux traités à l'article 10 relatif à la satisfaction, sont eux aussi de nature pécuniaire, mais ils remplissent une fonction distincte de celle de l'indemnisation, même si l'on considère qu'il y a une part de rétribution dans toute forme de réparation.

2) La distinction entre le paiement d'une somme d'argent à titre d'indemnisation et le paiement d'une somme d'argent à titre de sanction est généralement reconnue et fréquemment soulignée par les auteurs[205]. On trouve aussi des indications expresses dans le même sens dans la jurisprudence. Dans l'affaire du *« Lusitania »*, par exemple, le surarbitre s'était exprimé clairement en déclarant :

> La conception fondamentale des dommages-intérêts est la satisfaction, la réparation d'une *perte** subie, une *compensation** octroyée par voie judiciaire pour un préjudice. La réparation doit être proportionnelle au préjudice, de façon à ce que la partie lésée retrouve la totalité de ce qu'elle a perdu. Le fait d'imposer une amende du nom de dommages-intérêts en ajoutant comme qualificatifs les mots « à titre d'exemple, de vengeance ou de punition », est une confusion de termes regrettable, qui conduit inévitablement à une confusion de pensée [...][206].

Autre exemple, dans l'affaire de la *Responsabilité de l'Allemagne à raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Portugal ne participât à la guerre*, le tribunal arbitral avait différencié sans ambiguïté les conséquences du point de vue de la réparation des conséquences pénales de la conduite de l'Allemagne[207].

---

[203] Il est à peine nécessaire de rappeler des résolutions de l'Assemblée générale telles que les résolutions 1803 (XVII) du 14 décembre 1962 et 3171 (XXVIII) du 17 décembre 1973, relatives à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, la Déclaration concernant l'instauration d'un nouvel ordre économique international [résolution 3201 (S-VI) du 1er mai 1974] et la Charte des droits et devoirs économiques des États [résolution 3281 (XXIX) du 12 décembre 1974]. Sur le principe de l'autodétermination et le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles en rapport avec la question des nationalisations en droit international, voir R. Bystricky, « En marge de quelques problèmes de droit international en rapport avec la nationalisation socialiste», *VIe Congrès de l'Association internationale de juristes démocrates, Bruxelles, 22-25 mai 1956*, Bruxelles [s.d.], p. 15.

[204] Arrêt n° 13 du 13 septembre 1928, *C.P.J.I. série A, n° 17*, p. 27 et 28.

[205] Voir, par exemple, C. Eagleton, *The Responsibility of States in International Law*, New York, New York University Press, 1928 :

> « Le mode habituel de réparation, lorsque le rétablissement de l'état initial est impossible ou insuffisant, est le versement d'indemnités [...] On a coutume de dire que les dommages-intérêts fixés *doivent servir uniquement à indemniser le préjudice subi** et qu'ils ont donc un *caractère compensatoire plutôt que punitif** [...] » (p. 189).

Dans le même esprit, voir Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.* (*supra* note 176).

[206] Sentence du 1er novembre 1923 [Nations Unies, *Recueil*, vol. VII (numéro de vente : 1956.V.5), p. 32 et suiv., notamment p. 39]; tr. française dans Witenberg, t. I, p. 22 et suiv.

[207] Sentence du 30 juin 1930 (Portugal *c.* Allemagne) [Nations Unies, *Recueil*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 1035 et suiv.]. Le tribunal avait déclaré :

> « En sus de la réparation des dommages proprement dits, causés par les actes commis par l'Allemagne pendant la période de neutralité, le Portugal réclame une indemnité de deux milliards de marks-or en raison « de toutes les offenses à sa souveraineté et pour les attentats contre le droit international ». Il motive cette réclamation en exposant que l'indemnité qui sera accordée de ce chef « donnera la mesure de la gravité des actes pratiqués vis-à-vis du droit international et des droits des peuples », et « qu'elle aidera [...] à faire savoir que ces actes ne pourront impunément continuer à être pratiqués. Outre la sanction de la désapprobation par les consciences et par l'opinion publique internationale, ils auraient la sanction matérielle correspondante [...]. »

3) Pour formuler les règles régissant l'indemnisation, la Commission a été amenée à examiner la tendance naturelle des commissions et tribunaux arbitraux à s'inspirer des règles du droit privé, et en particulier du droit romain[208]. Elle a en même temps reconnu avec la majorité de la doctrine[209], qu'il était impossible, vu le nombre et la diversité des cas concrets, de trouver ou même de concevoir des règles très détaillées applicables mécaniquement et uniformément à tous les cas ou groupes de cas. Elle en a donc conclu que les règles relatives à l'indemnisation seraient nécessairement assez générales et souples, quand bien même elles pourraient être formulées de manière à inclure les droits de l'État lésé et les obligations correspondantes de l'État auteur du fait illicite.

4) Aux termes du *paragraphe 1*, l'État lésé est « en droit » d'obtenir de l'État qui a commis un fait internationalement illicite une indemnisation pour le dommage « causé » par ce fait, « si, et dans la mesure où, le dommage n'est pas réparé par la restitution en nature ». Cette notion de « droit », l'exigence d'un lien de causalité et la relation entre indemnisation et restitution en nature seront successivement analysées ci-après.

5) Comme tous les autres articles relatifs à la réparation, l'article 8 consacre un droit de l'État lésé et subordonne l'exécution de l'obligation d'indemniser à une demande en ce sens de la part de cet État.

6) L'exigence d'un lien de causalité entre le fait illicite et le dommage appelle de plus amples observations. Si cette exigence elle-même est universellement tenue pour acquise, la distinction entre les conséquences dont on peut considérer qu'elles découlent d'un acte illicite, et sont de ce fait indemnisables, et celles qui ne doivent pas être considérées comme telles et qui ne donnent donc pas lieu à indemnisation a énormément retenu l'attention, en doctrine comme en pratique. Il fut un temps où la question était examinée sous l'angle de la distinction entre le préjudice « direct » et le préjudice « indirect », mais cette approche devait susciter des doutes en raison de l'ambiguïté et du peu d'utilité de cette distinction[210]. Dans la doctrine internationale[211], l'expression « dommage indirect » a servi à justifier des décisions de ne pas accorder de dommages-intérêts, sans pour autant préciser quelle sorte de lien entre l'événement et le dommage justifierait pour ce dernier le qualificatif « indirect »[212]. Il est également intéressant de mentionner dans ce contexte deux déclarations de la Commission mixte de réclamations germano-américaine. La première déclaration, qui figure dans la décision rendue par la Commission dans l'affaire *South Porto Rico Sugar Company*[213], qualifie le terme « indirect » appliqué au dommage d'« impropre, inexact et ambigu », et la distinction entre dommage « direct » et dommage « indirect » de « souvent illusoire et fantaisiste ». La seconde déclaration, tirée de la décision administrative n° II de la Commission, en date du 1er novembre 1923, est la suivante :

> [...] Peu importe que le dommage ait été subi directement ou non, pourvu que la perte dont on se plaint soit clairement reliée, et sans solution de continuité, à l'acte de l'Allemagne [...][214].

7) Plus que le caractère direct du dommage, le critère est donc la présence d'un lien de causalité clair et ininterrompu entre l'acte illicite et le préjudice pour lequel des dommages-intérêts sont réclamés. Pour que le préjudice soit indemnisable, il est nécessaire qu'il soit lié à un acte illicite par une relation de cause à effet[215], et tel est le cas lorsque le déroulement normal et naturel des événements indique que le préjudice est une conséquence logique de l'acte illicite ou que l'auteur dudit acte aurait pu prévoir le dommage que son acte causerait. Bien que les conditions de normalité et de prévisibilité coexistent presque toujours (en ce sens qu'on aurait pu également prévoir que le dommage serait causé s'il était dans la norme)[216], l'importance respective que leur accorde la pratique varie. La prévisibilité prévaut dans la pratique judiciaire. Un exemple clair en est la sentence rendue dans l'affaire des *Colonies portugaises* (incident de Nau-

« Il résulte très clairement de cela qu'il ne s'agit pas, en réalité, d'une indemnité, de la réparation d'un préjudice matériel ni même moral, mais bien d'une sanction, d'une peine infligée à l'État coupable et inspirée, comme les peines en général, par les idées de rétribution, d'avertissement et d'intimidation. Or il est évident qu'en confiant à un arbitre le soin de fixer le montant des réclamations introduites pour ces actes commis pendant la période de neutralité les Hautes Parties contractantes n'ont pas entendu l'investir d'un pouvoir répressif. Non seulement le paragraphe 4 qui institue sa compétence est contenu dans la partie X du Traité, intitulée « Clauses économiques » tandis que c'est la partie VII qui traite des « sanctions » mais en outre il serait contraire aux intentions nettement exprimées des puissances alliées d'admettre qu'elles ont envisagé la possibilité de frapper l'Allemagne de peines pécuniaires en raison des actes qu'elle a commis, l'article 232, al. 1, portant expressément qu'elles reconnaissent que même la simple réparation des pertes proprement dites causées par elle dépasserait sa capacité financière. La sanction réclamée par le Portugal est donc en dehors à la fois des sphères des compétences des arbitres et du cadre du Traité. » (Ibid., p. 1076 et 1077.)

208 L'influence des règles du droit privé est reconnue par de nombreux auteurs, dont Nagy, *loc. cit.* (*supra* note 175), p. 178 et 179; Cepelka, *op. cit.* (*supra* note 159); L. Reitzer, *La réparation comme conséquence de l'acte illicite en droit international*, Paris, Sirey, 1938, p. 161 et 162; et Anzilotti, *op. cit.* (*supra* note 162), p. 524. Toutefois, ces deux derniers auteurs ne sont pas d'accord sur le statut des principes de droit interne tels qu'ils sont appliqués dans la jurisprudence internationale correspondante. Pour Anzilotti, les tribunaux internationaux, en faisant appel aux règles de droit privé, n'appliquent pas le droit interne en tant que tel; ils appliquent des principes juridiques internationaux calqués sur les principes ou les règles du droit interne. Reitzer, pour sa part, considère que les règles du droit privé ne font pas partie du droit international général.

209 Graefrath, *loc. cit.* (*supra* note 159), p. 101. Voir aussi Verzijl, *op. cit.* (*supra* note 199), p. 746 et 747; Eagleton, *op. cit.* (*supra* note 205), p. 191; Reitzer, *op. cit.* (*supra* note 208); et Gray, *op. cit.* (*supra* note 160), p. 33 et 34.

210 Voir Personnaz, *op. cit.* (*supra* note 162), p. 135; Eagleton, *op. cit.* (*supra* note 205), p. 199-202; Morelli, *op. cit.* (*supra* note 162), p. 365; Bollecker-Stern, *op. cit.* (*supra* note 159), p. 204-211; et Gray, *op. cit.* (*supra* note 160), p. 22.

211 L'affaire de l'« *Alabama* » est citée par A. Hauriou (« Les dommages indirects dans les arbitrages internationaux », RGDIP, Paris, t. 31, 1924, p. 209) comme l'application la plus remarquable de la règle excluant les dommages « indirects ».

212 Voir, dans ce sens, Anzilotti, *op. cit.* (*supra* note 162), p. 431; Hauriou, *loc. cit.* (*supra* note 211) et Reitzer, *op. cit.* (*supra* note 208), p. 180.

213 Il s'agit ici d'une des affaires relatives aux *Réclamations présentées pour remboursement de primes d'assurance contre les risques de guerre*, décision rendue par la Commission mixte de réclamations le 1er novembre 1923 (Witenberg, t. I, p. 66).

214 Ibid., p. 18.

215 Dans ce sens, Personnaz, *op. cit.* (*supra* note 162), p. 136; et Eagleton, *op. cit.* (*supra* note 205), p. 202 et 203.

216 Voir, par exemple, Salvioli, *loc. cit.* (*supra* note 159), p. 251, et Reitzer, *op. cit.* (*supra* note 208), p. 183.

lilaa)[217]. Les dommages causés au Portugal par la révolte de la population autochtone dans ses colonies avaient été imputés à l'Allemagne parce qu'on avait allégué que la révolte avait été déclenchée par l'invasion allemande. Le tribunal avait donc considéré que l'État responsable était tenu de réparer les dommages qu'il aurait pu prévoir, même si le lien entre le fait illicite et les dommages effectifs n'était pas réellement « direct ». Au contraire, il n'avait pas alloué de dommages-intérêts pour les dommages qui n'auraient pas pu être prévus :

[...] en effet, il ne serait pas équitable de laisser à la charge de la victime les dommages que l'auteur de l'acte illicite initial a prévus et peut-être même voulus, sous le seul prétexte que, dans la chaîne qui les relie à son acte, il y a des anneaux intermédiaires. Mais par contre tout le monde est d'accord que, si même on abandonne le principe rigoureux que seuls les dommages directs donnent droit à réparation, on n'en doit pas moins nécessairement exclure, sous peine d'aboutir à une extension inadmissible de la responsabilité, les dommages qui ne se rattachent à l'acte initial que par un enchaînement imprévu de circonstances exceptionnelles et qui n'ont pu se produire que grâce au concours de causes étrangères à l'auteur et échappant à toute prévision de sa part. [...][218].

8) Aux yeux de la Commission, il n'est pas juste d'exclure la prévisibilité des conditions nécessaires pour déterminer la causalité aux fins de l'indemnisation. Tout au plus peut-on dire que la possibilité, pour un homme raisonnable dans la situation de l'auteur du fait illicite, de prévoir le dommage offre une indication importante pour juger du caractère « normal » ou « naturel » qui paraît être un préalable indiscutable de la détermination du lien de causalité. La décision administrative n° II de la Commission mixte de réclamations germano-américaine mentionnée plus haut fournit une fois de plus un exemple utile de la manière dont le critère de la normalité est appliqué pour déterminer le lien de causalité :

[...] Peu importe le nombre des anneaux qui lient l'une à l'autre dans la chaîne des relations de cause à effet, pourvu qu'il n'y ait aucune brisure dans cette chaîne et que le dommage puisse être relié clairement, indiscutablement et définitivement à l'acte de l'Allemagne [...][219].

9) Le critère de la présomption de causalité appliqué quand les conditions de normalité et de prévisibilité sont remplies exige de plus amples explications. Tant dans la doctrine que dans la pratique judiciaire, on relève une tendance à assimiler le critère en question au principe de la *proxima causa* utilisé en droit privé. Brownlie, à propos de l'affaire *Dix*[220], dit que :

[...] Il y a des éléments qui indiquent que les tribunaux internationaux font une distinction analogue et tiennent ainsi les gouvernements pour responsables « seulement des conséquences immédiates et naturelles de leurs actes » et refusent « la réparation pour les conséquences lointaines, en l'absence de preuve d'une intention délibérée de causer un préjudice » [...][221].

À la suite de la désintégration, en 1978, du satellite soviétique porteur d'une source d'énergie nucléaire Cosmos-954 sur son territoire, le Canada a déclaré dans sa réclamation :

Pour calculer le montant de la réparation réclamée, le Canada a appliqué les critères pertinents établis par les principes généraux du droit international selon lesquels des indemnités équitables doivent être versées, en demandant seulement à être indemnisé des coûts raisonnables dont la cause immédiate est l'intrusion du satellite et le dépôt de débris et qui peuvent être calculés avec un degré de certitude raisonnable[222].

10) Il semble donc qu'un emploi non judicieux de l'adjectif « immédiate » (qualifiant la « cause ») pour indiquer le type de relation qui doit exister entre un acte illicite et un préjudice indemnisable ne soit pas dépourvu d'ambiguïté. Cet adjectif semblerait exclure totalement la possibilité d'être indemnisé des dommages qui, bien qu'ils soient liés à un fait illicite, n'en sont pas proches dans le temps ou dans la chaîne de causalité.

11) La Commission aurait donc tendance à considérer que le critère du lien de causalité devrait jouer comme suit :

a) Il devrait y avoir dédommagement intégral pour les préjudices dont la cause immédiate et exclusive est le fait illicite[223];

b) Il devrait y avoir dédommagement intégral pour les préjudices dont le fait illicite est la cause exclusive, même si ces préjudices sont liés à l'acte non de façon immédiate, mais par une série d'événements dont chacun est lié à l'autre de manière exclusive par une relation de cause à effet. Le lien de causalité doit donc être présumé non seulement lorsqu'on est en présence d'une relation de « causalité immédiate », mais aussi chaque fois que le dommage est lié à l'acte illicite par une chaîne d'événements qui, pour longue qu'elle soit, est ininterrompue.

12) Il faut envisager les cas où les préjudices ne sont pas causés exclusivement par un acte illicite, mais résultent également de causes concomitantes, parmi lesquelles l'acte illicite joue un rôle décisif mais non exclusif. Parmi eux figure la possibilité, déjà envisagée dans le cadre de l'article 6 *bis*, que le dommage soit partiellement dû à la négligence ou à une action ou omission délibérée de l'État lésé. Il y a aussi les hypothèses du concours de faits internationalement illicites de plusieurs États[224] et de l'intervention d'une cause indépendante étrangère à l'État auteur entraînant une aggravation du dommage qui sans elle aurait résulté de l'acte illicite.

---

[217] Décision du 31 juillet 1928 (Portugal *c.* Allemagne), Nations Unies, *Recueil*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 1011 et suiv., notamment p. 1031.

[218] Ibid., p. 1031.

[219] La Commission mixte avait ajouté :

« [...] Lorsque le dommage est éloigné, dans la suite des causes, de l'acte dont on se plaint, ce tribunal n'est pas qualifié pour chercher à démêler un réseau enchevêtré de causes et d'effets ou pour suivre, à travers un infernal labyrinthe de pensées confuses, diverses chaînes connexes et collatérales, dans le but de rattacher l'Allemagne à un dommage particulier. Toutes les pertes indirectes sont couvertes, à la condition toutefois qu'au point de vue juridique l'acte de l'Allemagne fût la cause directe et efficiente d'où elles ont découlé. Le critérium simple à appliquer dans tous les cas est le suivant : un national américain a-t-il prouvé avoir subi une perte susceptible d'être mesurée avec une exactitude raisonnable au moyen d'étalons pécuniaires, et l'acte de l'Allemagne peut-il en être tenu pour la cause directe ? » (Witenberg, t. I, p. 18.)

[220] Sentence rendue en 1903 par la Commission mixte de réclamations américano-vénézuélienne (A. Descamps et L. Renault, *Recueil international des traités du XXe siècle, 1903*, p. 386 et suiv.).

[221] J. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, première partie, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 224.

[222] ILM, vol. 18, 1979, p. 907, par. 23 de la réclamation.

[223] J. Combacau, « La responsabilité internationale », dans H. Thierry *et al.*, *Droit international public*, 4e éd., Paris, Montchrestien, 1984, parle en pareil cas d'une « causalité au premier degré, celle qui unit sans aucun intermédiaire le fait générateur au dommage » (p. 711).

[224] L'affaire de *Nauru*, actuellement en instance devant la CIJ, pourrait fournir des indications utiles à cet égard.

13) Les actions de tiers et les facteurs économiques, politiques et naturels ne sont que quelques-uns des innombrables éléments qui peuvent être les causes concomitantes d'un dommage[225]. En pareils cas, comme dans celui visé au paragraphe 2 de l'article 6 *bis*, il ne serait ni équitable ni conforme à une bonne application du lien de causalité de considérer que l'État auteur est tenu de réparer l'intégralité des dommages. La solution devrait consister à verser des dommages-intérêts, proportionnels à l'importance du préjudice susceptible d'être imputé à l'acte illicite et à ses effets, le montant à accorder devant être déterminé sur la base des critères de normalité et de prévisibilité[226]. Vu la diversité des situations possibles, la Commission n'a pas essayé de trouver des critères rigoureux s'appliquant à tous les cas ni d'indiquer les pourcentages à appliquer pour calculer les dommages accordés à l'encontre de l'État auteur dont le fait a été une des causes, décisive mais non exclusive, d'un préjudice subi par un autre État. Il serait absurde de songer à énoncer dans une formule universellement applicable les différentes hypothèses de la relation de causalité et de tenter de tracer une ligne de démarcation entre les dommages pour lesquels une réparation est due et les dommages pour lesquels une réparation n'est pas due. L'application des principes et critères examinés plus haut ne peut se faire qu'à la lumière des circonstances et des faits de la cause, et le pouvoir discrétionnaire des arbitres ou les talents diplomatiques des négociateurs devront jouer un rôle décisif dans la détermination de la mesure dans laquelle le préjudice est indemnisable. Cela est particulièrement vrai quand la chaîne de causalité entre l'acte illicite et le préjudice est particulièrement longue et que d'autres facteurs de causalité y interviennent[227].

14) La proposition finale du paragraphe 1 « si, et dans la mesure où, le dommage n'est pas réparé par la restitution en nature » éclaire la relation entre la restitution en nature et l'indemnisation comme modes de réparation. Malgré la « primauté » que lui confèrent l'équité et le principe général du droit de la responsabilité, la restitution en nature, très souvent, ne peut pas assurer une réparation complète : elle risque d'être partiellement ou entièrement exclue, soit par l'effet des alinéas *a* à *d* de l'article 7, soit parce que l'État lésé préfère obtenir réparation sous la forme d'une indemnité; elle risque aussi de ne pas suffire à assurer une réparation intégrale. L'indemnisation a pour rôle de combler les lacunes plus ou moins importantes que la restitution en nature, souvent insuffisante, laisse subsister dans la réparation.

15) Puisque les articles 7 et 8 consacrent tous deux un droit de l'État lésé, la Commission juge inutile, dans le cas d'une situation bilatérale, de prévoir expressément pour cet État la liberté de choisir entre restitution en nature et indemnisation. En même temps, la Commission est consciente d'une série de problèmes qui viennent se poser en cas de pluralité d'États lésés si ces États optent pour des formes de réparation différentes. Cette question est de celles qui ont toutes les chances de se poser chaque fois qu'il y aura plusieurs États également ou différemment lésés. Elle a des incidences en ce qui concerne les conséquences tant « substantielles » qu'« instrumentales » des faits internationalement illicites, et la Commission a l'intention d'y revenir en temps utile.

16) Le *paragraphe 2* de l'article 8 a trait au champ d'application de l'indemnisation. Celle-ci consistant dans le versement d'une somme d'argent qui remplace ou intègre la restitution en nature, c'est la réparation appropriée dans le cas d'un « dommage susceptible d'évaluation économique », c'est-à-dire d'un dommage qui peut s'évaluer en termes économiques. De ce fait, on considère généralement qu'elle tend à réparer le préjudice « matériel » subi par l'État lésé. Bien qu'exacte en un sens, cette description demande à être fortement nuancée. Il est vrai que l'indemnisation ne couvre pas d'ordinaire le dommage moral (non matériel) causé à l'État lésé, fonction normalement remplie par un autre mode de réparation, à savoir la satisfaction, visée à l'article 10. Il n'est pas vrai, en revanche, que l'indemnisation ne couvre pas le dommage moral causé à la personne des ressortissants ou agents de l'État lésé en tant

---

[225] L'affaire *Yuille, Shortridge and Co.* en est un exemple (sentence du 21 octobre 1861 (Grande-Bretagne *c.* Portugal) [Lapradelle-Politis, t. II, p. 78 et suiv.]). Dans cette affaire, une société anglaise d'exportation de vins immatriculée au Portugal avait été condamnée à tort par les tribunaux portugais après une procédure irrégulière. Le principal préjudice pour lequel la société cherchait à obtenir réparation était les frais exposés par elle au cours de la procédure. Le « préjudice accessoire » consistait dans la chute des ventes, du fait que les activités de la société avaient été partiellement paralysées. Résumant l'affaire, Hauriou [*loc. cit.* (*supra* note 211), p. 216] dit que :

« [...] la question était justement de savoir si la baisse du chiffre d'affaires avait pour cause unique le procès, ou si d'autres causes n'étaient pas entrées en concurrence. Dans l'espèce, il était manifeste que des circonstances étrangères avaient contribué à la diminution des bénéfices enregistrée par la Société. Les arbitres purent relever, par exemple, une crise dans la production vinicole, pendant les années 1839 à 1842, ainsi que des pertes provenant des mauvaises conditions dans lesquelles avaient été effectuées certaines consignations de vins.

« Dans cette hypothèse, par conséquent, les dommages qualifiés d'« indirects », en l'espèce la diminution des bénéfices de la Société, se présentent comme étant le résultat de causes différentes. Les unes se rattachent au déni de justice dont la société a été victime, mais les autres lui sont totalement étrangères. »

[226] Voir à ce propos Salvioli, *loc. cit.* (*supra* note 159), p. 203; Personnaz, *op. cit.* (*supra* note 162), p. 143; et Gray, *op. cit.* (*supra* note 160), p. 23.

[227] Comme l'observe Reitzer,

« [...] La causalité, c'est l'enchaînement d'un nombre infini de causes et d'effets : le préjudice subi est dû à la concurrence d'une multiplicité de faits et de phénomènes. Le juge international doit dire lesquels entre ces faits et phénomènes ont produit le dommage, d'après le cours ordinaire des choses, et lesquels lui sont, au contraire, étrangers. Il doit notamment décider si, selon le même critère de normalité, le dommage est ou n'est pas attribuable à l'acte incriminé. Cela nécessite un choix, une sélection, une appréciation, parmi les faits qui, pris en eux-mêmes, ont tous une valeur égale. Dans ce travail de sélection, l'arbitre est acculé à suivre ses propres lumières. C'est lui qui rompt la chaîne de causalité, afin d'y englober telle catégorie d'actes et d'événements et d'en exclure telle autre, guidé par sa seule sagesse et sa propre perspicacité. Toutes les fois, on le remarque, que l'arbitre ne trouve point d'indications utiles dans les précédents, sa liberté de jugement rebondit. » [*Op. cit.* (*supra* note 208), p. 184 et 185.]

À ce sujet, voir les remarques également pertinentes de Personnaz, pour qui :

« L'existence des rapports [de causalité] est une question de fait et doit être établie par le juge; il ne saurait être question de l'enfermer dans des formules, car c'est uniquement affaire d'espèces. » [*Op. cit.* (*supra* note 162), p. 129.]

Le même auteur poursuit en ces termes :

« C'est là une question qui ne peut pas être résolue par des principes, mais seulement à la lumière des faits de la cause et d'après des considérations d'espèce, pour l'examen desquels le juge disposera, sauf restrictions du compromis, d'un entier pouvoir d'appréciation. » (Ibid., p. 135.)

qu'êtres humains. L'ambiguïté vient de ce que le dommage moral causé à l'État lésé et le dommage moral subi par ses nationaux ou ses agents en tant qu'êtres humains font l'objet d'un traitement différent en droit international.

17) Les faits internationalement illicites les plus fréquents sont ceux qui causent un dommage à des personnes physiques ou morales ayant un lien avec l'État, qu'il s'agisse de simples ressortissants ou d'agents de cet État. Ce dommage, qui atteint internationalement l'État de manière directe, même si le préjudice est subi par ses ressortissants ou ses agents en tant qu'êtres humains, n'est pas toujours exclusivement matériel. Au contraire, il arrive souvent qu'il soit aussi, voire exclusivement, moral — et c'est un dommage moral dont l'indemnisation peut être légitimement demandée, au même titre que celle du dommage matériel.

18) L'un des principaux exemples jurisprudentiels est l'affaire du *« Lusitania »*, jugée en 1923 par la Commission mixte de réclamations germano-américaine[228], qui portait sur les conséquences du naufrage de ce paquebot britannique coulé par un sous-marin allemand. S'agissant du calcul de l'indemnité à accorder en chaque cas pour les pertes américaines subies à cette occasion, le surarbitre avait déclaré que le droit civil et la « common law » reconnaissaient tous deux que toute « atteinte à un droit privé » impliquait un dommage et en prévoyaient la réparation. Le surarbitre était d'avis que tout préjudice devait être évalué d'après des critères pécuniaires, citant Grotius selon qui « l'argent est la commune mesure des choses qui ont une valeur »[229]. Au sujet du décès des personnes, il soutint en particulier que la préoccupation du tribunal devait être de calculer le montant de l'indemnisation des préjudices suivants : perte des sommes

> *a*) que le décédé, s'il n'avait pas été tué, aurait probablement versées au réclamant; y ajouter *b*) la valeur pécuniaire qu'auraient représentée pour ce réclamant les services personnels du décédé dans le soin, l'éducation ou la direction du réclamant; y ajouter aussi *c*) *une indemnisation raisonnable pour la souffrance morale ou la commotion, s'il y a lieu, causée par la rupture violente d'affections de famille**, souffrances que *cette mort** a pu effectivement *causer** au réclamant. Le montant de ces estimations, réduit à sa valeur monétaire actuelle, représentera généralement la perte subie par le réclamant[230].

Laissant de côté les considérations du surarbitre concernant les dommages visés aux points *a* et *b*, on retiendra ici ce qu'il disait à propos des préjudices décrits au point *c*. Selon lui, le droit international donne le droit d'obtenir réparation pour une souffrance morale, une blessure d'ordre affectif, ou une humiliation, une honte, le déshonneur, la perte d'une position sociale, une atteinte au crédit ou à la réputation. De tels préjudices, déclara le surarbitre, sont des dommages très réels et

> [...] le seul fait qu'ils sont difficiles à mesurer ou à estimer en valeurs monétaires ne les rend pas moins réels et n'est pas une raison qui puisse empêcher une victime d'être indemnisée sous la forme de dommages et intérêts [...][231].

Cette indemnisation, ajouta le surarbitre, n'est pas une « amende ».

19) L'affaire du *« Lusitania »* ne doit pas être considérée comme une exception. Bien que le cas ne soit pas très fréquent, les tribunaux internationaux n'ont jamais manqué d'accorder une réparation pécuniaire lorsqu'ils l'estimaient nécessaire pour compenser le dommage moral subi par les particuliers[232]. Il ressort par conséquent de la pratique que les pertes morales (ou non patrimoniales) causées à des particuliers par un fait internationalement illicite doivent être réparées par voie d'indemnisation comme partie intégrante du dommage principal subi par l'État lésé. La Commission s'est néanmoins abstenue de prévoir expressément à l'article 8 l'indemnisation du dommage moral causé aux ressortissants de l'État lésé puisque ce dommage fait partie du préjudice matériel subi par cet État.

20) À la lumière de ce qui précède, l'expression « dommage susceptible d'évaluation économique » recouvre à la fois :

a) Le dommage causé au territoire de l'État en général, à son organisation au sens large du terme, à ses biens, dans le pays et à l'étranger, à ses installations militaires, locaux diplomatiques, navires, aéronefs, engins spatiaux, etc. (soit le dommage « direct » causé à l'État)[233]; et

b) Le dommage causé à l'État à travers la personne physique ou morale de ses ressortissants ou de ses agents (soit le dommage « indirect » causé à l'État)[234].

---

[228] Voir *supra* note 206.

[229] Witenberg, t. I, p. 24 et 25.

[230] Ibid., p. 25.

[231] Ibid., p. 33.

[232] On peut citer comme exemples l'affaire *Chevreau* [sentence du 9 juin 1931 (France *c.* Royaume-Uni), Nations Unies, *Recueil*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 1113 et suiv.], l'affaire *Gage* [sentence rendue en 1903 par la Commission mixte des réclamations américano-vénézuélienne, ibid., vol. IX (numéro de vente : 1959.V.5), p. 226 et suiv.] et l'affaire *Di Caro* [sentence rendue en 1903 par la Commission mixte des réclamations italo-vénézuélienne, ibid., vol. X (numéro de vente : 60.V.4), p. 597 et 598]. Dans cette dernière affaire, qui concernait le meurtre d'un commerçant italien au Venezuela, la Commission mixte des réclamations italo-vénézuélienne tint compte non seulement de la perte financière éprouvée par la veuve, mais aussi de la commotion qu'elle avait subie et de la perte de l'affection, du dévouement et de la compagnie de son mari (ibid., p. 598).

L'affaire des *Héritiers de Jean Maninat* offre un autre exemple évident d'indemnisation du dommage moral subi par un particulier [sentence rendue le 31 juillet 1905 par la Commission mixte des réclamations franco-vénézuélienne (ibid., p. 55 et suiv.)]. Rejetant la demande d'indemnisation du préjudice matériel (économique), dont il jugeait l'existence insuffisamment établie, le surarbitre accorda à la sœur de Jean Maninat, victime d'une agression, une somme d'argent à titre de réparation pécuniaire pour le décès de ce dernier. Il faut également citer l'affaire *Grimm*, jugée par le Tribunal des réclamations irano-américain, ou, du moins, la partie de la sentence de ce tribunal qui semble se rapporter aux dommages moraux et considérer en principe que ceux-ci peuvent faire l'objet d'une indemnisation (sentence du 18 février 1983, ILR, vol. 71, Cambridge, 1986, p. 650 et suiv., notamment p. 653).

[233] On trouve des exemples de dommage « direct » causé à l'État notamment dans l'affaire du *Détroit de Corfou* (fond), arrêt du 9 avril 1949, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 4, et dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* [*C.I.J. Recueil 1980* (voir *supra* note 142), p. 3]. Parmi les auteurs, voir en particulier Brownlie, *op. cit.* (*supra* note 221), p. 236 à 240.

[234] Le fait que le dommage subi par l'État à travers ses ressortissants — et on ajoutera à travers ses agents agissant en tant que personnes privées — est un dommage « direct » causé à l'État lui-même, bien qu'il soit fréquemment qualifié de dommage « indirect », est expliqué magistralement par Reuter :

> « [...] L'État moderne socialise tous les patrimoines privés par l'impôt, comme il socialise une partie des dépenses privées par la prise en charge des dépenses de santé ou d'une partie des risques attachés à l'existence humaine. D'une manière plus générale, il y a

21) Cette dernière catégorie de dommages englobe à la fois la perte d'ordre « patrimonial » subie par des personnes privées, physiques ou morales, et le dommage « moral » subi par ces personnes. Elle comprend aussi, *a fortiori*, le préjudice « personnel » causé auxdites personnes par l'acte illicite. Il s'agit, en particulier, de préjudices tels que la détention injustifiée ou toute autre restriction à la liberté, la torture ou autre préjudice physique causé à la personne, la mort, et ainsi de suite.

22) Les préjudices relevant de la seconde catégorie, dans la mesure où ils sont susceptibles d'être évalués en termes économiques, sont traités par la jurisprudence internationale et la pratique des États selon les règles et les principes applicables à l'indemnisation du dommage matériel causé à l'État. On constate, en fait, une tendance très nette à étendre à cette catégorie de préjudices « personnels » le traitement accordé aux dommages strictement « patrimoniaux ». La mort d'un particulier ressortissant de l'État concerné en est un exemple typique. La jurisprudence semble indiquer que, dans un tel cas, l'indemnité accordée est destinée à compenser la perte économique subie, du fait du décès, par la ou les personnes qui étaient en quelque sorte en droit de considérer l'existence du défunt comme une « source » de biens ou de services susceptibles d'une évaluation économique. Il convient de rappeler, à ce propos, les deux premières observations faites par le surarbitre dans l'affaire du « *Lusitania* », à savoir que le montant de l'indemnisation des préjudices subis en cas de décès devait être calculé sur la base des sommes : « *a*) que le décédé, s'il n'avait pas été tué, aurait probablement versées au réclamant » et de « *b*) la valeur pécuniaire qu'auraient représentée pour ce réclamant les services personnels du décédé dans le soin, l'éducation ou la direction du réclamant »[235]. C'est, de toute évidence, cette conception de la réparation que la CIJ avait adoptée dans l'affaire du *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni *c.* Albanie)[236]. La Cour avait fait droit à la demande d'indemnités présentée par le Royaume-Uni pour les décès survenus parmi le personnel naval et pour les blessures infligées à ce personnel et lui avait accordé une somme représentant « les dépenses résultant des pensions et indemnités allouées par lui aux victimes ou à leurs ayants droit, ainsi que des frais d'administration, de traitements médicaux, etc. »[237]. L'affaire du *Détroit de Corfou* montre que l'indemnisation est accordée, non seulement en cas de mort, mais aussi en cas de préjudice physique ou psychologique. Parmi les nombreuses affaires analogues, l'affaire *William McNeil*[238] est généralement considérée comme un exemple classique de cette conception des dommages « personnels ». Dans cette affaire, le préjudice personnel consistait en une longue et grave dépression nerveuse dont un ressortissant britannique avait souffert à la suite du traitement cruel et psychologiquement traumatisant que lui avaient infligé les autorités mexicaines pendant qu'il était en prison. La Commission de réclamations anglo-mexicaine déclara :

> [...] Il est facile de comprendre que ce traitement ait causé les graves troubles nerveux, dont tous les témoins ont fait état. Il est également évident que l'intéressé a dû mettre beaucoup de temps à surmonter suffisamment sa dépression nerveuse pour pouvoir reprendre son travail et qu'il a dû faire pour cela de très grosses dépenses[239].

23) Ayant noté qu'après son rétablissement McNeil avait exercé une profession assez lucrative, la Commission estima que « l'indemnité à accorder au réclamant [devait] tenir compte de sa situation et correspondre à l'étendue et à la gravité du préjudice personnel qu'il [avait] subi »[240]. Ce type de raisonnement a été parfois utilisé par les tribunaux dans des affaires où le préjudice personnel était causé par une détention illicite. Dans les cas de détention prolongée, en particulier, les tribunaux ont pu calculer le montant de l'indemnité sur la base de l'évaluation économique du dommage effectivement causé à la victime. C'est ce qui s'est passé, par exemple, dans l'affaire du « *Topaze* », réglée en 1903 par la Commission mixte des réclamations anglo-vénézuélienne. Compte tenu de la personnalité et de la profession des victimes privées, la Commission mixte décida d'accorder à chaque partie lésée une somme de 100 dollars par jour pour toute la période pendant laquelle elle avait été détenue[241]. La même méthode fut suivie dans l'affaire *Faulkner* par la Commission générale des réclamations américano-mexicaine, à cette différence près que, cette fois-là, le taux journalier de l'indemnité fut estimé à 150 dollars pour tenir compte de l'inflation[242].

24) Aux termes du paragraphe 2 de l'article 8, l'indemnisation « peut comprendre des intérêts ». L'expression montre bien qu'il n'y a ni droit automatique à des intérêts ni présomption en la matière en faveur de l'État lésé[243]. Cependant, la Commission reconnaît que l'allocation d'intérêts semble être la méthode la plus fréquente en cas de préjudice pour immobilisation temporaire du capital. Comme l'a dit un auteur :

---

désormais une véritable reprise par l'État de tous les éléments de la vie économique. Tous les biens et toutes les recettes, toutes les dettes et toutes les dépenses même d'un caractère privé sont repris en écriture dans une comptabilité nationale dont les enseignements sont un des instruments de la politique économique de tous les gouvernements et subissent ainsi son emprise.

« Aujourd'hui par conséquent on ne saurait plus dire que c'est par un mécanisme purement formel que les dommages subis par des particuliers sont attribués à l'État; économiquement, il en est bien ainsi : c'est la Nation représentée par l'État qui subit, au moins pour une part, la charge de toute perte subie en premier lieu par un particulier. » (« Le dommage comme condition de la responsabilité internationale », *Estudios de Derecho Internacional, Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, Madrid, Tecnos, 1979, vol. II, p. 841 et 842.)

[235] Les particuliers comprennent, outre les ressortissants de l'État, les agents de l'État dans la mesure où ils sont affectés dans leurs intérêts privés par le fait internationalement illicite.

[236] Arrêt du 15 décembre 1949 (fixation du montant des réparations), *C.I.J. Recueil 1949*, p. 244.

[237] Ibid., p. 249.

[238] Sentence rendue le 19 mai 1931 par la Commission des réclamations anglo-mexicaine [Nations Unies, *Recueil*, vol. V (numéro de vente : 1952.V.3), p. 164 et suiv.].

[239] Ibid., p. 168.

[240] Ibid.

[241] Nations Unies, *Recueil*, vol. IX (numéro de vente : 59.V.5), p. 387 et suiv., notamment p. 389.

[242] Sentence du 2 novembre 1926 [ibid., vol. IV (numéro de vente : 1951.V.1), p. 67 et suiv., notamment p. 71].

[243] La doctrine est divisée sur ce point. Certains auteurs contestent que le versement d'intérêts puisse faire l'objet d'une obligation internationale [voir, par exemple, D. Anzilotti, « Suggli effetti dell'inadempienza di obbligazioni internazionali aventi per oggeto una somma di danaro », *Rivista di diritto internazionale* (Rome), t. 7, 1913, p. 61; Strupp, *loc. cit.* (*supra* note 201), p. 212; P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, Genève, Georg, 1954, t. II, p. 73; et Morelli, *op. cit.* (*supra* note 162), p. 358]. D'autres sont d'avis contraire [par exemple A. de Lapradelle, commentaire sur l'affaire *Dundonald* [sentence du 6 octobre 1873 (Grande-Bretagne *c.* Brésil),

(Suite de la note page suivante.)

[...] les intérêts, expression de la valeur de l'usage de l'argent, ne sont pas autre chose qu'un moyen offert au juge de déterminer forfaitairement le préjudice qu'entraîne pour un créancier l'indisponibilité d'un capital pendant un laps de temps donné [...][244].

25) La pratique internationale semble favorable à l'allocation d'intérêts s'ajoutant au principal de l'indemnité. Le seul cas dans lequel un tribunal ait refusé d'allouer des intérêts pour des raisons de principe (et non en raison des faits de l'espèce) semble être l'affaire du « *Montijo* »[245]. Comme exemples de la jurisprudence prédominante, on peut citer l'affaire *Illinois Central Railroad Co.* c. *Mexique*[246], l'affaire *Lucas*[247], et la décision administrative n° III de la Commission mixte des réclamations germano-américaine, en date du 11 décembre 1923[248].

26) Conformément à l'opinion généralement admise qui veut que l'allocation d'intérêts dépende des faits de chaque espèce, la Commission considère que la fixation du *dies a quo* et du *dies ad quem* aux fins du calcul des intérêts, le choix du taux d'intérêt et l'allocation d'intérêts cumulés sont des questions à résoudre en fonction des particularités de chaque cas. Cette position lui paraît justifiée par la diversité des solutions proposées par la doctrine ou adoptées dans la pratique judiciaire. C'est donc au juge ou à la tierce partie chargée du règlement du différend qu'il reviendra de décider dans chaque cas s'il doit y avoir ou non versement d'intérêts, compte tenu du principe de la « réparation intégrale » qui est énoncé à l'article 6 *bis*.

27) Ce qui vient d'être dit s'applique également à l'indemnisation pour manque à gagner, même si le paragraphe 2 de l'article 8 tient compte, en ajoutant dans ce cas l'expression « le cas échéant », du fait que l'indemnisation du *lucrum cessans* n'est pas aussi universellement acceptée dans la doctrine et la pratique que la réparation du *damnum emergens*. En cas d'indemnisation pour manque à gagner, il ne semble pas que, pour la même période, des intérêts puissent être versés sur le capital auquel se rapporte le manque à gagner, pour la simple raison que le capital ne peut pas être au même moment producteur d'intérêts et théoriquement employé à produire des bénéfices. Toutefois, des intérêts seraient dus sur les bénéfices que le propriétaire initial aurait gagnés, mais dont il a été privé. Le but essentiel est en l'occurrence d'éviter le « cumul » dans tous les modes de réparation.

28) Les principaux problèmes que pose le *lucrum cessans* sont le rôle du lien de causalité et la juste évaluation du manque à gagner à indemniser, surtout dans le cas des actes illicites affectant des droits de propriété ou des entreprises industrielles ou commerciales en activité.

29) Sur le premier point, la doctrine prévalante, écartant notamment la thèse adoptée par la cour d'arbitrage dans l'affaire de l'« *Alabama* »[249] selon laquelle « les profits éventuels ne sauraient faire l'objet d'aucune compensation, puisqu'il s'agit de choses futures et incertaines »[250], considère que le juge n'a pas besoin, pour accorder une indemnisation, d'avoir la certitude que le préjudice dépend d'un acte illicite donné : il suffit — surtout pour ce qui est du *lucrum cessans* — qu'il puisse présumer que, dans le cours ordinaire et normal des choses, la perte identifiée ne se serait pas produite si le fait illicite n'avait pas eu lieu[251].

30) La plupart des décisions de justice semblent également favorables à l'idée que le *lucrum cessans* est en principe susceptible d'indemnisation. La sentence rendue dans l'affaire du « *Cape Horn Pigeon* »[252] en est un exemple classique. La Russie ayant admis sa responsabilité dans cette affaire, qui portait sur la saisie d'un baleinier américain, l'arbitre, à qui il ne restait qu'à fixer le montant de l'indemnisation, a décidé que cette indemnisation devait être suffisante pour couvrir non seulement le dommage réel déjà occasionné, mais aussi les profits dont la partie lésée avait été privée à cause de cette saisie. On trouve cependant des conclusions diamétralement opposées dans l'affaire du « *Canada* »[253] et dans l'affaire *Lacaze*[254]. Le *lucrum cessans* a également joué un rôle dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* (fond), où la CPJI a décidé que la partie lésée devait recevoir une indemnité correspondant à la valeur que les biens perdus avaient, non pas au moment de l'expropriation, mais au moment de l'indemnisation[255].

(Suite de la note 243.)

Lapradelle-Politis, t. III, p. 441 et suiv., notamment p. 456 et suiv.]; Salvioli, *loc. cit.* (*supra* note 159), p. 278 et 279; Ch. Rousseau, *Droit international public*, t. V, *Les rapports conflictuels*, Paris, Sirey, 1983, p. 13; P. Schoen, « Die völkerrechtliche Haftung der Staaten aus unerlaubten Handlungen », *Zeitschrift für Völkerrecht*, Breslau, Supplément 2 au tome X, 1917, p. 128 et 129; Personnaz, *op. cit.* (*supra* note 162), p. 186; Graefrath, *loc. cit.* (*supra* note 159), p. 98; et Nagy, *loc. cit.* (*supra* note 175), p. 182 et 183].

244 J. L. Subilia, *L'allocation d'intérêts dans la jurisprudence internationale* (thèse, Université de Lausanne), Lausanne, Imprimerie Vaudoise, 1972, p. 142.

245 Sentence du 26 juillet 1875 (États-Unis d'Amérique *c.* Colombie) [Lapradelle-Politis, t. III, p. 651 et suiv.].

246 Sentence du 6 décembre 1926 [Nations Unies, *Recueil*, vol. IV (numéro de vente : 1951.V.1), p. 134 et suiv.].

247 Sentence du 11 juillet 1957 (ILR, vol. 30, Londres, 1966, p. 220 et suiv.).

248 Nations Unies, *Recueil*, vol. VII (numéro de vente : 1956.V.5), p. 66 à 68.

249 Sentence du 14 septembre 1872 (États-Unis d'Amérique *c.* Grande-Bretagne) [Lapradelle-Politis, t. II, p. 713 et suiv.].

250 Ibid., p. 978.

251 Voir dans ce sens Salvioli, *loc. cit.* (*supra* note 159), p. 256 et 257; Bollecker-Stern, *op. cit.* (ibid.), p. 199; Reitzer, *op. cit.* (*supra* note 208), p. 188 et 189; Eagleton, *op. cit.* (*supra* note 205), p. 197 à 203; et Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.* (*supra* note 176), p. 569 et 570.

252 Sentence du 29 novembre 1902 (États-Unis d'Amérique *c.* Russie) [Nations Unies, *Recueil*, vol. IX (numéro de vente : 59.V.5), p. 63 et suiv.]. On trouve des conclusions analogues dans l'affaire du *Chemin de fer de la baie de Delagoa* (*supra* note 160); l'affaire du « *William Lee* » [sentence rendue le 27 novembre 1867 par la Commission mixte de Lima (États-Unis d'Amérique *c.* Pérou), Lapradelle-Politis, t. II, p. 282 et suiv.] et l'affaire *Yuille, Shortridge and Co.* (*supra* note 225).

253 Sentence du 11 juillet 1870 (États-Unis d'Amérique *c.* Brésil) [Lapradelle-Politis, t. II, p. 622 et suiv.].

254 Ibid., p. 634.

255 Voir *supra* note 140. La Cour a assorti sa décision des considérations suivantes :

« [...] Il y a donc lieu de faire abstraction, jusqu'à un certain point, des profits éventuels, car ils se trouveront être compris dans la valeur hypothétique ou réelle de l'entreprise au moment actuel. Si, cependant, de la réponse que les experts donneront [...] il devait résulter qu'après compensation des déficits des années pendant lesquelles l'usine a fonctionné à perte et après application aux dépenses d'entretien et d'amélioration normale pendant les années suivantes il reste une marge de profits, *le montant de cette marge devrait être additionné à l'indemnité à allouer**. » (P. 53.)

31) Bien entendu, le manque à gagner peut également donner lieu à indemnisation lorsque des particuliers sont privés de la possibilité d'utiliser leur capacité de travail, qu'ils travaillent pour leur propre compte ou pour le compte d'autrui. Cette situation peut se produire en particulier lorsqu'un étranger est illégalement expulsé de son pays de résidence. Dans deux arrêts, la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé qu'en principe la réparation due à la victime d'une telle mesure comprenait aussi l'indemnisation pour manque à gagner, encore qu'elle ait jugé dans les deux affaires que le lien de cause à effet n'avait pas été établi[256].

32) Quant à la question de la juste évaluation des pertes à indemniser, on constate que deux méthodes sont très fréquemment employées pour déterminer le *lucrum cessans* : le système d'évaluation *in abstracto*, et le système *in concreto*. Le système *in abstracto*, qui est le plus courant, consiste à affecter des intérêts au montant de l'indemnité fixée pour le dommage principal[257]. Il arrive aussi que l'on ait recours à d'autres critères que les intérêts dans le cas des activités commerciales : montant des profits réalisés par la même personne physique ou morale au cours de la période précédant le fait illicite, ou bien montant des profits réalisés pendant la même période par des entreprises similaires. Quant au système *in concreto*, il est appliqué quand l'évaluation « se fonde sur les faits de la cause, sur les profits que l'entreprise ou le bien affecté aurait permis de réaliser pendant la période en question »[258].

33) Le calcul du *lucrum cessans* comporte naturellement des choix extrêmement difficiles dans les cas où la réparation est due pour l'expropriation illicite d'un bien étranger représentant la totalité ou une partie d'une entreprise industrielle ou commerciale en activité. Lorsqu'on analyse la pratique en la matière, il faut tenir compte aussi, dans une certaine mesure, de la partie de la jurisprudence internationale qui a trait aux expropriations licites d'entreprises en activité. La nécessité de se prononcer sur l'illicéité alléguée par le propriétaire dépossédé a amené, en fait, les instances de jugement à formuler des considérations intéressantes sur les principes régissant l'indemnisation — et notamment l'indemnisation du manque à gagner — en cas d'expropriation illicite.

34) Le précédent le plus fréquemment évoqué est l'arrêt de la CPJI dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* (fond), dans laquelle la nécessité de déterminer les conséquences de l'expropriation illicite par la Pologne de biens appartenant à des sociétés allemandes procédait précisément d'une distinction nette et sans ambiguïté entre l'expropriation licite et l'expropriation illicite[259]. C'est après avoir formulé cette distinction (et en partant de l'hypothèse que l'affaire dont elle était saisie était une affaire d'expropriation illicite) que la CPJI avait énoncé le fameux principe de la réparation intégrale, selon lequel la partie lésée a droit au rétablissement de la situation qui, selon toute probabilité, aurait existé si l'acte illicite n'avait pas été commis. En bref, la Cour avait appliqué le principe de la réparation intégrale, au sens littéral et large de *restitutio in integrum*, par opposition au sens technique et étroit de *naturalis restitutio* dans lequel cette expression est parfois utilisée. Selon la Cour, la réparation intégrale peut se faire de différentes manières. Chaque fois que la chose est possible, il faut appliquer la *naturalis restitutio* (restitution en nature) ou *restitutio in integrum stricto sensu*. Lorsque ce remède n'assure pas la réparation intégrale (à savoir la *restitutio in integrum* au sens littéral et large du terme), il faut recourir à l'indemnisation dans la mesure nécessaire pour compenser toute perte qui n'a pas été couverte, jusqu'à concurrence du montant voulu pour obtenir la réparation intégrale.

35) C'est sur le même principe que la Cour permanente d'arbitrage a fondé sa décision dans l'affaire relative à la *Concession des phares de l'Empire ottoman*[260]. Compte tenu de l'activité qui faisait l'objet du contrat et de l'impossibilité d'évaluer la concession (à la date de l'expropriation) « sur la base des amortissements résiduels des constructions », le tribunal a jugé que la partie lésée avait droit à une indemnité équivalant au profit que la concession aurait permis à la société de réaliser pendant le reste de la durée du contrat. Il semble, toutefois, que cette interprétation du principe de la réparation intégrale ait dépendu des circonstances particulières de l'affaire. Elle aurait notamment dépendu du fait que l'article du contrat envisageant la possibilité d'une « reprise » de la concession indiquait que, dans ce cas, l'État concédant devait payer au concessionnaire « toutes les indemnités qui auront été préalablement fixées par les parties elles-mêmes, ou, en cas de désaccord, par des arbitres »[261]. Dans le cadre d'un contrat de ce genre, tout différend concernant l'indemnisation devait nécessairement être réglé sur la base d'une décision prise par le tribunal arbitral dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire plutôt que sur la base d'un principe juridique objectif. Tout ce qu'on peut déduire de cette affaire, par conséquent, c'est que le tribunal a accordé une indemnité calculée sur la base de la capitalisation des futurs profits, cette somme représentant la « valeur de la concession en 1928 » (à savoir la valeur que le Gouvernement grec était tenu de payer, aux termes du contrat, au cas où il exercerait son droit de reprise).

36) C'est aussi sur le principe de la réparation intégrale que se fonde la décision rendue en 1963 dans l'affaire *Sapphire International Petroleums Ltd.* c. *National Iranian Oil Company* (NIOC), dans laquelle la partie lésée

[256] Arrêt du 21 juin 1988, *Berrehab*, Publications de la Cour européenne des droits de l'homme, *Série A : Arrêts et décisions*, vol. 138, p. 17; et arrêt du 18 février 1991, *Moustaquim*, ibid., vol. 193, p. 21.

[257] Un exemple typique en est l'affaire *Fabiani* (sentence du 30 décembre 1896 (France *c.* Venezuela) [Martens, *Nouveau Recueil*, 2e série, t. XXVII, p. 663 et suiv.], où l'arbitre a accordé pour le *lucrum cessans* une somme forfaitaire qui était approximativement le double du montant qu'auraient représenté des intérêts cumulés.

[258] Gray, *op. cit.* (*supra* note 160), p. 26. On peut citer comme exemple l'affaire *Cheek* [sentence arbitrale du 21 mars 1898 (États-Unis d'Amérique *c.* Siam) [Moore, *Digest*, vol. V, p. 5068], où l'arbitre avait expressément accordé des indemnités afin de rétablir autant que possible le patrimoine de la partie lésée dans l'état où il se serait trouvé si le fait illicite n'avait pas été commis, ce qui l'avait obligé à se livrer à des calculs et à des évaluations complexes pour arriver à « un chiffre probable pour le gain manqué ».

[259] Voir *supra* note 140.

[260] Sentence du 24/27 juillet 1956 (France *c.* Grèce) [Nations Unies, *Recueil*, vol. XII (numéro de vente : 1963.V.3), p. 155 et suiv.].

[261] Ibid., p. 246.

a obtenu une indemnisation à la fois pour la perte correspondant aux dépenses liées à l'exécution du contrat et pour la perte nette de bénéfices[262]. En ce qui concerne l'évaluation de ces profits perdus, l'arbitre a noté toutefois que c'était là « une question de fait qui doit être évaluée par l'arbitre », et, après avoir considéré toutes les circonstances, y compris « tous les risques inhérents à une opération dans une région désolée » et « les facteurs comme la guerre, les troubles, les crises économiques, la chute des prix, qui pouvaient affecter les opérations au cours des quelques dizaines d'années pendant lesquelles l'accord devait rester en vigueur »[263], l'arbitre a accordé une indemnité pour perte de bénéfices d'un montant correspondant aux deux cinquièmes du montant réclamé par la société. Cette affaire montre que, si l'arbitre a incontestablement tenu compte du *lucrum cessans* dans l'indemnisation, il n'a indiqué aucune préférence de principe pour l'une ou l'autre des méthodes possibles d'évaluation.

37) Dans l'affaire *LIAMCO* c. *Gouvernement libyen*[264], bien que s'agissant d'une expropriation licite à propos de laquelle il avait rejeté la demande de *naturalis restitutio*, l'arbitre a formulé certaines considérations sur les « cas d'appropriation illicite de biens ». À ce sujet, l'arbitre a admis sans difficulté avec le réclamant que, en cas de violation internationalement illicite d'un contrat de concession, le réclamant avait droit « au lieu et place de l'exécution, à des dommages-intérêts incluant le *damnum emergens* et le *lucrum cessans* »[265]. Mais, là encore, aucune précision n'a été donnée au sujet de la méthode à suivre pour évaluer le *lucrum cessans* dans des cas de ce genre. Il semble que l'affaire *AMINOIL* c. *Koweït* soit un peu plus instructive. L'expropriation a été considérée, là aussi, comme étant licite. Toutefois, lorsqu'il a abordé la question de l'indemnisation à raison de la perte de bénéfices, le tribunal a déclaré que la méthode de l'actualisation des bénéfices nets, qui ne convenait pas pour le calcul de l'indemnisation des bénéfices perdus dans une affaire de reprise licite, pouvait être appliquée dans une affaire d'expropriation illicite[266] — parce que, dans le cas d'une reprise illicite affectant de manière décisive les biens en cause, l'application d'une telle méthode assurerait une indemnisation globale susceptible de rétablir la situation qui aurait existé si l'acte illicite n'avait pas été commis. Cette position a été confirmée dans l'affaire *AMCO Asia Corporation* c. *Indonésie*[267] qui est une affaire de reprise illicite. Après avoir rappelé le principe selon lequel la réparation intégrale couvre à la fois le *damnum emergens* et le *lucrum cessans* — ce dernier ne devant pas excéder le « préjudice direct et prévisible » —, le tribunal arbitral a évalué la perte de bénéfices sur la base de l'actualisation des bénéfices nets, énonçant ainsi de manière encore plus explicite ce qui n'avait été mentionné qu'incidemment dans l'affaire *AMINOIL*, à savoir que l'actualisation des bénéfices nets devait être considérée comme l'une des méthodes les plus appropriées pour évaluer une entreprise en activité reprise illicitement[268].

38) Cette dernière conclusion ne trouve toutefois pas de confirmation dans l'affaire *Amoco International Finance Corporation* c. *Iran*, partiellement réglée par la sentence rendue le 14 juillet 1987 par le Tribunal du contentieux irano-américain[269], dont une section est précisément consacrée aux effets de la licéité ou de l'illicéité de l'expropriation sur la norme choisie pour l'indemnisation[270]. En évaluant les arguments des parties, le Tribunal a confirmé la distinction à faire entre expropriation licite et expropriation illicite, « étant donné que les règles applicables à l'indemnité à payer par l'État auteur de l'expropriation diffèrent en fonction du caractère juridique de la reprise »[271]. L'étude de cette affaire semble indiquer que le Tribunal a vu une certaine contradiction entre, d'une part, l'évaluation du *lucrum cessans* dans le cas d'une reprise illicite (évaluation qui doit être limitée, dans tous les cas, aux profits perdus jusqu'au moment du règlement) et, d'autre part, le calcul des profits perdus sur la base d'une actualisation des bénéfices nets à la date initialement fixée pour la fin de la concession. Le Tribunal n'est toutefois pas allé plus loin dans l'analyse de cette contradiction, et s'est borné à rejeter l'actualisation des bénéfices nets en tant que méthode applicable à l'affaire en question[272]. Dans l'affaire *Starret Housing*[273] d'autre part, le Tribunal n'a pas fait de distinction en fonction de la licéité de la reprise et a accordé une indemnisation pour les profits perdus. Dans l'affaire *Phillips Petroleum Co. Iran* c. *Iran*, le Tribunal a déclaré :

> Le Tribunal estime que la distinction entre reprise licite et reprise illicite, qui en droit international coutumier découle principalement de l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów* (fond), *C.P.J.I. série A, n° 17*, arrêt du 13 septembre 1928, n'est pertinente que lorsqu'il faut déterminer si la restitution des biens peut être accordée ou si une indemnisation peut être accordée au titre de l'augmentation de la valeur des biens entre la date de la reprise et la date de la décision judiciaire ou arbitrale accordant indemnisation. L'arrêt précité ne permet pas d'affirmer que, parce que l'expropriation est licite, le montant de l'indemnisation doit être inférieur à la valeur des biens à la date de l'expropriation[274].

39) Compte tenu de ces divergences d'opinion sur l'indemnisation du *lucrum cessans*, la Commission a conclu qu'il serait extrêmement difficile d'arriver sur ce sujet à des règles précises susceptibles d'un large appui. Le flottement relatif de la jurisprudence recouvre trois questions qui suscitent des controverses, à savoir : *a*) dans quels cas peut-il y avoir indemnisation pour

[262] Sentence du 15 mars 1963 (ILR, vol. 35, Londres, 1967, p. 136 et suiv.).

[263] Ibid., p. 187 et 189.

[264] Sentence du 12 avril 1977 (ILR, vol. 62, Cambridge, 1982, p. 141 et suiv.; tr. française [extraits] dans *Revue de l'arbitrage*, Paris, 1980, p. 132 et suiv.).

[265] ILR, vol. 62, Cambridge, 1982, p. 202 et 203; *Revue de l'arbitrage*, p. 172 et 173.

[266] Sentence du 24 mars 1982 (*supra* note 174), p. 976 et suiv., notamment p. 1034 et 1035.

[267] Sentence du 21 novembre 1984 (ILM, vol. 24, 1985, p. 1022 et suiv.).

[268] Ibid., p. 1037, par. 271 de la sentence.

[269] ILM, vol. 27, 1988, p. 1314 et suiv.

[270] Ibid., p. 81 et suiv., par. 189 à 206.

[271] Ibid., p. 82, par. 192.

[272] Ibid., p. 105, par. 240.

[273] *Starret Housing Corp.* c. *Iran* (affaire n° 24), 14 août 1987, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 16, Grotius, Cambridge, 1988, sentence 314-24-1.

[274] *Phillips Petroleum Co. Iran* c. *Iran* (affaire n° 39), 29 juin 1989, ibid., vol. 21, 1990, sentence 425-39-2, p. 122.

manque à gagner ? *b*) sur quelle période l'indemnisation doit-elle porter ? et *c*) comment convient-il de calculer l'indemnisation ? S'agissant de la première question, il semble assez clair que le problème se pose dans le cas des « entreprises en activité » ayant un potentiel bénéficiaire. Ce qui est moins clair, c'est essentiellement la question de savoir si le manque à gagner peut donner lieu à indemnisation dans le cas d'une reprise licite, par opposition à la reprise illicite (d'où la différence d'optique entre les affaires *Amoco International Finance Corp.* c. *Iran*[275] et *Phillips*[276]). Pour ce qui est de la deuxième question, le problème essentiel, là encore non réglé, est celui de savoir si la période à prendre en considération pour l'indemnisation s'arrête à la date de la sentence ou se poursuit jusqu'à la date initiale d'expiration du contrat ou de la concession auxquels il a été mis fin. La troisième question renvoie au grand problème de la méthode de calcul, et en particulier à la question de savoir si la méthode de l'actualisation des bénéfices nets est appropriée. Sur toutes ces questions, l'état du droit n'est pas encore, de l'avis de la Commission, suffisamment fixé, et la Commission ne s'estime pas en mesure, à ce stade, de donner des réponses précises à ces questions ou de formuler des règles concrètes à leur sujet. Elle a donc jugé préférable de laisser aux États concernés ou à la tierce partie éventuellement chargée du règlement du différend le soin de décider, dans chaque cas, s'il convenait de prévoir une indemnisation pour manque à gagner, l'élément décisif à retenir pour cette décision étant la nécessité de garantir la réparation intégrale du préjudice, conformément à l'article 6 *bis*.

Article 10. — Satisfaction

1. L'État lésé est en droit d'obtenir de l'État qui a commis un fait internationalement illicite satisfaction pour le dommage, notamment moral, causé par ce fait si, et dans la mesure où, cela est nécessaire pour que la réparation soit intégrale.

2. La satisfaction peut prendre une ou plusieurs des formes suivantes :

***a*) des excuses;**

***b*) des dommages-intérêts symboliques;**

***c*) en cas d'atteinte grave aux droits de l'État lésé, des dommages-intérêts correspondant à la gravité de l'atteinte;**

***d*) si le fait internationalement illicite résulte de fautes graves d'agents de l'État ou d'agissements criminels de ces agents ou de particuliers, une action disciplinaire à l'encontre des responsables ou leur châtiment.**

3. Le droit de l'État lésé d'obtenir satisfaction ne l'autorise pas à formuler des exigences qui porteraient atteinte à la dignité de l'État qui a commis le fait internationalement illicite.

[275] Voir *supra* note 269.

[276] Voir *supra* note 274.

Commentaire

1) Si l'indemnisation est la forme de réparation le plus souvent recherchée à la suite d'un fait internationalement illicite, l'étude de la doctrine et de la pratique du droit de la responsabilité des États montre que deux autres séries de conséquences, fonctionnellement distinctes de la restitution en nature et de l'indemnisation et toutes deux typiques des relations internationales, doivent être prises en considération. Ces conséquences sont les formes de réparation généralement désignées par les termes « satisfaction » et « garanties de non-répétition ». Elles sont traitées aux articles 10 et 10 *bis* respectivement.

2) Le terme « satisfaction » est employé à l'article 10 et par de nombreux auteurs dans un sens « international » technique par opposition au sens non technique plus large dans lequel il est simplement un synonyme de réparation. Il s'est donc éloigné de son sens étymologique, même si c'est précisément « dans le sens étymologique premier du verbe « satisfaire », qui est celui de remplir, acquitter ce qui est dû »[277] que le terme apparaît parfois dans la pratique et dans la doctrine[278].

3) Bien qu'assez largement admise, la distinction entre satisfaction et indemnisation ne va pas sans difficultés. L'une d'elles, mineure, tient évidemment à la confusion causée par l'emploi occasionnel du mot « satisfaction » dans le sens général, non technique, mentionné plus haut. Une autre difficulté provient de l'ambiguïté des deux adjectifs par lesquels on qualifie généralement la nature du dommage ou du préjudice qui donne lieu respectivement à l'indemnisation et à la satisfaction — à savoir « matériel » et « moral ». Cependant, ces deux objectifs ne rendent pas exactement compte de la nature du dommage réparé respectivement par l'indemnisation et la satisfaction.

4) Comme on l'explique dans le commentaire relatif à l'article 8, l'indemnisation a pour objet de réparer non seulement le dommage matériel, mais aussi le dommage moral subi par les particuliers ou agents de l'État lésé[279].

[277] Bissonnette, *op. cit.* (*supra* note 164), p. 248.

[278] Dominicé, par exemple, écrit : « En définitive, ce n'est pas la satisfaction qui est un mode de réparation, mais la réparation qui constitue l'une des formes de satisfaction » (« La satisfaction en droit des gens », *Mélanges Georges Perrin*, Lausanne, Payot, 1984, p. 121).

[279] Même si, en ce qui concerne le dommage moral causé aux personnes physiques, il n'est pas rare de trouver dans la jurisprudence internationale des cas où des arbitres ont expressément qualifié de « satisfaction » et non de « réparation pécuniaire » l'octroi d'une somme en réparation d'un dommage de ce type. Ainsi, dans la célèbre affaire *Janes* [sentence du 16 novembre 1925, Nations Unies, *Recueil*, vol. IV (numéro de vente : 1951.V.1), p. 82 et suiv.], la Commission générale des réclamations américano-mexicaine a estimé que « compte dûment tenu de tous les éléments pertinents, [...] un montant de [...] sans intérêt n'[était] pas excessif comme *satisfaction** du dommage personnel causé aux réclamants par le fait que le meurtrier de Janes n'ait été ni appréhendé ni puni » [par. 26 de la sentence (ibid., p. 90)]. Dans l'affaire *Francisco Mallén*, la même Commission, tout en accordant une « indemnisation » pour le « préjudice physique subi par Mallén » avait décidé qu'il fallait y adjoindre une somme « à titre de satisfaction pour l'atteinte à la dignité, le défaut de protection et le déni de justice » [sentence du 27 avril 1927 (ibid., p. 173 et suiv., notamment p. 179 et 180)]. La même Commission a repris la même argumentation dans l'affaire des *Frères Stephens* [sentence du 15 juillet 1927 (ibid., p. 265 et suiv.)]. La tendance à appliquer le concept de « satisfaction » à des situations de ce genre existe aussi manifestement dans la doctrine : voir par exemple Personnaz, *op. cit.* (*supra* note 162), p. 197 et 198, et Gray, *op. cit.* (*supra* note 160), p. 33 et 34.

La satisfaction en revanche est habituellement considérée comme réparant seulement le dommage non matériel causé à l'État[280]. Il s'agit du type de dommage qu'un certain nombre d'auteurs définissent comme étant le préjudice moral subi par l'État lésé dans son honneur, sa dignité et son prestige, et qui est parfois considéré comme la conséquence de n'importe quel fait illicite, dont l'existence ne dépend pas de celle du dommage matériel et qui est autonome par rapport à celui-ci. Selon certains auteurs, l'un des principaux éléments de ce type de dommage serait en fait la violation du droit de l'État, en quoi consiste tout fait illicite, qu'il entraîne ou non un dommage concret. Ainsi, selon Anzilotti :

[...] L'élément essentiel des rapports entre les États n'est pas l'élément économique, bien que celui-ci en constitue en dernière analyse le substratum; c'est plutôt un élément idéal : l'honneur, la dignité, la valeur éthique des sujets. Il en résulte que *le seul** fait qu'un État voit *un de ses droits** méconnu par un autre État *implique un dommage** que celui-ci ne peut pas être tenu de supporter, *quand même n'en devraient pas dériver des conséquences matérielles** : dans aucune partie de la vie humaine on ne ressent comme dans celle-ci la vérité des mots bien connus *Wer sich Wurm macht, er muss getreten werden.* [...][281].

Moins souvent, mais de manière peut-être significative, ce type de préjudice est également qualifié de « dommage politique », l'expression étant utilisée, de préférence en conjonction avec celle de « dommage moral », dans le sens évoqué plus haut, c'est-à-dire atteinte à la dignité, à l'honneur, au prestige et/ou à la sphère juridique de l'État victime d'un acte internationalement illicite. L'expression consacrée est « dommage moral et politique », dans laquelle il paraît difficile d'isoler l'aspect « politique » de l'aspect « moral ». L'adjectif « politique » a probablement pour but de souligner le caractère « public » qu'acquiert le dommage moral lorsqu'il touche plus directement l'État dans son caractère souverain (et son égalité souveraine) et dans sa personnalité internationale. Dans ce sens, il peut servir à mieux distinguer entre le dommage « moral » subi par l'État (excluant les relations interétatiques) et le dommage « moral » au sens où on emploie le plus fréquemment le terme (en droit interne et en droit international) pour désigner le dommage immatériel ou moral causé aux particuliers ou aux agents de l'État et qui touche en quelque sorte l'État de façon moins immédiate au niveau de ses relations extérieures.

5) Lorsqu'elle a formulé le *paragraphe 1* de l'article 10, la Commission n'a pas jugé nécessaire d'entrer dans ces problèmes de terminologie ou dans les distinctions faites par les auteurs entre les différents éléments constitutifs du dommage moral causé à l'État, en particulier parce que l'atteinte à la dignité, à l'honneur ou au prestige de l'État et le dommage « juridique » tendent à se confondre en un seul et même « effet préjudiciable »[282]. Le membre de phrase « le dommage, notamment moral, », qui englobe tout cela, a pour but d'exprimer l'idée que la sorte de préjudice pour laquelle la satisfaction est le mode de réparation spécifique consiste en tout dommage non matériel subi par un État par suite d'un fait internationalement illicite.

6) Comme la disposition correspondante des projets d'articles sur la restitution en nature et l'indemnisation, le paragraphe 1 énonce un droit de l'État lésé. En même temps, le texte reconnaît le caractère assez exceptionnel de ce mode de réparation en précisant que la satisfaction peut être obtenue « si, et dans la mesure où, cela est nécessaire pour que la réparation soit intégrale ». Ce membre de phrase reconnaît, d'une part, qu'il peut y avoir des circonstances dans lesquelles il n'existe pas de base sur laquelle accorder satisfaction et, d'autre part, que le critère pour évaluer une demande de satisfaction est le principe de la réparation intégrale. L'étude qui est faite ci-après de la jurisprudence internationale et de la pratique diplomatique pertinentes a pour but de fournir des indications concernant les circonstances dans lesquelles la satisfaction peut être obtenue.

7) Que la satisfaction est un mode de réparation exceptionnel, c'est ce qui ressort clairement des sentences rendues dans les affaires *Miliani*[283], *Stevenson*[284], dans celles du *« Carthage »* et du *« Manouba »*[285] et dans celle

[280] C'est dans ce sens que l'expression « dommage moral » est utilisée, notamment par J. C. Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staten als Rechtsbuch dargestellt*, 3e éd., Nördlingen, 1878; tr. française de C. Lardy, *Le droit international codifié*, 5e éd. rev. et augm., Paris, 1895, p. 264; Anzilotti, *op. cit.* (*supra* note 162); de Visscher, *loc. cit.* (*supra* note 175), p. 119; Rousseau, *op. cit.* (*supra* note 243); et Morelli, *op. cit.* (*supra* note 162), p. 358.

[281] Anzilotti, *op. cit.* (*supra* note 162), p. 493 et 494.

[282] Le dommage juridique, autrement dit la simple violation du droit de l'État lésé, est ressenti en fait par cet État comme une offense à sa dignité, à son honneur ou à son prestige. Pour paraphraser à nouveau Anzilotti, dans bien des cas le dommage se confond avec la violation même du droit de l'État lésé, et celle-ci finit par constituer l'essentiel du dommage. En effet, un État ne peut pas tolérer une violation de son droit sans se trouver diminué dans la considération dont il jouit, et qui est l'un de ses atouts majeurs et politiquement les plus appréciés [Anzilotti, *op. cit.* (*supra* note 162)].

[283] Nations Unies, *Recueil*, vol. X (numéro de vente : E/F.60.V.4), p. 591.

[284] Ibid., vol. IX (numéro de vente : E/F.59.V.5), p. 506.

[285] Sentences du 6 mai 1913 (France *c.* Italie). Dans l'affaire du *« Manouba »*, le tribunal arbitral avait statué comme suit :

« [...]

« Considérant que la capture ne pourrait non plus être légitimée par la régularité, relative ou absolue, de ces dernières phases envisagées séparément.

« Sur la demande tendant à faire condamner le Gouvernement royal italien à verser à titre de dommages-intérêts :

« 1° La somme de *un franc* pour atteinte portée au pavillon français;

« 2° La somme de cent mille francs pour réparation du préjudice moral et politique résultant de l'inobservation de droit commun international et des conventions réciproquement obligatoires pour l'Italie comme pour la France.

« Et sur la demande tendant à faire condamner le Gouvernement de la République française à verser la somme de cent mille francs à titre de sanction et de réparation du préjudice matériel et moral résultant de la violation du droit international, notamment en ce qui concerne le droit que le belligérant a de vérifier la qualité d'individus soupçonnés être des militaires ennemis, trouvés à bord de navires de commerce neutres.

« Considérant que, pour le cas où une Puissance aurait manqué à remplir ses obligations, soit générales, soit spéciales, vis-à-vis d'une autre Puissance, la constatation de ce fait, surtout dans une sentence arbitrale, constitue déjà une sanction sérieuse;

« que cette sanction est renforcée, le cas échéant, par le paiement de dommages-intérêts pour les pertes matérielles;

« [...]

« que, en thèse générale, l'introduction d'une autre sanction pécuniaire paraît être superflue et dépasser le but de la juridiction internationale;

« Considérant que, par application de ce qui vient d'être dit, les circonstances de la cause présente ne sauraient motiver une telle sanction supplémentaire; que, sans autre examen, il n'y a donc pas lieu de donner suite aux demandes susmentionnées.

« [...] » [ibid., vol. XI (numéro de vente : E/F.61.V.4), p. 475].

Dans l'affaire du *« Carthage »*, la sentence rendue par la même juridiction était presque identique (ibid., p. 460 et 461).

du « *Lusitania* »[286]. Que l'obligation d'indemniser l'État lésé du dommage matériel subi est distincte de l'obligation de fournir satisfaction pour d'autres types de dommages, c'est ce qui ressort également d'un certain nombre d'affaires qui ont fait jurisprudence. Un exemple célèbre est celui du « *I'm Alone* », navire canadien appartenant à des Américains et coulé par les garde-côtes des États-Unis. Les Commissaires décidèrent de ne pas accorder d'indemnité pour la perte du navire; néanmoins ils déclarèrent :

> Le fait, cependant, que les garde-côtes des États-Unis aient coulé le navire était, comme on l'a déjà indiqué, un acte illicite. Les Commissaires estiment que les États-Unis doivent reconnaître formellement l'illégalité de cet acte, et présenter des excuses au Gouvernement canadien de Sa Majesté; de plus, à titre de réparation matérielle pour l'acte illicite, les États-Unis doivent payer la somme de 25 000 dollars au Gouvernement canadien de Sa Majesté[287].

D'autres exemples sont fournis par l'affaire *Arends*[288] et l'affaire *Brower*[289].

8) Dans la pratique diplomatique, il a été demandé satisfaction pour divers types d'agissements dommageables : outrage à des emblèmes de l'État tels que le drapeau national[290], violation de la souveraineté ou de l'intégrité territoriale[291], attaques contre des navires ou des aéronefs[292], mauvais traitements ou agressions contre des chefs d'État ou de gouvernement ou contre des représentants diplomatiques ou consulaires ou d'autres personnes protégées sur le plan diplomatique[293], et violation de locaux d'ambassades ou de consulats (ainsi que du domicile de membres de missions diplomatiques étrangères)[294]. Satisfaction a également été demandée dans des cas où les victimes d'un fait internationalement illicite étaient des particuliers ressortissants d'un État étranger[295].

---

[286] Voir *supra* note 206.

[287] Sentences du 30 juin 1933 et du 5 janvier 1935 (Canada *c.* États-Unis d'Amérique) [Nations Unies, *Recueil*, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1609 et suiv., notamment p. 1618].

[288] Dans laquelle le surarbitre avait déclaré :

> « [...] Les préjudices résultant de la détention du navire sont nécessairement minimes mais, de l'avis du surarbitre, le gouvernement défendeur est disposé à reconnaître sa responsabilité pour l'acte regrettable commis par ses fonctionnaires [...] » [Nations Unies, *Recueil*, vol. X (numéro de vente : E/F.60.V.4), p. 730].

[289] Il s'agissait de six petites îles de l'archipel des Fidji qui avaient été achetées par un ressortissant américain, Brower. Pour n'avoir pas reconnu les droits de Brower en acquérant la souveraineté sur les îles Fidji, le Royaume-Uni fut condamné à payer un shilling. Le Tribunal arbitral anglo-américain, se référant à un rapport du Ministre des colonies britannique, selon lequel :

> « Il s'agit de six petites îles du groupe Ringgold. Ce sont de simples îlots, plantés de quelques cocotiers et situés dans une partie éloignée de la colonie, à 180 miles environ de Suva. Si on les mettait aux enchères, je doute qu'un seul acquéreur se présente. »

avait conclu en ces termes :

> « Dans ces circonstances, nous considérons que, nonobstant notre conclusion sur le principe de la responsabilité, les États-Unis doivent se contenter de dommages-intérêts symboliques. » [Sentence du 14 novembre 1923 (ibid., vol. VI [numéro de vente : 1955.V.3], p. 109 et suiv.).]

[290] On trouve des exemples dans l'affaire *Magee* (1874) [Whiteman, *Damages*, vol. I, p. 64], l'affaire du « *Petit Vaisseau* » (1863) [*La prassi italiana*, 1re série, vol. II, n° 1010] et l'affaire qui découla de l'outrage au drapeau français à Berlin en 1920 [Eagleton, *op. cit.* (*supra* note 205), p. 186 et 187].

[291] Un exemple bien connu est celui du « *Rainbow Warrior* » (*supra* note 120); voir à ce sujet R. Pinto, « L'affaire du *Rainbow Warrior* : À propos de la sentence arbitrale du 30 avril 1990 (*Nouvelle-Zélande c. France*) », *Journal de droit international*, 1990, p. 841 et suiv.; J. Charpentier, « L'affaire du *Rainbow Warrior* », *Annuaire français de droit international* (Paris), 1985, vol. 31, p. 210 et suiv.; D. W. Bowett, « Treaties and State responsibility », dans *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. — Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, p. 137 à 145; et G. Palmisano, « Sulla decisione arbitrale relativa alla seconda fase del caso *Rainbow Warrior* », *Rivista di diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 1990, vol. 73, p. 874 à 910.

Un autre exemple particulièrement intéressant, puisqu'il concerne une organisation internationale, la Société des Nations, se rapporte à une opération militaire menée en territoire bulgare par la Grèce en 1925 (SDN, *Journal officiel*, 7e année, n° 2, février 1926, p. 172 et suiv.). On peut également mentionner l'enlèvement en Argentine et le transfert en Israël d'Adolf Eichman, même s'il n'a pas été répondu favorablement à la demande du Gouvernement argentin (Whiteman, *Digest*, vol. 5, p. 210).

[292] Par exemple, l'incident de la canonnière *Panay* (1937) entre le Japon et les États-Unis (L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 8e éd. rev. par H. Lauterpacht, Londres, Longmans, Green, 1955, vol. I : *Peace*, p. 354, note 2); l'attaque d'un appareil soviétique ayant à son bord le président Brejnev par des avions de chasse français au-dessus des eaux internationales de la Méditerranée (« Chronique », RGDIP, t. 65, 1961, p. 603 et suiv.); et le torpillage d'un navire des Bahamas par un avion cubain en 1980 (ibid., t. 84, 1980, p. 1078 et 1079).

[293] On trouvera les exemples empruntés à la pratique diplomatique italienne dans *La prassi italiana*, 1re série, vol. II, nos 1014 et 1017, et ibid., 2e série, vol. III, nos 2559, 2563 et 2576. On peut aussi mentionner dans ce contexte l'assassinat en 1919 d'un soldat français qui était de garde à l'ambassade de France à Berlin (P. Fauchille, *Traité de droit international public*, Paris, 1922, t. I, 1re partie, p. 528) et un incident de 1924 au cours duquel le Vice-Consul des États-Unis à Téhéran fut tué par la foule pour avoir essayé de prendre des photographies d'une cérémonie religieuse (Whiteman, *Damages*, vol. I, p. 732 et 733). Également significative est l'affaire concernant le meurtre, en 1923, près de Janina, du général Tellini, représentant italien auprès de la Commission internationale chargée par la Conférence des ambassadeurs de délimiter la frontière gréco-albanaise. La Grèce, tenue pour responsable du meurtre, se vit demander des réparations particulièrement lourdes par la Conférence des ambassadeurs [voir Eagleton, *op. cit.* (*supra* note 205), p. 187 et 188].

On peut citer comme exemple plus récent les incidents qui ont eu lieu au cours du voyage du Président de la République française, Georges Pompidou, aux États-Unis, en 1970 (« Chronique », RGDIP, t. 75, 1971, p. 177 et suiv., notamment p. 181) et la fouille des bagages du Président de la République libanaise, Soléiman Frangié, à l'aéroport de New York en 1974 (ibid., vol. 79, 1975, p. 810 et 811). On trouvera des épisodes analogues dans F. Przetacznik, « La responsabilité internationale de l'État à raison des préjudices de caractère moral et politique causés à un autre État », RGDIP, Paris, t. 78, 1974, p. 951 et suiv.).

Une affaire qui mérite une mention spéciale étant donné qu'elle concerne une organisation internationale est celle de l'assassinat en 1948, en Palestine, du comte Bernadotte dans l'exercice de ses fonctions au service des Nations Unies (Whiteman, *Digest*, vol. 8, p. 742 et 743).

[294] Par exemple, l'attaque par des manifestants, en 1851, du consulat d'Espagne à la Nouvelle-Orléans (Moore, *Digest*, vol. VI, p. 811 et suiv., notamment p. 812); la violation par deux fonctionnaires turcs de la résidence du consul d'Italie à Tripoli en 1883 (*La prassi italiana*, 1re série, vol. II, n° 1018) et la tentative manquée de violation du consulat d'Italie à Alexandrie par deux policiers égyptiens en 1888 (ibid., 2e série, vol. III, n° 2558).

Plus récemment, des excuses et des regrets ont été formulés à la suite de manifestations devant l'ambassade de France à Belgrade en 1961 (« Chronique », RGDIP, t. 65, 1961, p. 610), et à la suite de l'incendie en 1964 de la bibliothèque du Service d'information américain du Caire (ibid., t. 69, 1965, p. 130 et 131) et, en 1965, de celle de Karachi (ibid., t. 70, 1966, p. 165 et 166).

[295] Une affaire bien connue est celle des protestations de l'Italie au sujet du lynchage en 1891 de 11 Italiens emprisonnés à la suite du meurtre du chef de la police de la Nouvelle-Orléans. Les États-Unis déplorèrent l'incident et accordèrent à l'Italie une somme de 125 000 lires, à charge pour le Gouvernement italien de la distribuer aux familles des victimes (*La prassi italiana*, 2e série, vol. III, n° 2571).

Un autre exemple concerne le meurtre, en 1904, d'un missionnaire américain, le révérend Labaree; le Gouvernement persan paya une somme de 30 000 dollars et punit les Kurdes responsables de cet assassinat (Whiteman, *Damages*, vol. I, p. 725 et suiv.).

9) La satisfaction ne se définit pas seulement par le type de dommages pour lequel elle constitue un mode de réparation spécifique, mais également par les formes caractéristiques qu'elle revêt, dont le paragraphe 2 de l'article 10 donne une liste non exhaustive. Les « excuses » mentionnées à l'*alinéa* a comprennent l'expression de regrets, la présentation d'excuses, le salut au drapeau, etc. Elles sont mentionnées par de nombreux auteurs et occupent une place importante dans la jurisprudence internationale. On peut citer comme exemple les affaires du *« I'm Alone »*[296], l'affaire *Kellett*[297] et l'affaire du *« Rainbow Warrior »*[298]. Dans la pratique diplomatique, les outrages aux emblèmes de l'État ou du gouvernement[299], les agressions contre les représentants diplomatiques ou consulaires ou d'autres agents protégés sur le plan diplomatique[300], ou contre des particuliers ressortissants d'un État étranger[301] ont souvent conduit à la présentation d'excuses ou à l'expression de regrets, de même que les attaques dirigées contre les locaux diplomatiques et consulaires[302] ou des navires[303]. Les formes de satisfaction telles que le salut au drapeau ou au pavillon ou les missions expiatoires semblent avoir disparu de la pratique récente. Inversement, la demande ou l'offre d'excuses sont, semble-t-il, devenues plus importantes et plus fréquentes.

10) Il convient de souligner qu'il y a d'autres moyens que le recours à la presse ou à d'autres médias pour obtenir l'effet de résonance des excuses publiques. On l'assure encore mieux par le choix du niveau hiérarchique de l'organisation de l'État offenseur d'où émanent les excuses[304]. Dans ce contexte, il faut mentionner une forme de satisfaction qui a sa place tant dans la doctrine[305] que dans la jurisprudence internationale[306] : la reconnaissance par un tribunal international de l'illicéité du comportement de l'État offenseur.

11) Une autre forme de satisfaction, mentionnée à l'*alinéa* b du paragraphe 2, est le paiement de dommages-intérêts symboliques. On en trouve plusieurs exemples dans la jurisprudence internationale[307].

12) Beaucoup plus complexe est la forme de satisfaction dont traite l'*alinéa* c, à savoir, « des dommages-intérêts correspondant à la gravité de l'atteinte ». Ces

---

[296] Voir *supra* note 287.

[297] Sentence du 20 septembre 1897 (États-Unis d'Amérique *c.* Siam). La commission arbitrale décida que « Le Gouvernement de Sa Majesté siamoise [devait] exprimer officiellement ses regrets au Gouvernement des États-Unis [...] » (Moore, *Digest*, vol. II, p. 1862 et suiv., notamment p. 1864).

[298] Voir *supra* notes 120 et 291. Dans sa décision, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a décidé que la France devait présenter des excuses formelles à la Nouvelle-Zélande.

[299] En mars 1949, un marin américain en permission à La Havane avait escaladé la statue de José Martí, héros de l'indépendance cubaine. À la suite de la protestation du Gouvernement cubain, l'ambassadeur des États-Unis déposa une gerbe de fleurs au pied de la statue et présenta des excuses publiques [Bissonnette, *op. cit.* (*supra* note 164), p. 67 et 68].

Les affaires concernant l'outrage au drapeau ou au pavillon national ont été relativement fréquentes pendant la période qui a précédé la seconde guerre mondiale. L'une des formes de satisfaction caractéristiques consiste en une cérémonie au cours de laquelle l'État offenseur salue le drapeau de l'État offensé.

[300] On trouvera des exemples *supra* note 293.

[301] On trouvera des exemples *supra* note 295.

[302] À la suite de la mise à sac de l'ambassade de France à Saïgon par des étudiants vietnamiens en 1964, le Gouvernement vietnamien a publié dans la presse locale un communiqué dans lequel il présentait ses excuses et proposait que les dommages causés aux personnes et aux biens fussent évalués pour permettre le paiement d'une indemnité (« Chronique », RGDIP, t. 68, 1964, p. 944). À la suite des attentats à l'explosif, en 1967, contre l'ambassade de Yougoslavie à Washington et contre les consulats yougoslaves à New York, Chicago et San Francisco, le Secrétaire d'État américain a présenté les excuses de son pays à l'ambassadeur de Yougoslavie sous la forme d'une déclaration officielle à la presse (ibid., t. 71, 1967, p. 775). Le Gouvernement chinois a exigé du Gouvernement indonésien des excuses publiques pour le saccage en 1966 des consulats chinois à Djakarta, Macassar et Medan, au cours d'émeutes anticommunistes (ibid., t. 70, 1966, p. 1013 et suiv.). Le même gouvernement a demandé et obtenu des excuses publiques à la suite des incidents survenus à la gare d'Oulan Bator, où des diplomates et des ressortissants chinois avaient été maltraités par la police mongole (ibid., t. 71, 1967, p. 1067 et 1068).

[303] On peut citer comme exemple l'incident de la canonnière *Panay* (*supra* note 292) et l'incident au cours duquel le *« Stark »* avait été endommagé en 1987 par un missile iraquien. Lors de ce dernier incident, le Président de la République iraquienne adressa immédiatement au Président des États-Unis une lettre où il lui expliquait qu'il s'agissait d'un accident et lui exprimait ses « sincères condoléances » pour la mort des matelots américains, en ajoutant que « la compassion et les regrets [n'étaient] pas suffisants ».

[304] Par exemple, à la suite de la tentative d'assassinat commise en 1964 contre l'ambassadeur des États-Unis à Tokyo, le Premier Ministre et le Ministre des affaires étrangères japonais lui avaient présenté des excuses et le Ministre de l'intérieur avait démissionné. En outre, l'empereur Hirohito lui-même avait envoyé un représentant personnel pour s'associer à la démarche des membres du gouvernement (« Chronique », RGDIP, t. 68, 1964, p. 736).

[305] Morelli, *op. cit.* (*supra* note 162), p. 358; et Gray, *op. cit.* (*supra* note 160), p. 42.

[306] Dans l'affaire du *« Manouba »* par exemple, le tribunal arbitral avait notamment déclaré que

> « [...] pour le cas où une Puissance aurait manqué à remplir ses obligations, soit générales, soit spéciales, vis-à-vis d'une autre Puissance, la constatation de ce fait, surtout dans une sentence arbitrale, constitue déjà une sanction sérieuse » (voir *supra* note 285).

Dans l'affaire du *« Carthage »*, une sentence presque identique a été rendue par le même tribunal.

Plus significatif encore, dans le même sens, est l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire du *Détroit de Corfou* (fond). En réponse à la question

> « Le Royaume-Uni a-t-il violé, selon le droit international, la souveraineté de la République populaire d'Albanie par les actions de la marine de guerre britannique dans les eaux albanaises le 22 octobre et les 12 et 13 novembre 1946, et y a-t-il lieu à donner satisfaction ? » [*C.I.J. Recueil 1949* (voir *supra* note 233), p. 12],

la Cour a déclaré

> « [...] que, par les actions de sa marine de guerre dans les eaux albanaises au cours de l'opération des 12-13 novembre 1946, le Royaume-Uni a violé la souveraineté de la République populaire d'Albanie, cette constatation par la Cour constituant elle-même une satisfaction appropriée » (ibid., p. 36).

[307] Dans l'affaire *Arends* (voir *supra* note 288), le surarbitre de la Commission mixte des réclamations néerlando-vénézuélienne avait indiqué que la satisfaction consistait en l'expression de regrets sous la forme d'un versement de 100 dollars. Autres exemples : l'affaire *Brower* (voir *supra* note 289) et l'affaire de la *Concession des phares de l'Empire ottoman*, dans laquelle la Cour permanente d'arbitrage, statuant sur l'une des réclamations de la France à l'encontre de la Grèce, avait déclaré :

> « Le Tribunal considère la base de cette réclamation comme suffisamment prouvée, si bien qu'il s'agit seulement de fixer le montant du dommage subi de ce chef par la Société. Devant l'inconsistance de la réclamation française qui, après avoir fixé à 10 000 francs Poincaré le montant du préjudice, a ensuite déclaré ne plus pouvoir le chiffrer, le Tribunal tout en reconnaissant en principe le bien-fondé de la demande, ne peut qu'accorder une indemnité symbolique de un franc. » [Nations Unies, *Recueil* (*supra* note 260), p. 216.]

dommages-intérêts ont un caractère exceptionnel comme l'indique le membre de phrase « en cas d'atteinte grave aux droits de l'État lésé ». Ce sont des dommages-intérêts qui sont accordés à la partie lésée en plus de l'indemnisation du dommage effectif, quand le préjudice qui a été causé a été aggravé par des circonstances telles que la violence, l'oppression, la malveillance, le dol ou le comportement malintentionné de la partie auteur du fait illicite[308]. Cette définition met bien en lumière la fonction spécifique de la satisfaction par rapport à la restitution en nature et à l'indemnisation. Cet aspect est examiné dans la dernière partie du présent commentaire.

13) La jurisprudence internationale récente fournit un exemple intéressant de « dommages-intérêts correspondant à la gravité de l'atteinte » avec l'affaire du *« Rainbow Warrior »*[309] où un navire avait été coulé dans le port d'Auckland en 1985 par des agents des services français de sécurité qui avaient utilisé de faux passeports suisses pour entrer en Nouvelle-Zélande. La Nouvelle-Zélande réclama à la France des excuses formelles et le paiement de 10 millions de dollars des États-Unis, somme qui dépassait de loin la valeur du dommage matériel subi. La France reconnut sa responsabilité, mais refusa de payer la somme considérable réclamée par la Nouvelle-Zélande à titre d'indemnisation. L'affaire fut finalement soumise au Secrétaire général de l'ONU, qui décida notamment que la France paierait à la Nouvelle-Zélande une somme de 7 millions de dollars.

14) La dernière des formes de satisfaction énumérées au paragraphe 2 est la prise de sanctions contre les agents de l'État responsables, qui fait l'objet de l'*alinéa* d. Les auteurs insistent sur cette forme de satisfaction[310] qui a fréquemment été demandée et accordée dans la pratique diplomatique sous la forme du désaveu par l'État offenseur de l'acte de son agent[311], de la constitution d'une commission d'enquête et du châtiment des personnes responsables[312]. Une variante en est offerte par l'affaire du *« Rainbow Warrior »* dans laquelle le Secrétaire général a décidé que les deux agents français responsables devaient être remis à la France puis assignés à résidence sur l'île de Hao pendant trois ans au moins.

15) La Commission est consciente qu'une large application de cette forme de satisfaction pourrait aboutir à une ingérence indue dans les affaires intérieures des États. Elle a donc limité le champ d'application de l'alinéa *d* aux agissements criminels d'agents de l'État ou de particuliers et aux fautes graves d'agents de l'État.

16) La phrase liminaire du paragraphe 2 précise que la liste des formes de satisfaction énumérées dans ce paragraphe est exhaustive et que ces formes peuvent être combinées. Un exemple pertinent est celui de l'affaire du *« Rainbow Warrior »*[313], dans laquelle le Secrétaire général a ordonné la présentation d'excuses formelles, le versement de dommages-intérêts et la restriction de la liberté de mouvement des agents responsables.

17) La spécificité de la satisfaction en tant que conséquence d'un fait internationalement illicite se manifeste non seulement dans les types de préjudices pour lesquels elle intervient et dans les formes particulières qu'elle revêt, mais également, de manière encore plus importante, dans la fonction qu'elle remplit.

18) Une partie de la doctrine[314], des décisions de jurisprudence et des éléments de la pratique tendent à attribuer à la satisfaction, en tant que mode de réparation, un caractère afflictif, qui la distingue des modes de réparation compensatoires comme la *restitutio* et l'indemnisation. Bien entendu, la distinction n'est pas absolue. Même un procédé comme la réparation par équivalent (sans parler de la restitution en nature) joue, dans les relations entre États comme dans les rapports entre les individus, un rôle qui ne saurait être considéré comme purement compensatoire. S'il ne s'agit assurément pas d'un rôle punitif, elle remplit bien cependant une fonction très générale de dissuasion et de prévention pour ce qui est de la commission de faits illicites.

19) La distinction entre la satisfaction, d'une part, et la *restitutio* et l'indemnisation, d'autre part, n'exclut pas que deux de ces modes de réparation ou tous les trois interviennent ensemble pour assurer la réparation complète du dommage matériel en même temps que du dommage moral/politique/juridique. En fait, tant dans la jurisprudence que dans la pratique diplomatique, la satisfaction s'accompagne souvent d'une indemnisation.

---

[308] En « common law », ce type de dommages-intérêts est appelé *exemplary damages*.

[309] Voir *supra* notes 120 et 291.

[310] Voir, par exemple, Bluntschli, *op. cit.* (*supra* note 280), p. 265 et Bissonnette, *op. cit.* (*supra* note 164), p. 24.

[311] En ce qui concerne le désaveu pendant la période allant de 1850 à 1939, voir Bissonnette, *op. cit.* (*supra* note 164), p. 104 et suiv.

Il y a eu une affaire de ce genre entre la Bolivie et les États-Unis. À la suite de la publication en mars 1959 dans l'hebdomadaire américain *Time* d'un article rapportant les propos du porte-parole de l'ambassade des États-Unis à La Paz jugés offensants à l'égard de la Bolivie, le Département d'État a rectifié immédiatement la teneur de ces propos (Whiteman, *Digest*, vol. 5, p. 169 et 170).

[312] Le châtiment des individus responsables a été demandé dans l'affaire de l'assassinat en 1948, en Palestine, du comte Bernadotte dans l'exercice de ses fonctions au service des Nations Unies (voir *supra* note 293) et dans l'affaire du meurtre, en 1975, de deux officiers américains à Téhéran (« Chronique », RGDIP, t. 80, 1976, p. 257).

[313] Voir *supra* note 120. Selon Palmisano, l'assignation à résidence des deux agents français doit être comprise (contrairement à ce qui est dit dans les écrits, peu nombreux, des auteurs sur le sujet) non comme satisfaction au sens propre, mais plutôt comme le résultat d'un règlement *ex aequo et bono* d'un différend « politique » entre les parties, différend distinct du différend juridique au sujet de la responsabilité de la France pour l'attentat contre le *« Rainbow Warrior »* [*op. cit.* (*supra* note 291), p. 900 et 901].

[314] Figurent au nombre de ces auteurs : Bluntschli, *op. cit.* (*supra* note 280), p. 426; Eagleton, *op. cit.* (*supra* note 205), p. 190 et 191; H. Lauterpacht, « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours... 1937-IV*, Paris, Sirey, 1938, vol. 62, p. 350; Personnaz, *op. cit.* (*supra* note 162), p. 317 et 318; F. V. García Amador, sixième rapport sur la responsabilité internationale (*Annuaire... 1961*, vol. II, p. 20, doc. A/CN.4/134 et Add.1), par. 76; et Morelli, *op. cit.* (*supra* note 162), p. 358.

La satisfaction est toutefois considérée comme purement réparatrice [en ce sens qu'elle ne doit pas avoir de conséquence allant au-delà de ce que le droit interne prévoit généralement comme conséquence d'un délit civil *(civil tort)*] par G. Ripert, « Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux », *Recueil des cours... 1933-II*, Paris, Sirey, vol. 44, p. 622; Bissonnette, *op. cit.* (*supra* note 164), p. 25; B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Londres, Stevens, 1953, p. 236 et 237; Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.* (*supra* note 176), p. 571; et Dominicé, *loc. cit.* (*supra* note 181), p. 118.

20) Son caractère autonome n'empêche pas non plus la satisfaction d'apparaître souvent comme absorbée dans les procédés plus rigoureusement compensatoires, voire confondue avec eux. Cela a peut-être été le cas, par exemple, dans l'affaire du « *Rainbow Warrior* », où tant la somme réclamée par la Nouvelle-Zélande que celle qui lui a été accordée par le Secrétaire général de l'ONU dépassaient de loin la valeur du dommage matériel. On en trouve d'autres exemples dans l'affaire du lynchage de 11 Italiens à la Nouvelle-Orléans[315] et dans l'affaire Labaree[316]. On peut douter, à première vue, que dans ces cas il y ait eu satisfaction *stricto sensu*. L'élément de satisfaction y est néanmoins également perceptible, soit qu'une ou plusieurs formes de satisfaction aient été demandées ou obtenues par l'État offensé, soit que le montant de l'indemnité ait dépassé dans des proportions plus ou moins importantes l'étendue du dommage matériel. Il y a aussi des cas où la présence d'une certaine forme de satisfaction est suggérée par la reconnaissance des faits ou de la responsabilité par l'État offenseur.

21) La Commission, tout en convenant du fond et de la forme des dispositions de l'article 10, n'a pas jugé nécessaire de se prononcer sur la question de savoir s'il conviendrait d'attribuer un caractère afflictif à la satisfaction en tant que forme de réparation, question sur laquelle la doctrine était divisée.

22) On a avancé que le caractère afflictif de la satisfaction était incompatible avec l'égalité souveraine des États. Il n'était compatible ni avec la composition ni avec la structure d'une « société des États », au motif que :

a) Il n'était pas « convenable » d'imposer un châtiment ou une peine à des personnes autres que physiques, et surtout pas à des États souverains;

b) L'imposition d'un châtiment ou d'une peine dans le cadre d'un système de droit présuppose l'existence d'institutions incarnant, comme dans les sociétés nationales, l'ensemble de la collectivité, institutions dont la « société des États » ne dispose pas et qui ne sont pas près — si elles en ont la moindre chance — d'y voir le jour.

23) D'un autre côté, on a soutenu que l'absence même, dans la « société des États », d'institutions capables de remplir des fonctions d'« autorité » telles que la poursuite, le jugement et la répression des infractions criminelles commises par des États faisait qu'il était d'autant plus nécessaire de recourir à des procédés propres à combler une partie, encore que très faible, de ce vide. Selon cette opinion, le caractère afflictif de la satisfaction ne s'opposait pas à l'égalité souveraine des États en présence. On a estimé aussi que la satisfaction relevait de l'expiation[317]. Circonscrire les conséquences d'un délit international (quelle que soit sa gravité) à la restitution en nature et à l'indemnisation reviendrait à négliger la nécessité d'assurer un moyen spécifique de réparer — à titre à la fois préventif et afflictif — le dommage moral, politique et juridique subi par l'État ou les États lésés, en sus ou au lieu de tout dommage matériel.

24) La Commission estime d'autant plus important de reconnaître les fonctions positives de la satisfaction dans les relations entre les États que c'est précisément en recourant à une ou plusieurs des diverses formes de satisfaction que l'on peut moduler les conséquences du comportement illicite de l'État offenseur en fonction de la gravité du fait illicite. Cette conclusion a une importance considérable tant pour la codification que pour le développement progressif dans ce domaine.

25) D'autre part, la Commission estime qu'il importe de tirer les leçons de la pratique diplomatique de la satisfaction qui montre que les abus de la part des États lésés ou soi-disant lésés ne sont pas rares. Les États puissants ont souvent réussi à imposer à des États offenseurs plus faibles des excuses ou des formes de satisfaction humiliantes, incompatibles avec la dignité de l'État auteur du fait illicite et avec le principe de l'égalité. Un certain nombre d'auteurs[318] ont insisté sur la nécessité d'empêcher les abus. Ce souci est à la base du *paragraphe 3* de l'article 10 qui, en précisant que des exigences qui porteraient atteinte à la dignité de l'État qui a commis le fait internationalement illicite sont inacceptables, fournit une indication indispensable des limites dans lesquelles un État offenseur devrait accéder à une demande de satisfaction sous l'une ou plusieurs de ses formes possibles.

Article 10 bis. — *Assurances et garanties de non-répétition*

L'État lésé est en droit, le cas échéant, d'obtenir de l'État qui a commis un fait internationalement illicite des assurances ou garanties de non-répétition dudit fait.

Commentaire

1) L'étude de la pratique et de la doctrine montre que, parmi les conséquences d'un fait internationalement illicite, on peut inclure les garanties visant à empêcher que celui-ci ne se reproduise. Cette conséquence particulière est toutefois généralement traitée dans le cadre de la « satisfaction » ou d'autres formes de réparation[319]. Il est vrai

---

[315] Voir *supra* note 295.

[316] Ibid.

[317] Selon Morelli,

« La satisfaction présente une certaine analogie avec la peine. La peine remplit aussi une fonction d'expiation. En outre, la satisfaction, comme la peine, a un caractère afflictif dans la mesure où elle vise à imposer une épreuve au responsable. La différence entre les deux réside dans le fait que la peine est infligée par un autre sujet, alors que dans le cas de la satisfaction l'épreuve imposée consiste en une certaine forme de conduite du sujet responsable lui-même, conduite qui constitue, comme les autres formes de réparation, le contenu d'une obligation du sujet en question. » [*Op. cit.* (*supra* note 162), p. 358.]

[318] Y compris Bluntschli, *op. cit.* (*supra* note 280), p. 268 et 269; A. J. P. Tammes, « Means of redress in the general international law of peace », *Essays on the Development of the International Legal Order*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1980, p. 7 et 8; Personnaz, *op. cit.* (*supra* note 162), p. 289; et Graefrath, *loc. cit.* (*supra* note 159), p. 101.

[319] Selon Brownlie par exemple, les « objets » de la satisfaction sont de trois types, souvent cumulatifs. Ce sont « [...] des excuses ou d'autres formes de reconnaissance de l'acte illicite par différents moyens : salut au drapeau ou versement d'une indemnité; punition des personnes incriminées; et adoption de mesures visant à empêcher que les faits en question ne se reproduisent » [*op. cit.* (*supra* note 221), p. 208]. Bissonnette observe de même qu'une « demande de sécurité pour le futur [...] doit être considérée comme une des formes de la satisfaction » [*op. cit.* (*supra* note 164), p. 121]. Voir aussi Graefrath, *loc. cit.* (*supra* note 159), p. 87; et García Amador, *Principios de derecho internacional que rigen la responsabilidad — Análisis crítico de la concepción tradicional*, Madrid, Escuela de funcionarios internacionales, 1963, p. 447 à 453.

que tous les modes de réparation — qu'ils soient punitifs ou compensatoires — sont en eux-mêmes plus ou moins directement utiles pour éviter qu'un fait illicite ne se répète et que la satisfaction en particulier peut avoir une telle fonction préventive, notamment sous deux de ses formes, à savoir des dommages et intérêts correspondant à la gravité de l'atteinte, qui font l'objet de l'alinéa *c* du paragraphe 1 de l'article 10, et une action disciplinaire à l'encontre des responsables de l'acte illicite ou leur châtiment, qui sont traités à l'alinéa *d* du paragraphe 1 du même article[320]. Cependant, les assurances et garanties de non-répétition remplissent une fonction distincte et autonome. À la différence d'autres formes de réparation qui tentent de rétablir une situation passée, elles sont tournées vers l'avenir. Elles ont ainsi une fonction de prévention plus que de réparation. En outre, elles supposent qu'il existe un risque que le fait illicite se reproduise. Ces caractéristiques en font un mode de réparation relativement exceptionnel qui, de l'avis de la Commission, ne devrait pas être automatiquement ouvert à tout État lésé, eu égard en particulier au sens large conféré à cette expression dans le cadre de l'article 5 de la deuxième partie du projet[321]. Dans ce contexte, la question se pose de savoir si le droit de l'État lésé à des garanties de non-répétition est lié à la nature de l'obligation violée et à la gravité du fait illicite. Ce type de garanties pourrait présenter un intérêt particulier dans le cas de violations d'obligations dérivées de normes impératives du droit international[322]. La Commission entend aborder cette question lors de l'étude des conséquences de crimes.

2) Le fait de demander des garanties contre la répétition de l'acte illicite laisse supposer que l'État lésé cherche à obtenir de celui qui l'a offensé quelque chose de plus et de différent qu'une simple réparation, car le rétablissement de la situation préexistante est considéré comme insuffisant. Par exemple, à la suite des manifestations contre l'ambassade des États-Unis à Moscou en février 1965 (moins de trois mois après celles de novembre 1964), le Président des États-Unis a affirmé que

> Les États-Unis doivent insister pour que leurs propriétés et leur personnel diplomatique reçoivent la protection exigée par le droit international et par l'usage, protection qui est nécessaire à la conduite des relations diplomatiques entre les États.
>
> Des expressions de regret et l'offre d'une indemnité ne sauraient tenir lieu de protection adéquate[323].

En d'autres termes, l'État lésé demande des garanties contre la répétition de l'acte illicite, car il estime que le simple retour à la situation normale préexistante ne le protège pas de manière satisfaisante.

3) En ce qui concerne le type de garanties qui peuvent être demandées, la pratique internationale n'est pas uniforme. L'État lésé demande généralement soit des garanties contre le renouvellement de l'acte illicite, sans autres précisions[324], soit, si l'acte illicite affecte ses nationaux, une meilleure protection des personnes et des biens[325]. Dans les deux cas, il semble que l'État auteur du fait illicite soit tenu d'une obligation de résultat. Face à la demande de garanties de l'État lésé, il conserve le choix des mesures les plus aptes à assurer la réalisation de l'objectif visé, à savoir prévenir la répétition du fait illicite.

4) Il est néanmoins possible que l'État lésé demande à l'État auteur du fait illicite d'adopter des mesures précises ou d'agir de certaines manières déterminées, considérées comme aptes à éviter que le fait illicite ne se reproduise. Dans ce cas, l'État auteur du fait illicite semble être tenu d'une obligation de comportement. Il semble qu'on puisse ici envisager trois possibilités : l'État lésé peut *a*) exiger de l'État auteur du fait illicite des assurances formelles qu'il respectera à l'avenir certains droits de l'État lésé ou qu'il reconnaîtra l'existence d'une situation donnée en faveur de l'État lésé[326]; *b*) demander à

---

[320] Selon Personnaz :

> « [...] une indemnité pécuniaire peut avoir pour effet d'inciter les États à prendre à l'avenir les mesures nécessaires pour éviter dorénavant le retour d'un tel état de choses. [...] L'intention implicite de telles indemnités qui peuvent être ou non compensatoires peut englober l'idée que par de telles pénalités le gouvernement délinquant peut être amené à améliorer l'administration de sa justice, et donner au réclamant l'assurance que de tels manquement et injustice envers ses citoyens seront évités à l'avenir. » [*Op. cit.* (*supra* note 162), p. 325.]

Voir aussi García Amador, sixième rapport sur la responsabilité internationale (*supra* note 314), par. 145.

[321] Voir *supra* note 105.

[322] Graefrath fait observer que :

> « Dans tous les cas où il est à craindre que la violation ne se poursuive ou ne se répète et, en particulier, s'il s'agit de la violation d'obligations qui découlent des règles du *jus cogens*, la demande de satisfaction portera sur l'adoption de mesures qui empêcheront la poursuite ou la répétition de la conduite illicite et préviendront à l'avenir ce bouleversement de la coopération internationale pacifique. » [*Loc. cit.* (*supra* note 159), p. 87.]

[323] « Chronique », RGDIP, t. 69, 1965, p. 161.

[324] On peut citer comme exemples l'incident du *Dogger Bank* entre la Grande-Bretagne et la Russie, en 1904, à propos duquel la Grande-Bretagne avait demandé, entre autres, une « garantie contre la répétition de tels incidents intolérables » [Martens, *Nouveau Recueil* (*supra* note 119), p. 642] et les quatre affaires concernant la visite et la perquisition de navires marchands américains par des croiseurs armés espagnols en haute mer, au large de la côte orientale de Cuba, à la suite de quoi les États-Unis avaient déclaré qu'ils attendaient de l'Espagne « l'assurance formelle que de tels faits ne se reproduiraient pas » (Moore, *Digest*, vol. II, p. 903 et suiv., notamment p. 907].

Peuvent également être mentionnés les échanges de notes entre la Chine et l'Indonésie après l'attaque, en mars 1966, contre le consulat général de Chine à Djakarta. Le Vice-Ministre chinois des affaires étrangères avait demandé, entre autres mesures, « une garantie contre tout renouvellement de pareils incidents à l'avenir » (« Chronique », RGDIP, t. 70, 1966, p. 1013). Un autre exemple est constitué par les notes officielles de protestation adressées par le Gouvernement suisse à la Jordanie, à la Syrie et au Liban à la suite de l'attaque perpétrée à Zurich le 18 février 1969 par quatre membres du Front populaire de libération de la Palestine contre un avion civil israélien, pour condamner cette attaque et demander aux trois gouvernements de prendre « des mesures pour prévenir toute nouvelle violation du territoire suisse » (R. A. Falk, « The Beirut raid and the international law of retaliation », AJIL, vol. 63, 1969, p. 419).

[325] De telles assurances ont été par exemple données dans l'affaire Doane (1886) dans laquelle E. T. Doane, missionnaire américain aux Philippines, s'étant élevé contre la saisie par les autorités espagnoles d'une partie des terres appartenant à la mission, avait été arrêté et expulsé à Manille; à la suite des protestations du Gouvernement des États-Unis, « le Gouvernement espagnol s'était efforcé dans une certaine mesure de réparer le tort causé à M. Doane en le réintégrant dans sa mission et donnant des assurances renouvelées concernant la protection des missionnaires et de leurs biens » (Moore, *Digest*, vol. VI, p. 345 et 346).

[326] On peut citer comme exemples à cet égard : le différend de 1893 entre la France et le Siam dans lequel la France avait demandé au Siam la reconnaissance de ses revendications territoriales sur la rive gauche du Mékong (Martens, *Nouveau Recueil*, 2e série, vol. 20, p. 160 et suiv.); l'affaire en 1901 des bureaux de poste ottomans, dans laquelle l'Empire ottoman donna l'assurance formelle que désormais les postes

(Suite de la note page suivante.)

l'État qui a commis le fait illicite de donner des instructions précises à ses agents[327]; ou *c*) demander à l'État auteur du fait illicite d'adopter une certaine ligne de conduite, considérée comme propre à prévenir la création des conditions qui avaient permis au comportement illicite d'avoir lieu[328], une telle ligne de conduite consistant par exemple dans l'adoption ou l'abrogation par l'État fautif de certaines dispositions législatives spécifiques[329].

Dans la pratique récente, on n'a pas enregistré de demandes explicites visant à modifier la législation existante ou à adopter une législation nouvelle. Des demandes de ce genre sont toutefois formulées par des organes internationaux. Par exemple, il est fréquent que des organes internationaux ad hoc demandent aux États responsables de violations des droits de l'homme d'adapter leur législation afin de prévenir la répétition de ces violations. Parmi ces demandes, on peut citer celles du Comité des droits de l'homme dans ses décisions concernant des plaintes émanant de particuliers. Dans l'affaire *Torres Ramírez* par exemple, le Comité, après s'être assuré que le droit uruguayen n'était pas en conformité avec le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, est parvenu à la conclusion suivante :

> En conséquence, le Comité conclut que l'État partie est dans l'obligation de fournir des recours efficaces à la victime, y compris une réparation, pour les violations qu'elle a subies, et de prendre des mesures pour que de telles violations ne se reproduisent pas à l'avenir[330].

5) Il ressort de l'analyse qui précède que les assurances et garanties de non-répétition constituent une mesure *sui generis* qu'il convient de distinguer de la satisfaction et d'autres formes de réparation. Le texte adopté par la Commission prévoit que l'État lésé est en droit, le cas échéant, d'obtenir de l'État qui a commis un fait internationalement illicite des assurances ou garanties de non-répétition dudit fait, en reconnaissant ainsi que l'État fautif est tenu de fournir ces garanties sous réserve qu'il existe une demande de l'État lésé et lorsque les circonstances le justifient. Les circonstances à prendre en considération incluent notamment l'existence d'un risque réel de renouvellement du fait et la gravité du préjudice subi par l'État demandeur par suite du fait illicite. L'expression « le cas échéant » indique clairement qu'il incombera au juge (ou à tout autre tiers chargé d'appliquer la règle) de déterminer si les conditions d'octroi de ce que la Commission considère comme un mode de réparation exceptionnel sont remplies, et de refuser les demandes abusives qui porteraient atteinte à la dignité de l'État auteur du fait illicite.

(Suite de la note 326.)

anglaises, autrichiennes et françaises fonctionneraient librement sur son territoire (« Chronique », RGDIP, t. 8, 1901, p. 777 et suiv., notamment p. 788 et 792); l'affaire du « *Constitución* », en 1907, dans laquelle l'Uruguay avait demandé que le Gouvernement argentin déclarât n'avoir pas eu l'intention de méconnaître la juridiction appartenant à la République orientale sur le Rio de la Plata comme pays voisin et limitrophe (ibid., t. 15, 1908, p. 318); et l'affaire relative à un paquebot-poste français arrêté illégalement en 1894 par les autorités turques, dans laquelle, à la suite des protestations françaises, ces autorités avaient promis de faire mieux respecter dorénavant les stipulations des traités garantissant l'inviolabilité de la personne et du domicile des Français en Orient (ibid., t. 2, 1895, p. 623 et 624). Ces exemples n'illustrent pas nécessairement tout ce qui serait « approprié » au regard des normes actuelles (voir *infra* par. 5 du commentaire sur l'article 10 *bis*).

[327] On peut citer comme exemples à cet égard : l'affaire de l'« *Aliança* », navire postal américain, attaqué par une canonnière espagnole au large des côtes cubaines en 1895, dans laquelle les États-Unis avaient insisté « pour que des ordres immédiats et positifs soient donnés aux commandants des forces navales espagnoles pour qu'ils n'interfèrent pas avec le commerce américain légitime passant par le détroit, et pour que soient interdits tous les actes mettant en péril les personnes et les biens circulant légalement sous le pavillon des États-Unis » (Moore, *Digest*, vol. II, p. 908 et 909); l'affaire du « *Herzog* » et du « *Bundesrath* », deux vaisseaux allemands saisis durant la guerre des Boers, en décembre 1899 et janvier 1900, par la marine de guerre britannique, dans laquelle l'Allemagne avait appelé l'attention du Gouvernement britannique sur la nécessité de « donner pour instruction à tout commandant naval britannique de ne pas molester les navires marchands allemands qui ne se trouvent pas dans les parages du théâtre des opérations » (Martens, *Nouveau Recueil*, 2e série, vol. 29, p. 456 et suiv., notamment p. 486); et l'affaire *Jova* concernant le pillage par des troupes espagnoles en 1896 de la propriété d'un planteur américain, dans laquelle les États-Unis avaient réclamé « des ordres stricts pour prévenir la répétition de pareils actes de vol et de spoliation » (Moore, *Digest*, vol. VI, p. 910).

[328] Dans l'affaire de la *Fonderie de Trail (Trail Smelter)*, par exemple, en se prononçant sur la question n° 3, contenue à l'article III de la Convention du 15 avril 1935 entre les États-Unis d'Amérique et le Canada (SDN, *Recueil des Traités*, vol. CLXII, p. 75) et ainsi conçue :

> « 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 par la fonderie de Trail ? »

le tribunal arbitral avait mentionné spécifiquement une série de mesures — d'abord provisoires, puis définitives — de nature à « prévenir efficacement des émissions importantes de fumées aux États-Unis, à l'avenir » [Nations Unies, *Recueil* (voir *supra* note 57), p. 1934 et suiv.].

[329] On peut citer par exemple comme exigences expresses de modification ou d'adoption d'une législation : l'affaire Cutting, de 1886, dans laquelle les États-Unis, à la suite de la condamnation au Mexique, conformément à la législation mexicaine alors en vigueur, d'un ressortissant américain pour avoir publié dans un journal texan un article jugé diffamatoire envers un citoyen mexicain, exigèrent et obtinrent que le Mexique modifiât la législation en cause (J. Dumas, « La responsabilité des États à raison des crimes et délits commis sur leur territoire au préjudice d'étrangers », *Recueil des cours... 1931-II*, Paris, Sirey, 1932, t. 36, p. 189 et 190); l'affaire du lynchage de ressortissants italiens à Erwin (Mississippi), en 1901, à propos de laquelle l'Italie demanda aux États-Unis de modifier la loi relative à la compétence des tribunaux fédéraux qui, en pratique, empêchait de punir les auteurs de crimes commis contre des étrangers (Moore, *Digest*, vol. VI, p. 848 et 849); et l'affaire de l'« *Alabama* », dans laquelle les réclamations des États-Unis conduisirent la Grande-Bretagne à modifier la loi de 1819 par la loi du 9 août 1870, qui interdisait la construction, sur son territoire, de navires destinés à des belligérants, autorisait l'arrestation de tout navire suspect et condamnait le navire infracteur de la neutralité britannique à restituer les prises qu'il aurait amenées dans un port britannique (N. Politis, *La justice internationale*, Paris, Hachette, 1924, p. 41).

[330] Décision du 23 juillet 1980, par. 19 [*Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n° 40* (A/35/40), p. 133]; on peut citer comme autres exemples l'affaire *Lanza*, décision du 3 avril 1980, par. 17 (ibid., p. 126); et l'affaire *Dermit Barbato*, décision du 21 octobre 1982, par. 11 [ibid., *trente-huitième session, Supplément n° 40* (A/38/40), p. 142].

Chapitre V

DROIT RELATIF AUX UTILISATIONS DES COURS D'EAU INTERNATIONAUX À DES FINS AUTRES QUE LA NAVIGATION

A. — Introduction[331]

336. La Commission a inscrit le sujet intitulé « Droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation » à son programme de travail à sa vingt-troisième session (1971), en réponse à une recommandation faite par l'Assemblée générale dans sa résolution 2669 (XXV) du 8 décembre 1970.

337. Les travaux commencés par les trois précédents rapporteurs spéciaux ont été poursuivis par M. Stephen C. McCaffrey, qui a été nommé rapporteur spécial pour le sujet à la trente-septième session de la Commission (1985).

338. De sa trente-septième session (1985) à sa quarante-troisième session (1991), la Commission a reçu du Rapporteur spécial sept rapports sur la question[332].

339. À sa quarante-troisième session, la Commission a adopté provisoirement en première lecture un ensemble complet de projets d'articles sur le sujet[333] et a décidé, conformément aux articles 16 et 21 de son statut, de les transmettre, par l'intermédiaire du Secrétaire général, aux gouvernements des États Membres, en les priant d'adresser leurs commentaires et observations au Secrétaire général avant le 1er janvier 1993.

340. À sa quarante-quatrième session (1992), la Commission a nommé M. Robert Rosenstock rapporteur spécial pour le sujet[334].

[331] Pour un historique plus complet de la question et un compte rendu plus détaillé des travaux de la Commission sur ce sujet, voir *Annuaire... 1985*, vol. II (2e partie), par. 268 à 278, et *Annuaire... 1989*, vol. II (2e partie), par. 621 à 635.

[332] Les sept rapports du Rapporteur spécial sont reproduits comme suit :

Rapport préliminaire : *Annuaire... 1985*, vol. II (1re partie), p. 87, doc. A/CN.4/393;

Deuxième rapport : *Annuaire... 1986*, vol. II (1re partie), p. 89, doc. A/CN.4/399 et Add.1 et 2;

Troisième rapport : *Annuaire... 1987*, vol. II (1re partie), p. 15, doc. A/CN.4/406 et Add.1 et 2;

Quatrième rapport : *Annuaire... 1988*, vol. II (1re partie), p. 207, doc. A/CN.4/412 et Add.1 et 2;

Cinquième rapport : *Annuaire... 1989*, vol. II (1re partie), p. 99, doc. A/CN.4/421 et Add.1 et 2;

Sixième rapport : *Annuaire... 1990*, vol. II (1re partie), p. 41, doc. A/CN.4/427 et Add.1;

Septième rapport : *Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie), p. 47, doc. A/CN.4/436.

[333] Pour les articles adoptés provisoirement en première lecture, voir *Annuaire... 1991*, vol. II (2e partie), p. 68 à 72.

[334] Voir *Annuaire... 1992*, vol. II (2e partie), par. 350.

B. — Examen du sujet à la présente session

341. À la présente session, la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial sur la question (A/CN.4/451). La Commission a examiné ce rapport à ses 2309e, 2311e à 2314e et 2316e séances, les 18 et 24 au 30 juin et le 6 juillet 1993. La Commission était également saisie des commentaires et observations reçus des gouvernements au sujet des projets d'articles (A/CN.4/447 et Add.1 à 5).

342. Dans son rapport, le Rapporteur spécial a analysé les commentaires et observations écrits reçus des gouvernements et a apporté quelques modifications aux articles adoptés en première lecture[335]. Il a soulevé deux questions de caractère général, à savoir celle de la forme — convention ou règles types — que devraient finalement revêtir les articles et celle d'une procédure de règlement des différends. Il a examiné en outre les articles 1 à 10 des première et deuxième parties du projet.

343. À l'issue du débat, la Commission, à sa 2316e séance, a renvoyé les articles 1 à 10 au Comité de rédaction, qui leur a consacré deux séances. Le Président du Comité en a présenté le rapport (A/CN.4/L.489) à la 2322e séance de la Commission. Celui-ci contenait le texte des articles adoptés par le Comité en deuxième lecture, à savoir les articles premier (Champ d'application des présents articles), 2 (Expressions employées), 3 (Accords de cours d'eau), 4 (Parties aux accords de cours d'eau), 5 (Utilisation et participation équitables et raisonnables), 6 (Facteurs pertinents à prendre en considération pour une utilisation équitable et raisonnable), 8 (Obligation générale de coopérer), 9 (Échange régulier de données et d'informations) et 10 (Rapport entre différents types d'utilisation). Il a par ailleurs été noté que l'étude des eaux souterraines captives sans rapport avec le cours d'eau, qui avait été demandée au Rapporteur spécial, pourrait amener à réexaminer certains aspects de ces articles. Conformément à son usage consistant à ne pas adopter d'articles non accompagnés de commentaires, la Commission a décidé d'ajourner à sa session

[335] Dans son rapport, le Rapporteur spécial a évoqué aussi les faits nouveaux les plus récents intéressant l'environnement et les cours d'eau, mais en indiquant qu'il n'y voyait rien qui exigeât une modification fondamentale du texte du projet d'articles. Il a mentionné, en particulier, les documents issus de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement [A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I), publication des Nations Unies (numéro de vente : F.93.I.8)]; la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière; et la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux.

suivante sa décision sur les projets d'articles proposés. Elle disposera à ce moment-là des éléments nécessaires pour lui permettre de se prononcer à leur sujet. Au stade actuel, la Commission s'est contentée de prendre acte du rapport du Comité de rédaction.

1. Questions de caractère général

a) *Convention-cadre ou règles types*

344. Dans son rapport, le Rapporteur spécial a déclaré qu'il pourrait être plus utile pour les travaux sur certains types de questions, comme celle du droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, que la Commission décide assez tôt de la forme que devrait revêtir le produit final. Il a noté que cette question avait aussi été mentionnée par quelques gouvernements dans leurs commentaires. À tout le moins, il était d'avis que la Commission devrait avoir un échange de vues préliminaire sur ce point avant de poursuivre les travaux de rédaction. Le Rapporteur spécial a relevé les différences entre une convention-cadre et des règles types, mais sans indiquer de préférence particulière pour l'une ou l'autre solution. L'utilité d'une convention-cadre se mesurait au nombre des ratifications; celle de règles types, à l'ampleur et la vigueur de l'approbation de l'Assemblée générale. Il ne voyait pas l'intérêt de préconiser une convention-cadre si l'on n'espérait pas qu'elle soit largement acceptée ni, surtout, la moindre raison valable de préconiser aucune autre approche à ce stade si l'on n'était pas disposé en même temps à recommander à l'Assemblée générale de reprendre très énergiquement à son compte le fruit des travaux de la Commission.

345. Au sujet de la forme du futur instrument, quelques membres ont jugé que les arguments présentés par le Rapporteur spécial plaidaient en faveur de règles types. Le premier des arguments était qu'il n'y aurait guère d'intérêt à préconiser l'approche de la convention-cadre si l'on ne tablait pas sur une acceptation très générale. Cet argument leur paraissait assez peu convaincant, car les États s'étaient effectivement montrés disposés dans l'ensemble à accepter les articles comme base d'une convention-cadre. Le second argument du Rapporteur spécial était que des règles types exigeraient un appui très énergique de la part de l'Assemblée générale. Or un tel appui, a-t-on noté, ne serait pas plus vigoureux que celui qui serait accordé à une convention-cadre. Le Rapporteur spécial avait dit également que des règles types permettraient plus facilement de prévoir des dispositions plus spécifiques, affirmation qui a été jugée contestable, étant donné la très grande diversité des cours d'eau et des situations en jeu.

346. Si l'idée de formuler des règles types a suscité des réserves de la part de plusieurs membres, un autre membre lui a trouvé un certain intérêt, dans la mesure où plus le document final ménagerait de souplesse, plus les États auraient de possibilités d'adapter les règles générales au régime applicable à des cours d'eau particuliers et, partant, plus ces règles générales seraient largement reconnues.

347. La plupart des membres qui ont fait des commentaires sur la question ont indiqué leur préférence pour une convention-cadre, en signalant que cette approche sous-tendait tous les travaux effectués jusque-là, qu'elle avait été largement approuvée à la Sixième Commission et que c'était généralement elle qui avait la préférence dans les commentaires écrits des gouvernements. La Commission était un organe de codification et non un « bureau d'études » chargé de produire des rapports. La Commission, a-t-on aussi noté, avait déjà exprimé, au paragraphe 2 de son commentaire sur l'article 3[336], sa préférence pour une convention-cadre « qui énoncera[it] à l'intention des États parties les principes généraux et les règles applicables aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, en l'absence d'accord particulier entre les États intéressés, ainsi que les principes directeurs pour la négociation d'accords futurs ». Sans doute des règles types permettraient-elles d'éluder le problème de la ratification, mais cela ne devrait pas faire oublier les avantages juridiques d'un instrument contraignant, d'autant plus que le présent projet d'articles présentait toutes les qualités et tous les éléments d'une convention-cadre. On a aussi fait valoir que plusieurs projets d'articles portaient sur des mécanismes procéduraux qui ne pourraient prendre pleinement effet que dans le cadre d'une convention et que, pour être pleinement réalisables, les projets d'articles devaient s'inscrire dans un instrument ayant force exécutoire. La remarque a été faite, en outre, qu'à une époque où l'on avait de plus en plus conscience de l'environnement l'importance de la question justifiait la conclusion d'une convention multilatérale.

348. Un membre, qui était favorable à une convention-cadre, a fait valoir que, si la Commission voulait continuer à se placer dans la perspective d'une convention-cadre, il lui faudrait préciser le sens du mot « adaptent » à l'article 3.

349. Tout en reconnaissant qu'il avait été largement, sinon unanimement, entendu au sein de la Commission que les projets d'articles serviraient en définitive de base à une convention-cadre, c'est-à-dire à une convention renfermant des règles supplétives applicables en l'absence d'accords plus spécifiques, un membre a considéré que cette formule ne répondait pas bien aux buts et objectifs de la codification et du développement progressif du droit et il a déclaré préférer une convention générale spécifiant en détail les droits et les devoirs des États riverains. Il a observé que les différences décelées dans les caractéristiques des divers cours d'eau ne faisaient pas vraiment obstacle à l'application réelle du droit relatif aux cours d'eau et que l'élaboration d'une convention générale était politiquement faisable. À son sens, la signature de la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux démontrait qu'il était possible, sur le plan politique et juridique, de réglementer les activités des États, qui portaient sur des cours d'eau très variés, par des règles uniformes, spécifiques et directement applicables. Aussi ne pouvait-il pas *a fortiori* accepter l'idée que l'effort en cours dût trouver son aboutissement dans un ensemble de règles types.

---

[336] Initialement adopté en tant qu'article 4. Pour le commentaire, voir *Annuaire... 1987*, vol. II (2e partie), p. 28 à 31.

350. Aux yeux de quelques membres, il était trop tôt pour choisir entre les règles types et une convention-cadre, et la décision finale de la Commission sur ce point devrait être remise à un stade ultérieur. On a fait valoir que, en dernière analyse, cette décision dépendrait de la qualité du travail de la Commission : si les projets d'articles étaient bien équilibrés et solidement fondés, ils ne pourraient manquer d'être bien accueillis par la communauté internationale. Les gouvernements qui avaient communiqué leurs commentaires sur le problème étaient divisés, a-t-on dit, et un grand nombre d'États ayant des cours d'eau transfrontières sur leur territoire n'avaient pas encore adressé leurs observations et risquaient de ne pas être en mesure de le faire dans l'avenir immédiat. Le Rapporteur spécial a relevé qu'il ne fallait pas nécessairement considérer un commentaire dans l'ensemble favorable d'un gouvernement sur le projet comme le présage d'une ratification ultérieure.

b) *Règlement des différends*

351. Le Rapporteur spécial a noté qu'un certain nombre de gouvernements avaient instamment engagé la Commission à revoir la question de l'inclusion dans son projet d'articles de dispositions relatives au règlement des différends. Pour sa part, il était de cet avis, comme le précédent Rapporteur spécial, et pensait que, eu égard à la nature des questions en jeu, il serait bon que la Commission recommande une série nuancée de dispositions concernant l'établissement des faits et le règlement des différends au cas où elle déciderait de recommander un projet de convention, même si elle optait pour la formule de règles types.

352. À la question de savoir si le projet d'articles devait comprendre des clauses de règlement des différends, la majorité des membres a répondu par l'affirmative. On a rappelé que des clauses de règlement des différends prévoyant la conciliation obligatoire avaient été incluses par le précédent Rapporteur spécial dans son sixième rapport[337] et que, si elles n'avaient pas été étudiées plus avant, c'était uniquement faute de temps pour les examiner. On a fait valoir que, à mesure que les besoins des populations augmentaient et que les ressources en eau ne cessaient de se raréfier, les différends sur l'utilisation des cours d'eau internationaux étaient appelés à se multiplier et risquaient de revêtir des proportions graves s'ils n'étaient pas réglés au niveau technique. Tenter de politiser les différends ne pouvait qu'être contre-productif.

353. D'autres membres ont dit douter de l'utilité de clauses relatives au règlement des différends dans le projet d'articles. On a observé que, vu la diversité des cours d'eau, un mécanisme spécifique de règlement des différends risquait d'être nécessaire pour chaque cas. On a aussi fait remarquer que, étant donné la souplesse de l'instrument juridique en préparation, les moyens de règlement des différends mentionnés à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies seraient toujours à la disposition des parties intéressées et que les différends portant sur les utilisations des cours d'eau à l'examen pourraient être plus efficacement réglés par des moyens politiques que par la voie judiciaire, comme l'attestait l'exemple de l'Organisation pour la mise en valeur du fleuve Sénégal. D'autre part, on a fait valoir que le projet prévoit déjà dans sa troisième partie un ensemble de procédures de consultation destinées précisément à prévenir les différends entre les parties.

354. Certains des membres qui étaient d'avis qu'il fallait prévoir des dispositions sur le règlement des différends dans le projet ont considéré que la Commission devait achever ses travaux sur les projets d'articles avant de passer à la question du règlement des différends.

355. Sur les procédures particulières de règlement des différends à envisager, on a fait observer que les différends qui pouvaient surgir à propos des utilisations des cours d'eau internationaux étaient d'un type particulier et appelaient des modes de règlement particuliers. On a spécialement attiré l'attention sur les différends portant sur l'utilisation équitable et raisonnable et sur les procédures d'enquête, d'établissement des faits et d'évaluation.

356. On a exprimé l'opinion que la création de commissions fluviales ou d'organes analogues serait conforme à une pratique passablement répandue, en évoquant à ce propos les recommandations formulées sur ce point en 1972 par la Conférence des Nations Unies sur l'environnement[338] et l'exemple encourageant de l'Autorité du bassin du Niger, de l'Organisation pour la mise en valeur du bassin de la Gambie et de la Commission internationale pour la protection du Rhin contre la pollution, ainsi que le mécanisme envisagé pour la protection de l'environnement dans le bassin du Danube. Ainsi, le projet d'articles pourrait utilement prévoir quelques règles générales sur la coopération régionale.

357. Selon un autre avis, il était indispensable, étant donné l'élasticité des règles de fond, de prévoir des procédures obligatoires d'établissement des faits et de conciliation ainsi que des procédures d'arbitrage et de règlement judiciaire dont le résultat lierait les parties.

c) *Autres observations générales*

358. Un grand nombre de membres ont reconnu avec le Rapporteur spécial que la Commission devait beaucoup à ses prédécesseurs, et en particulier à M. McCaffrey, sous la direction de qui la première lecture des projets d'articles avait été menée à bien dans un laps de temps relativement court. Tout en considérant que les projets d'articles représentaient une réalisation remarquable, qui avait entraîné une réaction généralement favorable de la part des gouvernements et qui ne demandait, pour reprendre l'expression du Rapporteur spécial, qu'une « dernière mise au point », un certain nombre de membres ont dit que la tâche à accomplir était à leur sens fort complexe. Il y avait beaucoup d'accords internationaux relatifs à des cours d'eau internationaux, qui trai-

[337] Voir *supra* note 332.

[338] Voir *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), première partie, chap. II, recommandation 51.

taient de situations différentes, et chaque État envisagerait le projet d'articles dans sa propre perspective nationale, ce qui expliquait la diversité des préférences indiquées quant à la manière d'en parachever le texte. Selon un autre avis, la réaction au projet d'articles tant des gouvernements que des milieux universitaires paraissait conseiller une refonte totale des articles plutôt qu'une « dernière mise au point ».

359. Le premier préliminaire du Rapporteur spécial a été généralement loué pour sa concision, qui n'excluait manifestement pas une parfaite intelligence du sujet. Aux yeux de quelques membres, le Rapporteur spécial avait eu raison de résister à la tentation de « retoucher » le texte des articles, sauf dans les cas où c'était absolument nécessaire. Pour d'autres membres, en revanche, il avait fait des propositions qui allaient au-delà de la simple mise au point et risquaient pour finir de rompre l'équilibre du texte adopté en première lecture. Selon une autre opinion encore, le projet devrait être reconsidéré et mis à jour pour rendre compte des faits nouveaux pertinents les plus récents. On a appelé l'attention dans ce contexte sur la notion de développement durable et sur l'approche dite globale de la protection de l'environnement intégrant les considérations économiques et sociales aux problèmes d'environnement, qui trouvaient leur expression dans le principe 4 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement[339] et le chapitre 18 du programme « Action 21 »[340], relatif à la protection des ressources en eau douce et de leur qualité et à l'application d'approches intégrées de la mise en valeur, de la gestion et de l'utilisation des ressources en eau. Mention a été faite en particulier du paragraphe 18.8 du programme « Action 21 », aux termes duquel :

> La gestion intégrée des ressources en eau est fondée sur l'idée que l'eau fait partie intégrante de l'écosystème et constitue une ressource naturelle et un bien social et économique dont la quantité et la qualité déterminent l'affectation. [...]

du paragraphe 18.9, soulignant que :

> La gestion intégrée des ressources en eau, y compris les ressources en terre, devrait être réalisée au niveau du bassin versant ou des sous-unités de bassin. [...]

et de l'exigence d'une étude d'impact sur l'environnement posée par le principe 17 de la Déclaration de Rio, qui se lit comme suit :

> Une étude d'impact sur l'environnement, en tant qu'instrument national, doit être entreprise dans le cas des activités envisagées qui risquent d'avoir des effets nocifs importants sur l'environnement et dépendent de la décision d'une autorité nationale compétente.

On a aussi évoqué les progrès réalisés avec la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux et avec la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière.

[339] Ci-après dénommée « Déclaration de Rio »; voir *supra* note 59.

[340] Ibid., p. 7 et suiv.

2. Questions concernant certains articles[341]

a) *Questions concernant la première partie (Introduction) du projet d'articles*

Article premier. — Champ d'application des présents articles

1. Les présents articles s'appliquent aux utilisations des cours d'eau internationaux et de leurs eaux à des fins autres que la navigation, et aux mesures de conservation et de gestion liées aux utilisations de ces cours d'eau et de leurs eaux.

2. Les présents articles ne s'appliquent à l'utilisation des cours d'eau internationaux aux fins de la navigation que dans la mesure où d'autres utilisations ont une incidence sur la navigation ou sont affectées par elle.

360. Compte tenu des commentaires des gouvernements, le Rapporteur spécial n'a vu aucune raison de modifier en quoi que ce soit l'article premier. Il a noté que certains gouvernements, dans leurs commentaires, avaient remis en question l'emploi de l'expression « cours d'eau ». Mais, étant donné que cette expression était le résultat d'un compromis, le Rapporteur spécial a estimé qu'il ne serait pas prudent de la changer. En ce qui concernait l'expression « eaux transfrontières », qui avait été suggérée parce qu'elle était employée dans la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux, il a estimé qu'il s'agissait là d'une question de rédaction et ne voyait, quant au fond, aucune différence entre cette expression et celle utilisée à l'article premier.

361. La plupart des membres qui ont fait des observations sur l'article premier se sont déclarés favorables au texte existant. L'un d'eux a dit, toutefois, que cet article ne maintenait pas l'équilibre voulu entre la navigation et les autres utilisations des cours d'eau internationaux. Selon lui, l'article premier, tel qu'il était actuellement rédigé, et les explications données dans le commentaire[342] pouvaient donner à penser que les articles s'appliquaient aussi à la navigation, qui n'entrait pourtant pas dans leur champ d'application. Il faudrait essayer de corriger ce déséquilibre lors de la deuxième lecture du projet d'articles.

362. On a dit que la notion de gestion intégrée des ressources en eaux, énoncée aux paragraphes 18.8 et 18.9 du programme « Action 21 »[343], devait être introduite au paragraphe 1 de l'article premier. Il faudrait, pour cela, ajouter le mot « gestion » avant le mot « conservation ». Un membre a aussi dit qu'il préférait l'expression « eaux transfrontières » à celle de « cours d'eau internationaux ».

[341] Les vues du Rapporteur spécial sur les différents articles doivent s'entendre sans préjudice de la question de la forme que revêtiront les articles.

[342] Pour le commentaire sur l'article premier, initialement adopté en tant qu'article 2, voir *Annuaire... 1987*, vol. II (2e partie), p. 26 et 27.

[343] Voir *supra* par. 359.

Article 2. — Expressions employées

Aux fins des présents articles :

***a)* l'expression « cours d'eau international » s'entend d'un cours d'eau dont des parties se trouvent dans des États différents;**

***b)* l'expression « cours d'eau » s'entend d'un système d'eaux de surface et souterraines constituant du fait de leurs relations physiques un ensemble unitaire et aboutissant à un point d'arrivée commun;**

***c)* l'expression « État du cours d'eau » s'entend d'un État dans le territoire duquel se trouve une partie d'un cours d'eau international.**

363. Le Rapporteur spécial a soulevé deux questions à propos de l'article 2. Premièrement, il a recommandé de supprimer, à l'alinéa *b*, le membre de phrase « et aboutissant à un point d'arrivée commun ». À son avis, la notion de « point d'arrivée commun » ne semblait rien ajouter à ce qui était déjà dit dans le reste de l'alinéa et pouvait prêter à confusion. Elle risquait, si on la maintenait, de limiter artificiellement la portée du projet d'articles. Deuxièmement, le Rapporteur spécial était tenté d'inclure dans le sujet « les eaux souterraines captives sans rapport avec le cours d'eau ». Si la Commission acceptait cette idée (voir *infra* par. 441), il proposerait alors de modifier l'article 2 en conséquence. Il ne pensait pas qu'un tel changement entraînerait des modifications majeures dans les autres articles. Il a recommandé que, sous réserve des deux questions qu'il avait soulevées, la Commission traite l'article 2 comme une hypothèse de travail valable et n'y revienne que si les travaux sur les articles suivants faisaient apparaître soudainement la nécessité de réexaminer cet article. Il a recommandé également que la définition du terme « pollution » figurant actuellement à l'article 21 soit transférée à l'article 2. Un tel déplacement serait utile dans le contexte de la révision qu'il proposait pour l'article 7 (voir *infra* par. 410) mais n'était pas essentiel, et la Commission pourrait l'accepter sans qu'il soit pour autant nécessaire ou utile de modifier en quoi que ce soit la première ou la deuxième partie du projet.

364. Plusieurs membres ont fait, au sujet de l'article 2, des observations portant sur deux questions : la suppression éventuelle, à l'alinéa *b*, du membre de phrase « et aboutissant à un point d'arrivée commun »; et l'inclusion éventuelle des eaux souterraines captives dans le champ d'application du projet d'articles.

365. En ce qui concerne le membre de phrase « et aboutissant à un point d'arrivée commun » qui figurait à l'alinéa *b* de l'article 2, plusieurs membres n'étaient pas d'accord avec le Rapporteur spécial pour le supprimer. À leur avis, cette condition avait pour objet de limiter quelque peu la portée géographique des articles : ce n'était pas parce que deux bassins de drainage différents étaient reliés par un canal qu'ils feraient pour autant partie d'un cours d'eau unique aux fins des articles. Dans un État où la plupart des fleuves étaient reliés par des canaux, l'absence de référence à un point d'arrivée commun ferait de tous ces fleuves un système unique et créerait une unité artificielle entre les cours d'eau. En outre, le critère du point d'arrivée commun aiderait à distinguer deux cours d'eau parallèles. La suppression des mots « aboutissant à un point d'arrivée commun » élargirait le champ d'application des articles et rendrait leur application plus difficile dans la pratique.

366. Quelques membres ont réservé leur position en attendant que le Rapporteur spécial ait examiné la question plus à fond.

367. On a aussi fait observer qu'il fallait définir l'expression « cours d'eau » de façon plus précise pour indiquer si elle ne comprenait que les eaux de surface. On a noté que le projet ne traitait pas comme il le devrait de la dérivation des eaux, par exemple par les canaux. Il fallait poursuivre l'examen de cette question.

368. À propos de la question des eaux souterraines captives, de nombreux membres ont estimé qu'il serait illogique d'inclure dans la notion de « cours d'eau » celle des eaux souterraines captives, parce qu'il n'y avait pas de rapport entre elles. Ils ne voyaient pas comment les eaux captives pouvaient être considérées comme faisant partie d'un système d'eaux « constituant du fait de leurs relations physiques un ensemble unitaire ». Et si elles n'avaient pas de relations physiques avec le cours d'eau, comment ces eaux pouvaient-elles faire partie d'un ensemble unitaire ? À leur avis, la question des eaux captives devait être réglementée, mais elle devait faire l'objet d'un ensemble de règles différent. En effet, il n'y avait pratiquement pas d'articles qui puissent s'appliquer aux eaux souterraines captives en dehors de ceux qui énonçaient des principes généraux.

369. Selon le même point de vue, alors que les cours d'eau internationaux étaient réglementés depuis des milliers d'années, l'utilisation des eaux souterraines captives était un phénomène relativement nouveau. L'argument de la diversité, qui avait amené la Commission à adopter la formule de la convention-cadre pour les cours d'eau, était moins convaincant dans le cas des eaux souterraines captives. En outre, le droit relatif aux eaux souterraines était plus proche de celui qui régissait l'exploitation des ressources naturelles, notamment du pétrole et du gaz naturel. La meilleure solution consistait à traiter séparément de la question des cours d'eau internationaux et de celle des eaux souterraines captives, comme la Commission l'avait fait pour le droit des traités en ce qui concernait la succession d'États. Un traitement séparé se justifiait d'autant plus que les eaux souterraines étaient très importantes dans certaines régions du monde comme le continent africain, qui comprenait de vastes régions désertiques.

370. Ceux des membres qui désapprouvaient la proposition d'inclure dans le projet les eaux souterraines captives ont fait valoir également que cette inclusion obligerait à remanier considérablement les articles, ce qui empêcherait la Commission d'achever la deuxième lecture de ces articles l'année suivante, conformément à l'objectif qu'elle s'était fixé.

371. Plusieurs membres ont dit qu'ils attendaient, pour prendre position sur la question, la nouvelle étude que le Rapporteur spécial devait faire l'année suivante. Ils ont estimé que cette étude devait porter, par exemple, sur les conditions physiques régissant les eaux souterraines captives, sur les relations existant entre les différentes parties de ce qui pourrait être un système d'eaux souterraines transfrontières et sur le rôle joué par les eaux souterraines dans le cycle général de l'eau.

372. De nombreux membres ont approuvé la proposition du Rapporteur spécial de placer à l'article 2 la définition du terme « pollution » qui figurait actuellement au paragraphe 1 de l'article 21, et ils ont estimé, comme le Rapporteur spécial, que ce changement ne signifiait nullement que la Commission décidait de modifier en quoi que ce soit la deuxième ou la troisième partie du projet actuel.

373. D'autres membres, par contre, ont estimé qu'en principe, lorsqu'un terme apparaissait une seule fois dans les articles, il devait être défini à l'endroit précis où il figurait. Le changement proposé ne se justifiait donc pas.

Article 3. — Accords de cours d'eau

1. Les États du cours d'eau peuvent conclure un ou plusieurs accords, ci-après dénommés « accords de cours d'eau », qui appliquent et adaptent les dispositions des présents articles aux caractéristiques et aux utilisations d'un cours d'eau international particulier ou d'une partie d'un tel cours d'eau.

2. Lorsqu'un accord de cours d'eau est conclu entre deux ou plusieurs États du cours d'eau, il doit définir les eaux auxquelles il s'applique. Un tel accord 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 que cet accord ne porte pas atteinte, de façon sensible, à l'utilisation des eaux du cours d'eau par un ou plusieurs autres États du cours d'eau.

3. Lorsqu'un État du cours d'eau estime qu'il est nécessaire d'adapter ou d'appliquer les dispositions des présents articles en raison des caractéristiques et des utilisations d'un cours d'eau international particulier, les États du cours d'eau se consultent en vue de négocier de bonne foi dans le but de conclure un accord ou des accords de cours d'eau.

374. Le Rapporteur spécial a dit que, dans leurs observations, certains gouvernements avaient proposé de remplacer, dans le texte anglais, le mot *appreciable* par le mot *significant*, en invoquant différentes raisons, et notamment la pratique suivie jusqu'à présent dans des instruments à peu près comparables. Les deux arguments que le Rapporteur spécial trouvait particulièrement convaincants étaient les suivants. Premièrement, le mot *appreciable* avait deux sens tout à fait différents, à savoir : *a*) susceptible d'être mesuré et *b*) significatif *(significant)*. Deuxièmement, comme il était indiqué dans le commentaire que le mot *appreciable* devait être interprété dans le sens de *significant* (significatif), il était préférable de l'indiquer dans l'article même au lieu de devoir se reporter au commentaire pour comprendre la signification du terme. Le Rapporteur spécial a fait observer que, si l'on remplaçait le mot *appreciable* par le mot *significant* à l'article 3, il faudrait faire de même dans tous les autres articles du projet. En effet, la confusion que risquait de créer l'emploi dans les articles 3 et 4, par exemple, d'un terme différent de celui employé à l'article 7 l'emportait de loin, à son avis, sur les avantages qui pouvaient résulter d'un effort de précision. Par conséquent, si l'article 3 était modifié, il faudrait modifier de la même manière les articles 7 et 12, le paragraphe 1 de l'article 18, le paragraphe 2 de l'article 21 et le paragraphe 2 de l'article 28.

375. Le Rapporteur spécial a estimé que la suggestion de certains gouvernements tendant à préciser à l'article 3 que la future convention ne portait pas atteinte aux accords de cours d'eau existants était inutile et risquait de poser des problèmes. À son avis, la Commission n'était pas en mesure de savoir avec certitude si tous les accords bilatéraux ou multilatéraux, ou même certains d'entre eux, étaient incompatibles avec les prémisses fondamentales du projet d'articles. Il ne voyait rien dans les présents articles qui ait pour effet d'exclure la possibilité de conclure d'autres accords à l'avenir, qu'ils soient ou non compatibles avec le texte actuel. Mais il lui paraissait excessif de présumer qu'une *lex posterior* incompatible avec le projet actuel demeurerait valable, alors même que l'État ou les États intéressés n'auraient manifesté aucune intention à cet égard. À son avis, le meilleur moyen d'éviter toute incertitude serait que les États, lorsqu'ils décideront de devenir parties aux articles, indiquent s'ils ont l'intention d'appliquer ces articles à tous les accords existants auxquels ils sont parties ou à certains d'entre eux. À cet égard, le Rapporteur spécial a aussi appelé l'attention sur le paragraphe 3 et a suggéré d'ajouter la notion d'accords aux « caractéristiques » et aux « utilisations ». Ce paragraphe se lirait alors comme suit :

> « 3. Lorsqu'un État du cours d'eau estime qu'il est nécessaire d'adapter ou d'appliquer les dispositions des présents articles en raison des caractéristiques et des utilisations d'un cours d'eau international particulier ou des accords existants le concernant, les États du cours d'eau se consultent en vue de négocier de bonne foi dans le but de conclure un accord ou des accords de cours d'eau ou de parvenir à une entente. »

376. Le Rapporteur spécial a aussi dit que différents gouvernements, dans leurs observations, avaient suggéré de placer les articles 8 et 26 avant l'article 3 parce qu'ils considéraient que le projet d'articles était avant tout un cadre de coopération et que les accords de cours d'eau que pourraient conclure les États n'étaient qu'un moyen de parvenir à cette fin. Il pensait que le déplacement de ces articles ne modifierait pas le fond du projet mais rendrait la séquence des articles plus logique. Il a donc recommandé que les articles 8 et 26 soient placés avant l'article 3.

377. Les observations concernant l'article 3 ont porté sur deux questions : le remplacement, dans le texte anglais, de l'adjectif *appreciable* par *significant* et la question des accords de cours d'eau existants.

378. En ce qui concerne la première question, deux points de vue différents ont été exprimés.

379. De nombreux membres ont estimé qu'il serait préférable de remplacer dans le texte anglais le terme *appreciable* par *significant* car il était évident qu'il ne s'agissait pas seulement, dans tous les cas, d'effets nuisibles ou de dommages qu'il était possible d'évaluer ou de mesurer, mais bien d'effets nuisibles ou de dommages significatifs *(significant)*, c'est-à-dire qui n'étaient pas négligeables sans être nécessairement considérables ou importants. Aux paragraphes 13 à 15 de son commentaire sur l'article 3[344], la Commission n'avait pas complètement réussi à clarifier la question. Selon le commentaire, le terme *appreciable* avait deux sens : il qualifiait quelque chose qui pouvait être évalué, détecté ou mesuré objectivement et qui avait en même temps une certaine importance et se situait quelque part entre le

[344] Voir *supra* note 336.

négligeable et le considérable. Le problème tenait à ce que le mot *appreciable* pouvait être pris seulement dans le premier sens. Tout ce qui pouvait être mesuré serait considéré comme *appreciable*. Selon ce point de vue, tout adjectif qualifiant le dommage en question devait comporter ces deux éléments.

380. En outre, selon le même point de vue, le mot *appreciable* ne comportait pas la notion de seuil. Dans la plupart des cas, *appreciable* pouvait être pris au sens de « non négligeable » et n'établissait pas de seuil. Le seuil était franchi lorsqu'un dommage significatif *(significant)* était causé — un dommage dépassant les paramètres de ce qui était habituel dans les relations entre les États qui utilisaient un cours d'eau. C'est la raison pour laquelle les membres en question étaient d'avis de remplacer dans le texte anglais *appreciable* par *significant* comme l'avait proposé le Rapporteur spécial.

381. On a noté également que le seuil établi par le terme *significant* correspondait à une norme qui avait été approuvée par les États lorsqu'ils avaient établi un programme d'action pour la protection de la préservation de l'environnement à la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement. Il était indispensable d'établir un seuil adéquat si l'on voulait que le projet d'articles soit accepté dans le monde entier.

382. Les membres qui n'étaient pas d'accord pour remplacer *appreciable* par *significant* ont estimé qu'on irait ainsi au-delà de la distinction nécessaire entre les dommages non négligeables et les dommages négligeables qui ne pouvaient pas même être mesurés. Ce changement, à leur avis, en élèverait le seuil. Du fait de la subjectivité inhérente au terme *significant*, l'État potentiellement victime resterait sans défense, ce qui serait contraire non seulement à ses intérêts, mais aussi à la protection du cours d'eau lui-même. Cela reviendrait à ignorer les effets cumulatifs des dommages moins importants, qui peuvent être considérables, notamment lorsqu'ils sont combinés à d'autres éléments. Ce changement ne tiendrait pas non plus compte des caractéristiques de chaque cours d'eau et de l'histoire de son utilisation, qui peuvent faire apparaître des degrés différents de tolérance et de vulnérabilité.

383. On a noté également que, dans le droit relatif aux cours d'eau, le seuil applicable semblait généralement inférieur à celui qu'impliquait le terme *significant*. Dans un certain nombre de traités anciens et contemporains[345], les termes utilisés étaient plus proches du terme anglais *appreciable* (« ouvrage qui pourrait sensiblement modifier »; « entraves sensibles »; « changement sensible du régime des eaux »; *perjuicio sensible*; et « projet susceptible de modifier d'une manière sensible »).

384. On a dit également que le mot *appreciable* désignait quelque chose qui pouvait être établi par des constatations objectives et traduisait aussi la même notion d'importance que les termes *significant* et *substantial*. Il y avait cependant des cas dans les différents articles où ce n'était pas l'étendue du dommage qui était déterminante pour les intérêts des États du cours d'eau. C'était pourquoi le terme *appreciable* était souvent employé dans les traités, encore que le mot *significant* fût employé à deux reprises dans la Déclaration de Rio — dans les principes 17 et 19 respectivement. La question n'était donc pas aussi claire qu'elle pouvait paraître. La Commission devrait considérer, une fois de plus, les avantages respectifs des deux termes avant de prendre une décision définitive.

385. On a aussi noté que le problème posé par la signification des deux termes était encore aggravé par des questions de traduction. Alors que de nombreux accords[346] utilisaient le terme espagnol *sensible* pour désigner le seuil du dommage, le terme anglais *significant* était couramment traduit par *importante* en espagnol et « sensible » en français. Quelle que fût la décision définitive de la Commission quant à la question de savoir s'il fallait remplacer le mot *appreciable* par le mot *significant* dans le texte anglais de l'article 3, le mot utilisé dans le texte espagnol ne pouvait pas être *importante*. Il fallait utiliser un autre mot qui suggère un seuil plus bas. Peut-être pourrait-on en espagnol employer le terme *sensible*.

386. On a dit aussi que, quel que soit le terme utilisé dans les articles, il faudrait utiliser aussi le même terme dans le projet d'articles sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, car les deux projets traitaient de problèmes analogues. Certains membres, par contre, n'approuvaient pas ce point de vue et estimaient que le choix des termes devait être déterminé par l'approche adoptée par la Commission à l'égard d'un sujet donné.

387. La plupart des membres qui ont parlé de la question des accords existants n'étaient pas favorables à la suggestion du Rapporteur spécial (voir *supra* par. 375). Ils ont estimé que la question devait être régie par le droit des traités. À leur avis, il ne faisait aucun doute que les accords de cours d'eau qui seraient conclus à l'avenir et qui étaient expressément envisagés dans les articles prendraient le pas sur ces articles. Vu le caractère subsidiaire des présents articles, les États étaient libres d'inclure dans les accords de cours d'eau qu'ils concluraient toute disposition qu'ils jugeraient nécessaire pour adapter les dispositions de ces articles, à condition que les États tiers ne soient pas affectés. La question était peut-être plus compliquée lorsqu'il s'agissait d'accords de cours d'eau déjà en vigueur. Ces accords remplaceraient-ils les articles ? Pour résoudre le problème, le

[345] Voir, par exemple, le Protocole entre les Gouvernements de l'Italie et du Royaume-Uni pour la démarcation des sphères d'influence respective dans l'Afrique orientale, du 15 avril 1891 (voir *British and Foreign State Papers, 1890-1891*, Londres, 1897, vol. 83, p. 19; voir aussi Nations Unies, *Textes législatifs...*, traité n° 27), la Convention du 26 octobre 1905 entre la Norvège et la Suède [*British and Foreign State Papers*, vol. 98, p. 828; cette convention a été annulée par la Convention au sujet de certaines questions relatives au régime juridique des eaux, signée le 11 mai 1929 entre les deux pays (SDN, *Recueil des Traités*, vol. CXX, p. 263)], la Convention générale concernant le régime des eaux, du 14 décembre 1931, entre la Roumanie et la Yougoslavie (ibid, vol. CXXXV, p. 31), l'Acte de Santiago sur les bassins hydrographiques, du 26 juin 1971, entre l'Argentine et le Chili [OEA, *Ríos y Lagos Internacionales (Utilización para fines agrícolas e industriales)*, 4e éd. rév. (OEA/SER.I/VI, CIJ-75 Rev.2), p. 495 et 496, texte français dans *Annuaire... 1974*, vol. II (2e partie), p. 357, doc. A/CN.4/274, par. 327], la Convention de 1972 relative au statut du fleuve Sénégal, et l'Accord du 26 février 1975 entre l'Argentine et l'Uruguay [Statut du fleuve Uruguay (Salto, 26 février 1976), Uruguay, Ministère des relations extérieures, *Actos internacionales Uruguay-Argentina, 1830-1980*, Montevideo, 1981].

[346] Ibid.

Rapporteur spécial avait suggéré que, lorsque les États deviendraient parties aux articles, ils indiqueraient leur intention ou leur interprétation en ce qui concernait tous les accords auxquels ils étaient parties ou certains d'entre eux. Cela paraissait être une solution logique, mais un problème subsisterait si les parties à un accord existant n'adoptaient pas toutes la même position. Le Rapporteur spécial pourrait peut-être examiner ce problème plus avant et proposer une disposition pour éviter des difficultés à l'avenir.

388. Quant à la proposition tendant à placer les articles 8 et 26 avant l'article 3, certains membres l'on trouvée raisonnable et ont estimé qu'elle améliorerait la structure du texte. D'autres membres se sont demandé si cette modification n'altérerait pas l'ordre logique des articles. Ces deux articles traitaient de la coopération et de la gestion et ne seraient pas à leur place dans l'introduction, qui traitait essentiellement du champ d'application du projet. Selon un point de vue, l'article 26 devait rester dans la deuxième partie (Principes généraux), mais le Comité de rédaction pourrait envisager de formuler un principe général relatif à l'approche intégrée en s'inspirant du principe 4 de la Déclaration de Rio, et laisser telle quelle la partie de l'article 26 consacrée à la gestion.

389. D'autres suggestions ont été faites au sujet de la séquence des articles : on a dit que les articles de la sixième partie (Dispositions diverses) pourraient être placés dans d'autres parties du projet; par exemple, l'article 31 (Données et informations vitales pour la défense ou la sécurité nationales) pourrait être rattaché à l'article 9 (Échange régulier de données et d'informations), et l'article 32 (Non-discrimination) pourrait être placé dans la deuxième partie (Principes généraux).

Article 4. — Parties aux accords de cours d'eau

1. Tout État du cours d'eau a le droit de participer à la négociation de tout accord de cours d'eau qui s'applique au cours d'eau international tout entier et de devenir partie à un tel accord, ainsi que de participer à toutes consultations appropriées.

2. Un État du cours d'eau dont l'utilisation 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 programme particulier, ou à une utilisation particulière, a le droit de participer à des consultations sur cet accord et à sa négociation, dans la mesure où son utilisation en serait affectée, et d'y devenir partie.

390. Le Rapporteur spécial a estimé que le libellé actuel de l'article 4 était approprié. Il a souligné que, au paragraphe 1, les mots « qui s'applique » se rapportaient au champ d'application de l'accord et n'avaient pas le même sens ni le même effet que les mots « qui affecte de façon sensible ». À son avis, la suppression du paragraphe 2, que certains gouvernements avaient suggérée dans leurs commentaires, aurait pour effet d'imposer une charge supplémentaire excessive aux États riverains d'aval. Il ne serait pas impossible de fondre les deux paragraphes, mais le Rapporteur spécial ne le recommandait pas car cela rendrait le texte plus lourd et plus difficile à comprendre.

391. Quelques membres ont fait des observations sur l'article 4.

392. Certains de ces membres ont estimé, comme le Rapporteur spécial, qu'il n'y avait aucun changement à apporter à l'article 4 et que toute ambiguïté était dissipée par le commentaire de la Commission sur cet article[347].

393. D'autres membres, au contraire, ont estimé qu'il fallait réexaminer l'article 4. Un membre a dit que, selon cet article, le droit pour un État du cours d'eau de devenir partie à un accord, que cet accord s'applique à l'ensemble ou à une partie seulement du cours d'eau, faisait exception au principe fondamental selon lequel les États étaient libres de choisir leurs partenaires à un traité. Cette exception devait être entendue dans un sens limité. Il était concevable qu'un accord de cours d'eau, même s'il s'appliquait au cours d'eau tout entier, ne nuise pas — ou pratiquement pas — aux intérêts d'un autre État du cours d'eau. Les utilisations par les États tiers pouvaient et devaient être protégées contre les effets nuisibles résultant de la conclusion d'accords de cours d'eau par d'autres États du cours d'eau, mais par des moyens moins restrictifs que ceux envisagés dans l'article. Par exemple, les États qui envisageaient de conclure un accord pourraient être tenus d'engager des consultations avec les autres États du cours d'eau pour faire en sorte que les utilisations du cours d'eau par ces États ne soient pas affectées par la conclusion de l'accord en question.

394. Ceux qui étaient partisans de réviser l'article 4 ont aussi fait valoir que l'article 30, qui avait été adopté après l'article 4, envisageait une situation dans laquelle les obligations de coopération prévues dans le projet d'articles ne pouvaient être remplies que par le biais des procédures indirectes. Une telle latitude reflétait une attitude réaliste, analogue à celle adoptée dans la partie XII de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, qui consistait à reconnaître que le simple fait qu'un cours d'eau traversait les territoires de deux ou plusieurs États, tout en créant une certaine communauté d'intérêts, n'était pas le seul facteur dont le droit devait tenir compte.

395. On a dit également que l'article 4 ne s'appliquerait sans doute pas aux cas où un État du cours d'eau concluait un accord avec un État qui n'était pas un État du cours d'eau ou avec une institution financière internationale en vue d'entreprendre de nouveaux travaux sur le cours d'eau. En pareil cas, les relations entre les États seraient régies par les règles générales du droit des traités concernant les intérêts des États tiers. Il n'y avait aucune raison pour que les règles régissant les accords entre les États du cours d'eau s'écartent des règles générales du droit des traités, y compris la règle fondamentale *pacta sunt servanda.*

b) *Questions concernant la deuxième partie (Principes généraux) du projet d'articles*

i) *Commentaires sur l'ensemble de la deuxième partie*

396. Selon le Rapporteur spécial, la relation entre les articles 5 et 7 était peu claire, comme certains gouvernements l'avaient d'ailleurs fait observer dans leurs com-

[347] Pour le commentaire sur l'article 4, initialement adopté en tant qu'article 5, voir *Annuaire... 1987*, vol. II (2e partie), p. 31 et 32.

mentaires. Certains ont estimé qu'il serait préférable d'éliminer l'article 7 ou de le subordonner à l'article 5 et de faire du principe de l'utilisation « équitable et raisonnable » pratiquement le seul critère applicable. D'autres ont fait valoir qu'un dommage « appréciable » ou « significatif » était dans tous les cas une preuve d'une utilisation fondamentalement inéquitable et/ou déraisonnable, et tendrait, implicitement ou expressément, à subordonner l'article 5 à l'article 7. Le Rapporteur spécial pensait que ces questions, et en particulier la nature de la responsabilité de l'État qui affectait une utilisation du cours d'eau, étaient dans une certaine mesure élucidées par le commentaire, mais il a recommandé que les modifications nécessaires soient apportées à l'article 7, pour lequel il a proposé un texte révisé (voir *infra* par. 410). Selon ce texte révisé, le caractère « équitable et raisonnable » de l'utilisation deviendrait le critère déterminant, sauf dans les cas de pollution, tels qu'ils étaient définis dans le projet d'articles. En cas de pollution, l'article 5 serait subordonné à l'article 7, mais on pourrait écarter cette subordination en établissant clairement l'existence de circonstances extraordinaires; en d'autres termes, dans la pratique, il s'agirait d'une présomption simple.

397. Quant à la proposition de rendre plus clair le principe de l'utilisation et de la participation équitables et raisonnables, le Rapporteur spécial a expliqué qu'il ne voyait aucun moyen d'ajouter à l'article 5 des dispositions détaillées qui auraient leur raison d'être dans un accord-cadre. Il a noté, par exemple, que dans certains cas une répartition territoriale était jugée acceptable par les États du cours d'eau, dans d'autres une rotation périodique, ou dans d'autres encore un partage des avantages d'une centrale hydroélectrique, une répartition ou une allocation des utilisations, des arrangements compensatoires ou autres moyens étaient acceptables. Chacune de ces applications du bon sens et de l'équité dépendait des circonstances de l'espèce et ne semblait donc pas pouvoir être généralisée et recommandée comme d'utilité générale dans le contexte d'un instrument-cadre. Le Rapporteur spécial a estimé qu'on pourrait peut-être développer le commentaire de l'article 5[348] afin d'y décrire un peu plus en détail les possibilités que les États pourraient envisager pour parvenir à des résultats équitables et raisonnables. Il a noté en outre que, manifestement, il s'agissait là d'un domaine très important dans lequel on pourrait atténuer les difficultés en prévoyant l'intervention d'une tierce partie, au cas où les États intéressés ne pourraient parvenir à une solution mutuellement acceptable.

398. Plusieurs membres ont commenté les relations entre les articles 5 et 7 et les notions d'« utilisation équitable et raisonnable », d'une part, et de dommage appréciable ou significatif, d'autre part. Ils ont noté que le Rapporteur spécial avait déclaré avec raison que les articles 5 et 7 constituaient un élément clef de l'ensemble du projet d'articles, mais ces deux articles n'étaient pas dépourvus d'ambiguïté. Selon ces membres, cette ambiguïté découlait du compromis auquel étaient parvenus, d'une part, ceux qui estimaient que l'utilisation « équitable et raisonnable », prévue à l'article 5, devrait être la considération primordiale, recouvrant implicitement peut-être le droit de causer un dommage, et, d'autre part, ceux qui accordaient la priorité au dommage, au motif qu'aucune utilisation ne pouvait être considérée comme « équitable et raisonnable » si elle causait un dommage à un autre État. Le nouveau libellé proposé par le Rapporteur spécial pour l'article 7 n'imposerait aux États qu'une obligation de faire « preuve de toute la diligence voulue », et non une obligation de ne pas causer de dommage appréciable ou significatif. Ainsi, dès lors que l'utilisation serait équitable et raisonnable, un certain dommage pourrait être autorisé, de sorte que l'utilisation équitable et raisonnable deviendrait la considération primordiale. À titre d'exception au principe général, seul le dommage découlant de la pollution rendrait une utilisation inéquitable et déraisonnable, encore que, même dans ce cas, le dommage pourrait être autorisé s'il n'y avait pas de menace imminente à la santé ou à la sécurité de l'homme. Selon ces membres, la nouvelle rédaction proposée par le Rapporteur spécial bouleverserait complètement l'équilibre délicat réalisé lors de l'examen en première lecture. La maxime *sic utere tuo ut alienum non laedas* serait subordonnée à la notion imprécise d'utilisation « équitable et raisonnable », qui n'était pas un critère objectif, et qui ne pouvait donc être acceptée en elle-même comme étant la clef de la solution des problèmes nés de l'utilisation des cours d'eau qui risquait de causer un dommage transfrontière. Le fait que la notion d'utilisation équitable et raisonnable était appuyée par de nombreux auteurs et figurait dans de nombreux instruments internationaux ne signifiait pas qu'elle pouvait remplacer de façon satisfaisante le principe fondamental qui voulait que la considération première fût l'obligation de ne pas causer de dommage significatif à d'autres États. Il a été noté que de nombreux membres avaient accepté l'article 5, tel qu'il avait été adopté en première lecture, étant entendu que l'article 7, dans son libellé actuel, figurerait dans le projet d'articles.

399. D'autres raisons encore ont été invoquées par les membres qui n'approuvaient pas le nouveau libellé proposé pour l'article 7.

400. Premièrement, il a été dit que la règle de l'utilisation équitable était éminemment subjective. Le Rapporteur spécial espérait sans doute atténuer les effets négatifs de cette règle au moyen de procédures de règlement des différends. Mais on ne savait pas si les procédures de règlement incluraient le règlement judiciaire obligatoire, et il était très important de garantir le caractère certain des règles de fond. La tâche de ceux qui seraient appelés à déterminer ce qui constituait un dommage appréciable ou significatif serait plus compliquée encore, si la règle concernant l'obligation de ne pas causer de dommage appréciable ou significatif était subordonnée à la règle de l'utilisation équitable.

401. Deuxièmement, le Rapporteur spécial proposait une exception à cette exception dans les cas où l'existence de circonstances spéciales rendant un ajustement ad hoc absolument nécessaire était clairement établie et où il n'y avait pas de menace imminente à la santé ou à la sécurité de l'homme. Outre l'incertitude à laquelle l'interprétation de cette règle donnerait probablement lieu, la définition de la pollution à l'article 21 était si large qu'elle enlevait quasiment tout intérêt pratique à

[348] Pour le commentaire sur l'article 5, initialement adopté en tant qu'article 6, voir *Annuaire... 1987*, vol. II (2e partie), p. 32 à 37.

toute distinction entre les activités qui causaient un dommage appréciable ou significatif et les activités qui causaient une pollution.

402. On a fait observer, en outre, que la nouvelle formulation proposée par le Rapporteur spécial n'irait pas sans poser de difficultés. Lorsqu'il déclarait qu'une utilisation « qui cause une pollution entraînant des dommages significatifs est présumée être une utilisation inéquitable et déraisonnable sauf... *b*) s'il n'y a pas de menace imminente à la santé ou à la sécurité de l'homme », on pouvait s'interroger sur le bien-fondé d'une telle restriction. Il suffisait de penser, par exemple, à l'importance pour certains États riverains d'une pollution qui entraînerait la mort de tous les poissons du cours d'eau.

403. Certains membres ont exprimé l'avis que l'article 7 pourrait être supprimé. Selon eux, la teneur du principe d'utilisation équitable et raisonnable, objet des articles 5 et 6, serait déterminée par les États. Il serait donc utile de proposer, à l'article 5, des modes d'utilisation types comme, par exemple, la division d'un cours d'eau entre États, pour faciliter le règlement des différends. L'article 7 serait alors superflu parce qu'il constituerait une exception au principe de l'utilisation des biens privés sans causer de dommage à autrui. De plus, l'article 7 énonçait une norme, qui trouvait déjà son expression dans plusieurs articles et qui était destinée à déclencher diverses procédures, par exemple en matière de notification, de consultation et de négociation. Il a également été suggéré de transférer dans l'article 5 les conditions énoncées à l'article 7 et de supprimer ce dernier.

404. Certains autres membres se sont déclarés prêts à accepter la référence expresse à la diligence due figurant dans le libellé proposé par le Rapporteur spécial, sans toutefois appuyer ses autres suggestions concernant l'article 7.

ii) *Commentaires sur des articles spécifiques de la deuxième partie*

Article 5. — Utilisation et participation équitables et raisonnables

1. Les États du cours d'eau utilisent sur leurs territoires respectifs un cours d'eau international de manière équitable et raisonnable. En particulier, un cours d'eau international sera utilisé et mis en valeur par les États du cours d'eau en ayant en vue de parvenir à l'utilisation et aux avantages optimaux compatibles avec les exigences d'une protection adéquate du cours d'eau.

2. Les États du cours d'eau participent à l'utilisation, à la mise en valeur et à la protection d'un cours d'eau international de manière équitable et raisonnable. Cette participation comporte à la fois le droit d'utiliser le cours d'eau et le devoir de coopérer à sa protection et à sa mise en valeur, comme prévu dans les présents articles.

405. Le Rapporteur spécial n'a recommandé aucune modification pour l'article 5.

406. Outre les commentaires dont il est rendu compte *supra* aux paragraphes 398 à 404, certains membres ont formulé des observations supplémentaires qui visaient expressément l'article 5. On a fait observer que le droit d'un État à une utilisation équitable et raisonnable d'un cours d'eau international était subordonné à l'obligation pour ce même État de promouvoir l'utilisation et les avantages optimaux compatibles avec les exigences d'une protection adéquate du cours d'eau. En ce sens, la notion d'utilisation optimale englobait celle de développement durable. Le commentaire de cet article était d'une manière générale acceptable, même si l'on trouvait en son paragraphe 3 la proposition contestable selon laquelle parvenir à un optimum d'utilisation ne signifiait pas parvenir à l'utilisation « maximum », à l'utilisation techniquement la plus efficace ou à l'utilisation financièrement la plus avantageuse par l'un quelconque des États du cours d'eau, mais parvenir au maximum d'avantages possibles pour tous les États du cours d'eau. Une telle interprétation ne correspondait pas à la pratique de la plupart des États qui, en l'absence d'accord exprès à l'effet contraire, mettaient à profit leurs propres capacités et leurs propres ressources pour maximiser les avantages qu'ils tiraient du cours d'eau, compte tenu dans tous les cas des impératifs économiques et de la nécessité de protéger le cours d'eau et d'éviter de causer un dommage significatif aux autres États riverains. Toutes ces obligations étaient parfaitement résumées dans le critère d'utilisation équitable et raisonnable du cours d'eau. En outre, l'article 5 devrait être axé sur le principe fondamental de l'utilisation équitable et raisonnable, tel qu'il était plus clairement défini à l'article IV des Règles d'Helsinki sur les utilisations des eaux des fleuves internationaux, adoptées par l'Association de droit international en 1966[349], qui énonçait le droit des États du cours d'eau en des termes plus positifs que le paragraphe 1 de l'article 5.

407. Certains membres ont en outre suggéré de supprimer le paragraphe 2 de l'article 5, car le droit de participation équitable n'était rien d'autre que le droit de coopération, qui était développé de manière plus détaillée à l'article 8, relatif à la coopération.

Article 6. — Facteurs pertinents à prendre en considération pour une utilisation équitable et raisonnable

1. L'utilisation de manière équitable et raisonnable d'un cours d'eau international, au sens de l'article 5, implique la prise en considération de tous les facteurs et circonstances pertinents, notamment :

***a*) les facteurs géographiques, hydrographiques, hydrologiques, climatiques, écologiques et autres facteurs de caractère naturel;**

***b*) les besoins économiques et sociaux des États du cours d'eau concernés;**

***c*) les effets de l'utilisation ou des utilisations du cours d'eau dans un État du cours d'eau sur d'autres États du cours d'eau;**

***d*) les utilisations actuelles et potentielles du cours d'eau;**

***e*) la conservation, la protection, la mise en valeur et l'économie dans l'utilisation des ressources en eau du cours d'eau et les coûts des mesures prises à cet effet;**

***f*) l'existence d'autres options, de valeur correspondante, par rapport à une utilisation particulière actuelle ou envisagée.**

2. Dans l'application de l'article 5 ou du paragraphe 1 du présent article, les États du cours d'eau concernés engagent, si besoin est, des consultations dans un esprit de coopération.

[349] Voir ILA, *Report of the Fifty-second Conference, Helsinki, 1966*, Londres, 1967, p. 484 et suiv.; reproduit en partie dans *Annuaire... 1974*, vol. II (2e partie), p. 396, doc. A/CN.4/274, par. 405.

408. S'agissant de l'article 6, le Rapporteur spécial a évoqué les modifications suggérées par certains membres, mais les a jugées superflues compte tenu de la teneur, notamment, des articles existants, et en particulier de la logique du projet tout entier et de l'alinéa *d* de l'article 6 concernant les utilisations actuelles; du paragraphe 1 de l'article 21 concernant la qualité des eaux; des alinéas *c* et *f* de l'article 6 et du paragraphe 2 de l'article 10; et, d'autre part, des modifications qu'il était suggéré d'apporter à l'article 7 pour tenir compte des situations de dépendance particulière. Il a noté que, bien entendu, ces commentaires étaient sans préjudice de l'examen de l'article 6 dans le contexte des dispositions de fond de l'article 26, qu'il ne pouvait pas encore commenter à ce stade. Il s'est également prononcé en faveur du maintien du paragraphe 2 de l'article 6, même si l'article 8 et le paragraphe 2 de l'article 10 imposaient apparemment une obligation semblable. De plus, si la Commission décidait d'introduire dans cette partie du projet des dispositions relatives au règlement des différends par tierce partie, il faudrait, de l'avis du Rapporteur spécial, garder le paragraphe 2.

409. À propos de l'article 6, il a été souligné que la liste des facteurs énumérés au paragraphe 1 n'était pas exhaustive, mais que les six catégories étaient toutes très pertinentes. Aussi fallait-il garder l'article sous la forme proposée. On a également fait observer que la notion d'« utilisation actuelle » commençait à être reconnue dans la pratique des États comme un facteur important s'agissant de mesurer le dommage significatif ou substantiel. Mais il fallait accorder la même priorité à la nécessité de concilier ce facteur avec une considération également importante, à savoir les besoins de développement des États.

Article 7. — Obligation de ne pas causer de dommages sensibles

Les États du cours d'eau utilisent le cours d'eau international de manière à ne pas causer de dommages sensibles aux autres États du cours d'eau.

410. Tenant compte des commentaires formulés *supra* aux paragraphes 396 et 397, le Rapporteur spécial a proposé de remanier le texte de l'article 7 comme suit :

> « Les États du cours d'eau font preuve de toute la diligence due pour utiliser le cours d'eau international de manière à ne pas causer de dommages significatifs aux autres États du cours d'eau sans l'accord de ces derniers, sous réserve de ceux qui peuvent être considérés comme normaux dans le contexte d'une utilisation équitable et raisonnable du cours d'eau. Une utilisation qui cause une pollution entraînant des dommages significatifs est présumée être une utilisation inéquitable et déraisonnable sauf *a*) si l'existence de circonstances spéciales rendant un ajustement ad hoc absolument nécessaire est clairement établie, et *b*) s'il n'y a pas de menace imminente à la santé ou à la sécurité de l'homme. »

411. Outre les commentaires des membres qui font l'objet des paragraphes 398 à 404 ci-dessus, la remarque a été faite qu'il serait utile d'introduire dans l'article 7 la notion de « diligence due » et le principe de précaution.

Article 8. — Obligation générale de coopérer

Les États du cours d'eau coopèrent sur la base de l'égalité souveraine, de l'intégrité territoriale et de l'avantage mutuel, en vue de parvenir à l'utilisation optimale et à la protection adéquate du cours d'eau international.

Article 9. — Échange régulier de données et d'informations

1. En application de l'article 8, les États du cours d'eau échangent régulièrement les données et les informations facilement accessibles sur l'état du cours d'eau, en particulier celles d'ordre hydrologique, météorologique, hydrogéologique et écologique, ainsi que les prévisions s'y rapportant.

2. S'il est demandé par un État du cours d'eau à un autre État du cours d'eau de fournir des données ou des informations qui ne sont pas facilement accessibles, cet État s'emploie au mieux de ses moyens à accéder à cette demande mais il peut subordonner son acquiescement au paiement, par l'État auteur de la demande, du coût normal de la collecte et, le cas échéant, de l'élaboration de ces données ou informations.

3. Les États du cours d'eau s'emploient au mieux de leurs moyens à collecter et, le cas échéant, à élaborer les données et informations d'une manière propre à faciliter leur utilisation par les autres États du cours d'eau auxquels elles sont communiquées.

Article 10. — Rapport entre différents types d'utilisations

1. En l'absence d'accord ou de coutume à l'effet contraire, aucune utilisation d'un cours d'eau international n'a priorité en soi sur d'autres utilisations.

2. En cas de conflit entre des utilisations d'un cours d'eau international, le conflit sera résolu eu égard aux principes et aux facteurs énoncés aux articles 5 à 7, une attention spéciale étant accordée à la satisfaction des besoins humains essentiels.

412. Le Rapporteur spécial a noté que, à ce stade, il n'était pas enclin à recommander des modifications pour ces articles. Il était sensible aux préoccupations que suscitait chez certains gouvernements le caractère général de l'article 8. Il a déclaré qu'il continuerait de réfléchir à ce qui pourrait être fait pour rendre cet article plus précis, sans pour autant compromettre la vocation de l'ensemble du projet d'articles à constituer un cadre applicable à des situations nombreuses et différentes. Il a noté en outre que, à son avis, il ne serait pas prudent de vouloir appliquer expressément le principe de la bonne foi à une partie d'un accord ou à telle ou telle disposition d'un instrument tel que le projet à l'examen. En tout état de cause, il ne pensait pas que de tels ajouts atténueraient de façon sensible le caractère général de l'article.

413. Certains membres qui ont commenté l'article 8 ont été d'accord avec le Rapporteur spécial pour estimer qu'il n'appelait aucune modification. S'agissant de la possibilité d'en rendre le texte plus précis, un membre a exprimé l'avis que tout effort de précision risquerait de nuire au caractère général de l'article.

414. Certains membres ont estimé, comme le Rapporteur spécial, que les notions de « bonne foi » et de « bon voisinage », bien que très utiles en elles-mêmes, n'avaient pas leur place dans les articles. De plus, il a été dit qu'il ne serait peut-être pas toujours très réaliste d'imposer l'obligation de coopérer aux États du cours d'eau dont beaucoup étaient en proie à des différends. Il conviendrait donc de remplacer le mot « coopèrent », à l'article 8, par les mots « s'efforcent de coopérer », afin de souligner l'importance de la coopération sans toutefois rendre celle-ci obligatoire pour les États.

415. Selon une autre opinion, la réalisation des objectifs de l'utilisation et de la gestion des cours d'eau était subordonnée à l'obligation de coopérer, énoncée à l'article 8. Ces objectifs devaient être poursuivis non seulement sur la base de l'égalité souveraine, de l'intégrité territoriale et de l'avantage mutuel comme le prescrivait l'article, mais aussi, comme il était indiqué dans le commentaire[350], dans le respect des principes de la bonne foi et du bon voisinage. La coopération ne pouvait être imposée : elle ne pouvait qu'être développée sur la base de la réciprocité. L'intérêt commun, dont il ne pouvait être fait abstraction dans l'utilisation des ressources en eau, encouragerait la coopération; les utilisations multiples et souvent conflictuelles des cours d'eau exigeaient obligatoirement une approche intégrée.

416. Quelques observations ont été formulées sur les articles 9 et 10 et en ont souligné l'importance. À propos du paragraphe 2 de l'article 10, qui traitait de la question des conflits entre différentes utilisations d'un cours d'eau international, on a suggéré qu'il serait peut-être utile, pour donner effet à ces dispositions, que la Commission imagine un système souple de consultation.

[350] Pour le commentaire sur l'article 8, initialement adopté en tant qu'article 9, voir *Annuaire... 1988*, vol. II (2e partie), p. 43 à 45.

Chapitre VI

AUTRES DÉCISIONS ET CONCLUSIONS DE LA COMMISSION

A. — Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission

417. À sa 2295e séance, le 3 mai 1993, la Commission a noté que, au paragraphe 9 de sa résolution 47/33, l'Assemblée générale l'avait priée :

a) D'examiner en détail :

i) La planification de ses activités et de son programme pendant la période correspondant au mandat de ses membres, en ayant à l'esprit qu'il serait souhaitable de réaliser les plus grands progrès possibles dans l'établissement des projets d'articles relatifs aux divers sujets;

ii) Ses méthodes de travail sous tous leurs aspects, en ayant à l'esprit que l'échelonnement de l'examen de certains sujets peut contribuer, entre autres, à un examen plus efficace de son rapport à la Sixième Commission;

b) De continuer à veiller spécialement à indiquer dans son rapport annuel, pour chaque sujet, les questions spécifiques à propos desquelles il serait particulièrement intéressant pour la poursuite de ses travaux que les gouvernements expriment leurs vues, soit à la Sixième Commission, soit sous forme écrite.

418. La Commission a décidé que cette demande serait examinée au titre du point 6 de son ordre du jour, intitulé « Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission », et que ce point de l'ordre du jour serait examiné par le Groupe de planification du Bureau élargi.

419. Le Groupe de planification a tenu deux séances. Il était saisi de la section du résumé thématique des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale pendant sa quarante-septième session consacrée, notamment, aux programme et méthodes de travail de la Commission et à sa contribution à la Décennie du droit international (A/CN.4/446, par. 294 à 312).

420. Le Bureau élargi a examiné le rapport du Groupe de planification à sa troisième séance, le 7 juillet 1993. À sa 2317e séance, tenue le même jour, la Commission, sur la base de la recommandation du Bureau élargi découlant des débats du Groupe de planification, a adopté la série ci-après de recommandations.

1. Planification des activités pour le reste du quinquennat

421. Le programme de travail actuel comprend les sujets suivants : Responsabilité des États; Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité; Droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation; et Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international.

422. Conformément à l'alinéa *a*, i, du paragraphe 9 de la résolution 47/33 de l'Assemblée générale, la Commission a examiné de manière approfondie la planification de ses activités pour la période correspondant au reste du mandat de ses membres, en gardant à l'esprit, comme le demandait cette résolution, qu'il était souhaitable de faire les plus grands progrès possibles dans l'établissement des projets d'articles relatifs aux divers sujets.

423. La Commission a décidé qu'il était impossible d'adopter un calendrier rigide, mais qu'il serait utile de fixer des objectifs pour la planification de ses activités.

424. Compte tenu des progrès accomplis sur les sujets inscrits au programme actuel ainsi que du fait qu'elle était prête à faire de nouveaux progrès, et consciente des degrés de complexité respectifs des différents sujets, la Commission a décidé de s'efforcer d'achever d'ici à 1994 la deuxième lecture du projet de statut d'une cour criminelle internationale et du projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, et d'ici à 1996 la deuxième lecture des articles relatifs au projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et la première lecture des projets d'articles sur la responsabilité des États. Elle a aussi décidé de s'efforcer de faire des progrès substantiels sur le sujet intitulé « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international » et, sous réserve de l'approbation de l'Assemblée générale, d'entreprendre des travaux sur un ou plusieurs nouveaux sujets (voir *infra* par. 440).

2. Programme de travail à long terme

425. Conformément à la décision prise par la Commission à sa quarante-quatrième session[351], le Groupe de travail sur le programme de travail à long terme, créé à cette session[352], a poursuivi à la présente session ses efforts pour identifier des sujets susceptibles d'être recommandés à l'Assemblée générale en vue de leur inscription au programme de travail de la Commission. Suivant la procédure proposée et approuvée par la Commission à la quarante-quatrième session[353], le Groupe de travail devait examiner les schémas établis par les membres désignés à cet effet sur chacun des sujets que le Groupe de travail avait présélectionnés à cette même session aux fins d'analyse provisoire.

---

[351] Voir *Annuaire... 1992*, vol. II (2e partie), doc. A/47/10, par. 370.

[352] Ibid., par. 369.

[353] Ibid.

426. Le Groupe de travail était ainsi composé : M. Derek Bowett (Président), M. Awn Al-Khasawneh, M. Mohamed Bennouna, M. Peter Kabatsi, M. Mochtar Kusuma-Atmadja, M. Guillaume Pambou-Tchivounda, M. Alain Pellet, M. Jiuyong Shi, M. Alberto Szekely, M. Vladlen Vereshchetin et M. Chusei Yamada.

427. La Commission a noté que, après avoir examiné un document informel rassemblant les schémas rédigés conformément à la procédure mentionnée ci-dessus, le Groupe de travail avait recommandé l'inscription à l'ordre du jour de la Commission, dans des conditions et à un moment à arrêter au cours de nouvelles discussions du Groupe de planification du Bureau élargi et de la Commission, des sujets intitulés : « Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités » et « Succession d'États et nationalité des personnes physiques et morales », étant entendu que l'ordre dans lequel les deux sujets étaient mentionnés ne correspondait pas à un ordre de priorité.

428. S'agissant du sujet intitulé « Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités », la Commission a noté qu'il lui avait été suggéré comme thème éventuel de réflexion par diverses délégations lors de la quarante-sixième session de l'Assemblée générale[354] et qu'il avait en outre suscité l'an dernier un intérêt particulier parmi les membres de la Commission[355]. Si la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, la Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'États en matière de traités et la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités conclus entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales posent certains principes concernant les réserves aux traités, elles le font en termes trop généraux pour guider la pratique des États en la matière et laissent dans l'ombre des aspects importants. Au nombre des questions auxquelles les instruments en question apportent des réponses ambiguës figurent la différenciation entre réserves et déclarations interprétatives, la portée des déclarations interprétatives, la validité des réserves (question qui recouvre celle des conditions de la licéité des réserves et celle de leur applicabilité à un autre État) et le régime des objections aux réserves (en particulier la question de l'admissibilité et de la portée des objections à une réserve qui n'est ni interdite par le traité, ni contraire à son objet et à son but). Ces mêmes instruments sont entièrement muets en ce qui concerne l'effet des réserves sur l'entrée en vigueur des traités, les problèmes tenant à l'objet particulier de certains traités (y compris les actes constitutifs d'organisations internationales et les traités relatifs aux droits de l'homme), les réserves aux traités de codification et les problèmes résultant de certaines techniques conventionnelles particulières (élaboration de protocoles additionnels, techniques de bilatéralisation).

429. La Commission estime que le sujet à l'examen répond aux critères de sélection dégagés par la CDI et généralement approuvés par la Sixième Commission. En premier lieu, il paraît correspondre à un besoin de la communauté internationale puisqu'il a été suggéré par des représentants d'États au sein de la Sixième Commission, sans doute en raison des obscurités et des lacunes évoquées plus haut. En second lieu, le climat international est propice à son examen puisque les blocages idéologiques qui existaient en 1969 sont désormais moins à redouter. Il relève par surcroît des compétences de la Commission, où ses aspects doctrinaux et pratiques peuvent être traités en connaissance de cause. Il a enfin de bonnes chances d'aboutir dans des délais raisonnables à un résultat concret, à savoir l'adoption en première lecture, à la fin du quinquennat en cours, d'un projet destiné à l'Assemblée générale.

430. La Commission est consciente de la nécessité de ne pas remettre en cause le régime établi aux articles 19 à 23 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Elle estime néanmoins que ces dispositions pourraient être précisées et développées soit dans le cadre de projets de protocoles aux conventions existantes, soit dans un guide de la pratique auquel pourraient se référer les États, les organisations internationales et la doctrine.

431. Quant au sujet intitulé « Succession d'États et nationalité des personnes physiques et morales », il fait partie de l'un des trois thèmes distingués par la Commission en 1963 dans la matière « Succession d'États », à savoir « La succession dans les matières autres que les traités »[356]. Il ne figure toutefois pas parmi les questions relevant de ce thème qui ont été traitées jusqu'ici.

432. Suivant l'opinion dominante, la succession d'États n'entraîne pas automatiquement le changement de nationalité. C'est la prérogative de l'État successeur que de décider seul qui il revendique comme ses nationaux et d'indiquer les méthodes d'acquisition de sa nationalité[357]. Néanmoins, la compétence législative de l'État successeur ne peut s'exercer que dans les limites qui sont imposées par le droit international général, notamment le principe de la nationalité effective, et par les traités internationaux.

433. Les critères et autres conditions d'acquisition de la nationalité d'un État successeur ont, dans certains cas, été déterminés par un traité international. Les traités de paix qui ont suivi la première guerre mondiale prévoyaient en même temps la reconnaissance, par l'État vaincu, d'une nationalité nouvelle acquise, *ipso facto*, par ses anciens nationaux en vertu des lois de l'État successeur et la perte en conséquence de l'allégeance de ces personnes à leur pays d'origine. Selon d'autres instruments, le transfert de territoire n'emportait pas nécessairement acquisition automatique d'une nationalité nouvelle et perte de la nationalité initiale.

434. Un certain nombre de traités prévoyaient un droit d'option qui, dans certains cas, fut accordé pour une période extrêmement longue, durant laquelle les intéressés jouirent d'une sorte de double nationalité.

435. Un examen de la pratique récente des États devrait englober, notamment, les solutions adoptées suite à

[354] Voir doc. A/CN.4/L.469, par. 422.

[355] Voir doc. A/CN.4/L.473/Rev.1, par. 23.

[356] La Commission a modifié l'intitulé d'origine, à savoir « La succession et les droits et obligations découlant de sources autres que les traités », en 1968 (voir *Annuaire... 1968*, vol. II, p. 225, doc. A/7209/Rev.1, par. 46). Les deux autres thèmes s'intitulent « Succession en matière de traités » et « La succession et la qualité de membre des organisations internationales ».

[357] Voir, notamment, l'article premier de la Convention concernant certaines questions relatives au conflit de lois sur la nationalité, de 1930.

la décolonisation, au démembrement de l'Union soviétique et de la Yougoslavie et à la dissolution de la Tchécoslovaquie.

436. La tendance récente à mettre l'accent sur l'origine ethnique pour déterminer le critère d'octroi de la nationalité du nouvel État et à méconnaître l'importance du critère du domicile est alarmante. Outre qu'elle favorise l'apatridie, elle est contestable à bien des égards au regard des normes relatives aux droits fondamentaux de l'homme.

437. Il apparaît que la formulation, à partir d'un examen très complet de la pratique des États, de critères minimaux uniformes d'acquisition *ex lege* de la nationalité pourrait offrir d'utiles principes directeurs aux législateurs des nouveaux États qui sont actuellement engagés dans l'élaboration de lois en la matière. Il convient, en outre, de rappeler que, en vertu des règles coutumières du droit international, un grand nombre de droits et obligations conventionnels lient automatiquement l'État successeur et que l'application de plusieurs des traités qui les prévoient intéresse directement les particuliers ou, plus précisément, les nationaux des parties auxdits traités. Il arrive qu'il faille appliquer ces traités avant même l'adoption par l'État successeur de la loi sur la nationalité. Ainsi, une détermination « préliminaire » de la nationalité des personnes physiques ou morales résidant sur le territoire où a eu lieu le changement de souveraineté devient la condition préalable du maintien en application des traités en question.

438. La Commission estime que ce sujet répond aussi aux critères de sélection qu'elle a établis.

439. Les résultats des travaux de la Commission sur ce sujet pourraient, par exemple, prendre la forme d'une étude ou d'un projet de déclaration destiné à être adopté par l'Assemblée générale. La Commission statuera ultérieurement sur la forme définitive que prendra le résultat du travail.

440. La Commission a décidé que, sous réserve de l'approbation de l'Assemblée générale, les deux sujets considérés ci-dessus seraient inscrits à son ordre du jour et que des dispositions seraient prises à la prochaine session de la Commission en vue de leur examen.

441. La Commission a également noté que le Groupe de travail lui avait recommandé d'examiner s'il était opportun d'inviter le Rapporteur spécial sur le sujet « Droit relatif à l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation » de faire une étude pour déterminer s'il serait faisable d'intégrer à ce sujet la question des « eaux souterraines captives », sans compromettre la possibilité d'achever l'étude de l'ensemble du sujet en 1994 comme la Commission l'avait envisagé l'année précédente.

442. La Commission a décidé d'adresser cette demande au Rapporteur spécial, étant entendu que l'étude de faisabilité lui serait présentée à sa prochaine session.

443. La Commission a décidé que, conformément à la recommandation du Groupe de travail, le document où seront réunis les schémas, mentionné *supra* au paragraphe 427, sera publié comme document officiel de la Commission dans la série A/CN.4 en vue de son inclusion dans l'*Annuaire* pour 1993.

3. Contribution de la Commission du droit international à la Décennie du droit international

444. Suivant les dispositions arrêtées par la CDI à sa quarante-quatrième session[358], le Groupe de travail constitué lors de cette session pour réfléchir à la contribution de la Commission à la Décennie du droit international s'est réuni sous la présidence de M. Alain Pellet et a débattu du contenu possible d'une publication regroupant un certain nombre d'études rédigées par des membres de la Commission.

445. La Commission a noté que le Groupe de travail avait proposé la procédure suivante :

a) Dans un premier temps, le Président du Groupe de travail établirait, sur la base des propositions qu'il avait reçues et de son propre plan, une liste de thèmes possibles de contribution qui, tout en abordant des problèmes juridiques internationaux d'intérêt général, pourraient être traités dans la perspective propre à la Commission;

b) Cette liste serait distribuée à tous les membres de la Commission, qui seraient invités à indiquer s'ils sont prêts à participer à la rédaction de cet ouvrage et, dans l'affirmative, à choisir sur la liste trois sujets (à option) qu'ils seraient disposés à traiter, étant entendu que chaque auteur serait seul responsable du contenu de sa contribution, laquelle n'engagerait pas la Commission dans son ensemble;

c) Au vu des réponses, le Groupe de travail adopterait un plan d'ensemble de la publication.

446. La Commission a approuvé ces dispositions et a invité le Groupe de travail à soumettre au Groupe de planification du Bureau élargi, au vu des réponses à l'invitation mentionnée *supra* à l'alinéa *b*, des propositions au sujet du plan de l'ouvrage ainsi que des modalités pratiques de réalisation du projet.

4. Questions diverses

447. La Commission note que les commentaires aux articles qu'elle a adoptés sont très importants pour bien comprendre ces articles et qu'elle doit avoir suffisamment de temps pour les examiner avant de les adopter. Tout en se déclarant convaincue que les rapporteurs spéciaux sont capables de produire des commentaires satisfaisants, la Commission a l'intention de revoir les conditions dans lesquelles les commentaires sont examinés et adoptés, afin de formuler des directives à ce sujet.

448. La Commission a été informée des diverses mesures prises par le Bureau des affaires juridiques dans le cadre de son programme de publications. Elle a noté que le *Manuel sur le règlement pacifique des différends entre États* avait maintenant paru sous sa forme définitive et qu'une nouvelle publication intitulée *Résumé des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour internationale de Justice (1948-1991)* avait paru ou était sur le point de paraître dans les six langues de travail de l'ONU. Elle a aussi noté qu'un nouveau volume du *Recueil des sentences arbitrales* était sous presse, que le retard accumulé dans la publication de l'*Annuaire juridique* était progressivement éliminé et que le recueil des

[358] Voir *Annuaire... 1992*, vol. II (2e partie), doc. A/47/10, par. 374.

Documents officiels de la Conférence des Nations Unies de 1983 sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État, ainsi que le recueil des Documents officiels de la Conférence des Nations Unies de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales, l'un et l'autre attendus depuis longtemps, étaient en train d'être édités et imprimés. Elle a noté enfin que les efforts se poursuivaient pour rattraper le retard accumulé dans la publication du *Recueil des Traités* et pour informatiser la publication intitulée « Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général », ainsi que le *Recueil des Traités* lui-même.

449. La Commission a pris note avec reconnaissance des efforts que le Bureau des affaires juridiques a faits pour mettre en œuvre son programme de publication et des résultats qu'il a obtenus. Ces efforts sont particulièrement appréciables dans le cadre de la présente Décennie du droit international, qui met tout particulièrement l'accent sur l'enseignement, l'étude, la diffusion et une compréhension plus large du droit international.

450. En ce qui concerne l'*Annuaire de la Commission du droit international*, la Commission a noté que la Division des services de conférence de l'Office des Nations Unies à Genève, et en particulier sa Section d'édition des documents officiels, étaient maintenant en mesure de produire un texte imprimé à un coût beaucoup plus bas et en beaucoup moins de temps. Les nouvelles techniques permettront de produire la version « imprimée » définitive du volume I des *Annuaires* de 1991 et de 1992 en anglais, français et espagnol au cours des prochains mois, et la production des autres parties de l'*Annuaire* sera aussi accélérée.

451. La Commission a approuvé les nouvelles dispositions prises pour la production de l'*Annuaire* et exprimé sa reconnaissance aux services compétents pour leur esprit d'innovation.

5. Durée de la prochaine session

452. La Commission tient à réaffirmer que les nécessités du travail de développement progressif et de codification du droit international, ainsi que l'ampleur et la complexité des sujets inscrits à son ordre du jour, rendent souhaitable de consacrer à ses sessions leur durée habituelle. La Commission tient également à souligner qu'elle a pleinement utilisé le temps et les services mis à sa disposition pendant sa présente session.

B. — Coopération avec d'autres organismes

453. La Commission était représentée à la session du Comité juridique consultatif africano-asiatique, tenue en janvier 1993 à Kampala, par M. Christian Tomuschat, président de la Commission, qui y a assisté en qualité d'observateur et a pris la parole au nom de la CDI. Le Comité juridique consultatif africano-asiatique était représenté à la présente session de la Commission par son secrétaire général, M. Frank Njenga, et par M. Baghwat Singh. M. Njenga a pris la parole à la 2304e séance de la Commission, le 8 juin 1993, et sa déclaration est consignée dans le compte rendu analytique de cette séance.

454. La Commission était représentée à la session de décembre 1992 du Comité européen de coopération juridique, tenue à Strasbourg, par M. Gudmundur Eiriksson, qui y a assisté en qualité d'observateur et a pris la parole au nom de la CDI. Le Comité européen de coopération juridique était représenté à la présente session de la Commission par M. Carlos de Sola. M. de Sola a pris la parole à la 2312e séance de la Commission, le 25 juin 1993, et sa déclaration est consignée dans le compte rendu analytique de cette séance.

455. Le Comité juridique interaméricain était représenté à la présente session par M. Seymour Rubin. M. Rubin a pris la parole à la 2313e séance de la Commission, le 29 juin 1993, et sa déclaration est consignée dans le compte rendu analytique de cette séance.

C. — Date et lieu de la quarante-sixième session

456. La Commission a décidé de tenir sa prochaine session à l'Office des Nations Unies à Genève, du 2 mai au 22 juillet 1994.

D. — Représentation à la quarante-huitième session de l'Assemblée générale

457. La Commission a décidé de se faire représenter à la quarante-huitième session de l'Assemblée générale par son président, M. Julio Barboza.

E. — Séminaire de droit international

458. En application de la résolution 47/33 de l'Assemblée générale, l'Office des Nations Unies à Genève a organisé durant la session actuelle de la Commission la vingt-neuvième session du Séminaire de droit international, lequel est destiné à des jeunes gens poursuivant des études supérieures de droit international et à de jeunes professeurs ou fonctionnaires nationaux amenés à s'occuper de questions de droit international.

459. Un comité de sélection, présidé par M. Christian Dominicé, professeur à l'Institut universitaire de hautes études internationales, à Genève, s'est réuni le 24 mars 1993 et, après avoir examiné quelque 70 demandes de participation au Séminaire, a retenu 24 candidats de nationalités différentes, pour la plupart ressortissants de pays en développement. Tous les candidats retenus ont pu participer à cette session du Séminaire, ainsi qu'un boursier de l'UNITAR[359].

[359] Ont participé à la vingt-neuvième session du Séminaire de droit international : M. Ignace Atangana Fouda (Cameroun); M. Per Augustsson (Suède); Mme Valentina Blackman (Barbade); M. Ulises Canchola (Mexique); Mme Feliciah Chatukuta (Zimbabwe) [boursière de l'UNITAR]; M. Yuri Chekharin (Fédération de Russie); Mme Widad El Obied (Soudan); Mme Susana Fraidenraij (Argentine); M. Pramudyo Hendrar (Indonésie); Mme Irène Kasyanju (République-Unie de Tanzanie); M. Piotr Kaszuba (Pologne); M. Agbessi Kokou (Togo); Mme Jasmina Kovacevic (Croatie); M. Andreas Kumin (Autriche); Mme Marja Lehto (Finlande); M. Raghavachari Muralidharan (Inde); M. Edgar Nassar Guier (Costa Rica); M. Kenyatta Nyirenda (Malawi); M. Marcos Gustavo Olivares (Pérou); M. Nelson Olivero (Guatemala); Mme Chantal Rahalison (Madagascar); Mme Caroline Seagrove (Australie); M. Narendra Man Shrestha (Népal); M. Melencio Sta. Maria (Philippines); Mme Alisi Numia Taumoepeau (Tonga).

460. La session du Séminaire s'est tenue au Palais des Nations, du 1er au 18 juin 1993, sous la direction de Mme Meike Noll-Wagenfeld, Office des Nations Unies à Genève. Elle a été ouverte par le Président de la Commission, M. Julio Barboza. Durant les trois semaines de la session, les participants ont assisté aux séances de la Commission du droit international et entendu des conférences spécialement organisées à leur intention.

461. Plusieurs conférences ont été données par des membres de la Commission : M. Julio Barboza : « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international »; M. Salifou Fomba : « Le procès pour « crimes de sang » de l'ancien président du Mali et de ses 32 coaccusés »; M. Ahmed Mahiou : « L'œuvre de la Commission du droit international »; M. Alain Pellet : « Le tribunal criminel international pour la Yougoslavie »; M. Robert Rosenstock : « Le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation »; M. Vladlen Vereshchetin : « Tendances à long terme de l'évolution du droit international »; M. Francisco Villagrán Kramer : « L'affaire Alvarez Machain entre le Mexique et les États-Unis d'Amérique (1992) — Extradition, remise et enlèvement de personnes accusées de crimes de guerre et de crimes de droit commun; violation éventuelle des droits de l'homme et intervention; restitution »; et M. Alexander Yankov : « Principes généraux du droit de l'environnement : derniers développements ».

462. Des conférences ont été données également par M. Frits Kalshoven [Président de la Commission d'experts constituée conformément à la résolution 780 (1992) du Conseil de sécurité] : « L'œuvre de la Commission »; et par M. Paul Szasz (Conseiller juridique auprès de la Conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie) : « Le rôle du Conseiller juridique au sein de la Conférence ».

463. Comme cela est devenu la tradition pour ce séminaire, la République et Canton de Genève a offert son hospitalité aux participants, qui ont entendu à cette occasion un exposé de M. E. Bollinger, chef de l'information du canton.

464. À la fin de la session du Séminaire, M. Julio Barboza, président de la Commission du droit international, et Mme Noll-Wagenfeld, au nom du Directeur général de l'Office des Nations Unies à Genève, ont pris la parole devant les participants. M. Ulises Canchola a fait une déclaration au nom des participants. Au cours de cette brève cérémonie, chacun de ceux-ci s'est vu remettre un certificat attestant sa participation à la vingt-neuvième session du Séminaire.

465. Le Séminaire de droit international est financé au moyen de contributions volontaires des États Membres et de bourses que les gouvernements accordent à leurs nationaux. La Commission a noté avec une satisfaction particulière que les Gouvernements de l'Allemagne, de l'Autriche, de Chypre, du Danemark, de l'Irlande, du Mexique, de la Norvège, du Royaume-Uni, de la Suède et de la Suisse avaient offert des bourses, en particulier à des participants provenant des pays en développement, en versant des contributions volontaires au programme d'assistance approprié des Nations Unies. Ces bourses ont permis d'assurer une bonne répartition géographique des participants et de faire venir de pays éloignés des candidats méritants qui n'auraient pu, sans cela, participer à la session. Cette année, des bourses intégrales (couvrant à la fois les frais de voyage et les frais de subsistance) ont été accordées à 15 participants, et des bourses partielles (couvrant seulement les frais de subsistance) à trois participants. Sur les 643 participants, représentant 150 nationalités, qui ont été admis à assister au Séminaire depuis 1964, date de sa création, 342 ont bénéficié d'une bourse.

466. La Commission tient à souligner l'importance qu'elle attache aux sessions du Séminaire, qui donnent à de jeunes juristes, et en particulier à ceux venant des pays en développement, la possibilité de se familiariser avec ses travaux et avec les activités de nombreuses organisations internationales qui ont leur siège à Genève. Comme les fonds disponibles sont presque épuisés, la Commission recommande à l'Assemblée générale de lancer un nouvel appel aux États afin que ceux qui sont en mesure de le faire versent les contributions volontaires indispensables pour assurer au Séminaire de 1994 la plus large participation possible.

467. La Commission a noté avec regret qu'en 1993 un service très réduit d'interprétation avait été mis à la disposition du Séminaire. Elle exprime l'espoir que tout sera mis en œuvre pour fournir aux prochaines sessions du Séminaire un ensemble complet de services et moyens de travail, en dépit des contraintes financières.

F. — Conférence commémorative Gilberto Amado

468. Afin d'honorer la mémoire de l'illustre juriste brésilien Gilberto Amado, ancien membre de la Commission, il avait été décidé en 1971 d'organiser une cérémonie commémorative sous la forme d'une conférence à laquelle seraient conviés les membres de la Commission, les participants à la session du Séminaire de droit international et d'autres spécialistes du droit international.

469. Les conférences commémoratives Gilberto Amado ont été rendues possibles grâce aux généreuses contributions du Gouvernement brésilien. La douzième Conférence commémorative, donnée le 2 juin 1993 par M. Lucius Caflisch, conseiller juridique au Département fédéral des affaires étrangères, à Berne, avait pour thème : « Le règlement pacifique des différends internationaux : tendances actuelles ». Elle a été suivie d'un dîner commémoratif. La Commission espère que, comme par le passé, le texte de cette conférence sera publié en anglais et en français, de façon à être mis à la disposition du plus grand nombre possible de spécialistes du droit international.

470. La Commission a exprimé sa gratitude au Gouvernement brésilien pour sa généreuse contribution, qui a permis la tenue de la Conférence commémorative Gilberto Amado en 1993. Elle a prié son président de transmettre ses remerciements au Gouvernement brésilien.

Annexe

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL SUR UN PROJET DE STATUT POUR UNE COUR CRIMINELLE INTERNATIONALE

A. — Introduction

1. Conformément à la décision prise par la Commission du droit international à sa 2298e séance, le 17 mai 1993, de rétablir le Groupe de travail sur un projet de statut pour une cour criminelle internationale[1], le Groupe de travail[2] a tenu 22 séances entre le 17 mai et le 16 juillet 1993[3].

2. Le mandat que la Commission a confié au Groupe de travail était conforme aux dispositions des paragraphes 4, 5 et 6 de la résolution 47/33 de l'Assemblée générale, intitulée « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-quatrième session ». Ces paragraphes se lisent comme suit :

[L'Assemblée générale,]

[...]

4. *Prend note avec satisfaction* du chapitre II du rapport de la Commission du droit international intitulé « Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité », consacré à l'éventuelle mise en place d'une juridiction pénale internationale;

5. *Invite* les États à soumettre au Secrétaire général, si possible avant la quarante-cinquième session de la Commission du droit international, leurs observations écrites sur le rapport du Groupe de travail sur la question d'une juridiction pénale internationale;

6. *Prie* la Commission du droit international de poursuivre ses travaux sur cette question et d'entreprendre par priorité, à partir de sa session suivante, l'œuvre d'élaboration d'un projet de statut pour une juridiction pénale internationale, en commençant par examiner les questions dégagées dans le rapport du Groupe de travail et au cours du débat de la Sixième Commission en vue de rédiger un statut qui se fonde sur le rapport du Groupe de travail, compte tenu des vues exprimées pendant le débat à la Sixième Commission ainsi que des observations écrites qui auraient été reçues des États, et de présenter un rapport intérimaire à l'Assemblée générale, à sa quarante-huitième session.

3. Le Groupe de travail disposait du rapport du Groupe de travail sur la question d'une juridiction pénale internationale figurant en annexe au rapport de la Commission sur sa quarante-quatrième session[4]; du onzième rapport de M. Doudou Thiam, rapporteur spécial sur le sujet intitulé « Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité »[5]; des observations des gouvernements sur le rapport du Groupe de travail sur la question d'une juridiction pénale internationale[6]; de la section B du résumé thématique des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale pendant sa quarante-septième session, établi par le Secrétariat (A/CN.4/446); du rapport du Secrétaire général établi en application du paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité[7] et d'un document, établi par le Secrétariat, récapitulant les projets de statut pour une cour criminelle internationale élaborés dans le passé, soit dans le cadre de l'ONU, soit par d'autres organismes publics ou privés.

4. Pendant les premières séances, le Groupe de travail a examiné une série de projets de dispositions portant sur les aspects généraux et organisationnels d'un projet de statut pour une cour criminelle internationale (juges, greffier, composition des chambres, etc.) et est parvenu, à plusieurs reprises, à un accord préliminaire sur bon nombre des projets de dispositions ou du moins sur les bases à partir desquelles on pourrait rédiger des dispositions sur ces questions.

5. Par la suite et afin d'accélérer ses travaux, le Groupe de travail a décidé de créer trois sous-groupes chargés respectivement et principalement d'examiner les sujets suivants : compétence et droit applicable; information et accusation; et coopération internationale et assistance judiciaire. Ultérieurement, d'autres sujets, dont l'examen a été jugé pertinent dans le cadre du statut d'une cour criminelle internationale, ont été répartis entre les divers sous-groupes.

6. Après avoir examiné les rapports des divers sous-groupes, dans lesquels figuraient des projets de dispositions sur les divers sujets qu'ils avaient été chargés d'examiner, le Groupe de travail a établi un projet de texte préliminaire et global dont il s'est saisi pour nouvel examen.

7. Le texte préliminaire global élaboré par le Groupe de travail est divisé en sept grandes parties : la première partie a trait à l'institution et à la composition du Tribunal; la deuxième partie, à la compétence et au droit

---

[1] La Commission, à sa 2300e séance, le 25 mai 1993, a décidé que le Groupe de travail sur la question de la création d'une juridiction pénale internationale sera désormais appelé « Groupe de travail sur un projet de statut pour une cour criminelle internationale ».

[2] Pour la composition des membres du Groupe de travail, voir *supra* chap. Ier, par. 9.

[3] Ne sont pas comprises les séances tenues par les divers sous-groupes dont il est fait mention *infra* au paragraphe 5.

[4] *Annuaire... 1992*, vol. II (2e partie), annexe.

[5] *Annuaire... 1992*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/449.

[6] Ibid., doc. A/CN.4/452 et Add.1.

[7] Doc. S/25704 et Corr.1 et Add.1.

applicable; la troisième partie, à l'information et à l'engagement des poursuites; la quatrième partie, au procès; la cinquième partie, à l'appel et à la révision; la sixième partie, à la coopération internationale et à l'assistance judiciaire; et la septième partie, à l'exécution des peines.

8. Certaines des dispositions ou une partie de certaines dispositions figurent encore entre crochets, les membres du Groupe de travail n'ayant pu jusqu'à présent s'entendre sur le contenu de la disposition proposée ou sur sa formulation, ou attendant des directives de l'Assemblée générale.

9. Dans de nombreux cas, les commentaires des projets d'articles fournissent des explications sur les difficultés particulières que le Groupe de travail a rencontrées dans l'élaboration d'une disposition sur une question donnée, et sur les divers avis qui ont été exprimés ou les réserves qui ont été formulées à son sujet.

10. Le Groupe de travail estime qu'il serait particulièrement utile d'avoir l'avis de l'Assemblée générale sur les points mentionnés *supra* aux paragraphes 8 et 9, et il propose que la Commission l'indique dans son rapport à l'Assemblée.

11. Pour l'établissement des orientations générales du projet de statut, le Groupe de travail a tenu compte non seulement des recommandations faites par la Commission à sa quarante-quatrième session[8] et du rapport du Groupe de travail sur la question[9] mais aussi des vues exprimées à ce sujet par les gouvernements soit à la Sixième Commission (A/CN.4/446, sect. B) soit dans leurs observations écrites[10].

12. Le projet de statut élaboré par le Groupe de travail porte le titre de « Projet de statut d'un tribunal criminel international » parce que, comme il est expliqué *infra* dans le commentaire sur le projet d'article 5, le Groupe de travail a pensé qu'il fallait dans le projet de statut considérer, pour des raisons d'ordre conceptuel, logistique et autre, les trois organes envisagés dans le projet, à savoir la « Cour » ou organe de jugement, le « Greffe » ou organe administratif et le « Parquet » ou organe de poursuite, comme un système judiciaire international formant un tout.

13. On trouvera ci-après le projet de statut d'un tribunal criminel international élaboré par le Groupe de travail. Il est entendu qu'il s'agit là d'une version préliminaire de ce statut; le Groupe de travail se propose d'y revenir et de mettre la dernière main à ses travaux sur la question, si la Commission le convoque à nouveau, à sa prochaine session.

[8] Voir *Annuaire... 1992*, vol. II (2e partie), p. 17, doc. A/47/10, par. 104.

[9] Voir *supra* note 4.

[10] Voir *supra* note 6.

B. — Projet de statut d'un tribunal criminel international et commentaires y relatifs

PREMIÈRE PARTIE

INSTITUTION ET COMPOSITION DU TRIBUNAL

Article premier. — Institution du Tribunal

Il est institué un tribunal criminel international (ci-après dénommé « le Tribunal ») dont la compétence et le fonctionnement sont régis par les dispositions du présent Statut.

Article 2. — Lien du Tribunal avec l'Organisation des Nations Unies

[Le Tribunal est un organe judiciaire de l'Organisation des Nations Unies.]

[Le Tribunal est lié à l'Organisation des Nations Unies selon les modalités prévues dans le présent Statut.]

Article 3. — Siège du Tribunal

1. Le siège du Tribunal est...

2. Le [Tribunal] [Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies], avec l'agrément de [l'Assemblée générale], conclut avec l'État où le Tribunal a son siège un accord qui régira les relations entre ledit État et le Tribunal.

Article 4. — Statut du Tribunal

1. Le Tribunal est une institution permanente ouverte aux États parties au Statut du Tribunal (ci-après dénommés « les États parties ») et aux autres États conformément au présent Statut. Il se réunit lorsque cela est nécessaire pour l'examen d'une affaire dont il est saisi.

2. Le Tribunal jouit sur le territoire de chacun des États parties de la capacité juridique nécessaire à l'exercice de ses fonctions et à la réalisation de ses objectifs.

Commentaire

1) La première partie du projet de statut, relative à l'institution et à la composition du Tribunal, peut être examinée, selon le sujet, par groupes.

2) Les articles 1 à 4, qui portent sur des questions étroitement liées à la nature du Tribunal, visent son institution (art. 1), son lien avec l'Organisation des Nations Unies (art. 2), son siège (art. 3) et son statut (art. 4).

3) L'institution du Tribunal envisagée à l'*article premier* répond au souci de prévoir une juridiction devant laquelle les personnes accusées de crime de caractère international soient équitablement jugées, dans les circons-

tances où d'autres procédures de jugement peuvent ne pas être disponibles ou peuvent être moins satisfaisantes.

4) Les crochets qui entourent les deux paragraphes de l'*article 2* correspondent à deux avis divergents exprimés au Groupe de travail, ainsi qu'en séance plénière[11], sur ce que devrait être le lien du Tribunal avec l'Organisation des Nations Unies. Si certains membres se sont prononcés en faveur d'un tribunal devenant un organe de l'ONU, d'autres ont pensé qu'il faudrait peut-être alors modifier la Charte des Nations Unies et ont préconisé une autre sorte de lien avec l'Organisation, à travers une convention de coopération sur le modèle de celles qui lient l'ONU et ses institutions spécialisées, une convention distincte prévoyant l'élection des juges par l'Assemblée générale ou un autre organe de l'ONU. De l'avis général, il y aurait avantage à prévoir au moins, sous une forme ou une autre, un lien formel entre le Tribunal et l'Organisation des Nations Unies, non seulement pour l'autorité et la permanence que cela lui conférerait, mais encore parce qu'une partie de sa compétence pourrait dépendre des décisions du Conseil de sécurité (voir *infra* art. 24). À ce propos, quelques membres ont signalé qu'on pourrait assurer un tel lien en faisant du Tribunal un organe subsidiaire de l'Assemblée générale, ou par tout autre moyen dont l'ONU pourrait décider, sans que cela implique nécessairement pour autant des obligations budgétaires, ou une participation, pour tous les États Membres de l'Organisation [voir *infra* art. 7 (Élection des juges)].

5) Les portions entre crochets du *paragraphe 2 de l'article 3* et son libellé définitif dépendront, bien entendu, de la solution retenue pour l'article 2.

6) Pour sa part, le *paragraphe 1 de l'article 4* est l'expression des vertus de souplesse et d'économie préconisées par le Groupe de travail dans son rapport à la quarante-quatrième session de la Commission[12]. Tout en étant une institution permanente, le Tribunal ne se réunira que pour examiner une affaire dont il aura été saisi (voir *infra* art. 36). Certains membres ont pensé que la règle selon laquelle le Tribunal ne devrait siéger que pour examiner une affaire était incompatible avec la permanence, la stabilité et l'indépendance dont un véritable tribunal criminel international avait besoin.

Article 5. — Organes du Tribunal

Le Tribunal comprend les organes ci-après :

***a*) la Cour, qui se compose de 18 juges, élus conformément à l'article 7;**

***b*) le Greffe, ainsi qu'il est prévu à l'article 12;**

***c*) le Parquet, ainsi qu'il est prévu à l'article 13.**

Commentaire

1) L'article 5 fixe l'architecture du système judiciaire international à mettre en place, lequel est dénommé « Tribunal », et de ses éléments constitutifs, à savoir, la « Cour », qui en est l'organe de jugement, le « Greffe », son organe administratif, et le « Parquet », son organe de poursuite. On a estimé au Groupe de travail que, pour des raisons conceptuelles, logistiques et autres, il fallait, dans le projet de statut, considérer les trois organes comme un système judiciaire international formant un tout, nonobstant l'indépendance qui doit nécessairement exister, pour des raisons morales et d'équité de jugement, entre la branche judiciaire (la Cour) et la branche accusatoire (le Parquet) dudit système.

2) Si le nom « Tribunal » a été choisi pour désigner ce système judiciaire international dans son ensemble, c'est parce que ses lettres de noblesse sont bien établies en droit pénal international, encore que, dans certains systèmes pénaux nationaux, il risque d'évoquer par connotation une juridiction de degré inférieur, ce qui n'est nullement la signification attribuée à ce mot dans le projet de statut.

3) Tout au long du projet de statut, on a pris particulièrement soin dans les divers articles de préciser qu'il s'agissait, selon le cas, du Tribunal dans son ensemble, ou de la Cour en particulier.

4) À sa prochaine session, en 1994, le Groupe de travail réexaminera la propriété du nom provisoirement donné au mécanisme de juridiction. À présent, l'institution dans son ensemble est appelée le « Tribunal » et son élément proprement juridictionnel est dénommé la « Cour ». Le Groupe de travail tient à souligner que cette question de terminologie n'a pas d'importance quant au fond.

Article 6. — Qualités des juges

Les juges sont des personnes jouissant de la plus haute considération morale, impartiales et intègres, qui réunissent les qualités requises pour l'exercice, dans leurs pays respectifs, des plus hautes fonctions judiciaires. Dans la composition générale de la Cour, il est dûment tenu compte de l'expérience des juges en droit pénal et en droit international, y compris le droit humanitaire international et les droits de l'homme.

Article 7. — Élection des juges

1. Les juges sont élus à la majorité des voix des États parties au présent Statut.

2. Chaque État partie peut présenter la candidature d'une personne qui réunit les qualités spécifiées à l'article 6 et qui est disposée et apte à exercer les fonctions qu'elle pourra être appelée à remplir à la Cour.

3. Les juges sont élus au scrutin secret.

4. La Cour ne peut comprendre plus d'un ressortissant du même État.

5. Il convient que les États parties s'efforcent d'élire des personnes représentant divers types de formation et d'expérience, compte tenu de la nécessité d'assurer la représentation des principaux systèmes juridiques du monde.

---

[11] Voir *supra* chap. II, par. 60 et 61.

[12] Voir *supra* note 4.

6. Les juges sont élus pour un mandat de douze ans et ne sont pas rééligibles. Cependant, un juge qui a commencé à connaître d'une affaire dont la Cour est saisie reste en fonctions jusqu'à l'issue de la procédure en l'espèce.

7. À la première élection, six juges choisis par tirage au sort seront nommés pour un mandat de quatre ans, et ils seront rééligibles, six juges (choisis par tirage au sort) le seront pour un mandat de huitans, et les autres, pour un mandat de douze ans.

Article 8. — Sièges vacants

1. Il est pourvu aux sièges devenus vacants par l'élection de juges de remplacement conformément à l'article 7.

2. Un juge élu en vue de pourvoir un siège vacant achève le mandat de son prédécesseur et, si la durée du mandat à achever est inférieure à quatre ans, il est rééligible pour un nouveau mandat.

Article 9. — Indépendance des juges

En leur qualité de membres de la Cour, les juges sont indépendants. Ils ne se livreront à aucune activité interférant avec leurs fonctions judiciaires ou qui risque d'altérer la confiance dans leur indépendance. En cas de doute, la Cour décide.

Article 10. — Élection et fonctions du Président et des Vice-Présidents

1. Le Président ainsi que le premier Vice-Président et le second Vice-Président sont élus à la majorité absolue des juges.

2. Le Président et les Vice-Présidents sont élus pour trois ans, ou jusqu'à l'expiration de leur mandat de juge si celui-ci prend fin auparavant.

3. Le Président et les Vice-Présidents constituent le Bureau, lequel, sous réserve du présent Statut et du Règlement, est responsable du bon fonctionnement de la Cour et s'acquitte des autres fonctions qui lui sont confiées conformément au Statut.

4. Le premier Vice-Président ou le second Vice-Président, selon le cas, peut remplacer le Président dans tous les cas où celui-ci ne peut exercer ses fonctions pour des raisons de fait ou de procédure.

Article 11. — Récusation des juges

1. Les juges ne peuvent participer au règlement d'aucune affaire dans laquelle ils sont antérieurement intervenus à quelque titre que ce soit ou dans laquelle leur impartialité pourrait être raisonnablement contestée pour un motif quelconque, y compris un conflit d'intérêts effectif, apparent ou potentiel.

2. Tout juge qui, en vertu du paragraphe 1 ou pour toute autre raison, estime qu'il ne peut pas participer au règlement d'une affaire en avise le Président.

3. L'accusé peut également récuser un juge sur la base du paragraphe 1.

4. Toute question concernant la récusation d'un juge est tranchée à la majorité absolue des membres de la chambre intéressée, qui comprendront à cet effet le Président et les deux Vice-Présidents de la Cour. Le juge récusé ne participe pas à la décision.

Commentaire

1) Les articles 6 à 11 visent le premier des trois organes constituant le système judiciaire criminel international à mettre en place, à savoir la Cour. Ils ont trait à sa composition ainsi qu'au statut des juges et au Bureau de la Cour, et ils visent, en particulier, les qualités des juges (art. 6), l'élection des juges (art. 7), les sièges vacants (art. 8), l'indépendance des juges (art. 9), l'élection du président et des vice-présidents de la Cour (art. 10) et la récusation des juges (art. 11).

2) À propos de l'*article 7*, qui prévoit l'élection des juges à la majorité des voix des États parties au Statut, il a été précisé au Groupe de travail que, en vertu du *paragraphe 2*, un État partie pouvait proposer la candidature d'un ressortissant d'un autre État partie. L'article 7 renfermait à l'origine, en son paragraphe 3, des termes entre crochets indiquant que l'élection serait conduite par [le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies] suivant une procédure arrêtée par [l'Assemblée générale]. Étant donné que le type de lien qui existera entre le Tribunal et l'Organisation des Nations Unies n'a pas encore été défini, et au vu des explications données dans le commentaire de l'article 2, le Groupe de travail a décidé de supprimer ces membres de phrase.

3) Pour ce qui est de la durée relativement longue (douze ans) du mandat des juges prévue au *paragraphe 6* de l'article 7, il a été convenu au Groupe de travail qu'elle devait être considérée comme une sorte de contrepartie de l'interdiction de leur réélection. On a estimé que, à la différence des juges de la CIJ, la nature spéciale d'une institution criminelle internationale militait ici en faveur du principe de la non-réélection. Les seules exceptions retenues figurent au *paragraphe 7* de l'article 7 et au *paragraphe 2 de l'article 8* relatif aux sièges vacants.

4) Pour la rédaction de l'*article 9*, sur l'indépendance des juges, le Groupe de travail a tenu compte, d'une part, du fait qu'il était souhaitable de garantir efficacement cette indépendance et, d'autre part, du fait que la Cour projetée n'est pas un organe fonctionnant en permanence et que, par conséquent, conformément à l'article 17, les juges ne reçoivent pas un traitement, mais seulement une allocation journalière et le remboursement des frais liés à l'exercice de leurs fonctions. C'est pourquoi l'article 9, sans exclure la possibilité pour un juge d'exercer d'autres fonctions rémunérées (qui sont aussi envisagées au paragraphe 3 de l'article 17), tente de définir les critères applicables aux activités qui risqueraient de compromettre l'indépendance des juges et que ces derniers devraient s'abstenir d'exercer. Ainsi, il a été clairement entendu qu'un juge de la Cour ne pouvait pas être en même temps membre exécutif d'un gouvernement. En cas de doute, c'est la Cour qui décide.

5) L'*article 10*, sur l'élection et les fonctions du Président et des Vice-Présidents de la Cour, est important parce qu'il s'agit des membres du Bureau de la Cour, auquel sont confiées des fonctions spécifiques en vertu du Statut. Quelques membres du Groupe de travail ont fait énergiquement valoir que la Cour devrait avoir un président à temps complet, qui réside au siège de la Cour et soit responsable en vertu du Statut de son bon fonctionnement judiciaire. D'autres ont souligné la nécessité de faire preuve de souplesse et ont insisté sur le caractère de la Cour, organe qui ne serait convoqué qu'en fonction des besoins : à leur sens, à exiger que le Président exerce ses fonctions à temps complet, on risquerait de restreindre inutilement l'éventail des candidatures à ce poste. Il a été convenu que cette disposition n'empêcherait pas le Président de devenir occupé à plein temps si les circonstances l'exigeaient. La question du scrutin par correspondance a été discutée au Groupe de travail, et la possibilité n'en a pas été exclue, mais on a jugé qu'elle relevait du règlement intérieur de la Cour. Certains membres ont aussi émis l'idée que le règlement intérieur de la Cour pourrait traiter de la question d'éventuels suppléants du Président et des Vice-Présidents.

6) L'*article 11*, sur la récusation des juges, énonce, en son *paragraphe 1*, les raisons générales qui devraient aboutir à la récusation d'un juge dans une affaire déterminée. Il a été entendu au Groupe de travail que les mots « aucune affaire dans laquelle ils sont antérieurement intervenus à quelque titre que ce soit » recouvraient aussi la participation du juge dans la même affaire en qualité de procureur ou d'avocat de la défense. Les *paragraphes 2 et 3* indiquent qui peut prendre l'initiative de la demande de récusation, à savoir le juge lui-même (par. 2) ou l'accusé (par. 3). La décision, suivant le *paragraphe 4*, appartient toujours à la chambre intéressée, qui comprendrait à cet effet le Président et les deux Vice-Présidents de la Cour. Le Groupe de travail s'est aussi penché sur la question de savoir s'il fallait fixer une limite au nombre de juges qu'un accusé pouvait récuser et si le même quorum devait être requis, que la récusation soit demandée au titre du paragraphe 1 ou « pour toute autre raison » au titre du paragraphe 2. Le Groupe de travail souhaite recevoir des observations de la part de l'Assemblée générale sur ces deux points.

Article 12. — Élection et fonctions du Greffier

1. Sur la proposition du Bureau, les juges de la Cour élisent à la majorité absolue et au scrutin secret le Greffier, qui est le chef de l'administration de la Cour.

2. Le Greffier est :

***a*) élu pour un mandat de sept ans et rééligible;**

***b*) en service à temps complet, mais peut, avec l'autorisation du Bureau, exercer dans le cadre du système des Nations Unies telles autres fonctions qui ne sont pas incompatibles avec son poste de Greffier.**

3. Le Bureau peut nommer tels autres fonctionnaires du Greffe qui peuvent être nécessaires ou en autoriser la nomination.

4. Le personnel du Greffe est soumis au Règlement du personnel établi par le Greffier, autant que possible en conformité avec le Règlement et le Statut du personnel de l'Organisation des Nations Unies, et approuvé par la Cour.

Article 13. — Composition, fonctions et pouvoirs du Parquet

1. Le Parquet comprend le Procureur qui en est le chef, un procureur adjoint et tout autre personnel qualifié qui peut être nécessaire.

2. Le Procureur et le Procureur adjoint sont des personnes jouissant d'une haute considération morale et qui possèdent au plus haut degré les compétences et l'expérience nécessaires pour diriger des enquêtes et des poursuites en matière criminelle. Ils sont élus à la majorité des voix des États parties au Statut parmi les candidats désignés par lesdits États parties pour un mandat de cinq ans et sont rééligibles.

3. Sauf décision contraire, les États parties élisent le Procureur et le Procureur adjoint pour qu'ils prêtent leurs services en fonction des besoins.

4. Le Parquet, en tant qu'organe distinct du Tribunal, agit de façon indépendante et ne sollicite ni ne reçoit d'instructions d'aucun gouvernement ni d'aucune autre source.

5. Le Procureur nomme le personnel nécessaire pour s'acquitter des fonctions de sa charge.

6. Au reçu d'une plainte déposée conformément à l'article 28, le Procureur est chargé de l'enquête sur le crime dont la perpétration est alléguée et des poursuites à l'encontre de l'accusé pour les crimes visés aux articles 22 et 26.

7. Le Procureur n'exerce pas ses fonctions à l'égard d'une plainte concernant une personne de la même nationalité. Lorsque le Procureur ne peut exercer ses fonctions pour cette raison ou pour toute autre raison, le Procureur adjoint fait fonction de procureur.

Commentaire

1) L'article 12, sur l'élection et les fonctions du Greffier, et l'article 13, sur la composition, les fonctions et les pouvoirs du Parquet, visent les deux autres organes dont se compose le système judiciaire international à mettre en place.

2) Le Greffier, qui est élu par la Cour, est le chef de l'administration de la Cour et, à la différence des juges, il est rééligible. Il exerce des fonctions importantes en vertu du Statut, telles que notifications, réception des déclarations d'acceptation de la juridiction de la Cour et autres fonctions. L'*article 12* régit non seulement l'élection du Greffier, mais encore la nomination du personnel du Greffe, et le règlement qui lui est applicable.

3) S'agissant du Parquet, prévu à l'*article 13*, et qui se compose du Procureur, d'un procureur adjoint et de tout

autre personnel qualifié qui peut être nécessaire, on a beaucoup insisté au sein du Groupe de travail sur l'idée que, tout en étant un organe qui appartient au système judiciaire international global à mettre en place, il devrait être indépendant dans l'exercice de ses fonctions et distinct de la Cour. C'est la raison pour laquelle il est proposé dans ledit article que le Procureur et le Procureur adjoint soient élus non pas par la Cour, mais par une majorité des États parties au Statut. Il convient au demeurant de noter que le *paragraphe 4* prévoit, en outre, que le Procureur ne sollicite ni ne reçoit d'instructions d'aucun gouvernement, ni d'aucune autre source, car il agit, véritablement, en qualité de représentant de toute la communauté internationale.

4) Une version précédente du *paragraphe 5* contenait les mots « [en consultation avec le Bureau] » placés entre crochets, à propos de la nomination du personnel du Parquet par le Procureur. Ils ont été supprimés parce que le Groupe de travail a estimé que la nécessité de consulter le Bureau de la Cour pour nommer le personnel du Parquet risquerait de porter atteinte à l'indépendance du Procureur. Certains membres ont été toutefois d'avis qu'il faudrait lier les fonctions de la Cour et celles du Parquet.

5) Le *paragraphe 6* énonce les principales fonctions du Procureur, à savoir l'enquête sur le crime et les poursuites à l'encontre de l'accusé. Toutefois, pour répondre au souci du Groupe de travail de préserver l'indépendance du Procureur, le *paragraphe 7* prévoit que celui-ci n'intervient pas à l'égard d'une plainte dirigée contre une personne ayant sa nationalité.

Article 14. — Engagement solennel

Avant d'entrer en fonctions conformément au présent Statut, les membres du Tribunal prennent l'engagement solennel d'exercer leurs attributions en pleine impartialité et en toute conscience.

Article 15. — Perte de fonctions

1. Les juges ne peuvent être relevés de leurs fonctions que si, au jugement des deux tiers des juges de la Cour, ils ont été reconnus coupables d'une faute avérée ou d'un manquement grave au présent Statut.

2. Si, au jugement des deux tiers des juges de la Cour, le Procureur, le Procureur adjoint ou le Greffier est reconnu coupable d'une faute avérée ou d'un manquement grave au présent Statut, il est destitué de ses fonctions.

Article 16. — Privilèges et immunités

1. Dans l'exercice de leurs fonctions sur le territoire des États parties, les juges jouissent des mêmes privilèges et immunités que ceux accordés aux juges de la Cour internationale de Justice.

2. Dans l'exercice de leurs fonctions sur le territoire des États parties, les avocats, les experts et les témoins jouissent des mêmes privilèges et immunités que ceux qui sont accordés aux avocats, experts et témoins appelés à comparaître devant la Cour internationale de Justice.

3. Dans l'exercice de leurs fonctions sur le territoire des États parties, le Greffier, le Procureur, le Procureur adjoint, les autres membres du personnel et les fonctionnaires du Tribunal jouissent des privilèges et immunités nécessaires à l'exercice de leurs fonctions.

4. Par une décision prise à la majorité, les juges peuvent lever l'immunité de toute personne visée au paragraphe 3 autre que le Procureur. Dans le cas des membres du personnel et des fonctionnaires du Tribunal, ils ne peuvent le faire que sur la recommandation du Greffier ou du Procureur, selon le cas.

Article 17. — Allocations et frais

1. Le Président reçoit une allocation annuelle.

2. Les Vice-Présidents reçoivent une allocation spéciale pour chaque jour où ils remplissent les fonctions de Président.

3. Les juges reçoivent une allocation journalière pendant la période où ils exercent leurs fonctions et sont remboursés des frais liés à l'exercice de leurs fonctions. Ils peuvent continuer à percevoir un traitement pour tout autre poste qu'ils occupent selon les conditions prévues à l'article 9.

Article 18. — Langues de travail

Les langues de travail du Tribunal sont l'anglais et le français.

Commentaire

1) Les articles 14 à 18 traitent de questions qui sont liées à la prise et à la cessation de fonctions des juges, aux fonctions des juges et de la Cour et à l'exercice de ces fonctions. Ils visent l'engagement solennel (art. 14), la perte de fonctions (art. 15), les privilèges et immunités (art. 16), les allocations et frais (art. 17) et les langues de travail (art. 18).

2) L'*article 15*, sur la perte de fonctions, renferme, dans ses deux paragraphes, une disposition qui est au fond la même pour les juges, le Procureur, le Procureur adjoint et le Greffier, à savoir la destitution pour faute avérée ou manquement au Statut, dans les cas où une décision en ce sens est prise par les deux tiers des membres de la Cour. Quelques membres du Groupe de travail ont observé que cette disposition s'écartait de l'article correspondant du Statut de la Cour internationale de Justice (Art. 18), lequel, s'agissant d'un juge, n'acceptait qu'il fût relevé de ses fonctions que si, au jugement unanime des autres membres de la Cour, il avait cessé de répondre aux conditions requises. Un membre, en particulier, a jugé étrange que le Procureur puisse être relevé de ses fonctions par un organe différent de celui qui l'avait élu et a pensé que cela risquait de porter atteinte à son indépendance devant la Cour.

3) L'*article 16* vise les privilèges et immunités des juges, avocats, experts et témoins ainsi que du Greffier, du Procureur, du Procureur adjoint et des autres membres du personnel et fonctionnaires du Tribunal dans l'exercice de leurs fonctions sur le territoire des États parties au Statut de la Cour. Aux fins des privilèges et immunités, l'article 16 place les juges de la Cour sur le même pied que ceux de la CIJ qui, selon l'Article 19 du Statut de la Cour internationale de Justice, jouissent des privilèges et immunités diplomatiques dans l'exercice de leurs fonctions. La même égalité avec la CIJ est assurée dans le cas des avocats, des experts et des témoins. À leur propos, le paragraphe 3 de l'Article 42 du Statut de la Cour internationale de Justice prévoit que les agents, conseils et avocats des parties devant la Cour jouiront des privilèges et immunités nécessaires à l'exercice indépendant de leurs fonctions. Le critère fonctionnel est également retenu au *paragraphe 3* de l'article 16 du Statut du Tribunal pour les privilèges et immunités du Procureur, du Greffier et des autres membres du personnel et fonctionnaires du Tribunal, encore que ces privilèges et immunités puissent être révoqués par une majorité des juges sur la recommandation du Greffier ou du Procureur, selon le cas. Pour garantir l'indépendance du Procureur, ses immunités et privilèges ne peuvent pas être révoqués.

4) L'*article 17*, sur les allocations et frais, reflète l'idée que, malgré le fait que la Cour ne siégerait pas à plein temps, son président, ainsi qu'il est expliqué dans le commentaire de l'article 10, pourrait être amené à exercer ses fonctions à temps complet, si les circonstances l'exigeaient. D'où la distinction entre l'allocation journalière ou spéciale proposée pour les juges et les vice-présidents et l'allocation annuelle proposée pour le Président.

5) L'*article 18*, qui fait de l'anglais et du français les langues de travail du Tribunal, doit être lu conjointement avec l'article 39 ainsi qu'avec l'alinéa *f* du paragraphe 1 et le paragraphe 2 de l'article 44.

Article 19. — Règlement du Tribunal

1. La Cour peut, par une décision prise à la majorité des juges et sur la recommandation du Bureau, déterminer par un règlement le fonctionnement du Tribunal dans le cadre du présent Statut, notamment les règles applicables à :

***a*) la conduite des enquêtes préparatoires, de manière en particulier à garantir que les droits mentionnés aux articles 38 à 44 ne seront pas lésés;**

***b*) la procédure à suivre et l'administration de la preuve dans tout procès;**

***c*) toute autre question nécessaire à l'application du présent Statut.**

2. Le Règlement du Tribunal est aussitôt notifié à tous les États parties et il est publié.

Article 20. — Règlement intérieur de la Cour

Sous réserve du présent Statut et du Règlement du Tribunal, la Cour est habilitée à établir son règlement et ses procédures propres.

Commentaire

1) Les articles 19 et 20 se rapportent tous deux à l'établissement de règlements. L'*article 19* vise celui du Tribunal concernant les enquêtes préparatoires et la conduite du procès public lui-même, et il fait intervenir des questions de respect des droits de l'accusé, de procédure, de preuve et autres questions. L'*article 20*, pour sa part, vise le règlement nécessaire au fonctionnement interne de la Cour, notamment les méthodes de travail et l'organisation interne de la Cour.

2) Certains membres ont beaucoup insisté sur la distinction entre les deux types de règlement, et c'est cette position qui l'a emporté au Groupe de travail. Quelques membres, en revanche, n'étaient pas convaincus qu'il y eût une différence substantielle entre les deux sortes de règlement.

3) À propos de l'*alinéa* b *du paragraphe 1* de l'article 19, un membre a jugé que la question de l'adoption de règles concernant l'administration de la preuve était trop complexe et impliquait celle de règles de fond. Elle ne devrait donc pas, en principe, relever de la compétence du Tribunal. Un membre a aussi observé qu'une disposition devrait être ajoutée à cet article pour préciser que, dans les cas qui n'étaient pas visés par les règles de procédure et de preuve adoptées par le Tribunal, celui-ci devrait appliquer les règles coutumières en la matière. Aux yeux de quelques membres, l'alinéa *b* du paragraphe 1 était destiné à couvrir les règles les plus fondamentales et les principes généraux régissant la procédure et l'administration de la preuve.

4) Il a été entendu que l'*article 20* recouvrait aussi le pouvoir de chaque chambre d'élaborer certaines procédures.

Article 21. — Révision du Statut

À la demande d'au moins [...] États parties, une conférence de révision est convoquée cinq ans au moins après l'entrée en vigueur du présent Statut :

***a*) pour examiner l'application du présent Statut;**

***b*) pour envisager la révision ou l'allongement éventuels de la liste des crimes figurant à l'article 22, par la voie d'un protocole au présent Statut ou d'un autre instrument approprié, et en particulier l'adjonction à ladite liste du Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, s'il a été alors conclu et est entré en vigueur.**

Commentaire

La place de l'article 21, relatif à la révision du Statut, est encore provisoire. Cet article pourrait figurer parmi les dispositions finales du Statut. L'*alinéa* b concerne tout particulièrement la deuxième partie (Compétence et droit applicable), car il pourrait servir de base à l'élargissement de la compétence visée à l'article 22, pour l'étendre à de nouveaux instruments, dont le Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

DEUXIÈME PARTIE

COMPÉTENCE ET DROIT APPLICABLE

Article 22. — Liste de crimes définis par voie de traité

La Cour peut se voir attribuer compétence pour les crimes suivants :

***a*) le génocide et les crimes connexes, tels qu'ils sont définis aux articles II et III de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, du 9 décembre 1948;**

***b*) les infractions graves :**

i) à la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, du 12 août 1949, telles qu'elles sont définies à l'article 50 de ladite Convention;

ii) à la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, du 12 août 1949, telles qu'elles sont définies à l'article 51 de ladite Convention;

iii) à la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, du 12 août 1949, telles qu'elles sont définies à l'article 130 de ladite Convention;

iv) à la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, du 12 août 1949, telles qu'elles sont définies à l'article 147 de ladite Convention;

v) au Protocole additionnel aux Conventions de Genève, du 12 août 1949, relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), du 8 juin 1977, telles qu'elles sont définies à l'article 85 dudit Protocole;

***c*) la capture illicite d'aéronefs, telle qu'elle est définie à l'article premier de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, du 16 décembre 1970;**

***d*) les crimes définis à l'article premier de la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, du 23 septembre 1971;**

***e*) l'apartheid et les crimes connexes, tels qu'ils sont définis à l'article II de la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, du 30 novembre 1973;**

***f*) les crimes définis à l'article 2 de la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, du 14 décembre 1973;**

***g*) la prise d'otages et les crimes connexes, tels qu'ils sont définis à l'article premier de la Convention internationale contre la prise d'otages, du 17 décembre 1979;**

***h*) les crimes définis à l'article 3 de la Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime et à l'article 2 du Protocole pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental, tous deux du 10 mars 1988.**

Commentaire

1) La deuxième partie du projet de statut, consacrée à la compétence et au droit applicable, en est le noyau central. Du point de vue des crimes qui peuvent être à la source de la compétence de la Cour, les articles 22 à 26 assignent, fondamentalement, à cette compétence deux éléments, qui reposent sur la distinction faite par le Groupe de travail entre les traités qui définissent des crimes comme crimes internationaux et ceux qui prévoient seulement la répression de comportements indésirables qui sont des crimes en droit interne. La Convention internationale contre la prise d'otages, du 17 décembre 1979, est un exemple de la première catégorie de traités. À la seconde catégorie de traités appartiennent la Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenus à bord des aéronefs, du 14 septembre 1963, et tous les traités destinés à combattre les crimes liés aux drogues, et notamment la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, du 20 décembre 1988.

2) Les articles 22, 23 et 24 sont consacrés au premier élément de la compétence indiqué ci-dessus. Les traités et les crimes qui en relèvent sont énumérés à l'article 22. De l'avis du Groupe de travail, les deux grands critères qui ont amené à considérer les crimes envisagés dans les traités énumérés à l'article 22 comme des crimes au regard du droit international sont : *a*) le fait que ces crimes sont eux-mêmes définis par le traité considéré, de telle sorte qu'une cour criminelle internationale peut appliquer un droit conventionnel fondamental pour le crime faisant l'objet du traité; et *b*) le fait que le traité a créé, relativement au crime qui y est défini, soit un système de compétence universelle reposant sur le principe *aut dedere aut judicare*, soit la possibilité pour une juridiction criminelle internationale de juger le crime, soit les deux.

3) L'*alinéa* b *de l'article 22* ne comprend pas le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), parce que ledit Protocole ne prévoit pas de dispositions applicables aux infractions graves.

4) L'article 22 ne mentionne pas la Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires, du 4 décembre 1989, parce que cette convention n'est pas encore en vigueur. Si elle entrait en vigueur avant l'adoption du statut, on pourrait envisager de l'ajouter à la liste, sous la forme d'un nouvel alinéa ainsi libellé :

> « *i*) les crimes liés aux mercenaires, tels qu'ils sont définis aux articles 2, 3 et 4 de la Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires, du 4 décembre 1989. »

5) Quant aux crimes liés aux drogues, et notamment les crimes visés dans la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, ils n'ont pas, pour les raisons indiquées *supra* aux paragraphes 1 et 2, été portés sur la liste de l'article 22, quand bien même la Cour criminelle internationale pourrait acquérir compétence à leur égard en vertu de l'autre élément de la compétence, envisagé à l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 26.

6) Certains membres ont jugé, pour les raisons expliquées dans le commentaire sur l'article 26, que les crimes visés dans la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes présentaient toutes les caractéristiques voulues pour figurer sur la liste de l'article 22. Quelques membres ont estimé aussi que le crime de torture, tel qu'il est envisagé dans la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, du 10 décembre 1984, remplissait également les conditions requises pour y figurer.

Article 23. — Acceptation par les États de la compétence de la Cour pour les crimes énumérés à l'article 22

VARIANTE A

1. Tout État partie au présent Statut peut, par déclaration déposée auprès du Greffier, accepter à tout moment la compétence de la Cour pour l'un ou plusieurs des crimes visés à l'article 22.

2. Une déclaration faite en application du paragraphe 1 peut être limitée à :

***a*) un acte particulier présumé constitutif d'un crime visé à l'article 22; ou**

***b*) un acte commis durant une période particulière;**

ou être d'application générale.

3. Une déclaration peut être faite en application du paragraphe 1 pour une période déterminée, auquel cas elle ne pourra pas être retirée avant l'expiration de cette période, ou pour une période indéterminée, auquel cas il devra être donné six mois de préavis de retrait au Greffier. Le retrait est sans effet sur des poursuites déjà engagées en vertu du présent Statut.

4. Un État qui n'est pas partie au présent Statut peut, par déclaration déposée auprès du Greffier, accepter à tout moment la compétence de la Cour pour un crime visé à l'article 22 qui fait ou peut faire l'objet de poursuites en vertu du présent Statut.

VARIANTE B

1. À moins qu'il ne fasse la déclaration prévue au paragraphe 2, un État qui devient partie au présent Statut est réputé avoir accepté la compétence de la Cour pour tout crime visé à l'article 22, s'il est partie au traité qui définit ce crime.

2. Un État partie au présent Statut peut, par déclaration déposée auprès du Greffier, indiquer qu'il n'accepte pas la compétence de la Cour pour l'un ou plusieurs des crimes visés au paragraphe 1.

3. La déclaration peut être faite au moment de la ratification du traité contenant le présent Statut ou de l'adhésion audit traité, ou à tout moment ultérieurement, auquel cas elle prendra effet quatre-vingt-dix jours après avoir été faite et sera sans effet sur des poursuites déjà engagées en vertu du présent Statut.

4. Les déclarations peuvent être retirées à tout moment, avec effet immédiat.

VARIANTE C

1. Un État partie au présent Statut peut, par déclaration déposée auprès du Greffier, accepter à tout moment la compétence de la Cour.

2. Sauf indication contraire, une déclaration d'acceptation déposée en application du paragraphe 1 est réputée attribuer compétence à la Cour pour tous les crimes énumérés à l'article 22.

3. Une déclaration d'acceptation faite conformément au paragraphe 1 peut être limitée à : (suivent les dispositions prévues aux paragraphes 2, 3 et 4 de la variante A).

Commentaire

1) L'article 23 porte sur les moyens et modalités de l'acceptation par les États de la compétence de la Cour pour les crimes énumérés à l'article 22.

2) La procédure définie dans la *variante A* pourrait être dite de « participation sélective », le seul fait qu'un État devienne partie au Statut ne conférant pas automatiquement à la Cour compétence pour certains crimes et une déclaration spéciale s'imposant à cet effet. Certains membres ont jugé que cette solution était celle qui reflétait le mieux la base consensuelle sur laquelle reposait la compétence de la Cour, de même qu'elle traduisait le mieux en une formule la conception de la compétence de la Cour, caractérisée par la souplesse, que le Groupe de travail avait recommandée à la précédente session de la Commission.

3) À ce propos, les paragraphes 1, 2 et 3 de la variante A concernent l'acceptation par les États parties au Statut de la Cour et aux différents traités considérés. Le *paragraphe 1* prévoit la possibilité d'une déclaration générale très proche du modèle de la clause facultative de l'Article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice. Cette déclaration, aux termes du *paragraphe 2*, peut être d'application générale ou être assortie de certaines limitations *ratione materiae* ou *ratione temporis*. Dans ce dernier cas, toutefois, le *paragraphe 3* prévoit certaines restrictions inspirées du principe de la bonne foi. Quant au *paragraphe 4*, il prévoit la possibilité pour les États parties aux traités concernés qui ne sont pas parties au Statut de la Cour d'accepter la compétence de celle-ci pour les crimes visés à l'article 22.

4) Pour d'autres membres, ni le fondement consensuel de la compétence de la Cour ni les recommandations faites par le Groupe de travail à la quarante-quatrième session de la Commission ne devaient nécessairement donner naissance à un système tel que celui prévu dans la variante A. Ils ont préféré une approche dans le cadre de laquelle la qualité de partie au Statut de la Cour aurait, selon eux, davantage de signification. Ils ont prôné un système par lequel les États, en devenant parties au Statut de la Cour, conféreraient automatiquement compétence à celle-ci pour les crimes énumérés à l'article 22, tout en ayant le droit de soustraire certains crimes à cette compétence (procédure de retrait sélectif). Les *variantes B et C* sont des formulations possibles, examinées par le Groupe de travail, de cette autre conception de la compétence de la Cour.

5) Le Groupe de travail présente ces variantes à la Commission, en lui recommandant de les transmettre à l'Assemblée générale en vue d'obtenir des indications sur la procédure à retenir.

Article 24. — Compétence de la Cour aux termes de l'article 22

1. La Cour a compétence en vertu du présent Statut pour tout crime visé à l'article 22, pour autant que sa compétence ait été acceptée en application de l'article 23 :

***a*) par tout État qui a compétence en vertu du traité pertinent pour faire juger la personne soupçonnée d'avoir commis ce crime par ses propres tribunaux;**

***b*) s'agissant d'un cas présumé de génocide, par tout État partie à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, du 9 décembre 1948.**

2. Si le suspect se trouve sur le territoire de l'État dont il a la nationalité ou de l'État où l'infraction présumée a été commise, l'acceptation de la compétence de la Cour par cet État est également requise.

Commentaire

1) L'article 24 définit les États qui doivent accepter la compétence de la Cour dans une affaire donnée pour que la Cour ait compétence en vertu de l'article 22, en d'autres termes ceux qui doivent donner leur consentement.

2) Le critère général recommandé par le Groupe de travail qui est défini à l'*alinéa* a *du paragraphe 1* de cet article est que la Cour a compétence pour un certain crime à condition que tout État qui, en vertu du traité pertinent, aurait normalement compétence pour faire juger la personne soupçonnée de ce crime par ses propres tribunaux ait accepté la compétence de la Cour en application de l'article 23. Ce paragraphe doit se lire conjointement avec l'article 63, relatif à la remise de l'accusé au Tribunal, et en particulier son paragraphe 3, ainsi que le commentaire y relatif.

3) Une mention spéciale est réservée à l'*alinéa* b *du paragraphe 1* à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, parce que, à la différence des autres conventions énumérées à l'article 22, elle ne repose pas sur le principe *aut dedere aut judicare*, mais sur celui de la territorialité. L'article VI de cette convention dispose que les personnes accusées de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III de la Convention seront traduites devant les tribunaux compétents de l'État sur le territoire duquel l'acte a été commis. Toutefois, en contrepartie de l'omission dans la Convention du principe de l'universalité, l'article VI prévoit en outre que lesdites personnes pourront aussi être traduites devant la cour criminelle internationale qui sera compétente à l'égard de celles des Parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction. On peut y voir le pouvoir pour les États parties à la Convention qui sont également parties au Statut de permettre à une cour criminelle internationale d'exercer sa compétence à l'égard d'un accusé qui a été remis à la Cour par un État quelconque. Les travaux préparatoires relatifs à l'article VI étayent cette interprétation[13].

4) Le consentement de l'État qui, ayant autorité en vertu du traité pertinent pour faire juger la personne soupçonnée d'avoir commis ce crime par ses propres tribunaux, préfère néanmoins la poursuivre devant la Cour, ne suffit pas à conférer compétence à la Cour si l'accusé ne se trouve pas sur son territoire mais sur celui soit de l'État dont il a la nationalité, soit de l'État où le crime présumé a été commis. En pareille circonstance, pour que la Cour ait compétence, l'acceptation de cette compétence ou une autre expression de consentement par l'un ou l'autre de ces deux États, selon le cas, est également nécessaire.

Article 25. — Affaires soumises à la Cour par le Conseil de sécurité

Sous réserve des dispositions de l'article 27, la Cour a également compétence en vertu du présent Statut pour les affaires visées à l'article 22 ou à l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 26 qui peuvent lui être soumises sur décision du Conseil de sécurité.

Commentaire

1) L'article 25, comme il ressort à l'évidence de son libellé, ne prévoit pas un élément distinct de compétence du point de vue du type de crimes qui peuvent susciter la compétence de la Cour, mais élargit la catégorie des sujets qui peuvent porter devant la Cour les crimes visés à l'article 22 et à l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 26, en donnant aussi ce droit au Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies. Le Groupe de travail a estimé qu'une telle disposition était nécessaire pour permettre au Conseil de sécurité de renvoyer des affaires devant la Cour au lieu de créer un tribunal spécial.

2) Quelques membres craignaient que l'article 25 n'impliquât l'attribution au Conseil de sécurité d'un pouvoir qu'à leur sens il ne devait normalement pas posséder, à savoir celui de désigner des personnes détermi-

[13] Voir le rapport du Comité spécial du génocide, 5 avril-10 mai 1948 [*Documents officiels du Conseil économique et social, troisième année, septième session, Supplément n° 6* (E/794)].

nées comme suspects de crime d'agression et de retenir à leur encontre des chefs d'accusation précis. À ce propos, il a été entendu au Groupe de travail que le Conseil de sécurité ne serait pas normalement censé saisir le Tribunal d'une « affaire » au sens d'une plainte contre des individus nommément désignés, mais lui soumettrait ordinairement une situation d'agression, en laissant le Procureur du Tribunal se charger de l'information et de la mise en accusation de personnes nommément désignées.

3) Quelques membres ont été d'avis que le pouvoir de soumettre des affaires à la Cour prévu à l'article 25 devait aussi être attribué à l'Assemblée générale, en particulier dans les cas où le Conseil risquerait d'être entravé dans son action par l'exercice du droit de veto.

Article 26. — Acceptation spéciale par des États de la compétence de la Cour dans des cas autres que ceux visés à l'article 22

1. La Cour a également compétence en vertu du présent Statut pour d'autres crimes internationaux que ceux visés à l'article 22, à condition que l'État ou les États définis au paragraphe 3 notifient par écrit au Greffier leur consentement spécial à l'exercice par la Cour, relativement au crime en question, de sa compétence à l'égard des personnes ou catégories de personnes spécifiées.

2. Les autres crimes internationaux visés au paragraphe 1 sont :

***a*) tout crime au regard du droit international général, c'est-à-dire d'une norme de droit international acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble comme étant de nature si fondamentale que sa violation engage la responsabilité pénale d'individus;**

***b*) tout crime, tel un crime lié aux drogues, au regard d'une loi nationale destinée à donner effet aux dispositions d'un traité multilatéral, tel que la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, visant à réprimer les crimes de cette nature, et qui constitue un crime d'une gravité exceptionnelle aux termes de ce traité.**

3. L'État ou les États visés au paragraphe 1 sont :

***a*) s'agissant d'un crime visé à l'alinéa *a* du paragraphe 2, l'État sur le territoire duquel se trouve le suspect et l'État sur le territoire duquel l'acte ou l'omission considéré est intervenu;**

***b*) s'agissant d'un crime visé à l'alinéa *b* du paragraphe 2, l'État sur le territoire duquel se trouve le suspect et qui a compétence aux termes du traité pour le faire juger pour ce crime par ses propres tribunaux.**

Commentaire

1) L'article 26 énonce le deuxième élément de compétence évoqué au début de la deuxième partie du projet de statut dans le commentaire sur l'article 22 ci-dessus. Il autorise les États concernés à conférer compétence à la Cour pour d'autres crimes internationaux que ceux visés par l'article 22, en donnant leur consentement spécial à l'exercice par la Cour, pour le crime considéré, de sa compétence à l'égard des personnes ou catégories de personnes spécifiées. Les deux catégories de crimes envisagées dans cet article sont considérées dans son paragraphe 2.

2) L'*alinéa* a *du paragraphe 2* vise les « crime[s] au regard du droit international général » et définit cette catégorie, probablement pour la première fois à propos de la responsabilité individuelle, comme couvrant des « crime[s] au regard d'une norme de droit international acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble comme étant de nature si fondamentale que sa violation met en jeu la responsabilité pénale d'individus ». Cet alinéa vise des crimes internationaux au regard du droit international coutumier qui, autrement, ne relèveraient pas de la compétence *ratione materiae* de la Cour, comme l'agression, qui n'est pas définie par voie conventionnelle, ou le génocide, dans le cas d'États non parties à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, ou d'autres crimes contre l'humanité qui ne tombent pas sous le coup des Conventions de Genève de 1949. Il a semblé inconcevable au Groupe de travail que, au stade actuel de développement du droit international, la communauté internationale entreprenne de créer une cour criminelle internationale sans faire relever de sa compétence des crimes tels que ceux évoqués plus haut.

3) Il est à noter, à ce propos, que le rapport du Secrétaire général relatif à la création d'un tribunal international pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991[14], qui a été approuvé par le Conseil de sécurité aux termes de sa résolution 827 (1993) du 25 mai 1993, considère comme faisant désormais sans aucun doute partie du droit international coutumier les instruments suivants : la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et les règles y annexées (Convention de La Haye IV), du 18 octobre 1907; la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, du 9 décembre 1948; et le statut du Tribunal militaire international, du 8 août 1945[15].

4) Certains membres ont toutefois formulé des réserves sur l'alinéa *a* du paragraphe 2. Une autre solution possible, qui a recueilli un certain soutien au sein du Groupe de travail, consisterait à supprimer l'alinéa *a* et à régler le problème au moyen de l'article 25, c'est-à-dire en permettant au Conseil de sécurité de saisir la Cour. Dans le cas du crime d'agression, ce serait une solution qui tiendrait compte du fait qu'il incomberait de toute manière au Conseil de sécurité de constater la commission d'un acte d'agression par un État, constatation qui serait une condition préalable de la responsabilité individuelle de ceux qui auraient planifié ou mené une guerre d'agres-

[14] Voir *supra* note 7.

[15] Annexé à l'Accord de Londres du 8 août 1945 concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 82, p. 279).

sion. De plus, cette solution ne serait pas incompatible avec le jugement rendu par le Tribunal de Nuremberg, qui avait connu des crimes contre l'humanité uniquement dans la mesure où ils étaient liés à des crimes contre la paix (agression) ou à des crimes de guerre proprement dits. Si l'on retenait cette solution, l'article 25 devrait se lire comme suit : « ... pour les affaires visées aux articles 22 ou 26, ou pour les crimes au regard du droit international général, qui peuvent lui être soumis... ».

5) L'autre catégorie de crimes envisagée à l'article 26 est mentionnée à l'alinéa *b* du paragraphe 2 et est liée à la distinction, établie aux paragraphes 1 et 2 du commentaire sur l'article 22, entre les traités qui définissent les crimes comme étant des crimes internationaux et ceux qui se contentent de prévoir la répression des comportements indésirables qui constituent des crimes au regard du droit interne. Cette dernière catégorie de crimes est définie dans ledit alinéa comme recouvrant « tout crime... au regard d'une loi nationale destinée à donner effet aux dispositions d'un traité multilatéral... visant à réprimer les crimes de cette nature, et qui constitue un crime d'une gravité exceptionnelle aux termes de ce traité ».

6) Étant donné la procédure par laquelle l'Assemblée générale a confié à la CDI l'examen de la question de la création éventuelle d'une cour criminelle internationale, le Groupe de travail estime qu'il importe tout particulièrement de noter que c'est là la disposition par laquelle la cour criminelle internationale pourrait être dotée de la compétence pour connaître des crimes liés aux drogues; et c'est aussi pour cette raison qu'une mention spéciale y est réservée à cette catégorie de crimes ainsi qu'à la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes. Mais il faut noter aussi que, pour éviter que la Cour ne soit submergée d'affaires mineures, ledit alinéa a fixé une limite, restreignant cette catégorie aux crimes qui « constitue[nt des] crime[s] d'une gravité exceptionnelle aux termes de ce traité ».

7) Quelques membres du Groupe de travail ont émis de sérieuses réserves au sujet de cette approche qui prévoyait pour les crimes liés au trafic de stupéfiants un élément de compétence autre que celui prévu pour les crimes envisagés à l'article 22. À leur avis, la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes pouvait être assimilée aux conventions énumérées à l'article 22 du projet de statut par l'application de l'un quelconque des critères ci-après : *a*) la constitution de l'infraction en tant que crime au regard du droit international; *b*) les dispositions visant à rendre l'infraction punissable en droit interne; *c*) les dispositions concernant la compétence pour ce crime d'États autres que ceux sur le territoire desquels il a été commis; *d*) les dispositions exigeant que l'auteur de l'infraction présent sur le territoire de l'État soit poursuivi et jugé si cet État décide de ne pas l'extrader *(aut dedere aut judicare)*; et *e*) les dispositions concernant l'extradition et l'assistance judiciaire mutuelle. À la lumière de ces considérations, on a proposé d'inclure la Convention susmentionnée dans la liste figurant à l'article 22. D'autres membres ne partageaient pas ce point de vue, essentiellement pour deux raisons : *a*) les crimes liés au trafic de stupéfiants visés par cette convention n'y étaient pas assez bien définis pour donner naissance à un droit conventionnel fondamental qui serait directement applicable par la Cour, sans qu'elle ait à se référer au droit interne; et *b*) l'obligation de juger ou d'extrader énoncée dans cette convention ne prendrait pas effet par le jeu des dispositions conventionnelles, mais uniquement entre les parties dont la législation interne réprimerait déjà les crimes visés par la Convention.

8) Quant à savoir quel État ou quels États doivent donner leur consentement pour que la Cour ait compétence en vertu de l'article 26, le Groupe de travail a recommandé deux critères différents. Pour les crimes au regard d'une loi nationale destinée à donner effet à une disposition d'un traité multilatéral visant à réprimer des crimes de cette nature, le critère recommandé est que le seul consentement requis pour que la Cour ait compétence est celui de l'État sur le territoire duquel le suspect se trouve et qui a compétence en vertu du traité en question pour le faire juger pour ce crime par ses propres tribunaux.

9) Plus restrictif est le critère recommandé en ce qui concerne les crimes au regard du droit international général. Dans ce cas, le Groupe de travail recommande qu'aussi bien le consentement de l'État sur le territoire duquel se trouve le suspect que celui de l'État sur le territoire duquel l'acte ou l'omission considéré s'est produit soient requis pour que la Cour ait compétence.

Article 27. — Accusations d'agression

Nul ne peut être accusé d'un crime d'agression ou d'un crime directement lié à un acte d'agression en application de l'article 25 ou de l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 26, si le Conseil de sécurité n'a pas au préalable constaté que l'État concerné a commis l'acte d'agression qui fait l'objet de l'accusation.

Commentaire

1) L'article 27 définit la relation entre le Conseil de sécurité et la cour criminelle internationale envisagée. De l'avis du Groupe de travail, si un acte d'agression est perpétré, la responsabilité d'un individu présupposerait qu'un État ait été reconnu coupable d'agression, et ce serait au Conseil de sécurité qu'il appartiendrait de faire une telle constatation.

2) Dans une précédente version du projet de statut, l'article 27 constituait le second paragraphe de l'article 25. Le Groupe de travail a décidé de faire de ce paragraphe un article distinct, à placer après l'article 26, pour indiquer clairement que la relation proposée entre le Conseil de sécurité et la Cour, dans le cas d'un crime d'agression, vaudrait non seulement s'agissant des poursuites engagées au titre de l'article 25 (à l'initiative du Conseil de sécurité), mais encore s'agissant des poursuites engagées en application de l'alinéa *a* du paragraphe de l'article 26, au cas — concevable — où l'accusation d'agression portée contre un individu le serait par un État.

Article 28. — Droit applicable

La Cour applique :

***a*) le présent Statut;**

***b*) les traités applicables et les règles et principes du droit international général;**

***c*) à titre de source subsidiaire, toute règle applicable du droit interne.**

Commentaire

1) Les deux premières sources de droit applicable évoquées dans l'article 28 sont le Statut et les traités applicables. Il est entendu que, dans les cas où la Cour est compétente en vertu de l'article 22, l'acte d'accusation spécifiera les chefs d'accusation retenus contre l'accusé en faisant référence à des dispositions conventionnelles déterminées, sur la base desquelles, sans préjudice du Statut, des poursuites seront éventuellement engagées.

2) La mention à l'*alinéa* b des règles et principes du droit international général revêt un intérêt particulier à la lumière de l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 26. De plus, il est également entendu que l'expression « règles et principes du droit international général » inclut « les principes généraux du droit », si bien que la Cour peut légitimement recourir à l'ensemble des règles de droit pénal, qu'elles émanent d'instances nationales ou de la pratique internationale, chaque fois qu'elle aura besoin d'être éclairée sur des questions qui ne sont pas clairement régies par la voie conventionnelle.

3) La mention à l'*alinéa* c de « toute règle applicable du droit interne » prend aussi une importance particulière à la lumière de l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 26.

TROISIÈME PARTIE

INFORMATION ET ENGAGEMENT DES POURSUITES

Article 29. — Dépôt d'une plainte

Tout État partie qui a compétence à l'égard d'un crime particulier aux termes d'une convention internationale et qui a accepté la compétence de la Cour à l'égard dudit crime conformément à l'article 23 du Statut, ou tout autre État qui a pareillement compétence et qui a accepté la compétence de la Cour conformément à l'article 23 du Statut, ou tout État qui a consenti à la compétence de la Cour conformément à l'article 26 du Statut, ou le Conseil de sécurité, conformément à l'article 25 du Statut, peut, par une communication adressée au Greffier, porter à l'attention de la Cour, sous la forme d'une plainte accompagnée des pièces à conviction qu'il juge nécessaires, qu'un crime relevant de la compétence de la Cour semble avoir été commis.

Commentaire

1) Le Tribunal criminel international est envisagé comme une institution ouverte aux États parties à son Statut, aux autres États et au Conseil de sécurité. La plainte est le mécanisme qui permet de saisir cette institution et d'engager la phase préliminaire de la procédure pénale. Cette plainte peut être déposée par tout État qui a compétence pour juger le crime visé et qui a accepté la juridiction de la Cour à l'égard de ce crime. Pour remplir la première condition, l'État doit avoir compétence à l'égard du crime en vertu d'un des instruments énumérés à l'article 22 auquel il est partie, du droit coutumier ou de son droit interne. Pour remplir la seconde condition, l'État doit aussi avoir accepté la juridiction de la Cour à l'égard du crime soit en tant qu'État partie au Statut, soit en tant qu'État non partie, conformément à l'article 23.

2) Le Groupe de travail avait envisagé de limiter l'accès du Tribunal aux États parties au Statut afin d'encourager les États à accepter les droits et obligations prévus par le Statut et à assumer une partie de la charge financière liée aux dépenses de fonctionnement du Tribunal, question qui n'a pas encore été réglée. À certains égards, cette approche paraissait appropriée pour un tribunal créé au moyen d'un traité. Mais le Groupe de travail a estimé que la communauté internationale avait intérêt à prévoir un mécanisme universel permettant de poursuivre, de punir et de prévenir les crimes internationaux partout où ils pouvaient se produire, et qu'il était par conséquent préférable d'ouvrir cette institution conventionnelle à tous les États, ainsi que le prévoit l'article 28.

3) Étant donné que le Conseil de sécurité a la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales en vertu de la Charte des Nations Unies, il aurait aussi le droit de saisir le Tribunal et d'engager une procédure pénale pour des crimes considérés comme des crimes internationaux en vertu du droit conventionnel ou du droit coutumier, conformément aux fonctions et aux pouvoirs qui lui sont conférés par la Charte. Tout en appréciant les circonstances qui ont conduit le Conseil de sécurité à créer un tribunal international pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire international commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, le Groupe de travail a estimé qu'il serait préférable que le Conseil de sécurité puisse soumettre les affaires de ce type à une institution permanente.

4) Un membre du Groupe de travail a dit que le Procureur devrait être autorisé à ouvrir une information en l'absence de plainte, si un crime relevant apparemment de la compétence de la Cour risquait autrement de ne pas faire l'objet d'une enquête en bonne et due forme. D'autres membres ont estimé, au contraire, qu'il ne fallait pas ouvrir d'information ni engager de poursuites à l'égard des crimes visés par le Statut sans le soutien d'un État ou du Conseil de sécurité, du moins pas au stade actuel de développement du système juridique international.

5) La plainte, qui doit être déposée au Greffe, est destinée à porter à l'attention du Tribunal qu'un crime relevant de sa compétence a apparemment été commis. Elle doit être accompagnée de pièces justificatives pour les raisons suivantes. Premièrement, le Tribunal est conçu comme un mécanisme qu'on doit pouvoir utiliser lorsque c'est nécessaire, mais qu'on ne doit pas mettre en mouvement sans raison valable. Étant donné qu'une instance pénale exige du personnel et entraîne des dépenses,

le Tribunal ne doit pas être saisi sur la base de plaintes inconsistantes, sans fondement ou inspirées par des mobiles politiques. Deuxièmement, le Procureur doit avoir les informations nécessaires pour ouvrir une enquête. Cela ne veut pas dire que la plainte doit établir l'existence d'un commencement de preuve, mais qu'elle doit contenir suffisamment d'informations et d'éléments pour démontrer qu'un crime a apparemment été commis et servir de point de départ pour l'enquête.

6) Durant l'enquête et l'instruction préparatoire, le Bureau de la Cour remplirait, outre ses fonctions administratives, diverses fonctions judiciaires, qu'il pourrait aussi confier à une chambre de la Cour, selon le nombre d'affaires soumises au Tribunal. Le Tribunal a été conçu comme une institution permanente qui ne fonctionnerait que lorsqu'elle serait appelée à le faire dans un cas particulier. Selon le nombre d'affaires en cours, le Bureau pourrait être amené à constituer une ou plusieurs chambres qui exerceraient des fonctions relatives aux enquêtes ou aux instructions préparatoires — elles seraient chargées, par exemple, d'examiner les demandes d'ordonnances ou de mandats d'arrêt présentées par le Procureur ainsi que les actes d'accusation. Il sera peut-être nécessaire de procéder ainsi pour pouvoir examiner en temps voulu les demandes du Procureur concernant les ordonnances nécessaires aux enquêtes et aux poursuites, ainsi que pour garantir le droit de l'accusé à être jugé sans délai une fois l'acte d'accusation confirmé. Un membre a également suggéré d'établir une chambre d'accusation composée de trois juges, au cas où le nombre de plaintes soumises au Tribunal le justifierait.

Article 30. — Information et établissement de l'acte d'accusation

1. Le Procureur ouvre une enquête, lorsqu'une plainte est reçue conformément à l'article 29, et à moins qu'il ne décide qu'il n'y a pas de base possible pour une action devant la Cour. Il apprécie la valeur des informations obtenues et décide s'il y a lieu de poursuivre. Il informe le Bureau de la Cour de la nature et des motifs de la décision prise à cet égard. Si le Procureur décide qu'il n'y a pas lieu de poursuivre, le Bureau, agissant en tant que Chambre de réexamen, et à la demande de l'État plaignant ou du Conseil de sécurité, peut examiner la décision et, s'il conclut qu'il y a lieu de poursuivre, ordonne au Procureur d'engager des poursuites.

2. Le Procureur a le pouvoir de convoquer et d'interroger les suspects, les victimes et les témoins, et de rassembler des éléments de preuve, notamment en demandant la communication et la production de toute pièce à conviction documentaire ou autre intéressant la plainte, et de procéder à des investigations sur les lieux.

3. Dans l'accomplissement de ces fonctions, le Procureur peut, si nécessaire, demander la coopération de tout État en mesure de l'aider, et il est habilité à demander à la Cour de délivrer les citations à comparaître et les mandats qui peuvent être nécessaires, notamment pour l'arrestation et la mise en détention d'un suspect.

4. Toute personne soupçonnée d'un crime doit :

***a*) avant d'être interrogée dans le cadre d'une enquête menée en vertu du Statut, être informée de son droit de garder le silence sans que ce silence soit pris en considération pour déterminer sa culpabilité ou son innocence, ainsi que de son droit de se faire assister par un défenseur de son choix ou, si elle n'a pas les moyens d'en rémunérer un, de se voir attribuer d'office un défenseur et une assistance judiciaire par la Cour;**

***b*) ne pas être forcée de témoigner ou d'avouer;**

***c*) si elle est interrogée dans une langue qu'elle ne comprend pas ou ne parle pas, obtenir les services d'un interprète compétent ainsi que la traduction des documents sur lesquels elle doit être interrogée.**

Commentaire

1) Lorsque le Greffier lui a notifié le dépôt d'une plainte, le Procureur est chargé de l'instruction et des poursuites concernant le crime allégué, comme il est prévu à l'article 13. Il doit, en consultation avec le Bureau, nommer le personnel qualifié nécessaire pour mener l'enquête, conformément à l'article 13, et ouvrir une information, à moins qu'après avoir examiné la plainte et les pièces jointes il ne conclue que cette mesure ne se justifie pas. Alors que la plupart des membres du Groupe de travail estimaient que le Procureur devait être tenu de mener au moins une enquête préliminaire sur toute plainte déposée par un État ou par le Conseil de Sécurité, un membre s'est demandé s'il fallait mettre le mécanisme du Tribunal en mouvement lorsque la plainte était dénuée de tout fondement.

2) Dans le cadre de l'enquête, le Procureur aurait le pouvoir d'interroger les suspects, les victimes et les témoins, de rassembler des preuves et de procéder à des investigations sur les lieux. Il peut solliciter la coopération de tout État et demander à la Cour de délivrer des ordonnances pour faciliter l'enquête. Au stade de l'enquête, il peut demander au Bureau de délivrer ces ordonnances au nom de la Cour, car une chambre ne peut être constituée qu'à un stade ultérieur, lorsque l'enquête a permis d'obtenir suffisamment d'informations pour pouvoir établir un acte d'accusation et a confirmé la probabilité d'un procès, à supposer que la présence de l'auteur présumé du crime soit assurée ou qu'elle ne soit pas nécessaire, conformément à l'alinéa *h* du paragraphe 1 de l'article 44.

3) À ce stade de l'instance pénale, toute personne soupçonnée d'avoir commis un crime peut être interrogée au sujet des faits dont elle est accusée. Avant l'interrogatoire, le suspect doit être informé des droits suivants : droit de garder le silence sans que ce silence soit interprété comme une preuve de sa culpabilité ou de son innocence; droit de ne pas être forcé de témoigner contre lui-même ou de s'avouer coupable; droit de se faire assister pendant son interrogatoire par un conseil librement choisi par lui ou commis d'office, si nécessaire; droit d'obtenir les services d'un interprète pendant l'interrogatoire, si nécessaire.

4) Il existe dans le Statut des chevauchements entre les dispositions concernant les droits du suspect, qui est

soupçonné d'avoir commis un crime mais n'a pas encore été inculpé, et ceux de l'accusé, qui a été formellement accusé du crime sous la forme d'un acte d'accusation. Cependant, les droits de l'accusé au cours du procès n'auraient guère de sens sans le respect des droits du suspect au cours de l'instruction — par exemple, du droit de ne pas être forcé d'avouer un crime. Le Groupe de travail a donc estimé qu'il fallait prévoir une disposition distincte garantissant les droits d'une personne durant la phase de l'instruction avant que cette personne ait été effectivement inculpée d'un crime. Il est aussi nécessaire de distinguer entre les droits du suspect et les droits de l'accusé, étant donné que les premiers ne sont pas aussi étendus que les derniers. Par exemple, le suspect n'a pas le droit de faire citer des témoins ni le droit d'être informé de tous les éléments de preuve à sa charge, droits qui sont garantis à l'accusé par l'alinéa *b* du paragraphe 1 et le paragraphe 3 de l'article 44.

5) À l'issue de l'enquête, le Procureur doit évaluer les informations obtenues et décider s'il y a des motifs suffisants pour établir un acte d'accusation, acte pour lequel il doit établir un commencement de preuve. Il doit informer le Bureau de la nature et des motifs de sa décision. Si le Procureur décide de ne pas établir d'acte d'accusation et de ne pas poursuivre, le Bureau peut, à la demande de l'État plaignant ou du Conseil de sécurité, réexaminer cette décision et peut aussi ordonner au Procureur d'engager des poursuites si la Cour estime qu'il y a des motifs suffisants pour agir ainsi. On a estimé, en effet, que la décision du Procureur de ne pas engager de poursuites devait faire l'objet d'un réexamen juridictionnel, à supposer que l'État plaignant ou le Conseil de sécurité soit suffisamment convaincu pour demander ce réexamen. D'autres membres ont jugé, au contraire, qu'un tel réexamen était incompatible avec l'indépendance du Procureur et sa liberté de décider, sur la base de son expérience et de sa compétence, si les résultats de l'enquête justifiaient la poursuite de l'action. Ils se sont aussi interrogés sur l'utilité pratique de demander au Procureur de poursuivre la procédure dans de telles circonstances.

Article 31. — Engagement des poursuites

1. Si le Procureur décide qu'il y a des motifs suffisants pour engager des poursuites, il établit un acte d'accusation contenant un exposé détaillé des faits et indiquant le ou les crimes dont l'inculpé est accusé en vertu du Statut.

2. Avant la délivrance par la Cour d'un acte d'accusation, une personne peut être arrêtée ou mise en détention en vertu du Statut, pour une période fixée dans chaque cas par la Cour, à condition :

***a*) que la Cour décide que l'arrestation ou la détention est nécessaire parce qu'il y a des motifs suffisants de penser que ladite personne a pu commettre un crime relevant de la compétence de la Cour et que, si elle n'est pas arrêtée ou mise en détention, sa présence au procès ne peut être garantie; et**

***b*) que la Cour délivre le mandat ou une autre ordonnance nécessaire pour l'arrestation et la mise en détention.**

Commentaire

Si la plainte est le mécanisme qui déclenche l'enquête, l'acte d'accusation est le mécanisme qui déclenche l'engagement des poursuites. S'il décide que les informations obtenues durant l'enquête confirment que le crime allégué dans la plainte a apparemment été commis par le suspect, le Procureur procède à l'établissement d'un acte d'accusation indiquant les faits pertinents ainsi que le crime ou les crimes dont la personne concernée est accusée en vertu du Statut. Avant de confirmer l'acte d'accusation, la Cour — à savoir le Bureau ou éventuellement une chambre agissant au nom de la Cour — peut ordonner l'arrestation ou la mise en détention du suspect si elle estime que l'acte d'accusation est suffisamment motivé et que la présence du suspect au procès ne peut être garantie autrement. La durée de la détention est fixée par la Cour dans chaque cas.

Article 32. — Acte d'accusation

1. Le Procureur transmet au Bureau de la Cour l'acte d'accusation, accompagné des pièces à conviction nécessaires.

2. Le Bureau, agissant en tant que Chambre d'accusation, examine l'acte d'accusation et décide s'il y a des motifs suffisants pour juger.

3. S'il conclut à l'existence de motifs suffisants pour juger, le Bureau confirme l'acte d'accusation et constitue une Chambre conformément à l'article 37.

4. Après avoir confirmé l'acte d'accusation, le Bureau peut, à la demande du Procureur, délivrer les ordonnances et mandats nécessaires pour l'arrestation, la mise en détention ou la remise des personnes visées, et toutes autres ordonnances nécessaires pour la conduite du procès.

Commentaire

1) Le Procureur présente à la Cour l'acte d'accusation et les pièces à conviction nécessaires. Le Bureau de la Cour, agissant en tant que Chambre d'accusation, examine l'acte d'accusation et décide s'il contient des éléments permettant au premier abord de penser que le crime allégué a été commis par la personne nommée dans l'acte. Si le Bureau conclut que le Procureur a établi l'existence de motifs suffisants pour juger, il confirme la décision d'accuser le suspect contenue dans l'acte d'accusation et constitue une chambre, conformément à l'article 37, pour conduire le procès. C'est à ce moment précis, lorsque la Cour confirme l'acte d'accusation, que l'intéressé est formellement accusé du crime et que le « suspect » devient l'« accusé ». Une fois l'acte d'accusation confirmé, le Bureau peut, à la demande du Procureur, délivrer un mandat d'arrêt ou toute autre ordonnance qui peut être nécessaire pour l'instruction et la conduite du procès. Mais une fois la Chambre constituée, c'est elle qui assumerait la responsabilité des ordonnances prises avant le procès et des autres décisions relatives au procès.

2) Tout en acceptant le principe selon lequel l'acte d'accusation établi par le Procureur doit être examiné et

confirmé par l'organe judiciaire du Tribunal, certains membres ont fait savoir que la confirmation de la décision d'inculper le suspect sur la base d'un commencement de preuve ne devait en aucun cas être considérée comme préjugeant la décision finale de la Cour dans son ensemble concernant la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. Ils pensaient, pour cette raison, qu'il fallait déterminer avec soin quel était l'organe de la Cour qui devait être chargé d'examiner l'acte d'accusation et de décider s'il était suffisamment fondé.

Article 33. — Signification de l'acte d'accusation

ÉTATS PARTIES AU STATUT

1. Pour que l'acte d'accusation soit signifié sans retard à l'accusé, la Cour, aussitôt après l'avoir délivré :

***a*) notifie à tous les États parties la délivrance de l'acte d'accusation et de toute ordonnance relative à l'accusé qu'elle a pu délivrer; et**

***b*) communique à l'État partie ou aux États parties à la juridiction duquel ou desquels l'accusé est alors réputé ressortir :**

i) l'acte d'accusation et toute ordonnance relative à l'accusé qu'elle a pu délivrer;

ii) un exemplaire du Statut de la Cour;

iii) un exemplaire du règlement concernant l'administration de la preuve et la procédure de la Cour;

iv) une attestation du droit de l'accusé à obtenir une assistance judiciaire conformément à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 44 du Statut; et

v) si la langue principale que comprend et parle l'accusé n'est pas une des langues de travail du Tribunal, une traduction, faite sous les auspices du Tribunal, de l'acte d'accusation et des autres documents visés aux alinéas précédents.

2. Si l'État partie ou les États parties à la juridiction duquel ou desquels l'accusé est réputé ressortir a ou ont accepté la compétence de la Cour pour juger les crimes qui font l'objet de l'acte d'accusation, la Cour demande audit ou auxdits États parties :

***a*) de faire en sorte que l'acte d'accusation et les autres documents visés au paragraphe 1 du présent article soient signifiés personnellement à l'accusé; et**

***b*) si un mandat d'amener ou d'arrêt a été délivré par la Cour contre l'accusé, de faire en sorte que l'accusé soit arrêté et mis en détention immédiatement après la signification de l'acte d'accusation.**

3. Si l'État ou les États parties de la juridiction duquel ou desquels l'accusé est réputé relever n'a ou n'ont pas accepté la compétence de la Cour pour juger les crimes qui font l'objet de l'acte d'accusation, la Cour invite ledit ou lesdits États :

***a*) à coopérer avec le Tribunal pour faire en sorte que l'acte d'accusation et autres documents soient personnellement signifiés à l'accusé; et**

***b*) si un mandat a été délivré par la Cour pour l'arrestation ou la mise en détention de l'accusé, à coopérer pour obtenir cette arrestation ou mise en détention.**

ÉTATS NON PARTIES AU STATUT

4. Si l'État ou les États à la juridiction duquel ou desquels un accusé est réputé ressortir n'est pas ou ne sont pas parties au Statut, la Cour, afin que l'acte d'accusation soit signifié sans retard à l'accusé et que ce dernier soit, si nécessaire, arrêté ou mis en détention, aussitôt l'acte d'accusation délivré :

***a*) notifie audit État ou auxdits États la délivrance de l'acte d'accusation ainsi que toute ordonnance relative à l'accusé qu'elle a pu délivrer;**

***b*) communique audit État ou auxdits États copie de l'acte d'accusation et de tous autres documents visés à l'alinéa *b* du paragraphe 1 du présent article; et**

***c*) invite ledit État ou lesdits États :**

i) à coopérer avec le Tribunal pour signifier personnellement à l'accusé l'acte d'accusation et les autres documents; et

ii) si la Cour a délivré un mandat pour l'arrestation ou la mise en détention de l'accusé, à coopérer pour obtenir cette arrestation ou mise en détention.

CAS OÙ IL N'EST PAS POSSIBLE DE SIGNIFIER PERSONNELLEMENT L'ACTE D'ACCUSATION À L'INTÉRESSÉ

5. Si l'acte d'accusation et les autres documents ne sont pas signifiés personnellement à l'accusé dans un délai de soixante jours à compter de la date de l'acte d'accusation, la Cour prescrit tout autre moyen de porter l'acte d'accusation à l'attention de l'accusé.

Commentaire

1) Pour que l'acte d'accusation soit signifié sans retard à l'accusé, la Cour notifie immédiatement à tous les États parties au Statut la délivrance de l'acte d'accusation et de toute autre ordonnance relative à l'accusé et communique l'acte et les autres documents pertinents à l'État partie sur le territoire duquel l'accusé est réputé se trouver, conformément à l'article 33. Les documents en question sont transmis à l'État partie afin qu'il les remette à l'accusé au moment de son arrestation. Ainsi, l'accusé ne reçoit pas seulement notification de l'acte d'accusation mais reçoit aussi les documents nécessaires à la préparation de sa défense, y compris une attestation de son droit d'obtenir une assistance judiciaire, un exemplaire du Statut indiquant les droits de l'accusé et la procédure et un exemplaire du règlement de la Cour concernant l'administration de la preuve et la procédure. Si besoin est, l'accusé doit recevoir une traduction de ces documents.

2) L'article 33 prévoit la signification de l'acte d'accusation à l'accusé dans trois cas différents, selon que l'accusé est réputé se trouver dans : *a*) un État qui est partie au Statut et qui a accepté la compétence de la Cour à l'égard du crime allégué; *b*) un État qui est partie au Statut mais qui n'a pas accepté la compétence de la Cour à l'égard du crime allégué; ou *c*) un État qui n'est pas partie au Statut.

3) Dans le premier cas, la Cour demande à l'État de faire en sorte que l'acte d'accusation soit signifié personnellement à l'accusé, que les autres documents lui soient remis et que tout mandat d'amener ou d'arrêt délivré contre lui soit exécuté. Il s'agit d'un État qui a reconnu l'existence du crime au regard du droit et a accepté, en tant que partie au Statut, les obligations qui y sont énoncées.

4) Dans le deuxième cas, la Cour demande à l'État de coopérer avec elle à la notification de l'acte d'accusation et à l'arrestation ou à la mise en détention de l'accusé. En tant qu'État partie, l'État a l'obligation générale de coopérer avec le Tribunal. Mais il n'a pas d'obligation spécifique en ce qui concerne les personnes accusées de crimes à l'égard desquels il n'a pas accepté la compétence de la Cour. De plus, il peut ne pas être partie au traité qui définit le crime en question.

5) Dans le troisième cas, la Cour communique à l'État l'acte d'accusation et les autres documents pertinents et l'invite à coopérer avec elle pour signifier l'acte d'accusation à l'accusé et pour obtenir l'arrestation ou la mise en détention de ce dernier. Bien que l'État en question n'ait accepté aucune obligation à l'égard du Tribunal, il faut lui donner la possibilité de coopérer aux poursuites engagées contre des personnes accusées d'avoir commis des crimes graves qui affectent la communauté internationale dans son ensemble, et l'y encourager. Si l'État est partie au traité définissant le crime en question, il peut être disposé à le faire.

6) Si l'acte d'accusation n'est pas signifié personnellement à l'accusé dans un délai de soixante jours à compter de la date de l'acte d'accusation, la Cour peut prescrire un autre moyen d'informer l'accusé des charges retenues contre lui, question qui pourra être traitée plus en détail dans le règlement que doit adopter la Cour.

Article 34. — Désignation de personnes chargées d'assister le Parquet

1. Chaque État partie peut, à la demande du Procureur, désigner des personnes chargées d'assister le Parquet.

2. Ces personnes doivent être à la disposition du Parquet pour toute la durée des poursuites, à moins qu'il n'en soit convenu autrement. Elles servent sous l'autorité du Procureur et ne sollicitent ni ne reçoivent d'instructions d'aucun gouvernement ni d'aucune autre source que le Procureur dans l'exercice des fonctions qui leur sont assignées en vertu du présent article.

Commentaire

1) L'article 34 doit permettre d'ouvrir une enquête et d'engager des poursuites sans délai au reçu d'une plainte, en mettant du personnel qualifié et expérimenté à la disposition du Procureur, qui ne disposera pas de personnel permanent auquel faire appel en cas de besoin, du moins pendant la phase initiale de la procédure, telle qu'elle est envisagée dans le Statut. Aux termes du *paragraphe 1*, les États parties peuvent, à la demande du Procureur, mettre des personnes à la disposition du Parquet aux fins de l'enquête ou des poursuites, soit dans une affaire donnée soit de manière générale. De l'avis du Groupe de travail, il serait utile que le Greffier établisse une liste de personnes capables de collaborer aux enquêtes ou aux poursuites. Les États pourraient être invités à proposer des noms pour cette liste.

2) Pour éviter toute perturbation dans le déroulement de l'enquête ou des poursuites, les États doivent être prêts à mettre des personnes à la disposition du Parquet pour toute la durée des poursuites. Ces personnes serviraient sous l'autorité du Procureur et il leur serait interdit de solliciter ou de recevoir des instructions de leur gouvernement ou de toute autre source. On trouve à l'Article 100 de la Charte des Nations Unies une disposition analogue concernant le personnel de l'ONU.

3) L'article 34 a pour objet d'aider le Procureur à nommer du personnel qualifié en application du paragraphe 5 de l'article 13. Toutefois, le Procureur n'est pas tenu, lorsqu'il procède à ces nominations, de se limiter aux personnes désignées par les États parties. Il a le pouvoir de choisir les personnes qui possèdent les qualifications et l'expérience nécessaires pour accomplir les tâches assignées au Parquet en vue de garantir la compétence et l'indépendance de ce dernier.

Article 35. — Détention provisoire ou remise en liberté sous condition

1. La Cour décide si l'individu qui lui est déféré doit être maintenu en détention ou remis en liberté sous condition.

2. Si la Cour décide de maintenir l'accusé en détention, l'État sur le territoire duquel siège la Cour met à la disposition de celle-ci un lieu de détention approprié et, le cas échéant, le personnel de garde nécessaire.

Commentaire

1) Une fois l'accusé arrêté et remis au Tribunal, la Cour décide s'il doit être maintenu en détention ou remis en liberté sous condition.

2) Étant donné le caractère grave des crimes visés par le Statut, il y a toute raison de croire qu'il sera nécessaire de maintenir l'accusé en détention. Le *paragraphe 2* prévoit donc que l'État sur le territoire duquel se trouve le Tribunal est tenu de mettre à la disposition de celui-ci un lieu de détention approprié ainsi que le personnel de garde nécessaire. Le Groupe de travail a estimé que les détails concernant ces questions, ainsi que toutes dispositions de sécurité qui peuvent être jugées nécessaires, doivent être réglés dans l'accord qui sera conclu par le Tribunal et l'État choisi pour y établir son siège.

QUATRIÈME PARTIE

LE PROCÈS

Article 36. — Lieu du procès

1. S'il n'en est autrement décidé par la Cour, le procès a lieu au siège du Tribunal.

2. La Cour peut, par accord entre la Cour et l'État intéressé, exercer sa juridiction sur le territoire de tout État partie ou de tout autre État.

3. Lorsque cela est faisable et compatible avec l'intérêt de la justice, le procès doit se dérouler dans l'État ou près de l'État où l'infraction présumée a été commise.

Commentaire

1) Les procès auront généralement lieu au siège du Tribunal et le personnel et les installations disponibles seront utilisés. Ou bien la Cour pourra décider, vu les circonstances d'une affaire donnée, qu'il serait plus pratique de mener le procès en un lieu plus proche du théâtre du crime présumé : le transport des témoins et des pièces à conviction pourra ainsi se faire plus rapidement et à un moindre coût.

2) Toutefois, le fait que le procès se déroule à proximité du lieu où les types de crimes visés dans le Statut sont présumés avoir été commis risque de créer autour du procès un climat politique qui pourrait susciter des problèmes quant au respect du droit du défendeur à un procès équitable et impartial, ou de créer des risques inacceptables en matière de sécurité pour le défendeur, les témoins, les juges et le reste du personnel du Tribunal. Ainsi les procès peuvent avoir lieu dans un État autre que le pays hôte seulement lorsque cela est faisable et compatible avec les intérêts de la justice.

3) La Chambre doit tenir compte de ces deux considérations lorsqu'elle fixe le lieu du procès conformément à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 39. La Chambre peut demander l'avis du Procureur ou de la défense sur cette question sans retarder inutilement l'ouverture du procès.

4) Les procès ayant lieu dans des États autres que le pays hôte seront menés conformément à un arrangement entre le Tribunal et l'État concerné, qui peut être ou ne pas être un État partie au Statut. Cet arrangement devra porter sur des questions analogues à celles qui doivent être réglées dans l'accord avec le pays hôte, et peut-être sur d'autres questions si le procès doit avoir lieu dans un État qui n'est pas partie au Statut. Il a été proposé que les conditions types d'un tel arrangement soient énoncées dans une annexe au Statut, où pourraient être ajoutées toutes les dispositions supplémentaires qui pourraient être nécessaires dans un cas déterminé. Le Groupe de travail a reconnu qu'il serait peut-être plus approprié de transférer cette disposition dans l'article du Statut relatif à l'accord de siège, article qui sera ajouté à un stade ultérieur.

Article 37. — Constitution de chambres

1. Les affaires seront jugées par des chambres de la Cour.

2. Une chambre de la Cour sera constituée conformément au règlement de la Cour. Toute chambre est composée de cinq juges.

3. Plusieurs chambres peuvent être constituées et peuvent siéger simultanément.

4. Aucun juge de l'État plaignant ou de l'État dont l'accusé est ressortissant ne peut faire partie d'une chambre saisie de l'affaire en cause.

Commentaire

1) Les personnes accusées de crimes en vertu du Statut seront jugées par une chambre de la Cour composée de cinq juges qui doit être constituée conformément au règlement qui sera adopté par la Cour.

2) Suivant le nombre d'affaires qui seront portées devant la Cour, il sera peut-être nécessaire, pour assurer le respect du droit de l'accusé d'être jugé sans retard excessif, de constituer plus d'une chambre et de mener plusieurs procès simultanément.

3) Compte tenu de la nature des crimes visés par le Statut, aucun juge ne peut siéger dans une chambre constituée pour juger une affaire sur la base d'une plainte déposée par l'État dont le juge est ressortissant ou contre un accusé qui est de la même nationalité que le juge, cela pour éviter tout problème concernant l'indépendance ou l'impartialité de la Cour et assurer que l'accusé bénéficie d'un procès équitable.

4) La Chambre doit être constituée par le Bureau pour juger une affaire déterminée après que l'acte d'accusation a été confirmé conformément à l'article 32. Certains membres pensaient qu'il serait approprié que le Bureau, en tant qu'organe permanent de l'organe judiciaire composé du président et des vice-présidents de la Cour, élise les juges qui siégeront dans une chambre. Mais d'autres membres ont estimé que la composition des chambres devait être déterminée à l'avance sur une base annuelle et devait obéir au principe du roulement afin que les juges aient la possibilité de participer également aux travaux de la Cour. On a dit aussi que le choix des juges devait être fondé sur un critère objectif énoncé dans le règlement qui devait être adopté par la Cour, plutôt que sur la décision subjective des trois membres du Bureau. Le Groupe de travail a invité la Commission et l'Assemblée générale à présenter leurs observations sur cette question qui sera examinée à un stade ultérieur.

Article 38. — Contestation de la compétence

1. La Cour s'assure qu'elle a compétence dans toute affaire portée devant elle.

2. La compétence de la Cour peut être contestée, conformément aux procédures établies par le règlement :

***a*) au commencement du procès, par un accusé ou tout État partie;**

***b*) à tout stade du procès, par l'accusé.**

3. Si un État conteste la compétence de la Cour sur la base de l'alinéa *a* du paragraphe 2, l'accusé est pleinement en droit d'être entendu en ce qui concerne la contestation. Une décision affirmant la compétence ne peut être remise en cause au stade du procès.

Commentaire

1) La compétence de la Cour est limitée aux affaires qui relèvent de sa juridiction telle qu'elle est définie par le Statut. La Cour doit s'assurer qu'elle a compétence pour connaître d'une affaire déterminée avant de se mettre en devoir de la juger.

2) Tout État partie peut contester la compétence de la Cour en ce qui concerne une affaire déterminée au stade préliminaire de la procédure au commencement du procès. Les États parties auxquels une assistance peut être demandée pour les poursuites, que ce soit pour signifier des documents, pour fournir des preuves ou pour remettre l'accusé, doivent avoir le droit de contester la compétence de la Cour, non pas à n'importe quel stade de la procédure, mais au moins au commencement du procès. Il serait déraisonnable de permettre à un État partie auquel l'acte d'accusation a été dûment notifié d'attendre que la procédure soit presque achevée pour élever une telle objection, en particulier quand la procédure est à la fois longue et coûteuse. L'accusé a le droit de participer à la procédure concernant la contestation de la compétence par un État partie. Une fois que la Cour a décidé qu'elle a compétence, cette décision ne peut pas être remise en cause au procès.

3) Certains membres ont estimé que seuls les États qui ont un intérêt direct dans l'affaire devaient être autorisés à contester la compétence de la Cour. Toutefois, d'autres membres ont estimé que, étant donné que la compétence criminelle avait été conférée à la Cour par tous les États parties, n'importe lequel d'entre eux devait avoir le droit de soulever la question de savoir si la Cour respectait le mandat qui lui avait été donné.

4) L'accusé a le droit de contester la compétence de la Cour à n'importe quel stade du procès. Cette disposition reflète l'avis selon lequel l'accusé devrait, en principe, avoir le droit de contester la compétence d'un tribunal dans une procédure pénale à tout stade de cette procédure. Certains membres ont estimé, toutefois, que la question de la compétence devrait être tranchée par la Cour à titre préliminaire et que, par conséquent, les États parties ou l'accusé devraient contester la compétence de la Cour à l'ouverture du procès.

5) En outre, il a été dit que, vu les conséquences très graves qu'entraînerait le fait d'être accusé d'un des crimes visés dans le Statut, il était impérieux que l'accusé soit autorisé à contester la compétence de la Cour avant le procès, et peut-être l'existence de motifs suffisants pour sa mise en accusation, car le seul fait d'être accusé d'un des crimes visés dans le Statut porterait gravement atteinte à la réputation d'une personne. Toutefois, d'autres membres ont noté que la structure institutionnelle limitée de la Cour ne permettait pas qu'un organisme judiciaire existant se prononce sur ces contestations avant le commencement du procès. Le Statut permet, au paragraphe 7 de l'article 63, à un État partie auquel il a été ordonné d'arrêter et de remettre l'accusé de contester l'acte d'accusation pour des motifs juridictionnels ou autres. En l'absence d'une chambre, la décision sur une telle contestation pourrait être prise par le Bureau, bien que ce dernier puisse être le même organe qui a délivré à l'origine l'acte d'accusation.

6) Le Groupe de travail a décidé de revenir sur cette question à un stade ultérieur et a indiqué qu'il souhaitait recevoir des observations sur les questions ci-après :

a) Qui aurait le droit de contester la compétence de la Cour : tous les États parties ou seulement ceux qui ont un intérêt direct dans l'affaire ?

b) Le Statut devrait-il prévoir la possibilité pour l'accusé de contester la compétence de la Cour et/ou le bien-fondé de l'acte d'accusation ? Dans ce dernier cas, la décision sur ces contestations devrait-elle être prise par le Bureau ou bien faudrait-il qu'une chambre soit constituée avant le procès pour se prononcer sur ces questions ?

Article 39. — Fonctions de la Chambre

1. Si le Bureau ne l'a pas déjà fait en vertu de l'article 32, la Chambre détermine, dès que possible dans chaque cas :

***a*) le lieu où aura lieu le procès, compte tenu de l'article 36;**

***b*) la langue ou les langues qui seront employées pendant le procès, compte tenu de l'article 18, de l'alinéa *f* du paragraphe 1 et du paragraphe 2 de l'article 44.**

2. La Chambre peut ordonner :

***a*) que les preuves documentaires ou autres dont dispose le Procureur soient communiquées à la défense, compte tenu du paragraphe 3 de l'article 44;**

***b*) qu'un échange d'informations ait lieu entre le Procureur et la défense, de façon que les deux parties soient suffisamment informées des questions qui devront être tranchées au procès.**

3. À l'ouverture du procès, la Chambre donne lecture de l'acte d'accusation, s'assure que les droits de l'accusé sont respectés et autorise l'accusé à plaider coupable ou non coupable.

Commentaire

1) Une fois que la Chambre a été constituée, elle doit se prononcer sur certaines questions préliminaires et peut rendre, avant le procès, diverses ordonnances à la demande de l'accusation ou de la défense. La Chambre fixe le lieu du procès conformément aux dispositions de l'article 36, à moins que le Bureau ne l'ait déjà fait lorsqu'il a convoqué la Chambre conformément à l'article 32.

2) La Chambre doit également décider des langues qui seront employées pendant le procès, en gardant à l'esprit que l'accusé a le droit de bénéficier d'une interprétation simultanée des débats, si c'est nécessaire, conformément à l'article 44, et dans les deux langues de travail du Tribunal, l'anglais et le français, comme il est prévu à l'article 18.

3) La Chambre peut rendre des ordonnances avant le procès pour assurer le respect du droit de l'accusé de disposer du temps et des moyens nécessaires à la préparation de sa défense. Avant l'ouverture du procès, l'accusé a le droit de recevoir communication de tous les

éléments de preuve à charge sur lesquels l'accusation entend se fonder et de tous les éléments à décharge dont elle dispose, conformément au paragraphe 3 de l'article 44. L'article 39 autorise la Chambre à ordonner au Procureur de fournir ces informations.

4) La Chambre peut également rendre des ordonnances exigeant que la défense et l'accusation échangent des informations de façon que les deux parties soient bien informées des questions qui doivent être tranchées au procès et soient bien préparées à présenter leurs arguments sur ces questions au commencement du procès. Cela assurera le bon déroulement du procès et évitera les retards inutiles.

5) Au commencement du procès, le juge qui préside la Chambre doit donner lecture de l'acte d'accusation pour s'assurer que l'accusé comprend les charges qui pèsent contre lui. Avant de permettre à l'accusé de plaider, la Cour doit également s'assurer que l'intéressé a été informé des droits de l'accusé et les comprend et que ces droits ont été pleinement respectés.

Article 40. — Caractère équitable du procès

1. La Chambre veille à ce que le procès soit équitable et mené avec diligence, et conduit conformément au présent Statut et au règlement de la Cour concernant la procédure et l'administration de la preuve, dans le plein respect des droits de l'accusé et avec le souci requis de la protection des victimes et des témoins.

2. Le procès est public, à moins que la Chambre ne prononce le huis clos pour certaines audiences, conformément à l'article 46 du Statut.

Commentaire

Cet article établit le devoir de la Chambre, agissant au nom de la Cour, de veiller à ce que toute personne accusée de crime en vertu du Statut bénéficie d'un procès équitable et mené avec diligence, qui respecte pleinement les droits de l'accusé énoncés aux articles 40 à 45. La Chambre doit également conduire les débats conformément aux procédures et règles uniformes fixées dans le règlement concernant la procédure et l'administration de la preuve qui doit être adopté par la Cour. Le procès doit être public, à moins que la Chambre ne décide qu'il est nécessaire de tenir les débats à huis clos pour protéger l'accusé, les victimes ou les témoins, conformément à l'article 46. Par exemple, cela peut être nécessaire pour protéger la vie privée des victimes ou pour éviter de révéler au public l'identité des témoins, dont la sécurité peut être menacée. Si la Cour est tenue de veiller dûment à assurer la protection des victimes et des témoins, cela ne doit cependant pas affecter le plein respect des droits de l'accusé à un procès équitable. Ainsi, la Cour peut ordonner que l'identité d'une victime ou d'un témoin ne soit pas divulguée aux médias ou au grand public, mais le droit de l'accusé de faire interroger les témoins à charge doit être pleinement respecté, conformément à l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 44.

Article 41. — Principe de légalité (nullum crimen sine lege)

L'accusé ne peut être reconnu coupable :

***a*) en cas de poursuites ouvertes en vertu de l'article 22, que si le traité en question était en vigueur [et si ses dispositions avaient été rendues applicables à l'égard de l'accusé];**

***b*) en cas de poursuites ouvertes en vertu de l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 26, que si l'acte ou l'omission en question constituait un crime de droit international; ou**

***c*) en cas de poursuites ouvertes en vertu de l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 26, que si l'acte ou l'omission constituait, conformément au traité, un crime aux termes du droit national applicable,**

au moment où s'est produit l'acte ou l'omission en cause.

Commentaire

1) Le principe *nullum crimen sine lege* est un principe fondamental du droit pénal qui est reconnu à l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques où il est dit : « Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises. » Le paragraphe 2 de ce même article reconnaît qu'un tel acte ou une telle omission peuvent être « tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations ».

2) Conformément à l'article proposé, une personne peut être poursuivie pour une action ou une omission qui était définie comme un crime au moment où elle s'est produite par les sources de droit ci-après : *a*) un traité qui était en vigueur [et applicable à l'égard de l'accusé]; *b*) le droit international coutumier; ou *c*) une loi nationale promulguée conformément au traité pertinent.

3) En ce qui concerne les crimes définis dans un traité, les mots mis entre crochets à l'*alinéa* a reflètent une divergence d'opinions sur le point de savoir si, aux fins de l'application du principe de légalité, l'État partie doit avoir, conformément à une obligation prévue dans le traité ou imposée par le droit interne, adopté une législation de mise en œuvre ou défini le crime dans le droit national. Certains membres ont estimé que le traité ne créait pas directement d'obligations pour les individus, tandis que d'autres membres pensaient que, dans le cas de crimes de droit international, l'interdiction et la responsabilité pénale découlaient directement du droit international, insistant sur la source de l'interdiction du comportement et la criminalisation de l'infraction. En ce qui concerne ce dernier point, il a été suggéré qu'il pouvait y avoir des circonstances où il était possible de poursuivre un individu pour un crime de droit international devant un tribunal international, même si cet individu ne pouvait pas être traduit devant un tribunal national parce que le code pénal national ne comportait pas la disposition nécessaire. Un membre a estimé que les règles du droit criminel international devaient être appliquées uniformément et non pas être source d'inégalités quant à la

responsabilité pénale de différents individus sur la base des prescriptions du droit interne ou du manquement d'un État partie à ses obligations conventionnelles.

Article 42. — Égalité devant le Tribunal

Toutes les personnes sont égales devant le Tribunal.

Commentaire

Cette disposition est en harmonie avec l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui dispose : « Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. » Le terme « personnes », tel qu'il est employé dans la présente disposition est censé viser diverses catégories de personnes, à savoir non seulement les accusés, mais aussi les victimes et les témoins, qui peuvent comparaître devant la Cour pour être jugées ou pour témoigner dans un procès et qui doivent être traités de manière égale.

Article 43. — Présomption d'innocence

Toute personne est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie.

Commentaire

Cette disposition reconnaît que, dans un procès criminel, l'accusé a le droit de bénéficier de la présomption d'innocence et que la charge de la preuve incombe à l'accusation. La présomption d'innocence est reconnue au paragraphe 2 de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui dispose : « Toute personne accusée d'une infraction pénale est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. » Le Procureur a la charge de prouver chaque élément du crime au-delà de tout doute raisonnable ou conformément à la règle qui doit être appliquée pour établir la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. Si le Procureur ne prouve pas que l'accusé a commis le crime présumé, la personne doit être déclarée non coupable sur les chefs d'accusation énumérés dans l'acte d'accusation.

Article 44. — Droits de l'accusé

1. Toute personne accusée d'une infraction pénale en vertu du présent Statut a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement, sous réserve du paragraphe 2 de l'article 40, et au moins aux garanties suivantes :

***a*) être informée, dans les meilleurs délais et en détail, dans une langue qu'elle comprend, de la nature et des motifs des charges retenues contre elle;**

***b*) être informée du droit de l'accusé d'assurer lui-même sa défense ou de se faire assister par un défenseur de son choix ou, s'il n'a pas les moyens de retenir les services d'un conseil, de se voir attribuer d'office un défenseur et une assistance judiciaire par la Cour;**

***c*) disposer du temps et des moyens nécessaires pour préparer sa défense et communiquer avec son conseil;**

***d*) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge;**

***e*) être jugée sans retard excessif;**

***f*) si la langue employée à l'une quelconque des audiences de la Cour ou dans l'un quelconque des documents qui lui sont présentés n'est pas une langue que l'accusé comprend et parle, bénéficier à titre gratuit de l'assistance d'un interprète compétent ou des traductions nécessaires pour satisfaire aux exigences de l'équité;**

***g*) ne pas être forcée de témoigner ou de s'avouer coupable;**

***h*) être présente à son procès, à moins que la Cour, ayant entendu les conclusions et dépositions qu'elle juge nécessaires, ne conclue que l'absence de l'accusé est délibérée.**

2. À l'ouverture du procès, la Cour s'assure que l'acte d'accusation et les autres documents visés aux alinéas *b* du paragraphe 1 et *b* du paragraphe 4 de l'article 33 du Statut, ainsi que leurs copies dans une langue comprise et parlée par l'accusé, ont été communiqués à celui-ci suffisamment tôt avant le procès pour lui permettre de préparer convenablement sa défense.

3. Tous les éléments de preuve à charge sur lesquels l'accusation entend se fonder et tous les éléments à décharge dont elle dispose avant l'ouverture du procès sont communiqués à la défense dès que possible et en temps utile pour préparer la défense de l'accusé.

Commentaire

1) L'article 44 énonce au *paragraphe 1* les garanties minimales auxquelles a droit toute personne accusée d'une infraction pénale, qui correspondent aux droits fondamentaux de l'accusé énoncés à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

2) En ce qui concerne l'*alinéa* h *du paragraphe 1*, la question de la possibilité de juger un accusé par contumace a donné lieu à une controverse au Groupe de travail. Selon certains membres, cette possibilité était complètement inacceptable dans la perspective d'un jugement équitable qui respecte les droits fondamentaux de l'accusé. L'attention a été appelée sur l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui considère le droit de l'accusé d'être présent au procès comme une garantie minimale à laquelle a droit, en pleine égalité, toute personne accusée d'une infraction pénale. En outre, ces membres ont estimé que, si la Cour rendait des jugements sans qu'il soit réellement possible de les exécuter, elle perdrait progressivement son autorité et son efficacité aux yeux de l'opinion publique.

3) D'autres membres étaient fermement partisans d'établir certaines distinctions concernant, en particulier,

trois situations possibles : *a*) l'accusé a été mis en accusation mais ignore totalement que des poursuites ont été engagées; *b*) l'accusé a dûment reçu notification des poursuites mais choisit de ne pas comparaître devant la Cour; et *c*) l'accusé a déjà été arrêté mais s'évade avant que le procès soit achevé. La plupart de ces membres pensaient que, dans l'hypothèse *a*, une personne accusée ne devait pas être jugée par contumace, mais que, dans les cas *b* et *c*, un procès par contumace était parfaitement admissible; autrement, la juridiction de la Cour serait en fait soumise au « veto » de l'accusé. En outre, ces membres ont estimé qu'en pareil cas un jugement par contumace constituerait en lui-même une sorte de sanction morale qui pourrait contribuer à isoler l'accusé où qu'il se trouve et conduirait peut-être, en définitive, à sa capture. On a également fait valoir en faveur des jugements par contumace que, dans les affaires criminelles, il fallait effectivement préserver les preuves en menant rapidement le procès. Si on différait le procès jusqu'au moment où l'accusé pourrait être amené devant la Cour, ces preuves risquaient de disparaître. Un membre a estimé que les jugements par contumace pouvaient être appropriés dans l'hypothèse *c*, mais non dans les hypothèses *a* ou *b*. Un autre membre a également mentionné les incidents d'audience provoqués par l'accusé, les raisons de sécurité ou la mauvaise santé de l'accusé comme des motifs valables de poursuivre le procès sans la présence de l'accusé.

4) Les membres qui étaient favorables aux procès par contumace ont aussi estimé généralement qu'un jugement rendu dans ces conditions devrait être provisoire, en ce sens que, si l'accusé comparaissait devant la Cour à un stade ultérieur, un nouveau procès devrait être conduit en sa présence.

5) Un membre a estimé que si la Commission décidait d'autoriser la tenue de procès par contumace, cette question devrait être réglementée plus en détail dans le Statut.

6) Le Groupe de travail a invité la Commission et l'Assemblée générale à présenter des observations sur la question des procès par contumace.

7) Comme d'autres dispositions du Statut, le *paragraphe 2* de l'article 44 reconnaît que la Cour, ou une chambre agissant au nom de la Cour, est tenue de veiller au respect des droits de l'accusé, y compris le droit de disposer du temps et des moyens nécessaires à la préparation de sa défense conformément à l'alinéa *c* du paragraphe 1. Au commencement du procès, la Cour doit veiller à ce que l'acte d'accusation et les autres documents visés à l'article 33 soient fournis à l'accusé suffisamment longtemps avant le procès.

8) L'accusé a le droit de recevoir communication de tous les éléments de preuve à charge sur lesquels l'accusation entend se fonder et de tous les éléments de preuve à décharge dont elle dispose, suffisamment à temps pour préparer sa défense, conformément au *paragraphe 3*. Alors que l'accusation est tenue de fournir à l'accusé tous les éléments de preuve à décharge pour donner effet au droit de préparer et de présenter sa défense, elle n'est pas tenue de fournir les éléments de preuve à charge dont la communication n'est pas obligatoire ou qui pourraient compromettre la sécurité des victimes ou des témoins, si ces éléments de preuve ne sont pas utilisés par l'accusation durant le procès.

Article 45. — Autorité de la chose jugée (non bis in idem)

1. Nul ne peut être traduit devant une autre juridiction pour des faits constitutifs des crimes visés aux articles 22 ou 26 s'il a déjà été jugé pour ces mêmes faits en application du présent Statut.

2. Quiconque a été traduit devant une autre juridiction pour des faits constitutifs des crimes visés aux articles 22 ou 26 ne peut subséquemment être jugé en vertu du présent Statut que :

***a*) si le fait en question était qualifié de crime ordinaire; ou**

***b*) si la procédure devant l'autre juridiction n'a pas été impartiale ou indépendante ou était destinée à soustraire l'accusé à sa responsabilité pénale internationale ou si les poursuites n'ont pas été exercées avec diligence.**

3. Pour décider de la peine à infliger à une personne condamnée pour un crime visé par le présent Statut, la Cour tient compte de la mesure dans laquelle cette personne a déjà purgé toute peine qui a pu lui être infligée par une autre juridiction pour le même fait.

Commentaire

1) Le principe *non bis in idem* ou, comme on l'appelle parfois, l'interdiction de la double incrimination, est un principe fondamental du droit pénal. Il est reconnu au paragraphe 7 de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques en ces termes : « Nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays. »

2) La présente disposition reconnaît ce principe en ce qui concerne la Cour. Elle est empruntée aussi à l'article 10 du statut du Tribunal international créé par le Conseil de sécurité pour les crimes commis dans l'ex-Yougoslavie[16], légèrement modifié pour tenir compte de la possibilité d'un procès antérieur devant une autre Cour ou juridiction internationale.

3) L'interdiction de nouveaux procès posée au *paragraphe 1* ne vaut que dans les cas où la Cour a effectivement exercé sa compétence et statué au fond sur les faits particuliers constitutifs du crime. Comme elle ne porterait atteinte à la compétence des tribunaux nationaux que si la Cour avait effectivement exercé sa compétence au fond, il n'a pas été jugé nécessaire d'inclure dans le projet une disposition équivalant à l'article 9 du statut du Tribunal international, adopté par le Conseil de sécurité, relatif à la concurrence de compétences.

4) À l'*alinéa* a *du paragraphe 2*, le membre de phrase « qualifié de crime ordinaire » vise la situation dans laquelle le fait a été traité comme un crime ordinaire, par opposition à un crime international présentant les caractéristiques spéciales des crimes visés à l'article 22 ou à

[16] Doc. S/25704, annexe.

l'article 26 du Statut. Le même fait peut, par exemple, répondre à la définition du crime de violences graves en droit interne et de torture ou traitement inhumain dans le cadre de l'article 147 de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre.

5) L'*alinéa* b *du paragraphe 2* exprime l'idée que le Tribunal devrait être en mesure de poursuivre une personne pour des faits constitutifs des crimes visés dans le Statut, si l'action pénale précédemment exercée contre la même personne pour les mêmes faits avait vraiment été un « simulacre » et avait peut-être même été destinée à la mettre à l'abri d'un procès devant la Cour. À cet égard, selon un membre, la nécessité de cette disposition était démontrée par certains des procès pour crimes de guerre qui avaient eu lieu devant des tribunaux nationaux après la première et la seconde guerre mondiale. D'autres membres, en revanche, ont émis de sérieuses réserves à l'idée de laisser la Cour contrôler la procédure des tribunaux nationaux, y voyant un empiétement inacceptable sur la souveraineté des États.

6) Dans le cas où la Cour reconnaît un accusé coupable dans l'une ou l'autre des situations envisagées au paragraphe 2, elle est tenue de prendre en considération, pour fixer la peine qu'il y a lieu d'infliger en application des articles 52 à 54, la mesure dans laquelle l'intéressé a déjà effectivement purgé toute peine que lui aurait infligée une autre juridiction pour les mêmes faits. Une personne peut certes être reconnue coupable de plus d'un crime pour les mêmes faits — meurtre et crime de guerre par exemple —, mais elle ne doit pas être condamnée à de multiples peines pour les mêmes faits sans qu'il soit aucunement tenu compte de la mesure dans laquelle une peine antérieure a déjà été purgée.

Article 46. — Protection de l'accusé, des victimes et des témoins

La Chambre prend toutes les mesures nécessaires dont elle dispose pour protéger l'accusé, les victimes et les témoins et peut, à cette fin, ordonner le huis clos ou permettre que les dépositions soient présentées par des moyens électroniques ou autres moyens spéciaux.

Commentaire

1) La Chambre, agissant au nom de la Cour, a le devoir et le pouvoir de prendre les dispositions nécessaires pour protéger l'accusé, ainsi que les victimes et les témoins qui participent au procès. La liste non exhaustive de ces mesures qui est indiquée dans cet article comprend la possibilité d'ordonner le huis clos et celle de permettre que les dépositions soient présentées par des moyens électroniques comme les caméras vidéo.

2) Dans la conduite du procès, il faut que la Cour tienne dûment compte de la nécessité de protéger tant les victimes que les témoins, mais seulement dans la mesure où cela reste compatible avec le plein respect des droits de l'accusé, conformément à l'article 40. Ainsi, autoriser un témoin clé de l'accusation à faire sa déposition sous la forme d'un enregistrement filmé en vidéo peut soulever des questions touchant au droit de la défense d'interroger les témoins à charge et à la capacité des juges d'apprécier la crédibilité des témoins, ce qui est souvent décisif dans les procès criminels, s'ils ne sont pas présents à l'audience. En même temps, procéder de la sorte peut être le seul moyen de recueillir le témoignage d'une victime ou d'un témoin particulièrement vulnérable.

Article 47. — Pouvoirs de la Cour

1. Sous réserve des dispositions du Statut et conformément au règlement concernant la procédure et l'administration de la preuve, la Cour a le pouvoir, notamment :

***a*) d'ordonner la comparution des témoins et leur audition;**

***b*) d'ordonner la production d'éléments de preuve documentaires et autres pièces à conviction;**

***c*) de statuer sur l'admissibilité ou la pertinence des questions, éléments de preuve et dépositions;**

***d*) de maintenir l'ordre au cours du procès.**

2. La Cour veille à ce que le Greffier tienne et conserve, sous l'autorité de la Cour, un procès-verbal complet du procès, reflétant exactement les débats.

Commentaire

1) L'article énonce au *paragraphe 1* les pouvoirs généraux de la Cour en ce qui concerne la conduite du procès : notamment, la Cour ordonne la comparution des témoins et leur audition, et la production d'éléments de preuve, documentaires et autres; elle statue sur la pertinence ou l'admissibilité des éléments de preuve et elle maintient l'ordre dans la salle d'audience.

2) Un procès-verbal complet et exact du procès doit être tenu et conservé par le Greffier sous l'autorité de la Cour. Ce procès-verbal revêtirait une importance particulière pour le défendeur, de même que pour le Procureur au cas où une condamnation serait soumise à appel ou à révision en vertu des articles 55 ou 57, respectivement.

Article 48. — Dépositions

1. La Cour, à la demande de l'accusation ou de la défense, appelle toute personne à déposer au procès, à moins qu'elle ne conclue que la déposition de la personne en question n'aiderait à faire la lumière sur aucune question présentant un intérêt pour le procès. La Cour peut aussi de son propre chef appeler toute personne à déposer au procès.

2. Avant de faire sa déposition, chaque témoin prête le serment ou fait la déclaration qui est de coutume dans les procédures judiciaires de l'État dont il est ressortissant.

3. La Cour peut exiger d'être informée de la nature de toute déposition avant que celle-ci ne soit faite, afin de pouvoir se prononcer sur son admissibilité ou sa pertinence. Toute décision en cette matière est prise par la Cour en audience publique.

4. La Cour n'exige pas la preuve des faits qui sont de notoriété publique, mais elle peut en prendre acte comme tels.

5. Les dépositions ou pièces obtenues directement ou indirectement par des moyens illégaux constituant une grave violation des droits de l'homme internationalement protégés ne sont pas admissibles.

6. Un témoin qui n'a pas encore déposé ne peut être présent lors de la déposition d'un autre témoin. Toutefois, un témoin qui a entendu la déposition d'un autre témoin ne peut être récusé pour cette seule raison.

7. La Cour peut accepter les dépositions sous les formes qu'elle juge appropriées conformément à son règlement concernant la procédure et l'administration de la preuve.

Commentaire

1) Certains membres ont estimé que les règles relatives à l'administration de la preuve étaient trop complexes pour être énoncées dans le Statut, mais d'autres ont estimé que le Statut devrait renfermer certaines dispositions fondamentales sur cette importante question. L'article 19 du Statut du Tribunal de Nuremberg[17] prévoyait que le Tribunal, qui n'était pas lié par les règles techniques relatives à l'administration de la preuve, admettrait tout moyen ayant une valeur probante.

2) Conformément à l'article 19 du Statut, la Cour, agissant sur recommandation du Bureau, établirait son règlement concernant la procédure et l'administration de la preuve. Le *paragraphe 7* de l'article 48 prévoit que la Cour peut accepter les dépositions sous les formes qu'elle juge appropriées conformément audit règlement. Le *paragraphe 4*, qui s'inspire de l'article 21 du Statut du Tribunal de Nuremberg, prévoit que la Cour peut aussi prendre acte comme tels des faits qui sont de notoriété publique sans en exiger la preuve.

3) Conformément au *paragraphe 1*, la Cour, à la demande de l'accusation ou de la défense, ou de son propre chef, appelle toute personne à déposer au procès, à moins qu'elle ne conclue que la déposition en question n'aura pas de valeur probante pour élucider telle ou telle question en jeu dans l'espèce considérée. Pour garantir la véracité de la déposition, le *paragraphe 2* prévoit que les témoins seraient tenus de prêter serment ou de faire la déclaration qui est de coutume dans les tribunaux de leur pays. Et, pour la même raison, le *paragraphe 6* prévoit qu'un témoin qui n'a pas encore déposé ne peut être présent lors de la déposition au procès d'autres témoins. Toutefois, un témoin qui a entendu la déposition d'autres témoins avant de déposer lui-même ne serait pas récusé, à moins que la Cour n'établisse que cette récusation est nécessaire au motif que la déposition pourrait être viciée.

4) Le Groupe de travail a noté que le Statut ne contient pas de disposition faisant du faux témoignage devant la Cour un crime, de sorte que l'obligation de dire la vérité inscrite dans le serment que le témoin est tenu de prêter ou la déclaration qu'il est tenu de faire avant de pouvoir déposer n'est pas assortie, dans le Statut, d'une menace de sanction. Des doutes ont été émis quant à l'opportunité de traiter de cette question dans le Statut, au lieu de demander aux États parties et aux autres États qui ont accepté la compétence de la Cour de la régler, en élargissant les dispositions de leur législation pénale sur le faux serment ou le faux témoignage aux violations du serment prêté ou de la déclaration faite par leurs ressortissants devant la Cour selon l'usage en vigueur chez eux. Le Groupe de travail a décidé de revenir sur cette question.

5) Selon le *paragraphe 3*, qui est analogue à l'article 20 du Statut du Tribunal de Nuremberg, l'accusation ou la défense peuvent être tenues d'informer la Cour de la nature et de l'objet de la déposition qu'il est proposé de faire au procès, de manière à lui permettre de se prononcer au préalable sur son admissibilité ou sa pertinence. Cette condition est particulièrement importante dans le cas d'un procès pénal où l'accusé est jugé par un jury, pour éviter que ne soient produits des éléments de preuve inadmissibles susceptibles de porter préjudice au défendeur et que des personnes non averties auraient par la suite du mal à ignorer, nonobstant les instructions contraires des magistrats. Mais elle l'est également dans le cas d'autres procès pénaux, pour permettre à une cour de s'acquitter de la responsabilité qui est la sienne de garantir un procès rapide limité dans son objet à l'établissement de la validité des chefs d'inculpation portés contre l'accusé et des questions y relatives. Certains membres ont jugé que cette disposition était également nécessaire pour empêcher que la recherche ou la production des éléments de preuve ne puisse servir de tactique dilatoire au cours du procès, et pour éviter le coût élevé auquel pourrait se monter la traduction de pièces inadmissibles. D'autres membres ont souligné que cette disposition ne devrait pas être interprétée comme autorisant la Cour à écarter des éléments de preuve lors de procédures *ex parte* ou à huis clos, sans suivre la procédure normale qui veut que l'offre de moyens de preuve soit faite par le conseil, en présence du conseil de la partie adverse, et que la Cour statue sur ce point en audience publique. Il a été proposé que la décision de la Cour sur l'admissibilité des éléments de preuve soit sujette à appel. Le Groupe de travail a décidé de revenir sur la question de l'appel des jugements interlocutoires à un stade ultérieur. Il faudra alors aussi examiner la question de savoir quel organe statuerait en la matière, par exemple le Bureau ou une chambre d'appel, compte tenu de la nature du Tribunal.

6) La Cour doit écarter toutes dépositions ou pièces obtenues soit directement soit indirectement par des moyens illégaux constituant une grave violation des droits de l'homme internationalement protégés, ainsi qu'il est prévu au *paragraphe 5*. À propos du critère à suivre pour ce faire, un membre a suggéré que seuls soient déclarés inadmissibles les éléments de preuve obtenus en violation d'une norme impérative des droits de l'homme. Mais, selon d'autres membres, la Cour devrait disposer du pouvoir discrétionnaire d'écarter tout élément de preuve obtenu en violation du droit international. Le Groupe de travail a décidé de revenir sur cette question.

[17] Voir *supra* note 15.

Article 49. — Audiences

1. L'acte d'accusation est lu à l'accusé, à qui la Cour demande de plaider coupable ou non coupable sur chacun des chefs d'inculpation.

2. Si une objection est soulevée quant à la compétence de la Cour, celle-ci statue sur l'objection avant de poursuivre les débats.

3. Le Procureur fait une déclaration liminaire, convoque les témoins et présente les éléments de preuve au nom de l'accusation, puis la défense fait une déclaration liminaire et peut convoquer les témoins et présenter les éléments de preuve au nom de l'accusé.

4. À l'issue de l'audition des témoins, le Procureur prononce le réquisitoire, puis la défense peut faire une déclaration finale.

5. La Cour demande si l'accusé souhaite faire une déclaration avant qu'elle ne rende son jugement et, si l'accusé le souhaite, l'autorise à faire une déclaration.

6. La Cour se retire ensuite pour délibérer en privé et à huis clos sur le jugement qu'elle est appelée à rendre.

Commentaire

1) Les procès seraient conduits par une chambre de la Cour conformément à la procédure générale énoncée dans le présent article, qui s'inspire d'une disposition quelque peu plus détaillée énoncée à l'article 24 du Statut du Tribunal de Nuremberg[18]. La Cour commencerait par donner lecture de l'acte d'accusation et demanderait au défendeur s'il plaide coupable ou non coupable sur chacun des chefs d'accusation. Avant de poursuivre les débats, il devra être statué sur toute objection quant à la compétence soulevée en vertu de l'article 38. Le Procureur présenterait d'abord l'argumentation de l'accusation, qui serait suivie de celle de la défense. À l'issue de l'audition des témoins, le Procureur serait tenu de faire une déclaration finale démontrant que la preuve a été apportée. La défense aurait le droit de faire une déclaration finale et d'avoir ainsi le dernier mot, mais elle ne serait pas tenue de le faire dans la mesure où l'accusé bénéficie de la présomption d'innocence. Un membre a fait observer que la Cour pourrait décider que l'accusation n'a pas apporté la preuve, de sorte que la défense n'aurait pas à faire de déclaration. À l'issue de l'audience, la Cour délibère en privé pour procéder à un échange de vues exhaustif et franc et pour statuer.

2) Le règlement que la Cour doit adopter renfermerait des dispositions plus détaillées concernant la procédure à suivre tout au long du procès afin d'assurer l'uniformité des règles et des procédures applicables aux débats.

[18] Ibid.

Article 50. — Quorum et majorité requise pour les décisions

Au moins quatre juges doivent être présents à chaque étape du procès. Les décisions des chambres sont prises à la majorité des juges.

Commentaire

L'article 50 énonce les règles générales concernant le quorum nécessaire tout au long du procès et la majorité à laquelle les décisions doivent être prises. Le règlement que la Cour doit adopter traiterait de ces questions de façon plus détaillée. Le Groupe de travail a estimé cependant qu'il serait utile d'inclure ces dispositions dans le Statut de manière à définir les grandes lignes du fonctionnement de la Cour.

Article 51. — Jugement

1. La Cour rend des jugements et prononce des peines à l'égard des personnes jugées coupables de crime conformément au présent Statut.

2. Le jugement de la Cour est rendu sous forme écrite et contient un exposé détaillé et motivé des constatations et conclusions de la Cour. Il sera le seul jugement ou opinion de la Cour.

3. Le jugement est rendu en audience publique.

Commentaire

1) L'article 51 confère à la Cour le pouvoir de prononcer l'acquittement ou la condamnation de l'accusé, selon qu'elle a jugé fondées ou non les charges retenues contre lui, sur la base des preuves présentées au cours du procès, et de prononcer des peines en cas de condamnation, conformément aux articles 52, 53, 54 et 66 ainsi qu'au paragraphe 4 de l'article 67 du Statut. L'individu soupçonné d'avoir commis un crime et faisant donc l'objet d'une information est au départ « le suspect »; il devient « l'accusé » une fois l'acte d'accusation confirmé et « le coupable » lorsque la Cour décide que l'accusation a réussi à apporter la preuve des faits retenus dans l'acte d'accusation et juge que la personne en question est coupable des faits dont elle est accusée.

2) Le mot « peine » (*sentence* en anglais) s'entend de la sanction prononcée par la Cour à l'égard d'une personne jugée coupable dans une affaire donnée. Il a été jugé suffisamment large pour englober l'ensemble des sanctions que la Cour était susceptible d'infliger, dont la peine d'emprisonnement, l'amende et la confiscation des biens illégalement acquis.

3) Le jugement doit être rendu sous forme écrite et contenir un exposé détaillé et motivé des constatations et conclusions de droit sur lequel il se fonde. La Cour rendrait un jugement unique reflétant l'opinion de la majorité des juges. Il n'y aurait ni opinion dissidente ni opinion individuelle. Le jugement serait rendu en audience publique.

4) À propos du *paragraphe 2*, des vues divergentes ont été exprimées quant à l'opportunité d'autoriser que des

opinions individuelles ou dissidentes soient jointes au jugement. L'opinion dissidente célèbre jointe au Jugement du Tribunal de Nuremberg l'a été malgré le silence du Statut du Tribunal sur la question. Ceux qui étaient hostiles à l'idée d'autoriser des opinions dissidentes ou individuelles ont fait valoir que pareilles opinions saperaient l'autorité de la Cour et de ses jugements. Certains membres ont émis l'avis que les juges pourraient hésiter à joindre des opinions dissidentes ou individuelles de crainte de mettre en danger leur propre sécurité, compte tenu de la gravité des crimes visés dans le Statut. Toutefois, d'autres membres ont considéré que les juges devraient avoir le droit, s'ils le souhaitaient, de joindre en conscience des opinions individuelles ou dissidentes. Il a été dit aussi que ces opinions seraient extrêmement importantes pour le défendeur au cas où il déciderait de faire appel d'une condamnation, et qu'elles pourraient aussi être utiles à la Chambre d'appel appelée à infirmer ou confirmer la condamnation. Le Groupe de travail a estimé, toutefois, que les raisons qui militaient contre le droit pour les juges de présenter des opinions individuelles ou dissidentes l'emportait sur les effets positifs de ces opinions.

Article 52. — Prononcé de la peine

1. La Cour tient une audience distincte pour examiner la question de la peine qu'il convient d'imposer à la personne reconnue coupable et pour entendre les déclarations de l'accusation et de la défense et recevoir tout élément de preuve qu'elle peut juger pertinent.

2. La Cour se retire pour délibérer.

3. La Cour rend ses décisions sur les peines en audience publique.

Commentaire

1) La détermination de la peine à imposer constitue la première phase de la procédure postérieure au procès. Elle est généralement considérée comme un processus distinct du procès. Alors que l'objet du procès est de déterminer si les charges retenues contre l'accusé sont fondées, l'objet de l'audience que tient la Cour pour décider de la peine à appliquer a pour objet de fixer une peine appropriée en fonction des circonstances propres au condamné et de la nature du crime.

2) Cette distinction apparaît dans les droits de l'accusé, qui sont souvent définis dans le contexte du procès. Bon nombre de garanties fondamentales en matière de procédure qui sont inhérentes à un procès équitable, notamment le droit de se faire représenter par un conseil, valent aussi pour l'audience tenue aux fins de déterminer la peine à appliquer. Mais d'autres droits de l'accusé — par exemple le droit pour la défense d'interroger les témoins à charge — ne sont pas aussi étendus à cette étape de la procédure. En outre, un tribunal peut prendre en considération à ce stade des éléments de preuve — par exemple des déclarations faites en dehors du tribunal — qui pourraient ne pas être admissibles lors du procès.

3) Le Groupe de travail a estimé qu'il fallait, en raison de ces considérations, que la Cour tienne une audience distincte pour décider de la peine à appliquer, et il a proposé de laisser à la Cour le soin d'arrêter les détails de cette procédure dans le règlement qu'elle adopterait.

4) À l'issue de l'audience, la Cour doit délibérer sur la question en privé pour pouvoir procéder à un échange de vues approfondi et franc. Cette disposition est analogue à celle du paragraphe 6 de l'article 49, qui exige que la Cour se retire pour délibérer en privé après le procès.

5) La Cour doit imposer des peines aux personnes jugées coupables, conformément au paragraphe 1 de l'article 51. Pour s'acquitter de cette tâche, elle devra déterminer : *a*) le type de sanction à imposer et *b*) le degré de gravité de la peine en fonction de la gravité du crime commis, conformément au principe général de la proportionnalité.

6) En ce qui concerne la première question, la Cour doit considérer les peines applicables qu'elle est autorisée, de manière générale, à imposer pour les crimes visés dans le Statut et déterminer la forme appropriée de châtiment à infliger dans un cas donné. Par exemple, elle peut, conformément à l'article 53, imposer une peine d'emprisonnement ou une amende, mais pas la peine de mort.

7) En ce qui concerne la seconde question, la Cour doit déterminer le degré de gravité de la peine à imposer pour le crime particulier dont l'intéressé a été reconnu coupable, en tenant compte à la fois de la nature du crime et des circonstances personnelles du coupable. Elle doit ainsi, par exemple, déterminer la longueur de la peine d'emprisonnement ou le montant de l'amende. La Cour doit, en vertu de l'article 54, tenir compte des circonstances aggravantes ou atténuantes lorsqu'elle détermine la peine à appliquer.

8) La Cour doit annoncer sa décision concernant la peine à imposer à la personne condamnée sous la forme d'une sentence accompagnant son jugement dans l'affaire, sentence qui doit être prononcée en audience publique. Il peut être fait appel des décisions de la Cour concernant les peines lorsqu'il y a une « une disproportion manifeste entre le crime et la condamnation », conformément à l'article 55.

Article 53. — Peines applicables

1. La Chambre peut imposer à une personne déclarée coupable d'un crime en application du présent Statut une ou plusieurs des peines ci-après :

***a*) une peine d'emprisonnement, pouvant aller jusqu'à l'emprisonnement à vie;**

***b*) une amende de n'importe quel montant.**

2. Lorsqu'elle fixe la durée d'une peine d'emprisonnement pour un crime ou le montant d'une amende, la Chambre peut tenir compte des peines prévues par la loi de :

***a*) l'État dont l'auteur du crime est ressortissant;**

***b*) l'État sur le territoire duquel le crime a été commis; ou**

***c*) l'État qui avait la garde de l'accusé ou avait juridiction sur lui.**

3. La Chambre peut également ordonner :

***a*) la restitution à leurs propriétaires légitimes de tous biens ou produits qui ont été acquis par la personne condamnée au cours de la perpétration du crime;**

***b*) la confiscation de ces biens ou bénéfices, si leurs propriétaires légitimes ne peuvent pas être retrouvés.**

4. Les amendes payées ou les produits des biens confisqués conformément au présent article peuvent être versés ou transférés, par ordre de la Chambre, à un ou plusieurs des bénéficiaires ci-après :

***a*) le Greffier, pour couvrir les frais du procès;**

***b*) un État dont les ressortissants ont été les victimes du crime;**

***c*) un fonds créé par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies au profit des victimes de crimes.**

Commentaire

1) L'article 53 énonce les peines applicables que la Cour pourrait prononcer lorsqu'elle détermine la sanction à imposer dans une affaire donnée, dont une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à l'emprisonnement à vie et une amende de n'importe quel montant. La Cour ne serait pas autorisée à imposer la peine de mort.

2) Comme, en anglais, le terme *sentence* semble plutôt désigner une peine d'emprisonnement et le châtiment infligé dans un cas donné, c'est le terme *penalty* qui est utilisé ici dans le texte anglais, car il s'agit d'un terme générique qui recouvre les différents types de châtiment que la Cour peut imposer, y compris une amende ou la confiscation des biens, ainsi que l'emprisonnement. Par exemple, les tribunaux nationaux de certains États sont autorisés, en général, à imposer la peine de mort selon le droit national. Ils peuvent décider d'appliquer cette peine dans un cas donné en condamnant à mort la personne reconnue coupable.

3) Lorsqu'elle fixe la durée d'une peine d'emprisonnement ou le montant d'une amende à imposer, la Cour peut tenir compte des dispositions applicables de la législation nationale des États qui ont un lien particulier avec l'intéressé ou le crime qui a été commis, à savoir l'État dont la personne déclarée coupable est ressortissant, l'État sur le territoire duquel le crime a été commis ou l'État qui avait la garde de l'accusé ou avait juridiction sur lui. Bien que tout État puisse poursuivre une personne pour un crime au regard du droit international conformément au principe de la juridiction universelle, la disposition prévoyant que la Cour peut tenir compte de la législation nationale applicable de ces trois États repose sur le lien particulier qui existe entre ces États et l'intéressé ou entre l'État et le crime. La prise en compte de la législation de ces États est d'autant plus indiquée dans le cas des crimes visés à l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 28 du Statut. Si la Cour est libre de prendre en considération le droit national applicable des États visés dans le présent article, elle n'est pas obligée de suivre le droit de l'un quelconque de ces États.

4) Outre la peine d'emprisonnement ou les amendes, la Cour peut ordonner la confiscation des biens illégalement acquis ou des produits tirés d'un comportement illicite. La Cour peut ordonner, en outre, la restitution de ces biens à leur propriétaire légitime et le versement des amendes ou des produits illicites au Greffier pour couvrir les frais du procès, à l'État dont les ressortissants ont été victimes du crime à titre d'indemnisation, ou encore à un fonds créé par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies à l'intention des victimes de crimes. À cet égard, il convient peut-être d'appeler l'attention sur la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, qui renferme des dispositions détaillées concernant la confiscation des produits illicites, et le Protocole facultatif au Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale concernant les fruits d'activités criminelles[19].

5) Certains membres se sont interrogés sur la capacité de la Cour d'établir la propriété de biens volés en l'absence de réclamation du propriétaire présumé, question qu'il y aurait lieu peut-être d'examiner dans le cadre d'une procédure distincte. D'autres membres ont estimé qu'il n'était pas opportun d'autoriser la Cour à ordonner la restitution de biens volés, réparation qu'ils jugeaient relever davantage d'une action civile que d'une action criminelle. Un membre a estimé qu'autoriser la Cour à connaître de ces questions serait incompatible avec sa fonction première et contraire à son objectif fondamental, à savoir poursuivre et châtier sans retard les auteurs des crimes visés dans le Statut. D'autres membres ont estimé, au contraire, que la Cour devait avoir le pouvoir d'accorder une indemnisation aux victimes des crimes visés dans le Statut.

Article 54. — Circonstances aggravantes ou atténuantes

Dans la fixation de la peine, la Chambre devrait tenir compte de facteurs tels que la gravité du crime et les circonstances propres à la personne déclarée coupable.

Commentaire

1) Pour déterminer dans un cas donné le châtiment à imposer, sous la forme d'une peine, à la personne déclarée coupable, la Cour doit tenir compte, d'une part, de tous les éléments relatifs à la gravité du crime commis et, d'autre part, des circonstances propres à la personne déclarée coupable, qui sont susceptibles de constituer des circonstances atténuantes. Par exemple, la Cour peut décider d'imposer pour le même crime de guerre une peine moins lourde à un très jeune membre inexpérimenté des forces armées qu'à un officier supérieur ayant à son actif de nombreuses années d'entraînement et d'expérience. Certains membres ont dit, à cet égard, que le degré de gravité du crime pourrait aussi constituer une circonstance atténuante dans certains cas, car certains crimes étaient moins graves que d'autres.

[19] Résolution 45/117 de l'Assemblée générale, annexe.

2) Conformément au paragraphe 3 de l'article 45, la Cour doit tenir compte également de la mesure dans laquelle la personne déclarée coupable a déjà purgé toute peine qui a pu lui être imposée par une autre juridiction pour les mêmes faits.

CINQUIÈME PARTIE

APPEL ET RÉVISION

Article 55. — Appel d'un jugement ou d'une condamnation

1. [Le Procureur et] la personne reconnue coupable [peut] [peuvent], conformément au règlement de la Cour, faire appel d'une décision rendue sur la base des articles 51, 52 ou 53 en s'appuyant sur l'un des motifs suivants :

***a*) une erreur de droit fondamentale;**

***b*) une erreur de fait qui peut entraîner une erreur judiciaire; ou**

***c*) une disproportion manifeste entre le crime et la condamnation.**

2. À moins que la Chambre n'en décide autrement, la personne reconnue coupable reste détenue pendant la procédure d'appel et des mesures conservatoires peuvent être prises pour que le jugement de la Chambre, s'il est confirmé, puisse être rapidement exécuté.

Commentaire

1) Le Statut du Tribunal de Nuremberg[20] prévoyait en son article 26 que les décisions du Tribunal étaient définitives et non susceptibles de révision. Cependant, l'évolution récente plaide en faveur d'un droit d'appel. Ainsi, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, au paragraphe 5 de son article 14, dispose : « Toute personne déclarée coupable d'une infraction a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité et la condamnation, conformément à la loi. » Ce droit est garanti également par l'article 25 du statut du Tribunal international[21].

2) La personne déclarée coupable peut faire appel : *a*) du jugement, au motif qu'il se fonde sur une erreur de droit essentielle qui invalide le jugement ou sur une erreur de fait qui entraînerait une erreur judiciaire; ou *b*) d'une condamnation, au motif que celle-ci est manifestement disproportionnée par rapport au crime. La notion d'erreur de droit fondamentale comprend tant les erreurs portant sur le fond du droit que celles qui concernent la procédure, et, dans tous les cas, l'erreur doit être grave au point d'entraîner la nullité du jugement.

3) Il a été aussi envisagé de permettre au Procureur de faire appel d'une décision pour les mêmes motifs. Les membres qui y étaient favorables ont invoqué les solutions analogues existant dans certains systèmes juridiques nationaux et le fait que le Procureur représentait les intérêts de l'ensemble de la société. Certains membres, toutefois, se sont déclarés préoccupés par l'idée d'autoriser le Procureur à faire appel d'une décision rendue par la Cour, notamment d'un acquittement, si ce n'est dans des circonstances très spéciales et éventuellement à un stade moins avancé de la procédure, dans le cas où la Cour rendrait une ordonnance de non-lieu, faute d'éléments de preuve suffisants, avant de se prononcer quant au fond. C'est pourquoi les termes « Le Procureur et » figurent entre crochets dans le texte. Un membre pensait que, en pareil cas, la Chambre d'appel devrait soit rejeter l'appel, soit renvoyer l'affaire devant une chambre, pour autant que pareille procédure fût compatible avec le principe *non bis in idem*. Le Groupe de travail, notant que la possibilité pour le Parquet de faire appel variait selon les systèmes juridiques, a décidé de revenir sur la distinction entre le droit d'appel de la défense et le droit d'appel du Parquet, en vue éventuellement de limiter ce dernier.

4) Une personne reconnue coupable d'un crime doit demeurer détenue pendant la procédure d'appel, à moins que la Chambre n'en décide autrement. Des mesures conservatoires peuvent être prises pendant que l'appel est en cours d'examen pour faciliter l'exécution rapide du jugement et de la condamnation prononcés par la Chambre dans le cas où la Chambre d'appel les confirmerait. Le Groupe de travail a décidé de revenir sur la question des délais pour interjeter appel.

Article 56. — Procédure d'appel

1. Dès que l'acte d'appel a été déposé, le Bureau prend les mesures prévues dans le règlement pour constituer une chambre d'appel composée de 7 juges qui n'ont pas pris part au jugement contesté.

2. Le Président ou un Vice-Président préside la Chambre d'appel.

3. La Chambre d'appel a tous les pouvoirs de la Chambre et peut confirmer, infirmer ou modifier la décision qui fait l'objet de l'appel.

4. Les décisions de la Chambre d'appel sont prises à la majorité et rendues en audience publique. Six juges constituent le quorum.

5. Sous réserve de l'article 57, les décisions de la Chambre d'appel sont définitives.

Commentaire

1) Le Bureau peut constituer une chambre d'appel composée de sept juges qui n'ont pas participé à l'examen de l'affaire par la Chambre, conformément au règlement de la Cour, dès que l'acte d'appel a été déposé auprès du Greffier. Un membre était opposé à l'idée de conférer aux membres du Bureau le pouvoir de nommer les juges, pour les mêmes raisons que celles exprimées à propos de l'article 37.

2) La Chambre d'appel, en tant qu'instance supérieure, serait dotée de tous les pouvoirs conférés à la Chambre, par le Statut, et serait également habilitée à confirmer, infirmer ou modifier la décision rendue par la juridiction inférieure.

[20] Voir *supra* note 15.

[21] Voir *supra* note 16.

3) La Chambre d'appel statuerait, à la majorité de ses membres, sur les questions soulevées dans l'acte d'appel. Les décisions seraient rendues en audience publique et seraient définitives, sous réserve de la possibilité de révision prévue à l'article 57.

4) Le Statut ne prévoit pas que les décisions de la Chambre d'appel puissent être accompagnées d'opinions dissidentes ou individuelles. Si certains membres ont estimé que de telles opinions ne doivent pas être autorisées pour les raisons exposées à propos de l'article 51, d'autres ont considéré qu'elles sont essentielles, s'agissant de décisions rendues en appel sur d'importantes questions touchant tant le fond du droit que la procédure. Le Groupe de travail a décidé de revenir sur cette question.

5) De l'avis de certains membres, les appels devraient être du ressort d'une chambre à part, comme le prévoyait l'article 11 du statut du Tribunal international[22]. Pareille solution irait dans le sens du principe du double degré de juridiction, en vertu duquel des juges de même rang n'ont pas à réexaminer des décisions rendues par d'autres; en effet, l'hésitation que des juges auraient à infirmer des décisions, de crainte de voir à l'avenir infirmer leurs propres décisions, risquait de porter atteinte à l'intégrité de la procédure d'appel, ce qu'il fallait éviter. Cependant, d'autres membres craignaient que la structure modeste du Tribunal ne permette pas de réserver un certain nombre de juges pour constituer une chambre d'appel sans réduire sérieusement du même coup le nombre de juges disponibles pour les chambres de première instance. Une autre solution serait de renvoyer les appels devant l'ensemble des juges de la Cour, siégeant en audience plénière, à l'exception de ceux ayant participé à la décision rendue par la juridiction inférieure. Si certains membres ont estimé que la juridiction d'appel doit être en principe exercée par une instance supérieure indépendante et distincte, d'autres ont été d'avis qu'il suffit de créer au sein du Tribunal une chambre supérieure, composée des juristes les plus éminents du monde, qui serait la juridiction suprême compétente pour les affaires de droit pénal international.

6) Le Groupe de travail a invité la Commission et l'Assemblée générale à faire des observations sur les questions soulevées à propos de l'article 56.

Article 57. — Révision

Toute personne reconnue coupable [ou le Procureur] peut, conformément au règlement de la Cour, demander à celle-ci de réviser son jugement au motif qu'un fait nouveau, inconnu au moment du procès ou de l'appel, qui aurait pu avoir une influence décisive sur le jugement de la Cour, a été découvert depuis.

Commentaire

1) Toute personne reconnue coupable d'un crime peut, conformément au règlement qui sera adopté par la Cour, demander la révision d'un jugement au motif qu'un fait nouveau, inconnu au moment du procès ou de l'appel et qui aurait pu avoir une influence décisive sur le jugement, a été découvert depuis. Le Groupe de travail a estimé que, si l'appel devait être examiné par une chambre différente, la révision devait l'être par la même chambre qui avait rendu la décision contestée, au motif que cette chambre serait la mieux à même de déterminer si la décision devait être révisée à la lumière du fait nouvellement découvert.

2) Les mots « ou le Procureur » sont placés entre crochets pour des raisons analogues à celles exposées en ce qui concerne les mots placés entre crochets à l'article 55. Le Groupe de travail a décidé de revenir sur la question du rôle de l'accusation dans le cadre des procédures d'appel et de révision, conscient que des considérations tant différentes qu'analogues pouvaient être pertinentes en ce qui concerne ces deux types de procédure.

SIXIÈME PARTIE

COOPÉRATION INTERNATIONALE ET ASSISTANCE JUDICIAIRE

Article 58. — Coopération internationale et assistance judiciaire

1. Les États parties collaborent avec le Tribunal criminel international dans toute enquête et tout procès relatifs à des crimes relevant de la compétence de la Cour.

2. Les États parties qui ont accepté la compétence de la Cour à l'égard d'un crime déterminé défèrent sans retard injustifié à toute demande d'assistance judiciaire ou à toute ordonnance rendue par la Cour au sujet de ce crime et concernant, sans s'y limiter :

***a*) l'identification et la recherche des personnes;**

***b*) l'enregistrement des dépositions et la production des éléments de preuve;**

***c*) la notification des documents;**

***d*) l'arrestation ou la mise en détention des personnes;**

***e*) la remise de l'accusé au Tribunal, conformément à l'article 63;**

***f*) toute autre demande de nature à faciliter l'administration de la justice, y compris les mesures conservatoires pouvant être nécessaires.**

Commentaire

1) L'efficacité du fonctionnement du Tribunal dépendrait de la coopération internationale et de l'assistance judiciaire fournie par les États. Les États parties au Statut auraient l'obligation de collaborer aux enquêtes criminelles menées par le Procureur et de déférer sans retard à toute demande ou à toute ordonnance de la Cour concernant, par exemple, la recherche des personnes, l'enregistrement des dépositions, la production des éléments de preuve, la notification des documents, l'arrestation ou la mise en détention des personnes, ou encore la remise de l'accusé.

[22] Ibid.

2) L'article 58 est similaire à l'article 29 du statut du Tribunal international[23]. Tandis que les États auraient tous l'obligation de collaborer avec le Tribunal international institué par le Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, le *paragraphe 1* reconnaît l'obligation générale de tous les États parties au Statut de coopérer avec le Tribunal et de lui prêter une assistance judiciaire. Les États parties qui ont aussi accepté la compétence de la Cour pour le crime considéré seraient tenus de répondre sans retard à une demande ou une ordonnance émanant de la Cour et concernant des mesures telles que celles énumérées au *paragraphe 2*. Pour l'article 58, le Groupe de travail a aussi tenu compte du Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale[24].

Article 59. — Coopération avec les États non parties au Statut

Les États non parties au présent Statut peuvent prêter au Tribunal l'assistance et la coopération prévues au paragraphe 2 de l'article 58 et à l'article 62 par courtoisie ou aux termes d'une déclaration unilatérale, d'un arrangement spécial ou de tout autre accord avec la Cour.

Commentaire

Cet article reconnaît que, en tant que membres de la communauté internationale, tous les États ont un intérêt à ce que les crimes visés dans le Statut fassent l'objet de poursuites, de sanctions et de mesures dissuasives. Ainsi, même les États qui ne sont pas parties au Statut sont encouragés à collaborer avec le Tribunal et à lui prêter assistance par courtoisie, aux termes d'une déclaration unilatérale qui peut être de caractère général ou spécifique, d'un arrangement spécial pour une affaire particulière ou de tout autre type d'accord entre l'État et le Tribunal.

Article 60. — Concertation

Les États se concertent promptement, à l'initiative de l'un quelconque d'entre eux, pour ce qui touche l'application ou l'exécution des dispositions visant la coopération internationale et l'assistance judiciaire, soit en général, soit relativement à un cas particulier.

Commentaire

Les États parties sont tenus de se concerter promptement, à l'initiative de l'un quelconque d'entre eux, pour ce qui touche l'application ou l'exécution des dispositions visant la coopération internationale et l'assistance judiciaire, soit pour une affaire particulière, soit pour une affaire d'ordre général concernant le Tribunal. Cette disposition vise à éviter des retards qui entraveraient le fonctionnement du Tribunal, lequel peut avoir besoin de la coopération de plusieurs États pour s'acquitter effectivement de ses fonctions, soit dans une affaire particulière, soit de manière générale.

[23] Ibid.

[24] Voir *supra* note 19.

Article 61. — Communications et teneur de la documentation

1. Les communications adressées en vertu du présent Statut sont faites, normalement par écrit, entre l'autorité nationale compétente et le Greffier de la Cour.

2. En cas de besoin, ces communications peuvent aussi se faire par l'entremise de l'Organisation internationale de police criminelle (OIPC/Interpol), conformément aux arrangements que le Tribunal aura pu prendre avec elle.

3. La documentation concernant la coopération internationale et l'assistance judiciaire comporte :

***a*) l'objet de la demande et une brève description de l'assistance demandée, y compris le fondement et les motifs juridiques de la demande;**

***b*) des renseignements sur la personne qui fait l'objet de la demande;**

***c*) des renseignements sur les éléments de preuve dont la saisie est demandée, ceux-ci étant décrits de façon suffisamment détaillée pour pouvoir être identifiés, avec un exposé des motifs de la demande et des arguments qui la justifient;**

***d*) la description des faits à la base de la demande; et**

***e*) des renseignements sur les faits dont est accusée la personne qui fait l'objet de la demande ou sur les condamnations prononcées contre elle.**

4. Toutes les communications et demandes sont faites dans une des langues de travail indiquées à l'article 18 du présent Statut.

5. L'État requis, s'il considère que les indications contenues dans la demande ne sont pas suffisantes pour lui permettre d'y répondre, peut demander des indications supplémentaires.

Commentaire

1) L'article 61 énonce la règle générale selon laquelle les communications doivent normalement se faire entre le Greffier et les autorités nationales compétentes de l'État intéressé par écrit et dans l'une des langues de travail du tribunal, à savoir, aux termes de l'article 18, l'anglais ou le français.

2) Il reconnaît, par ailleurs, la possibilité de communications entre le Tribunal et l'Organisation internationale de police criminelle, ce qui peut être particulièrement approprié dans le cas d'enquêtes criminelles.

3) Toute demande ou ordonnance doit être accompagnée d'explications suffisantes sur son objet et son fondement juridique ainsi que de la documentation appropriée, conformément au *paragraphe 3*. Dès réception d'une telle communication, l'État peut demander au Tribunal le complément d'information nécessaire pour répondre à la demande ou donner suite à l'ordonnance.

4) L'article s'inspire d'une disposition similaire figurant à l'article 5 du Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale[25].

Article 62. — Mesures conservatoires

En cas d'urgence, la Cour peut demander à l'État concerné de prendre l'une quelconque ou l'ensemble des mesures suivantes :

***a*) procéder à l'arrestation provisoire du suspect aux fins de sa remise;**

***b*) saisir les éléments de preuve utiles aux fins de toute procédure faisant l'objet d'une requête formelle en vertu des dispositions du présent Statut; ou**

***c*) prendre d'urgence toutes les mesures nécessaires pour empêcher qu'un suspect ne s'enfuie, qu'un témoin ne soit victime de sévices ou de mesures d'intimidation ou que des preuves ne soient détruites.**

Commentaire

Lorsque les circonstances l'exigent, la Cour peut aussi demander à l'État intéressé de prendre des mesures conservatoires, notamment pour empêcher que l'accusé ne quitte le territoire de cet État ou que les éléments de preuve qui s'y trouvent ne soient détruits. Pour l'article 62, le Groupe de travail a examiné l'article 9 du Traité type d'extradition[26], ainsi que l'article 55 de la proposition concernant la création d'un tribunal international appelé à juger les crimes de guerre commis dans l'ex-Yougoslavie, rédigée sous les auspices de la CSCE[27].

Article 63. — Remise de l'accusé au Tribunal

1. Aussitôt que possible après que l'acte d'accusation aura été confirmé conformément à l'article 32, le Procureur demande au Bureau ou, si une chambre a été constituée, à la Chambre d'ordonner l'arrestation et la remise de l'accusé.

2. Le Greffier transmet l'ordonnance à tout État sur le territoire duquel l'accusé peut se trouver, et demande à cet État de coopérer à l'arrestation et la remise de l'accusé.

3. Dès réception de la notification visée au paragraphe 2 :

***a*) l'État partie, s'il a accepté la compétence de la Cour en ce qui concerne le crime en question, prend immédiatement des mesures pour arrêter l'accusé et le remettre à la Cour;**

***b*) l'État partie, s'il est également partie au traité définissant le crime en question mais n'a pas accepté la compétence de la Cour pour ce crime, arrête l'accusé et, s'il décide de ne pas le remettre au Tribunal, saisit immédiatement ses autorités compétentes de l'affaire, aux fins de poursuites;**

***c*) dans tout autre cas, l'État partie examine s'il peut, conformément à ses procédures constitutionnelles, prendre des mesures pour arrêter l'accusé et le remettre au Tribunal.**

4. La remise d'un accusé au Tribunal vaut, entre les États parties au présent Statut, exécution suffisante d'une disposition d'un traité exigeant qu'un suspect soit extradé ou que l'affaire soit soumise aux autorités compétentes de l'État aux fins de poursuites.

5. Un État partie doit, autant que possible, donner à une demande faite conformément au paragraphe 2 priorité sur les demandes d'extradition émanant d'autres États.

6. Un État partie peut différer l'application du paragraphe 3 si l'accusé est sous sa garde et est poursuivi pour un crime grave ou purge une peine qui lui a été imposée par un tribunal pour un crime.

7. Un État partie peut, dans les quarante-cinq jours de la réception de l'ordonnance visée au paragraphe 2, demander à la Cour de retirer cette ordonnance ou d'annuler l'acte d'accusation pour des motifs précis en déposant auprès du Greffier une demande écrite à cet effet. En attendant que la Chambre ait statué sur cette demande, l'État concerné doit prendre toutes les mesures conservatoires nécessaires en application de l'article 62.

Commentaire

1) Une fois l'acte d'accusation confirmé, le Bureau ou une chambre, agissant au nom de la Cour, ordonnerait, à la requête du Procureur, l'arrestation et la remise de l'accusé. L'ordonnance serait transmise par le Greffier à tout État sur le territoire duquel l'accusé peut se trouver.

2) On a jugé que le terme « remise » avait une portée suffisamment large pour couvrir les cas où l'accusé doit être arrêté et remis au Tribunal pour être jugé, aussi bien que ceux où l'intéressé est déjà détenu et doit être « transféré » au Tribunal pour être jugé. Dans ce dernier cas, l'intéressé peut déjà avoir été arrêté et être en attente de jugement pour des crimes au regard de la législation nationale ou il peut déjà avoir été reconnu coupable d'un tel crime et purger une peine de prison. Son jugement par le Tribunal serait, sous réserve du principe *non bis in idem*, susceptible de s'appliquer en vertu de l'article 45.

3) Le *paragraphe 3* de cet article prévoit la remise de l'accusé par un État dans les trois cas suivants : *a*) un État partie qui a accepté la compétence de la Cour pour le crime considéré doit prendre des mesures immédiates pour arrêter l'accusé et le remettre à la Cour; *b*) un État partie qui est également partie au traité pertinent définissant le crime considéré, mais qui n'a pas accepté la compétence de la Cour, doit arrêter l'accusé et le remettre au Tribunal ou engager des poursuites contre lui; et *c*) un État partie qui n'est pas partie au traité pertinent doit examiner s'il peut, conformément à son droit interne, arrêter l'accusé et le remettre au Tribunal.

4) Dans la mesure du possible, les États parties doivent accorder aux demandes du Tribunal, aux fins de la re-

[25] Ibid.

[26] Résolution 45/116 de l'Assemblée générale, annexe.

[27] Doc. S/25307.

mise d'un accusé, la priorité sur les demandes d'extradition émanant d'autres États, conformément au *paragraphe 5*. Toutefois, seul un État partie qui a accepté la compétence de la Cour pour le crime considéré serait tenu d'agir de la sorte en vertu de l'*alinéa a du paragraphe 3*. Les autres États parties seraient tenus de poursuivre l'accusé s'ils décidaient de ne pas le remettre au Tribunal pour qu'il soit jugé. Le Groupe de travail a décidé de revenir sur la question de savoir si un État qui se trouverait dans cette situation devait être également autorisé à extrader l'accusé vers un autre État aux fins de poursuites au lieu de le remettre au Tribunal.

5) La remise d'une personne au Tribunal vaudrait, entre les États parties au Statut, exécution de toute obligation conventionnelle de poursuivre ou d'extrader une personne soupçonnée d'avoir commis un crime visé dans le traité en cause. Un membre s'est demandé si les mots « autant que possible » employés au paragraphe 5 couvraient comme il convient les cas où un État partie requis et tenu de remettre l'accusé au Tribunal en vertu de l'alinéa *a* du paragraphe 3 serait lié par une obligation conventionnelle préexistante d'extradition vers un État non partie au Statut. L'attention est appelée à cet égard sur la Convention de Vienne sur le droit des traités.

6) L'article 63, tel qu'il est actuellement libellé, n'envisage ni la suspension d'une instance pénale devant un tribunal national pour permettre le transfert d'un accusé devant le Tribunal, ni le transfert d'une telle instance devant le Tribunal, même lorsque l'instance en question concerne des actes constituant des crimes visés dans le Statut. Aux termes du *paragraphe 6*, un État partie peut différer la suite qu'il doit donner à la demande qui lui est faite de remettre une personne si celle-ci fait l'objet de poursuites pour une infraction grave ou exécute une peine imposée par un tribunal pour un crime; il n'y est pas autorisé si l'intéressé fait l'objet d'une mesure de détention arbitraire ou si sa présence sur le territoire dudit État n'est pas requise aux fins de l'administration de la justice pénale. Dans le premier cas, le Statut diffère du statut du Tribunal international qui établit la primauté du Tribunal international sur les juridictions nationales et stipule que celles-ci pouvaient être priées de se dessaisir en sa faveur.

7) Un État partie qui reçoit une ordonnance en application de l'article 63 peut demander qu'elle soit retirée ou contester l'acte d'accusation pour des motifs précis, touchant éventuellement la compétence de la Cour ou les faits sur lesquels repose l'acte d'accusation. Comme on l'a vu à propos de l'article 38, le Groupe de travail examinera à un stade ultérieur la question de savoir quel est l'organe judiciaire compétent pour statuer en la matière.

Article 64. — Règle de la spécialité

1. Une personne remise au Tribunal ne peut être poursuivie ni condamnée pour un crime autre que celui ayant motivé sa remise au Tribunal.

2. Les moyens de preuve produits ne peuvent servir de moyens de preuve à une autre fin que celle pour laquelle ils ont été offerts.

3. La Cour peut demander à l'État concerné de déroger aux conditions posées aux paragraphes 1 et 2 pour les raisons et aux fins spécifiées dans la demande.

Commentaire

1) Le *paragraphe 1* énonce la règle de la spécialité en vertu de laquelle une personne remise à une autre juridiction ne peut être poursuivie ou condamnée que pour le crime indiqué dans la demande initiale.

2) De même, les moyens de preuve remis à une autre juridiction ne peuvent servir de moyens de preuve à une autre fin que celle énoncée dans la demande initiale, d'après le *paragraphe 2*. Le Groupe de travail a estimé qu'une distinction s'imposait selon que les moyens de preuve pouvaient servir de source de renseignements susceptibles d'aboutir à l'ouverture d'une information contre la même personne pour d'autres crimes ou d'une information contre d'autres personnes qui avaient pu être impliquées dans des activités criminelles connexes. Ainsi, la restriction imposée à l'utilisation des moyens de preuve produits par les États concerne uniquement leur utilisation dans une procédure pénale, et non leur utilisation comme source de renseignements pour l'ouverture de nouvelles informations, voire la récusation d'un témoin. À cet égard, l'attention est appelée sur le Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale[28] qui reconnaît que les États peuvent ne pas vouloir limiter l'utilisation des informations reçues en ce qui concerne tous les crimes, mais uniquement en ce qui concerne les infractions d'ordre fiscal.

3) La Cour peut demander à l'État intéressé de déroger à ces dispositions soit pour les personnes, soit pour les éléments de preuve, comme prévu aux termes du *paragraphe 3*.

4) Le Groupe de travail s'est penché sur l'article 14 du Traité type d'extradition[29], concernant la règle de la spécialité à propos du paragraphe 1, et a pris en considération l'article 8 du Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale, concernant les limites d'utilisation des éléments de preuve.

SEPTIÈME PARTIE

EXÉCUTION DES PEINES

Article 65. — Reconnaissance des jugements

Les États parties au Statut s'engagent à donner effet aux jugements de la Cour. Les États parties adoptent, en tant que de besoin, les mesures législatives et administratives qui sont nécessaires pour s'acquitter de leur obligation de reconnaître les jugements de la Cour.

---

[28] Voir *supra* note 19.

[29] Voir *supra* note 26.

Commentaire

L'article 65 dispose que les États parties au Statut doivent reconnaître les jugements de la Cour et leur donner effet et, si nécessaire, adopter les mesures législatives et administratives qui sont nécessaires pour s'acquitter de cette obligation. Cet article reconnaît qu'en règle générale, en l'absence de traité, les États n'exécutent pas les jugements rendus dans d'autres États en matière pénale. À cet égard, on peut appeler l'attention sur l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article premier du Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale et le Protocole facultatif y relatif concernant les fruits d'activités criminelles[30], ainsi que sur la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs.

Article 66. — Exécution des peines

1. Les États parties sont priés d'offrir des locaux pour l'exécution des peines d'emprisonnement prononcées en application du présent Statut.

2. La peine d'emprisonnement est purgée dans un État désigné par la Cour sur une liste d'États ayant fait savoir au Tribunal qu'ils étaient disposés à recevoir des condamnés.

3. Si aucun État n'est désigné en application du paragraphe 2, la peine d'emprisonnement est purgée dans un établissement pénitentiaire mis à disposition par l'État visé à l'article 3.

4. Les peines d'emprisonnement visées aux paragraphes 2 ou 3 sont exécutées sous le contrôle de la Cour.

Commentaire

1) Les peines d'emprisonnement imposées par la Cour doivent être exécutées dans les installations pénitentiaires d'un État désigné par la Cour ou, s'il n'en est pas désigné, de l'État où le Tribunal a son siège ainsi qu'il est prévu à l'article 3. Attendu qu'il n'est pas prévu de doter le Tribunal de structure modeste, tel qu'il est actuellement envisagé, d'une installation pénitentiaire, il serait demandé aux États d'offrir au Tribunal d'utiliser les leurs.

2) Il peut arriver que des États parties ne soient pas disposés à mettre leurs établissements pénitentiaires à la disposition du Tribunal et que la Cour décide de ne désigner aucun des États qui y sont disposés. Aussi le Groupe de travail a-t-il jugé nécessaire de prévoir une règle supplémentaire applicable en pareil cas, à savoir que les peines seront purgées dans les prisons du pays hôte quand un autre État n'aura pas été désigné, ce qui cadre avec les responsabilités spéciales qui incombent à l'État choisi comme siège du Tribunal au titre de l'article 3. Le Groupe de travail est convenu de revenir sur les facteurs que la Cour devra prendre en considération pour décider de désigner ou non un État en application du *paragraphe 2*, tout en reconnaissant que c'est peut-être dans le règlement de la Cour que cette question devrait être traitée.

[30] Voir *supra* note 19.

3) Les établissements pénitentiaires continueraient d'être administrés par les autorités nationales, mais les modalités et conditions d'emprisonnement répondraient aux normes internationales, et notamment à l'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus[31]. L'exécution de la peine d'emprisonnement par un condamné serait soumise à la supervision de la Cour, suivant les dispositions qu'elle pourra prévoir dans son règlement. Par exemple, le règlement pourrait prévoir des procédures permettant aux condamnés d'exercer des recours en cas de mauvais traitements, ou l'établissement de rapports périodiques par les autorités nationales, compte tenu de la structure institutionnelle modeste du Tribunal.

4) Considérant les coûts substantiels que risque d'entraîner la détention des condamnés sur les longues durées auxquelles on peut s'attendre pour les crimes graves visés dans le Statut, qui autorise des peines pouvant aller jusqu'à l'emprisonnement à vie, il a été suggéré que tous les États parties en supportent leur part, à titre de frais du Tribunal. Le Groupe de travail a décidé de revenir sur les aspects financiers du fonctionnement du Tribunal.

Article 67. — Grâce, liberté conditionnelle ou commutation de la peine

1. Si, en vertu d'une loi généralement applicable de l'État de détention, une personne se trouve dans des circonstances dans lesquelles une personne condamnée pour le même comportement par un tribunal de cet État aurait la possibilité d'obtenir une grâce, sa libération conditionnelle ou la commutation de sa peine, ledit État doit le notifier à la Cour.

2. Si une notification a été faite conformément au paragraphe 1, le détenu peut, sous réserve du Règlement et conformément à ses dispositions, adresser à la Cour une demande en vue d'obtenir sa grâce, sa libération conditionnelle ou la commutation de sa peine.

3. Si le Bureau décide qu'une demande faite conformément au paragraphe 2 est, selon toute apparence, bien fondée, il convoque une chambre pour examiner et décider si, dans l'intérêt de la justice, la personne condamnée doit être libérée, et sur quelles bases.

4. Quand elle prononce une peine, une chambre peut spécifier que la peine doit être subie conformément à des lois déterminées concernant la grâce, la libération conditionnelle ou la commutation de la peine de l'État qui, en vertu du paragraphe 2 de l'article 66, est responsable de l'exécution de la peine. En pareil cas, le consentement de la Cour n'est pas requis pour les mesures que peut prendre ultérieurement ledit État conformément auxdites lois, mais

[31] Voir *Premier Congrès des Nations Unies sur la prévention du crime et le traitement des délinquants, Genève, 22 août-3 septembre 1955* (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1956.IV.4), p. 73 à 79. Reproduit dans *Droits de l'homme. — Recueil d'instruments internationaux* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.88.XIV.1) [ST/HR/1/Rev.3].

toute décision susceptible d'influer sur les conditions ou la durée de la détention doit être notifiée à la Cour au moins quarante-cinq jours à l'avance.

5. Sous réserve des dispositions des paragraphes 3 et 4, une personne qui purge une peine prononcée par la Cour ne doit pas être libérée avant l'expiration de la durée de cette peine.

Commentaire

1) Le Groupe de travail a estimé que le Statut devrait prévoir la possibilité, pour une personne condamnée, d'obtenir sa grâce, sa libération conditionnelle ou la commutation de sa peine. Pour certains membres, les questions de ce genre devaient être réglées suivant des critères uniformes, pour d'autres, il fallait prendre en considération le souci d'efficacité que les autorités nationales pouvaient avoir en matière d'administration de la justice.

2) L'article 67 prévoit, au *paragraphe 1*, que l'État sur le territoire duquel l'intéressé est détenu doit notifier à la Cour si ce dernier peut faire l'objet d'une mesure de grâce, de liberté conditionnelle ou de commutation de peine en vertu de sa législation. Dès réception d'une notification faite en vertu du paragraphe 1, le détenu pourrait adresser à la Cour une demande en vue d'obtenir de la Cour une ordonnance lui accordant sa grâce, sa libération conditionnelle ou la commutation de sa peine. Si la demande était apparemment bien fondée, le Bureau convoquerait une chambre pour examiner la question.

3) Quand elle prononce une peine, la Cour peut aussi prescrire que la peine soit subie conformément à des lois déterminées applicables en la matière. En pareil cas, il faut que lui soit notifiée par avance toute décision de nature à influer sur les conditions ou la durée de la détention, mais son consentement ne serait pas requis.

4) Sauf dans les conditions prévues à l'article 67, une personne condamnée par la Cour ne devrait pas être libérée avant d'avoir purgé sa peine.

RÉPERTOIRE DES DOCUMENTS DE LA QUARANTE-CINQUIÈME SESSION

Cotes	*Titres*	*Observations et références*
A/CN.4/445	Ordre du jour provisoire	Reprographié. Pour l'ordre du jour adopté, voir *supra* p. 10, par. 11.
A/CN.4/446	Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus à la Sixième Commission sur le rapport de la CDI durant la quarante-septième session de l'Assemblée générale	Reprographié.
A/CN.4/447 et Add.1 à 3	Droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. — Commentaires et observations reçus des gouvernements	Reproduit dans *Annuaire... 1993*, vol. II (1re partie).
A/CN.4/448 et Add.1	Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.— Commentaires et observations reçus des gouvernements	*Idem.*
A/CN.4/449	Onzième rapport sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, par M. Doudou Thiam, rapporteur spécial	*Idem.*
A/CN.4/450	Neuvième 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	*Idem.*
A/CN.4/451	Premier rapport sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, par M. Robert Rosenstock, rapporteur spécial	*Idem.*
A/CN.4/452 et Add.1 à 3	Rapport du Groupe de travail sur la question de la création d'une juridiction pénale internationale. — Observations des gouvernements	*Idem.*
A/CN.4/453 et Add.1 à 3	Cinquième rapport sur la responsabilité des États, par M. Gaetano Arangio-Ruiz, rapporteur spécial	*Idem.*
A/CN.4/454	Schémas établis par des membres de la Commission sur divers sujets de droit international	*Idem.*
A/CN.4/L.479	Rapport du Groupe de planification. — Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission	Reprographié.
A/CN.4/L.480 [et Corr.1] et Add.1	Projets d'articles sur la responsabilité des États. — Titre et texte des articles adoptés par le Comité de rédaction : deuxième partie	Texte reproduit dans *Annuaire... 1993*, vol. I, compte rendu analytique de la 2318e séance (par. 3).
A/CN.4/L.481	Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-cinquième session : chapitre premier (Organisation des travaux de la session)	Reprographié. Pour le texte adopté, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 10* (A/48/10). Pour le texte définitif, voir *supra* p. 9.
A/CN.4/L.482 [et Corr.1] et Add.1/Rev.1	*Idem :* chapitre II (Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité)	*Idem*, voir *supra* p. 12.
A/CN.4/L.483	*Idem :* chapitre III (Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international)	*Idem*, voir *supra* p. 21.
A/CN.4/L.484 [et Corr.1] et Add.1 à 7	*Idem :* chapitre IV (Responsabilité des États)	*Idem*, voir *supra* p. 35.

Cotes	*Titres*	*Observations et références*
A/CN.4/L.485	*Idem :* chapitre V (Droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation)	*Idem*, voir *supra* p. 87.
A/CN.4/L.486	*Idem :* chapitre VI (Autres décisions et conclusions de la Commission)	*Idem*, voir *supra* p. 99.
A/CN.4/L.487 [et Corr.1]	Projets d'articles sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international. — Titre et texte des articles adoptés par le Comité de rédaction : articles 1, 2, 11, 12 et 14	Texte reproduit dans *Annuaire... 1993*, vol. I, compte rendu analytique de la 2318e séance (par. 58).
A/CN.4/L.488 et Add.1 [et Corr.1] et Add.2 à 4 [et Corr.1]	Rapport du Groupe de travail sur un projet de statut pour une cour criminelle internationale	Reprographié.
A/CN.4/L.489	Projets d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. — Titre et texte des articles adoptés par le Comité de rédaction en deuxième lecture : articles 1 à 6 et 8 à 10	Texte reproduit dans *Annuaire... 1993*, vol. I, compte rendu analytique de la 2322e séance (par. 5).
A/CN.4/L.490 et Add.1	Rapport révisé du Groupe de travail sur un projet de statut pour une cour criminelle internationale	Reproduit dans le présent volume, voir p. 104.
A/CN.4/SR.2295-A/CN.4/SR.2327	Comptes rendus analytiques provisoires des 2295e à 2327e séances	Reprographié. Le texte définitif figure dans *Annuaire... 1993*, vol. 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.95-61104
September 1995–955

Complete set of two volumes: ISBN 92-1-233281-1

United Nations publication
Sales No. F.95.V.4 (Part 2)
ISBN 92-1-233280-3

ISSN 0497-9877